

DEVER DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS, ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E BENEFÍCIO EM VIRTUDE DA PRÓPRIA TORPEZA NAS FRAUDES EM LICITAÇÕES.

Guilherme Rodrigues BATALINI¹

RESUMO: Infelizmente vivemos em um país no qual a utilização da coisa pública como se particular fosse é algo corriqueiro e imensa fonte de captação de valores indevidos por parte dos administradores ímprobos e dos ardilosos particulares que com eles contratam. Uma das mais ordinárias formas de prática de improbidade administrativa é a fraude ou utilização de qualquer outro meio ilegal nas licitações, formas de o Estado selecionar o melhor parceiro para a realização de contrato administrativo. Quando o autor de improbidade é condenado por esta prática, uma das penas a ele imposta é o integral ressarcimento dos valores que lhe foram pagos, entretanto, nas situações em que os serviços contratados foram efetivamente prestados, mesmo demonstrada a fraude, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo pela impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário, tendo em vista a impossibilidade física de restituição ao contratado do tempo e do esforço despendidos na prestação dos serviços, o que acarretaria – caso fossem restituídos os valores ao erário - em enriquecimento sem causa por parte do Estado. Existe, entretanto, uma nova linha de pensamento que vem admitindo, mesmo na situação acima descrita, a possibilidade de condenação ao ressarcimento dos valores aos cofres públicos, com base no elemento subjetivo do agente (boa ou má-fé).

PALAVRAS CHAVE: Licitação; fraude à licitação; Lei 8.666/93; enriquecimento sem causa; benefício da própria torpeza.

1 INTRODUÇÃO

Em nosso singelo trabalho, procuramos trazer uma ideia que, infelizmente, ainda é de rara aplicação prática, entretanto, que tem fundamento concreto em todo o

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

sistema normativo brasileiro (tanto em regras quanto em princípios), e surge de um raciocínio indutivo lógico, advindo da análise de institutos fundamentais do direito, tais como o ato e o negócio jurídico, a nulidade e seus efeitos e a boa-fé.

Esse trabalho tem conteúdo majoritariamente racional e lógico, com escassas informações doutrinárias e teóricas, mas vasto apoio em base jurisprudencial. Procuramos fazer desta forma para apresentar uma análise mais prática, concreta e dinâmica do panorama do atual plano de abrangência das Leis 8.666/93 e 8.8429/92, bem como para mostrar a possibilidade de aplicação da teoria aqui fomentada, que encontra fundamento, também, em entendimentos jurisprudenciais esparsos, inclusive do STJ.

O trabalho é breve e conciso para um tema tão amplo quanto o das licitações e da lei de improbidade, mas procuramos restringi-lo ao máximo, justamente na tentativa de verticalizar nosso estudo e demonstrar essa forma de pensar, que entendemos ser a mais eloqüente, justa, proporcional, e com obediência aos parâmetros legais e constitucionais.

2 CONCEITO

Antes de iniciar a análise do tema propriamente dito, é necessário que se faça uma rápida introdução acerca do conceito de licitação e da finalidade desse afamado instituto jurídico, tão comum ao direito administrativo.

A licitação é uma das formas através da qual o poder público pode selecionar uma empresa particular para com ela realizar contratos. É uma espécie de competição, na qual é possibilitado ao Estado selecionar o melhor parceiro para que com ele pactue o fornecimento de bens ou serviços para a administração pública.

A necessidade da realização de licitação advém do fato de que não é dado ao administrador escolher, ao seu bel prazer, quem usufruirá das vantagens de contratar com o Estado (isso porque o administrador público é, nada mais, nada menos, do que

representante do povo, e, por isso, a vontade por ele exarada não pode ser outra que não a da coletividade). Para a seleção do melhor candidato deve ser realizado rigoroso certame, no qual poder-se-á (e dever-se-á) analisar pormenorizadamente qual dos interessados tem melhores condições de ser contratado pelo poder público.

Talvez a mais importante característica da licitação é que, justamente por ser uma forma de exercício de ato administrativo do poder público – mais especificamente do poder executivo, que é quem possui a competência para determinar a abertura o fechamento e a adjudicação do objeto do procedimento legislativo – a possibilidade de concorrer à licitação deve ser aberta a toda e qualquer pessoa – física ou jurídica, dependendo do bem ou serviço que se requisita -, sem qualquer tipo de distinção, desde que preenchidos os requisitos da lei. Tal característica encontra fundamento direto no princípio da impessoalidade, disposto no artigo 37 *caput* da Constituição Federal.

Aliás, como as licitações e o procedimento licitatório são formas de exercício da administração pública, e, em conseqüência, regidos pelo direito administrativo, estão submetidos diretamente e devem respeito a todos os princípios norteadores do deste nicho do direito, especialmente aqueles dispostos no artigo 37 *caput* da Carta Constitucional, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

É importante ressaltar que a licitação não é um ato único, mas sim uma série de atos ordenados e pré-determinados (procedimento). Todos os interessados, e, principalmente a autoridade responsável pela elaboração e pelo acompanhamento do procedimento licitatório (alguns funcionários são nomeados para compor uma comissão de licitação) devem respeitar as fases e os atos procedimentais estabelecidos em Lei, sob pena de prática de improbidade administrativa e até mesmo de crime.

O famoso administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello e a didática Odete Medauar conceituam bem a ideia de licitação no ordenamento jurídico brasileiro:

“Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta

mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”. (MELLO, 2004. p. 483).

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado. (MEDAUAR, 1996. p. 205).

Em regra, todos os contratos celebrados entre a administração pública e particular devem ser precedidos de licitação para a escolha do contratante, é o que determina expressamente a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como se pode observar do próprio texto constitucional, existem exceções, nas quais poderá haver a contratação sem a devida licitação. São as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, trazidas na legislação específica. Inobstante, fora destas hipóteses taxativas, todo e qualquer contrato administrativo deve, obrigatoriamente ser precedido de licitação.

Tais exceções são de importante estudo e possuem nuances e interpretações variadas, entretanto, nos absteremos de comentá-las, ao menos por hora, no intuito de centralizar nosso estudo ao tema proposto.

3 DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Atualmente em nosso ordenamento jurídico a lei que regulamenta todo o procedimento licitatório e o regime de contratos administrativos é a de número 8.666, publicada em 21 de junho de 1993.

A legislação foi de caráter inovador e trouxe em seu texto os princípios norteadores das licitações e dos contratos com o poder público; definições e diferenciações acerca de obras, produtos, serviços, compras e outros termos comuns à área das licitações; as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação e o procedimento necessário para tanto; as hipóteses de reajuste do valor e do prazo inicialmente contratados; as condições que podem ser exigidas para a habilitação e posterior contratação; as hipóteses de rescisão; as modalidades de licitação, dentre outros temas importantes.

A lei 8.666/93 prevê apenas cinco modalidades de licitação, sendo estas as dispostas no artigo 22 do referido diploma legal: “*I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV – concurso e V – leilão*”. Para cada uma dessas modalidades específicas há um procedimento diverso a ser seguido, e a lei dispõe especificamente também em qual hipótese deverá ser aplicada cada modalidade.

Para casos de desobediência dos preceitos trazidos pela norma, seu capítulo IV trata das sanções administrativas e criminais aplicáveis. Dentre os crimes trazidos pela Lei, os mais expressivos são a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, ou sem observância das formalidades pertinentes (artigo 89); a fraude à licitação (artigos 90 e 96) e o afastamento ou tentativa de afastamento de licitante (artigo 95).

Além destes tipos penais citados, existem diversas outras condutas típicas na Lei de Licitações, além de outras condutas que importam em infração administrativa.

É importante ressaltar que a fraude à licitação pode se dar de inúmeras formas. Trata-se de tipo aberto, no qual o legislador tornou típicas condutas abstratas, como “fraudar” e “frustrar o caráter competitivo”, no intuito de abranger mais o alcance do tipo penal incriminador, buscando sempre a total proibidade e obediência aos princípios da administração pública nas licitações.

Desde o direcionamento das licitações, por meio de conluio entre os participantes e os membros da comissão de licitação, que são os responsáveis por todo o

trâmite processual, até ardis e artimanhas para enganar os licitantes, falsificação de documentos e restrições indevidas nos editais, as formas de fraudes, direcionamentos e cerceamento de participantes nas licitações são inúmeras e possuem um fértil terreno como nascedouro e curral: a criativa mente do agente ímprobo.

Para o Estado a licitação nada mais é do que uma competição, na qual se seleciona o melhor candidato para pactuar junto da sua administração. De outra banda, os contratos com a administração pública podem ser muito vantajosos para aqueles que se sagrarem vencedores nas licitações, por isso mesmo, os administradores públicos acabam seduzidos pelas mastodônticas quantias em dinheiro que circundam o meio das licitações, e se permitem corromper, elaborando métodos e complexos esquemas para leiloar licitações, contratar a preços exorbitantes, realizando verdadeira administração privada da coisa pública, ao total arrepio da Constituição Federal e das leis específicas acerca do tema.

É evidente que existem inúmeras especificidades e detalhes da lei 8.666/93 que merecem muita atenção e um vasto e amplo estudo legislativo, doutrinário e jurisprudencial, entretanto, para que possamos chegar ao tema central de nosso humilde estudo, basta que deixemos estas mal traçadas e sintéticas linhas introdutórias a respeito do caráter geral da Lei de Licitações.

3.1 Da Ligação com a Lei 8.429/92.

A Lei 8.429 de 02 de junho de 1.992 traz as disposições acerca das “*sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*”. É, em verdade, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, pois traz, além de outras disposições, essencialmente, três artigos que dispõe acerca de uma série de condutas que importarão em improbidade administrativa, criando para estas sanções de natureza civil.

A referida Lei divide os atos de improbidade administrativa em: os que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º); os que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11). Os três artigos trazem, cada um, em seu *caput* uma fórmula genérica e aberta, na qual pode se encaixar qualquer conduta, em tese, e vários incisos, com condutas mais específicas.

Dentre os citados incisos, especificamente os de número II e III do artigo 8º e IV, V, VIII e XIV do artigo 10 dizem respeito diretamente a formas de fraude à licitação, além disso, entretanto, não é rara a ocorrência de condutas que se encaixem em quaisquer outros incisos quando da prática de fraudes às licitações.

O que se percebe desses dispositivos é que há uma conexão direta entre as Leis 8.666/93 e 8.429/92, de modo que aquele que fraudava licitação por meio de conluio com os participantes, por exemplo, pratica tanto o crime disposto no artigo 90 da Lei de Licitações, quanto o ato de improbidade administrativa descrito no artigo 10, inciso VIII da Lei de Licitações, isso com a autorização da independência das esferas cível, administrativa e criminal.

O capítulo III da aqui tratada lei traz em seu artigo 12 incisos I, II e III as penas aplicáveis aos atos de improbidade administrativa respectivamente dispostos nos artigos 9º, 10 e 11. Nos três incisos é comum a previsão da pena “reparação integral do dano”, ou seja, exige-se dos agentes responsáveis pelo ato de improbidade a devolução integral aos cofres públicos dos valores indevidamente pagos (e, por indevidamente, entenda-se como aqueles pagos em qualquer desconformidade com a Lei 8.666/93 ou com os princípios da administração pública) aos licitantes, e mais, de todo o montante do prejuízo causado.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) ainda tem uma série de outros dispositivos e trás procedimento próprio para o trâmite das ações cujo objeto nela se enquadrarem, mas tal estudo também não merece verticalização em nosso trabalho, tendo em vista ser outro o foco deste.

4 DO DEVER DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS.

Como vimos acima, ao tratar das sanções dispostas na Lei de Improbidade Administrativa, é pena comum aos três tipos de improbidade o dever de ressarcimento ao erário dos prejuízos causados em virtude do ato ímprobo.

Entretanto, é importante salientar que mesmo que não houvesse tal previsão expressa na Lei 8.429/92, o dever de ressarcimento pelos danos causados já seria firmado por regra da responsabilidade civil, com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que, em síntese dispõe que todo aquele que com sua conduta, dolosa ou culposa, violar direito alheio e causar dano a outrem comete ato ilícito e fica obrigado a reparar o dano causado.

Entretanto, como bem vimos, tanto a Lei de Improbidade Administrativa quanto o Código Civil admitem o dever de ressarcir ao erário somente nos casos em que houver dano ao patrimônio público. Debate-se, então, nas fraudes em licitações, quando haverá dano ao patrimônio público?

Existe entendimento no sentido de que, quando houver demonstrada fraude à licitação, haverá prejuízo presumido aos cofres públicos, isso em virtude da própria natureza seletiva do procedimento licitatório. Ora, se a licitação, como vimos, é a forma imposta pelo legislador para que o Estado selecione o melhor parceiro para contratações, evidente que a ausência de licitação, ou a licitação fraudulenta retiram do poder público a possibilidade do melhor contrato. É o ato fraudulento do administrador que tolhe da administração a chance de selecionar um acordo mais vantajoso, lhe causando prejuízo. Nesse sentido lecionam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1994, p. 93):

A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil intuir. Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da Administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal.

Nesse sentido também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

(...) O desprezo ao regular procedimento licitatório, além de ilegal, acarreta dano, porque a ausência de concorrência obsta a escolha da proposta mais favorável dos possíveis licitantes habilitados a contratar. Desnecessário comprovar superfaturamento para que haja prejuízo, sendo certo que sua eventual constatação apenas torna mais grave a imoralidade e pode acarretar, em tese, enriquecimento ilícito. (...). (STJ - REsp 1130318/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 27/04/2011).

(...) 5. No mais, é de se assentar que o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação) (...). (STJ - REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012)

Parece-nos, entretanto, que a jurisprudência mais atual vem caminhando em sentido diverso, exigindo a demonstração de efetivo prejuízo na contratação, sob pena de impossibilidade de exigência dos valores pagos, sob o argumento de que não se poderia determinar judicialmente a devolução de prejuízo apenas presumido, ou hipotético. Nesse sentido merece transcrição a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do próprio Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA AÇÃO POPULAR CONTINÊNCIA ATO ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO FRAUDE E ILEGALIDADE SIMULAÇÃO PREJUÍZO AO ERÁRIO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AGENTE PÚBLICO DOLO OU MÁ-FÉ PRETENSÃO AO RESSARCIMENTO DO DANO - IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Na Administração Pública impera o princípio da obrigatoriedade da licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI, CF), bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175 CF). Fraude e simulação comprovadas. 2. Da ilegalidade ou irregularidade em si não decorre a improbidade. Para caracterização do ato de improbidade administrativa exige-se a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público. Inadmissível a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. 3. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-

intenção do administrador. 4. É indispensável a presença de dolo ou má-fé na conduta do agente público quando da prática do ato ímprobo, especialmente nas hipóteses do art. 11 da Lei nº 8.429/92, de ampla abrangência por tutelar os princípios constitucionais da administração pública. A modalidade culposa somente se admite no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10), não se aplicando aos demais tipos (arts. 9º e 11). 5. O propósito da Lei de Improbidade Administrativa é coibir atos praticados com manifesta intenção lesiva à Administração Pública e não apenas atos que, embora ilegais ou irregulares, tenham sido praticados por administradores inábeis sem a comprovação de má-fé. Licitação viciada por simulação. Empresas fantasmas. Frustração do caráter competitivo e da licitude do procedimento licitatório. Improbidade administrativa caracterizada. 6. Para caracterização da improbidade do art. 10 da Lei nº 8.429/92 necessária a demonstração de efetivo prejuízo material ao erário, pois inadmissível a condenação ao ressarcimento de dano hipotético ou presumido. Prejuízo ao erário demonstrado. Recurso do autor popular e dos réus desprovidos. Recurso do Ministério Público provido, em parte. (TJSP – Apelação Cível nº 0095156-45.2005.8.26.0000. Rel: Des. Décio Notarangeli. 9ª Câmara de Direito Público. Julgamento: 05/10/2011). (grifei).

(...) A tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido (...). (STJ - REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11).

Nós, humildemente, e com a devida vênia, ousamos discordar dessa última jurisprudência, entretanto, por nosso próprio fundamento. O que parece é que todo o arcabouço normativo conquistado ao longo dos anos em *terrae brasilis* vem em sentido diverso. O próprio Código Civil, ao dispor a respeito dos negócios jurídicos, leciona, em seu artigo 166 que o negócio será nulo quando: IV – não revestir a forma prescrita em lei, e VI – tiver por objeto fraudar a lei imperativa.

Ora, evidente que, dentro desse mesmo âmbito de atos jurídicos em sentido amplo, o que se aplica ao negócio jurídico – ato jurídico que depende de manifestação de vontade com autonomia e sem vícios – aplica-se, também, aos contratos administrativos e atos administrativos (aliás, aqui com muito mais razão) em geral, como é o caso das licitações e dos contratos delas advindos. Segundo esse raciocínio, entendemos que a licitação fraudulenta ou mesmo o contrato administrativo advindo de licitação fraudada é nulo, tendo como fundamento o disposto no Código Civil.

Além disso, parece claro que todo e qualquer ato jurídico que envolva interesse público – o que ocorre com todos os atos administrativos –, quando em contrariedade com disposição expressa de texto legal, em consequência de sua ilicitude, deve, também, ser declarado nulo. É que a lei nada mais é do que um ato estatal que tem como finalidade balizar toda e qualquer conduta dentro de sociedade, e, a lei que regulamenta os atos dos entes e agentes públicos, com muito mais certeza, possui força cogente e indisponível, não podendo ser dispensada qualquer forma por ela prevista, sob pena de ilegalidade, que acarreta em conseqüente nulidade.

Tal raciocínio advém diretamente do fato de que as pessoas jurídicas de direito público, por sua natureza abstrata, não possuem o elemento *vontade*. Em virtude disso, a questão de qual ato e de que forma deve o poder público agir (praticar atos) advém diretamente da lei. Isso porque o ente público nada mais é do que representação do Estado, que é a forma de organização do povo em um determinado território, com soberania e uma determinada finalidade (LENZA, 2009, p. 30). Logo, esse ente público (do povo) só pode ter *interesses* que sejam inerentes também ao povo (ao menos na teoria) e a forma de definir tal *vontade* é justamente através da elaboração de leis, decretos e portarias, pelos membros dos poderes executivo e legislativo, representantes do povo, titular de todo o poder estatal, nos termos da própria Constituição.

Daí se evidencia que a desobediência ao texto legal por ente público configura, além de inconstitucionalidade, verdadeira contradição de intenção e vontade, tendo em vista que o interesse do Estado, nada mais é do que a vontade do povo, representada pela lei. Justamente por isso, o poder judiciário, guardião do sistema normativo e da constituição federal, não pode, de qualquer maneira, permitir que tenha qualquer eficácia ou mesmo validade um ato do poder público contrário à lei.

Evidente, então, que o julgador, ao declarar a existência de fraude em licitação, de sua dispensa ou inexigibilidade fora dos casos previstos em lei, ou de qualquer outra ilegalidade em ato administrativo – no qual, lembramos, deve prevalecer sempre o interesse da administração pública e os princípios a esta inerentes, dentre estes o da legalidade, que prevê a indisponibilidade das formas dispostas em lei - declara, também, a

nulidade do ato jurídico, retirando dele sua validade, e, em conseqüência, extinguindo seus efeitos.

Ora, e qual a conseqüência direta da nulidade? A inexistência de qualquer efeito do ato declarado nulo e sua completa extirpação do mundo jurídico com eficácia, em regra, retroativa (*ex tunc*). Declarada a nulidade do ato, todas as partes nele envolvidas devem retornar a seu “*status quo ante*”, ou seja, ao estado no qual se encontravam antes da realização do ato nulo. Nesse sentido lecionam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2008, p. 451):

A nulidade de qualquer negócio será reconhecida através de decisão judicial meramente declaratória (limitando-se o magistrado a afirmar que não se produziu qualquer efeito, sendo desnecessário desconstituir qualquer situação) e, por conseguinte, imprescritível, produzindo efeitos *ex tunc*.

Nessa toada, uma vez verificada a fraude na licitação e declarado nulo o ato, devem as partes retornar ao seu *status quo ante*, ou seja, os valores pagos ao particular devem ser devolvidos à administração pública, e o bem ou serviço eventualmente fornecido pelo particular ao Estado deve ser, também, restituído, isso, sem prejuízo às demais sanções penais, civis ou administrativas aplicáveis ao agente infrator da lei.

É por essa razão – oriunda de raciocínio lógico dedutivo - que entendemos que, independente da efetiva demonstração de prejuízo ao erário os valores devem ser restituídos. É a conseqüência lógica da declaração de nulidade do ato administrativo (licitação e contrato).

5 DA TEORIA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

No que diz respeito à aquisição ou mesmo locação de produtos pela administração pública é simples, como acima dito, basta que retornem as partes ao estado

anterior, desfazendo-se os efeitos do ato nulo. Entretanto, quando se fala em prestação de serviços, o raciocínio não pode ser o mesmo.

É que, uma vez prestados os serviços, não há como a administração pública devolver ao particular o esforço e o tempo despendidos na realização da obrigação, de modo que, de acordo com parte da doutrina e da jurisprudência, determinar que o particular restitua à administração pública os valores recebidos seria permitir enriquecimento sem causa por parte do Estado, que teria recebido os serviços sem qualquer gasto. Nesse sentido é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 3. Se não houver lesão, ou se esta não restar demonstrada, o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas no dispositivo como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a impossibilidade de contratar com a administração pública por determinado período de tempo, dentre outras. 4. In casu, face à inexistência de lesividade ao erário público, é incabível a incidência da pena de multa, bem como de ressarcimento aos cofres públicos, sob pena de enriquecimento ilícito da municipalidade (...). (STJ - REsp 514820/SP, Relator Ministra ELIANA CALMON, DJ 06.06.2005).

(...) 7. No entanto, apesar do caso tratado nos autos não ser hipótese de dispensa de licitação, o pedido do recorrente de que o advogado efetue a devolução dos valores recebidos não pode prosperar. Este Tribunal entende que, se os serviços foram prestados, não há que se falar em devolução, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. (...) (STJ - REsp 1238466/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HORAS EXTRAS PAGAS ILEGALMENTE. RESSARCIMENTO. NÃO-CABIMENTO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS.

1. Conforme narra o próprio Ministério Público no especial, sua pretensão recursal diz respeito à devolução do que foi pago ilegalmente a servidora a título de hora extras, como permitido pela parte recorrida. A origem constatou que os serviços foram efetivamente prestados e afastou a necessidade de devolução dos valores mencionados em razão da boa-fé da beneficiária.

2. Esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido de que, em matéria de improbidade administrativa no âmbito da contratação ou prestação ilegais de serviços, é indevida a devolução das quantias percebidas caso tenha ocorrido a contraprestação.

Precedentes.

3. Daí porque não é possível acolher a pretensão recursal, mas não em razão da desnecessidade de configuração do elemento subjetivo, e sim porque o ressarcimento estaria condicionado a um prejuízo suportado pelo erário que inócorre na espécie.

4. Recurso especial não provido. (STJ - REsp 927.905/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

É sabido e notório que nosso ordenamento jurídico, de maneira geral, repudia o enriquecimento sem causa. O artigo 884 do Código Civil, por exemplo, dispõe que *“aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”*. Desse modo, quando se aplica o referido dispositivo juntamente do dever de ressarcimento trazido na Lei 8.429/92, aclara-se, de fato, a impossibilidade de devolução dos valores, tendo em vista a impossibilidade de restituição ao particular dos serviços, o que acarretaria no famigerado enriquecimento sem causa.

Tal raciocínio pode também ser adotado para prestações sucessivas e de bens consumíveis, como se dá com o fornecimento de combustível, de alimentos e etc. Tendo em vista a impossibilidade física de retorno ao *status quo ante*. De maneira diversa, quando se fala da aquisição de bens não consumíveis e duráveis, como imóveis, veículos e outros dessa mesma natureza, é perfeitamente possível a determinação de restituição dos valores indevidamente pagos na compra, devendo a administração pública, por sua vez, restituir o bem ao particular, corrigindo-se, é claro, eventual desvalorização do bem e atualizando-se o valor da moeda.

Como se observa, ao entender da citada maneira, o Superior Tribunal de Justiça funda-se, também no entendimento de que, uma vez prestados os serviços, não se demonstra o efetivo prejuízo ao erário, razão pela qual seria impossível determinar o ressarcimento. A questão da presunção ou não do dano e da necessidade de sua demonstração efetiva em cada caso para a exigência da restituição dos valores, como dissemos, tem sido o entendimento apontado pelos tribunais, muito embora haja posicionamento diverso.

O que se conclui, então, é que, muito embora haja o dever de ressarcimento aos cofres públicos dos valores indevidamente pagos a título de contratações advindas de licitações fraudulentas, a jurisprudência pátria vem entendendo que, quando se tratar de serviços prestados ou de fornecimento sucessivo de bens consumíveis, não se poderá exigir tal devolução, ante a configuração de enriquecimento sem causa por parte da administração

pública, tendo em vista a impossibilidade física de restituição dos serviços ou produtos nestas circunstâncias.

6 DA MÁ FÉ E DO BENEFÍCIO DA PRÓPRIA TORPEZA

Não obstante o supra citado entendimento jurisprudencial, surge mais recentemente um novo posicionamento, apresentado pela doutrina e que vem sendo recepcionado pela jurisprudência, no sentido de que, mesmo nessas situações de fraude à licitação, nas quais seria impossível a devolução em virtude de já haver o serviço sido prestado, caso seja comprovada a má fé do particular contratante, este pode ser condenado ao ressarcimento ao erário do integral valor da licitação.

Tal posicionamento encontra seu principal fundamento no princípio da boa-fé, postulado normativo que deve ser usado como lente na análise de toda e qualquer norma no direito pátrio. Boa-fé é um princípio geral do direito, com previsão expressa no Código Civil, em diversos momentos, tanto como postulado normativo, quanto como princípio norteador. É bem verdade que centenas de monografias e obras brilhantes já foram escritas acerca do tema, por isso, não ousaremos, nesse trabalho, nos aprofundar muito acerca desta, mas apenas em um outro princípio, corolário desta.

A doutrina histórica e classicamente divide a boa-fé em duas acepções, a subjetiva e a objetiva. A diferenciação acerca desses dois institutos é debatida por toda a doutrina civilista, por isso, tomamos a liberdade de “emprestar” de um dos grandes nomes da doutrina a essencial diferença entre ambos:

A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado

conforme a diligência socialmente exigível. (MARTINS, 2000, p. 16).

Para o nosso estudo, importa, especialmente, uma compreensão da boa-fé em sua acepção objetiva, que é, em apertada síntese, o comportamento de acordo com a probidade, moralidade e honestidade que é esperado por todos e de todos em sociedade. Nas palavras de Paulo Brasil Dill Soares (2001, p. 219/220):

Boa-Fé Objetiva é um ‘standard’ um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes.

Uma vez conceituada a boa-fé objetiva, podemos passar a analisar o sub-princípio que dela advém e que embasa o pensamento acima exposto, a máxima de que “a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza”, ou, do latim “*nemo auditur propriam turpitudinem*”, ou “*tu quoque brute fili mi*” (até tu, Brutos, meu filho?). A segunda expressão latina, advinda de caso ocorrido no império romano, no qual o imperador, César descobriu que seu filho, Brutus, participava de uma conspiração para destroná-lo, traz a ideia de surpresa, de violação à norma da boa-fé.

A referida máxima prega, em síntese, que ninguém pode se beneficiar de seu próprio ato de má-fé, ou seja, aquele que agiu em contrariedade ao ordenamento jurídico, ou mesmo às normas comuns da moralidade, honestidade e boa-fé, não pode tirar proveito disso, alegando, de qualquer modo, tal ato torpe.

Sua aplicação, por questão lógica, prescinde a má-fé do agente, uma vez que se este agiu de acordo com os deveres principais e conexos da boa-fé não há qualquer razão para que não possa trazer à pauta seu ato, uma vez que em conformidade com a lei e os princípios.

Segundo esse entendimento, o particular que, ciente da fraude e da ilegalidade ocorrente na licitação, dela participa, sagra-se vencedor, contrata com o poder

público, presta os serviços e recebe por eles, por haver evidentemente agido de má-fé, não pode, posteriormente, alegar que os serviços já foram prestados, sob o pretexto de impossibilitar o ressarcimento ao erário dos valores indevidamente pagos.

Nesse caso, por mais que não haja como a administração retornar ao particular o tempo e o esforço despendidos na prestação dos serviços, tem se entendido que não se pode permitir que o particular, ou mesmo o agente público ímprobo, ciente da fraude e agindo com deliberada má-fé, permaneça com os valores que lhe foram pagos, sob pena de incorrer em nova ilegalidade, esta advinda da violação do disposto acerca da boa-fé e mesmo da razoabilidade, princípio com disposição implícita no texto constitucional.

Nesse sentido é o entendimento doutrinário mais acertado:

Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, risco e perigos. Ainda que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa-fé. Entretanto a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei) deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o erário por sua conduta ilícita. O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade) não terá sido com ausência de título jurídico. Mas sim, em decorrência de uma lesão aos valores fundamentais, como da moralidade administrativa. Compete à parte, e não à Administração, a prova de que o dano, decorrente da presunção da lesividade, é menor do que a reposição integral. (FIGUEIREDO e FERRAZ, 1994, p. 93).

Em regra, prevalece o entendimento anteriormente exposto, e, ao nosso ver, acertado, de que, uma vez prestados os serviços, é impossível que se determine a restituição dos valores, não por inexistir dano, uma vez que pensamos ser este incito à própria contratação ilegal, mas pela vedação do ordenamento ao enriquecimento sem causa. Entretanto, nos casos exclusivos em que se demonstrar a má-fé do contratante, admite-se a condenação à devolução. Nesse sentido já há entendimento jurisprudencial:

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Contrato com a Administração Pública. Dispensa de licitação. Dano ao erário público. Má-fé e locupletamento

do agente não comprovados. Ressarcimento indevido. Recurso não provido. 1. A contratação com o Poder Público, em regra, exige a prévia licitação ou sua regular dispensa ou inexigibilidade. 2. É regular a contratação de serviço especializado sem licitação se concretizada a hipótese legal de dispensa ou inexigibilidade. 3. Prestados os serviços contratados e inexistente a prova de má-fé ou de locupletamento do agente, tem-se por inexistente o alegado dano ao erário. Logo, é indevido o ressarcimento. 4. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0071.01.000446-4/001. Rel: Des. Caetano Levi Lopes. Julgamento: 08/05/2012). (grifei).

Corroborando esse raciocínio, elaboramos entendimento no sentido de que tal entendimento encontra-se, também, disposto, mesmo que implicitamente, em nosso Código Civil. O artigo 606 do referido diploma, ao dispor a respeito do contrato de prestação de serviços, trás a seguinte premissa:

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

De uma simples leitura do texto do acima transcrito dispositivo extrai-se a vontade do legislador quando de sua edição. *A mens legis*, neste caso, indica que, nos casos em que a prestação de serviços não atender a determinados requisitos (impostos por lei, por exemplo), o prestador dos serviços não poderá cobrar a retribuição por eles, entretanto, no caso de benefício para o outro contratante (a efetiva realização dos serviços, por exemplo), entende-se que, desde que o prestador esteja de boa-fé, lhe é possível a exigência de tais valores.

De forma mais sintética e didática, o que se quer dizer com o referido dispositivo é que, mesmo nos casos de prestação de serviços em desacordo com determinação legal (como nas contratações advindas de licitações fraudadas, por exemplo), a lei intenta que, caso esteja o prestador de serviços de boa-fé ele tenha direito a permanecer com a remuneração pelo serviço prestado, entretanto, em caso de má-fé, não deverá ter o direito de receber, ou, terá a obrigação de restituir eventual valor já pago.

Muito embora o parágrafo único do mesmo dispositivo entenda ser inaplicável a regra da boa-fé quando a proibição para a prestação de serviços advier de lei ou ordem pública, entendemos que, ao adaptar-se o texto do referido dispositivo para o caso específico do direito administrativo, este deve ser afastado, tendo em vista a existência de interesse de ordem pública em todos os atos envolvendo o poder público (isso porque o poder público somente se manifesta mediante lei, pelos motivos por nós já citados), o que retira o caráter de excepcionalidade contido na norma do parágrafo único do artigo 606, criado inicialmente para a aplicação em relações entre particulares.

Após a realização de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, não encontramos qualquer autor, ou mesmo julgado que já tenha se utilizado do referido raciocínio, entretanto, por sua clareza lógica e sua eloquência, o defendemos firmemente, como mais um argumento no sentido de que, nos contratos advindos de fraude em licitação, mesmo efetivamente prestados os serviços, é possível a condenação no ressarcimento ao erário dos valores pagos, isso, porém, apenas nos casos em que se demonstrar a má-fé do contratante.

7 CONCLUSÃO

Por fim, concluímos que, por mais que a doutrina e jurisprudência majoritárias entendam que, nos casos de fraude em licitação nos quais os serviços tenham sido efetivamente prestados é ilegal a condenação em ressarcimento ao erário (seja qual o fundamento aplicado), quando houver demonstração clara da má-fé do contratante, é possível, pelos fundamentos expostos em nosso último tópico, sua condenação à restituição, como medida de probidade, legalidade e razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acessado em: 16 de julho de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 1º volume: teoria geral do direito civil. – 24ª Ed. rev. E atual. São Paulo. Saraiva, 2007;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. Editora: Malheiros, 3ª Ed. 1994;

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. Ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. 2. ed. Lumen Júris, 2000;

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Revista dos Tribunais, 1996;

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004;

ROSENVOLD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**, 7ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2008;

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios Básicos de Defesa do Consumidor: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente**. Leme/SP: LED, 2001, p. 219-220;