Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato viciado
Damage to the Exchequer in assumption of bidding or contract vicious

*Marcelo Borges de Mattos Medina**

Resumo: Este artigo investiga a ocorrência de dano ao patrimônio público, nos casos em que a contratação mostra-se eivada de vício, mas não há superfaturamento. Estuda a legislação pertinente, notadamente as Leis nºs 4.717/1965, 8.429/1992 e 8.666/1993. Bem assim, analisa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o ponto. Ao final, conclui que o dano ao erário resulta da contratação ilegal, independentemente da prática de preço superior ao de mercado. E o pagamento de indenização não importará enriquecimento ilícito da administração.

Palavras-chave: dano – erário – contrato – nulidade – superfaturamento

Abstract: This paper investigates the occurrence of prejudice to the state treasury, when the contract is void, but is not overpriced. It studies the statutes regarding to the subject, in special "Leis nºs 4.717/1965, 8.429/1992 e 8.666/1993". Besides, it examines precedents of "Superior Tribunal de Justiça" about the topic. In the end, concludes that the treasury is harmed whenever the contract is illegal, regardless of the absence of overprice. In this situation, the indemnification will not cause improper enrichment of the government.

Key-words: prejudice – treasury – contract – nullity – overprice

* Mestre em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Procurador da República.

1. Introdução

A ocorrência de prejuízo ao erário nem sempre é reconhecida quando a contratação contém vício ou advém de licitação eivada de ilegalidade. Há quem sustente a tese de que o dano somente se verifica se houver superfaturamento ou se o objeto do contrato não for executado. Este trabalho adota o ponto de vista oposto e procura demonstrar que hipóteses como a frustração da licitude de processo licitatório e a dispensa indevida de licitação são causas autônomas de lesão ao patrimônio público.

A exposição desenvolve-se em três etapas. Primeiro, examina-se o problema à luz do ordenamento jurídico, notadamente em face das Leis nºs 4.717/1965 e 8.429/1992, bem como, em particular, da Lei nº 8.666/1993. A seguir, faz-se breve referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em torno do tema. Finalmente, enfrenta-se a assertiva de que o reconhecimento de dano na contratação viciada ou resultante de certame ilícito, com a consequente afirmação do dever de indenizar, quando ausentes outras circunstâncias, importa a possibilidade de enriquecimento ilícito da administração pública.

2. A dispensa indevida de licitação e a frustração da licitude do processo licitatório como hipóteses autônomas de atos que causam lesão ao erário

A tese de que a contratação mediante processo ilegal não ocasiona lesão ao patrimônio público, quando não acompanhada de superfaturamento ou inexecução do objeto pactuado, não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Nosso direito administrativo estabelece, ao lado da prática de preços superiores aos de mercado, bem como do inadimplemento contratual, hipóteses autônomas de atos que acarretam prejuízo ao erário. Tal é o que faz a Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa e os instrumentos processuais destinados a reprimi-los.

O art. 10 do referido diploma, situado precisamente na seção dedicada "aos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário", estabelece, respectivamente nos incisos V e VIII, que as condutas de "permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado" e de "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente" configuram hipóteses independentes de atos de improbidade administrativa que acarretam dano patrimonial ao ente público ou equiparado.

Com efeito, tais condutas são enumeradas, separadamente, como exemplos de atos que, por si sós, ensejam, *ipso facto*, "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades" públicas ou custeadas por recursos públicos. Negar semelhante conclusão equivaleria a supor ocioso o citado inciso VIII, art. 10 da Lei nº 8.429/1992. Afinal, se a ocorrência de prejuízo ao erário dependesse da presença de superfaturamento, ilicitude já contemplada no inciso V, afigurar-se-ia desnecessária a previsão constante daquele outro dispositivo.

De toda sorte, a interpretação em apreço, longe de basear-se apenas na literalidade do dispositivo, encontra amparo no sistema normativo pertinente. Desde há muito o direito brasileiro mantém a tradição de reputar danosas tanto a contratação antieconômica quanto a realizada com desrespeito ao processo administrativo aplicável. Na linha do preceito acima examinado, o art. 4º da Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular, sempre classificou como hipóteses autônomas e igualmente lesivas, de um lado, a compra de bens por preço "superior ao corrente no mercado", e, de outro, a celebração de contratos "sem prévia concorrência pública ou administrativa", mediante processo cujo caráter competitivo seja reduzido ou com "desobediência a normas legais" ou "regulamentares" (incisos III, "a", "b" e "c", e V, "a" e "b"). Em todos esses casos, conforme sublinha a doutrina, a lesividade que autoriza a propositura da ação é presumida.[1]

Observe-se que os atos por último mencionados não se mostram lesivos tão somente em relação a bens jurídicos imateriais, abstratamente associados ao princípio da moralidade administrativa. A dispensa indevida de licitação e a frustração da licitude do processo licitatório conduzem a prejuízo material ao erário, apreciável pecuniariamente. Tal dano, como anota Pedro Roberto Decomain, em comentário à Lei nº 8.429/1992, corresponde ao valor gasto em favor de quem não se legitimou a contratar com a administração pública. Eis as palavras do autor:

> o art. 10 da Lei nº 8.429/1992 cuida de hipóteses de improbidade administrativa em que ocorre prejuízo patrimonial para o Erário. Nas situações do inciso VIII — frustração da licitude de procedimento licitatório ou sua dispensa (ou declaração de inexigibilidade) indevida –, esse prejuízo sempre ocorre, eis que a Administração (lato senso) paga por algo que adquiriu em condições irregulares e com inobservância de princípios constitucionais. O prejuízo patrimonial é representado, no caso, pelo pagamento daquilo que foi adquirido sem licitação ou com procedimento licitatório viciado.[2]

---

[1] Nesse sentido, v. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 134.

[2] DECOMAIN, P. R. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 120.

Ora, se a contratação processada de forma ilícita é expressamente prevista como causa autônoma de prejuízo ao erário, tendo ademais a sua lesividade presumida, não é preciso, para que exista dano a ser reparado, que também haja sido efetuada por preço superior ao de mercado nem que tenha ocorrido inadimplemento contratual. É isso o que confirmam os parágrafos do art. 49 e o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993.

3. Exame do problema à luz da disciplina normativa das licitações e contratos

O art. 49 da Lei nº 8.666/1993 impõe à autoridade competente para a aprovação do processo licitatório o dever de anulá-lo por "ilegalidade". Assinale-se que "a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato" (§2º). E que a anulação da licitação, bem como, pelas mesmas razões, do contrato subsequente, por motivo de ilegalidade, "não gera obrigação de indenizar" (§1º). Essa é a regra. A exceção, ressalvada pelo dispositivo, é a do parágrafo único do art. 59, por força do qual:

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

A redação do preceito transcrito é enviesada, mas de fácil compreensão. Do enunciado normativo resultam as seguintes normas: (i) o contratado a quem seja imputável a nulidade da licitação ou do contrato não tem direito a indenização nem mesmo pelo que houver executado; (ii) caso o contratado não tenha dado causa à nulidade, tem direito a indenização pelas parcelas executadas, bem como por qualquer prejuízo que venha a comprovar; (iii) nessa última hipótese, sendo devida indenização ao contratado, à administração pública cumpre promover a responsabilidade de quem deu causa à nulidade, cabendo-lhe, naturalmente, no âmbito civil, a adoção de medida voltada à obtenção de ressarcimento pelos valores pagos.

A norma no sentido de que o contratado responsável pela nulidade não faz jus sequer à indenização pelo que tenha executado emerge da leitura *a contrario sensu* do citado parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993, a qual confirma a regra geral do §1º do art. 49 do mesmo diploma. Com efeito, aquele dispositivo impõe à administração o dever de indenizar o contratado, "contanto que não lhe seja imputável"

a nulidade. Logo, se lhe for imputável o vício, seja por ter obtido de agente público favorecimento indevido, seja por ter participado de certame em conluio com os demais licitantes, seja ainda por outro motivo, a indenização não lhe será devida, nem pelo que tiver executado, nem por qualquer prejuízo que possa alegar.

Por certo, na maioria das vezes, a declaração de nulidade não importará pleno retorno ao *status quo ante*. Evidentemente, não será possível desfazer serviços que já tenham sido prestados. Sendo o caso de obra já edificada, ninguém cogitará de sua demolição. E tendo havido o recebimento de bens, se esses não tiverem sido simplesmente consumidos, estarão de tal forma afetados ao serviço público que não será recomendável a sua remoção, sob pena de graves transtornos administrativos, bem como de eventuais prejuízos materiais, em face de gastos que hajam sido efetuados ou de contratações que tenham sido realizadas para torná-los operacionais. Contudo, tais possibilidades não impressionaram o legislador. Consoante o dispositivo em exame, a indenização ao contratado responsável pela nulidade não é devida.

Tamanha é a importância que o ordenamento jurídico confere à higidez do processo licitatório e do contrato administrativo, que mesmo ao contratado a quem não seja imputável a nulidade não é devido mais que indenização pelos custos e eventuais prejuízos que comprovadamente tenha suportado. De fato, observe-se que o texto legal não diz ser devida ao contratado de boa-fé a remuneração pactuada, mas tão somente a indenização cabível, o que, por certo, exclui parcela correspondente ao lucro que poderia ser auferido.[3]

---

[3] Todavia, em sentido contrário, afirma Marçal Justen Filho que, estando o contratado de boa-fé, "o Estado terá de indenizar o particular por todos os danos e pelo lucro que a ele adviria se o contrato fosse válido e fosse integralmente executado" (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 536).

Jessé Torres Pereira Júnior, na mesma linha, argumenta que "se a declaração de nulidade sobrevier à execução integral do contrato, a remuneração será devida se a causa da nulidade não for imputável ao contratado". Entende esse último autor que o "pagamento de importância correspondente apenas ao custo do que executou, excluída a parcela remuneratória do preço", é devido, não ao contratado inocente, como se sustenta no texto, mas àquele a quem for imputável a ilegalidade (*Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 673).

Tal orientação já representa avanço em relação aos que consideram que o pagamento da contraprestação pelo cumprimento de contrato nulo seria integralmente devido mesmo ao contratado de má-fé, na ausência de superfaturamento ou outra causa de dano ao erário. Sem embargo, quer parecer que a conclusão em exame acabe por distinguir o que o enunciado do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993 não distingue. Com efeito, semelhante entendimento parte do pressuposto de que a indenização ao contratado pelo que houver executado será sempre devida, ainda que descontada a parcela remuneratória do preço, ao passo que tão somente a indenização "por outros prejuízos regularmente comprovados" seria cabível, "contanto que não lhe seja imputável" a nulidade.

De mais a mais, a tese em referência incorre no equívoco de supor que o lucro do contratado de má-fé é o normal das demais empresas do seu ramo de atividade, de forma que bastaria a exclusão da parcela remuneratória do preço para que a ilegalidade não lhe possibilitasse locupletar-se. Ocorre que o lucro de tal particular é invariavelmente mais elevado do que o normal, uma vez que, tendo a certeza de que será contratado pela administração pública ao final do processo viciado, não se sujeita aos riscos próprios do seu negócio. A esse aspecto do problema volta este trabalho no item 5 *infra*.

Anote-se que o direito à remuneração, inexistente na hipótese, teria base no contrato. Contudo, o mesmo não se dá com o direito à indenização, o qual se fundamenta no princípio do §6º do art. 37 da Constituição. O poder público não pode desamparar o contratado de boa-fé. Sem embargo, nos casos de dolo ou culpa, assiste-lhe o direito de promover regressivamente a responsabilidade de quem concorreu para a ilegalidade.

Com efeito, a terceira norma jurídica contida no parágrafo único do art. 59 estabelece que a administração, sendo devida indenização ao contratado inocente, deve promover a responsabilidade de quem deu causa à nulidade. Tal regra seria supérflua se pretendesse que a administração se limitasse a instaurar processo administrativo disciplinar para apurar o envolvimento de agente público na ilegalidade, assim como a encaminhar peças ao Ministério Público para a adoção das medidas penais cabíveis. Essas providências são inegavelmente devidas, mas a sua adoção já encontra amparo em outros dispositivos do mesmo estatuto, como se vê nos arts. 82, 101 e 102. O propósito da parte final do preceito em exame parece ser o de que a administração promova inclusive a responsabilização civil de quem deu causa à nulidade, de modo a obter ressarcimento pelos valores despendidos a fim de indenizar o contratado de boa-fé.

O parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993 parece ter sido redigido em vista da hipótese de a declaração de nulidade alcançar o contrato quando este já esteja parcial ou integralmente executado pelo contratado, não tendo ainda havido o pagamento por parte do ente público. Mas, ainda que o pagamento já tenha sido efetuado, a solução contida no dispositivo segue sendo a mesma. Se a administração não deve nem remuneração nem tampouco indenização ao contratado que haja concorrido para a nulidade, o pagamento, acaso já efetuado, terá sido indevido. Caberá, assim, a adoção de providência para o fim de reaver o valor indevidamente pago. Por óbvio, tal providência poderá ser adotada contra o contratado de má-fé. Sem embargo, se os demais agentes que hajam concorrido para a nulidade têm o dever de ressarcir o erário pela indenização paga ao contratado inocente, pelas mesmas razões serão solidariamente responsáveis por reparar o prejuízo decorrente do pagamento indevido feito ao contratado a quem também seja imputável a ilegalidade.

Se é indevido o pagamento ao contratado de má-fé, a sua realização importa dano a ser reparado. Logo, há prejuízo ao patrimônio público quando a administração efetua pagamento, a despeito da nulidade de que estejam eivados a licitação ou o contrato, em decorrência de ilegalidade. A dispensa indevida de licitação e a frustração da licitude do processo licitatório correspondem a exemplos de ilegalidades que acarretam a nulidade da contratação. E a ocorrência de dano nessas hipóteses efetivamente independe de superfaturamento ou de inadimplemento contratual.

4. A jurisprudência do STJ acerca do tema

A jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça consagra as conclusões expostas no tópico precedente acerca do sentido e do alcance do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993.

Por certo, alguns precedentes daquela corte, sem distinguirem se o contratado concorreu para a nulidade, proclamam a impossibilidade de devolução dos valores pagos como contraprestação à execução do contrato, sob pena de se proporcionar enriquecimento ilícito à administração pública. Nessa linha, orientam-se, por exemplo, os seguintes julgados: REsp 802378/SP, rel. ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 24-4-2007, *DJ* 4-6-2007; REsp 753039/PR, rel. ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 21-6-2007, *DJ* 3-9-2007; REsp 861566/GO, rel. ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 25-3-2008, *DJe* 23-4-2008; REsp 488842/SP, rel. ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 17-4-2008, *DJe* 5-12-2008.

Note-se, no entanto, que a orientação perfilhada em tais precedentes aproxima-se do entendimento sustentado neste texto no sentido de que o contratado a quem não seja imputável a nulidade tem direito à indenização pelo que houver executado. É que a má-fé não se presume. Ao revés, o concurso do contratado para a prática da ilegalidade de que se encontra eivada a licitação ou o contrato deve ser objeto de prova. Daí por que é significativo que o Tribunal, no referido REsp 802378/SP, tenha assentado que "impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa", mediante a ressalva de que, naquele feito, restava "insindicável a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (Súmula 07/STJ)".

Na verdade, o "Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a indenização pelos serviços prestados à administração em decorrência de contrato nulo deve-se lastrear na boa-fé do contratante", consoante registrou a ementa lavrada no AgRg no Ag 1134084/SP, rel. ministro Francisco Falcão, primeira turma, julgado em 4-6-2009, *DJe* 29-6-2009. Nessa linha, podem ser citados, entre outros, os seguintes arestos: REsp 579541/SP, rel. ministro José Delgado, primeira turma, julgado em 17-2-2004, *DJ* 19-4-2004; REsp 317463/SP, rel. ministro João Otávio de Noronha, segunda turma, julgado em 16-3-2004, *DJ* 3-5-2004; REsp 440178/SP, rel. ministro Francisco Falcão, primeira turma, julgado em 8-6-2004, *DJ* 16-8-2004; REsp 707710/MG, rel. ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 20-10-2005, *DJ* 7-11-2005; REsp 547196/DF, rel. ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 6-4-2006, *DJ* 4-5-2006; REsp 928315/MA, rel. ministra Eliana Calmon, segunda turma, julgado em 12-6-2007, *DJ* 29-6-2007; AgRg no Ag 1056922/RS, rel. ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma,

julgado em 10-2-2009, *DJe* 11-3-2009; REsp 1165987/SP, rel. ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 23-2-2010, *DJe* 8-3-2010.

Quando verifica que o contratado concorreu para dar causa à nulidade, o STJ tem considerado indevidos os pagamentos que lhe hajam sido feitos, ainda que como contraprestação pelo cumprimento da avença. Para a corte, em tais casos, não cabe nem mesmo cogitar de enriquecimento ilícito da administração, conforme explicitou a ementa do mencionado REsp 579541/SP:

> (...) 4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado. 5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé (...).

Como usualmente acontece, a jurisprudência em apreço não é seguida pela unanimidade dos julgados que se ocuparam do tema. O STJ possui precedentes em que o direito de o contratado ser pago pelo objeto executado foi reconhecido mesmo em face de indícios de fraude, a exemplo do REsp 408785/RN, rel. ministro Franciulli Netto, segunda turma, julgado em 5-6-2003, *DJ* 30-6-2003 e do REsp 662924/MT, rel. ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 16-6-2005, *DJ* 1-7-2005, ambos proferidos com referência ao parágrafo único do art. 49 do revogado Decreto-Lei nº 2.300/1986, cujo texto aproximava-se do enunciado do parágrafo único do art. 59 da vigente Lei nº 8.666/1993.

Todavia, cumpre ter presente que a licitação, nos termos do art. 3º do citado Decreto-Lei nº 2.300/1986, destinava-se "a selecionar a proposta mais vantajosa

para a Administração". Sob a égide da Lei nº 8.666/1993, conforme o respectivo art. 3º, a licitação vocaciona-se, não só "a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração", mas também "a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia".[4] Essa segunda finalidade impõe nova interpretação à regra hoje contida no parágrafo único do art. 59, a fim de que não se beneficie quem concorreu para a ilegalidade, contratando com o poder público em desigualdade de condições com os demais interessados, mesmo que os preços praticados não estejam superfaturados.

5. O argumento do enriquecimento ilícito da administração

À tese de que o particular a quem seja imputável a ilegalidade não tem direito à indenização, ainda que haja executado o contrato pelo preço de mercado, opõe-se o argumento de que haveria, nessa hipótese, suposto enriquecimento ilícito da administração.

Tal argumento, no entanto, não procede. Basta ver que o alegado *enriquecimento* do poder público nem mesmo é *ilícito*. Afinal, é a própria Lei nº 8.666/1993 que exclui a possibilidade de indenização ao contratado que haja concorrido para a nulidade da avença. De fato, se a lei exonera a administração do dever de pagar ao contratado responsável pelo vício, não se pode dizer que haja, nesse caso, locupletamento indevido da entidade pública, em detrimento do patrimônio alheio.

O argumento do enriquecimento ilícito não encontra fundamento no direito positivo. A rigor, tal alegação parte do pressuposto de que seria *injusto* o contratado não receber pela execução do objeto pactuado, ainda que tenha dado causa à nulidade da licitação ou do contrato. Sucede que o exame do problema desde a perspectiva da *justiça* ou da *injustiça* do pagamento ao contratado de má-fé demanda a análise de aspectos que são comumente desconsiderados pelos defensores da alegação em referência.

As ponderações de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves a respeito da matéria são significativas:

> Tratando-se de contratado que tenha agido com má-fé em conluio com o agente público, praticando o ato em dissonância da lei e visando ao benefício próprio em detrimento do interesse público, terá ele a obrigação de restituir tudo o que recebeu em virtude do contrato. (...) No que concerne a

[4] A Medida Provisória nº 495/2010 acrescentou ainda outro escopo à licitação: "a promoção do desenvolvimento nacional".

> um possível enriquecimento ilícito do Poder Público, é inevitável a constatação de que o acolhimento desse entendimento acabaria por tornar legítimo o constante descumprimento dos princípios da legalidade e da moralidade, fazendo que sejam sistematicamente suscitados os possíveis benefícios auferidos pelo ente público, o que relegaria a infringência dos vetores básicos da probidade a plano secundário. Identificada a má-fé do contratado, não há que se falar em enriquecimento ilícito do Poder Público, já que este pressupõe um empobrecimento ilegítimo, derivado da lesão ao patrimônio daquele que se viu injustamente espoliado. Restando demonstrado que o contratado concorrera para o aperfeiçoamento do ato ilícito que gerou o enriquecimento de outrem, como seria possível sustentar a justiça de eventual recomposição patrimonial? Preserva-se-iam a moralidade e a equidade premiando-se a perspicácia do contratado de má-fé?[5]

A circunstância de o contratado de má-fé não ter direito a receber pela execução da avença ilegal guarda coerência com a máxima segundo a qual a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Fosse-lhe reconhecido aquele direito, o particular responsável pela ilicitude acabaria premiado por sua conduta. Com efeito, tiraria ele proveito da contratação realizada em desigualdade de condições com os demais interessados em pactuar com o poder público, auferindo inclusive lucro superior ao normal, visto não ter nem mesmo suportado parcela significativa do custo do seu negócio. É que o beneficiário de licitação dirigida ou indevidamente dispensada não se submete ao risco inerente ao seu ramo de atividades, na medida em que tem desde o início a certeza de que o contrato será celebrado.

É relevante a observação de que o pagamento realizado ao contratado de má-fé viola o direito dos demais interessados à igualdade de oportunidades para pactuar com a administração. Como dito, consoante o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se tanto a "garantir a observância do princípio constitucional da isonomia" quanto a "selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração". Fosse essa última a única finalidade do processo licitatório, até seria possível cogitar do pagamento ao contratado responsável pela ilicitude, em razão da execução do objeto avençado, com proveito para a entidade pública. Contudo, a necessidade de garantir a observância da isonomia entre os interessados em licitar não autoriza seja recompensado o particular culpado pela ilicitude, ainda que o poder público tenha eventualmente sido beneficiado por alguma prestação. E isso porque o direcionamento da licitação ou a sua dispensa indevida dão-se em detrimento dos

[5] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 436-437.

demais interessados na contratação, com inafastável prejuízo para o princípio da igualdade.

No direito privado, há tradicional hipótese em que o devedor, mesmo tendo recebido a prestação pactuada, tem direito à repetição, não apenas do preço pago, mas de duas vezes esse valor. Efetivamente, o devedor que for demandado, no todo ou em parte, por dívida já paga, tem direito a receber do credor o dobro do valor cobrado, conforme o art. 940 do Código Civil e o parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor.[6] Ressalte-se que tal hipótese, em certo sentido, é análoga à do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993, embora bem mais gravosa, por prever que o valor a restituir seja duplicado. A diferença está apenas em que, executado o contrato, ali, o direito à devolução em dobro do pagamento realizado surge com a cobrança indevida, ao passo que, aqui, o pagamento era desde o início indevido, em face da nulidade da contratação. Essa diferença, porém, não explica a razão de não se opor, também quanto à regra do direito privado, o argumento do enriquecimento ilícito do devedor, em detrimento do credor de má-fé.

O fato é que a regra do direito privado cumpre papel legítimo: coibir prática abusiva na cobrança de dívidas. Mas, parece ainda mais importante a função do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993: assegurar a higidez das contratações realizadas pela administração pública, desestimulando condutas que importem a frustração da licitude de processos licitatórios ou a sua dispensa indevida. Daí por que o reconhecimento da ocorrência de prejuízo ao erário, quando da realização de pagamento com base em contratação eivada de ilegalidade, corresponde também a decorrência do princípio da moralidade administrativa.

6. Conclusão

Como se vê, hipóteses como a frustração da licitude de processo licitatório e a dispensa indevida de licitação configuram causas autônomas de lesão ao patrimônio público. De fato, as Leis nºs 4.717/1965 e 8.429/1992 preveem tais condutas entre aquelas que acarretam prejuízo ao erário, por si sós, independentemente da ocorrência de superfaturamento ou inexecução do objeto contratual.

---

[6] Eis a redação do art. 940 do Código Civil: "aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição".
De outra parte, confira-se o texto do parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor: "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

A Lei nº 8.666/1993 confirma essa interpretação, ao estabelecer que a anulação do certame, por vício de ilegalidade, em regra, não gera obrigação de indenizar. Tendo havido execução do contrato, a indenização somente será devida ao contratado a quem não seja imputável a ilegalidade. Se o contratado estiver de má-fé, na terminologia empregada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não lhe será devido pagamento algum. Logo, se o pagamento tiver sido indevidamente realizado, a administração pública terá sofrido perda patrimonial, afigurando-se necessário o ressarcimento integral do dano.

É importante sublinhar que a retenção ou a repetição do preço não importam o enriquecimento ilícito do poder público. Trata-se de medidas legítimas, autorizadas pelo ordenamento jurídico, as quais cumprem, além do mais, o importante papel de assegurar, não apenas a prevalência da proposta mais vantajosa para a administração, mas também a isonomia entre os interessados em contratar com a entidade pública, em homenagem ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

Referências

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.