



Adrielly Marcel Silva Nunes

**UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS
DA UNIÃO (TCU) SOBRE A APLICAÇÃO E O CONCEITO DO
LUCRO ILEGÍTIMO**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
orientação da Professora Laís
Menegon Youssef.**

**SÃO PAULO
2024**

Aos meus pais, Josias e Adriana, que não apenas me criaram, mas me ensinaram a viver.

Ao meu irmão, Lucas, por me ensinar o verdadeiro significado do amor.

Aos meus avós, Josué, Luzia, João e Lúcia, que me ensinaram que não posso ter medo da vida e que preciso vivenciar cada momento com intensidade. Vocês tornaram este mundo um lugar mais acolhedor para se viver.

Aos sonhadores, que, assim como eu, não se resignam com facilidade, mas buscam a transformação diante da dificuldade.

COR.RUP.ÇÃO (sf)

1. Ato ou resultado de corromper; corrompimento, corruptela. 2. Decomposição de matéria orgânica, geralmente causada por microrganismos; putrefação. 3. Alteração das características de algo; adulteração. 4. Degradação de valores morais ou dos costumes; devassidão, depravação. 5. Ato ou efeito de subornar alguém para vantagens pessoais ou de terceiros. 6. Uso de meios ilícitos, por parte de pessoas do serviço público, para obtenção de informações sigilosas, a fim de conseguir benefícios para si ou para terceiros.

(MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa)

AGRADECIMENTOS

Escrever esta monografia foi, com certeza, um dos trabalhos mais desafiadores de toda minha graduação. Ela é fruto de um esforço coletivo, construído com o apoio e dedicação de muitas pessoas. Sem elas, essa jornada teria sido imensamente mais difícil e, talvez, menos significativa. Assim, deixo aqui meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que, com carinho e generosidade, fizeram parte deste percurso, contribuindo de maneira única e insubstituível para que esta pesquisa se tornasse realidade.

Antes de tudo, gostaria de agradecer aos meus maiores exemplos e razões de viver: meus pais, Josias Sobrinho da Silva e Adriana Silva. Sem o amor, a dedicação e o suporte incondicionais que vocês me ofereceram, nada disso teria sido possível. Meu eterno agradecimento por serem meu lar, minha inspiração e meu maior motivo para perseguir e realizar grandes conquistas. Obrigado por acreditarem no meu potencial e, mais importante, por nunca permitirem que eu desistisse, mesmo nos momentos em que fraquejei e duvidei de mim mesma. Sou porque vocês são.

Agradeço ao meu irmão, Lucas Marcel Silva Nunes, por ser a melhor coisa que aconteceu na minha vida. Com você, aprendi o verdadeiro significado do amor. Desde o dia em que você nasceu, eu soube que nunca mais estaria sozinha. Obrigada por ser minha outra metade e meu melhor amigo.

À minha madrinha, Rosy Ariane Marcel da Silva, dedico meus mais sinceros agradecimentos por seu amor incondicional e suporte em todos os momentos. Ao meu tio, Josué Nunes Junior, minha gratidão por ser um amigo leal e um apoiador constante. À minha prima Adriana Nunes de Souza e ao meu tio Alan Gutemberg da Silva, agradeço pelo incentivo e pela confiança em mim. Aos meus queridos avós, Luzia Oliveira da Silva e Josué Nunes da Silva, Lúcia Helena da Silva e João Batista da Silva, todo o meu amor e reconhecimento — vocês são minha maior inspiração e força.

Ao longo da escrita desta monografia, enfrentei inúmeros desafios. Felizmente, tive o privilégio de contar com a orientação da Laís Menegon Youseff, cuja contribuição foi essencial para o desenvolvimento deste trabalho. Esta pesquisa certamente não teria o mesmo significado sem suas valiosas orientações e direcionamentos.

Meus sinceros agradecimentos à Escola de Formação Pública e à Sociedade Brasileira de Direito Público por me proporcionarem a chance de participar de um projeto tão transformador. Sem dúvida, foi a melhor experiência da faculdade.

Agradeço à Mariana Vilella e à nossa membra honorária, Laura. Mari, você é uma verdadeira inspiração como educadora. Sou grata por todas as conversas que compartilhamos, que sempre me levaram a refletir e a enxergar questões por novas perspectivas. Minha gratidão ao Yasser Gabriel por despertar em mim um novo interesse pelo direito administrativo, tornando-o algo legal de se estudar. Agradeço pelas conversas que enriqueceram esta pesquisa, pelos momentos descontraídos falando sobre Legos e por sempre trazer leveza e bom humor às aulas da EFp com suas piadas nerds e cultura pop. Agradeço à Manuella Faray por todo o apoio ao longo desta jornada. Obrigada pelas trocas de ideias, pelas conversas inspiradoras nos momentos mais desafiadores e pelo incentivo constante, que me deram força para seguir em frente.

Agradecimentos especiais aos meus queridos amigos “efpops” da vigésima sétima turma da EFp, que tornaram essa jornada ainda mais especial. Meu carinho à Abel Costa Marinho, Diego Henrique Valenzuela Ortega, Isadora Coelho Lemos e Carvalho, Lara da Cruz Farias, Luiza Cerniauskas e Vinícius Castro Souza. Cada um de vocês ocupa um lugar especial em meu coração. Sou profundamente grata pelos momentos compartilhados, desde os nossos inesquecíveis cafezinhos no Sesc até as intensas discussões acadêmicas. A amizade e o apoio de vocês foram pilares importantes nesta caminhada, e levarei comigo cada lembrança e aprendizado com muito carinho.

À minha tutora, Karoline Torres Ferreira, minha sincera gratidão pelo companheirismo e dedicação ao longo desta jornada. Agradeço pela sua paciência, pelas palavras de incentivo e por estar sempre disponível para me apoiar.

À professora Juliana Bonacorsi de Palma, minha sincera gratidão pela aula inspiradora que despertou meu interesse e guiou a escolha do tema desta pesquisa. Agradeço também pela generosidade em dedicar uma tarde para ler e comentar meu trabalho. Suas orientações foram fundamentais para a construção e aprimoramento desta pesquisa. Seu compromisso e dedicação ao ensino são uma fonte contínua de inspiração para mim.

Não poderia deixar de expressar minha profunda gratidão à Professora Michelle Asato Junqueira, minha orientadora acadêmica e mentora de vida. Foi sob sua orientação que descobri e me apaixonei pelo universo da pesquisa. Agradeço profundamente por toda a trajetória que construímos juntas; se hoje sou uma pesquisadora, devo isso à sua dedicação, incentivo e ensinamentos inestimáveis.

Gostaria de aproveitar este momento para manifestar minha mais sincera e profunda gratidão a todos os mestres e mestras que contribuíram para minha formação, desde os primeiros passos na educação fundamental até os desafios e aprendizados da vida acadêmica. A realização deste trabalho é resultado direto do impacto transformador que cada um de vocês teve em minha trajetória. Meu reconhecimento especial à Poliana Carvalho, minha primeira professora de redação, que despertou em mim o gosto pela escrita e a base essencial para o desenvolvimento do pensamento crítico.

Não posso deixar de agradecer também aos mestres que encontrei na graduação e que, com seus ensinamentos e orientações, moldaram meu percurso acadêmico e pessoal: Adilson José Moreira, Ana Cláudia Silva Scalquette, Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, Bruna Soares Angotti Batista de Andrade, Bruno Cesar Lorencini, Diogo Rais Rodrigues Moreira, Eduardo de Moraes Sabbag, Everton Luiz Zanella, Flávio Leão Bastos Pereira, Gabrielle Jacobi Kölling e Pedro Buck Avelino. Cada um de vocês desempenhou um papel indispensável na minha formação, e levo comigo o impacto de seus ensinamentos para além deste trabalho.

Esta pesquisa não seria a mesma sem a contribuição de Gabriela Pepis Belinelli. Agradeço pelos comentários atentos, pelas sugestões valiosas e pelo cuidado dedicado ao desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço à Universidade Presbiteriana Mackenzie que é, sem dúvida, um dos lugares mais especiais da minha vida. É meu lar acadêmico, onde encontrei apoio para desenvolver meus projetos e sonhos. Meu coração, sem dúvidas, é feito de tijolinhos vermelhos.

Gratidão às minhas amigas mackenzistas, Francine Namie Kashima Affonso, Giovanna Calderon do Nascimento e Luiza Calvo Alba, por tornarem essa jornada acadêmica muito mais leve e especial. Obrigado por cada conversa, cada risada,

cada apoio nos momentos difíceis e por celebrarem comigo todas as minhas conquistas.

Agradeço de coração às minhas amigas Emanuele Vitória Ma. Rodrigues Portela e Manuella Faray de Aquino Rodrigues dos Santos, que se tornaram minha família aqui em São Paulo. Este ano foi cheio de desafios, e se eu consegui me manter de pé, foi porque vocês estiveram ao meu lado, me apoiando em todos os momentos. Sou imensamente grata pela amizade e pelo suporte incondicional que recebo de vocês.

Ao Paulo Henrique Maldanis Ferreira, minha mais sincera gratidão por tudo que aprendi ao seu lado, especialmente sobre o universo da pesquisa. Agradeço por me acompanhar nas etapas finais desta monografia, pelas discussões que enriqueceram meu trabalho e pela leitura atenta de tantas versões. Sua dedicação e parceria foram essenciais para que este trabalho ganhasse forma e significado.

Aos meus amigos de uma vida inteira, Ana Laura Rezende Costa, Luiara Cássia Soares de Souza, Jessica Cristina Soares de Souza, Gabriella Araujo de Oliveira, Isabela Oliveira Ferreira e Vinícius José Caixeta Tavares, meu mais sincero agradecimento por estarem presentes em todos os momentos da minha trajetória. Obrigada por acreditarem nos meus sonhos, por mais mirabolantes que sejam. Amo vocês com todo o meu coração!

Por fim, minha gratidão à rainha da sofrência e do meu querido Goiás, Marília Mendonça, que esteve comigo em cada momento da redação desta pesquisa. Este é também um tributo à sua arte, que inspirou, acolheu e deu ritmo a esta jornada.

Resumo: Esta monografia tem como objetivo compreender o conceito e a aplicação do instituto do lucro ilegítimo no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU. Por meio da metodologia de análise de jurisprudência e revisão bibliográfica, tem como objetivo investigar a fundamentação e os critérios adotados pelos ministros para reconhecer a aplicação do lucro ilegítimo e suas bases jurídicas no ordenamento brasileiro. Além disso, é explorada a relação entre esse instituto e a determinação de restituição de valores obtidos de forma ilícita em processos licitatórios e contratos administrativos marcados por irregularidades. Nesse cenário, os dados apontaram que o Tribunal de Contas da União tem recorrido a teorias do direito restitutivo, destacando-se a teoria do disgorgement, importada de países de common law, para embasar a aplicação do lucro ilegítimo. Foi revelado, também, que o instituto possui uma relação direta com a Operação Lava Jato, já que os casos analisados estão diretamente ligados às irregularidades descobertas durante as investigações dessa operação. Essa conexão evidencia o papel de destaque do tribunal, que se posicionou em favor da aplicação da restituição de valores obtidos indevidamente, como medida para tratar as irregularidades identificadas. Tal atuação reforça sua contribuição no combate à corrupção e na recuperação de recursos desviados da administração pública.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União; Lucro ilegítimo; Disgorgement; Corrupção.

Sumário

Apresentação	11
Introdução	14
1. Procedimento metodológicos.....	18
1.1 Definição do Problema de Pesquisa.....	19
1.2 Composição e seleção da amostra	20
1.3 Critérios de análise dos acórdãos do Tribunal de Contas da União	26
1.4. Etapas orientadoras na elaboração da monografia	28
2. As bases jurídicas do conceito de lucro ilegítimo no sistema jurídico brasileiro.....	29
2.1. Uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores acerca do lucro ilegítimo	31
2.1.2. Superior Tribunal de Justiça.....	32
2.1.3. Supremo Tribunal Federal	33
2.2. Uma análise do ordenamento jurídico acerca do lucro ilegítimo	34
2.2.1. Uma noção sobre restituição.....	35
2.2.2. Uma noção do disgorgement no Código Civil.....	38
2.2.3. Uma noção de lucro ilegítimo no Código Civil	41
3. O lucro ilegítimo no Tribunal de Contas da União.....	46
3.2. O conceito de lucro ilegítimo para o Tribunal de Contas da União.....	48
3.3. Aplicação do lucro ilegítimo nas decisões.....	53
3.3.1. Os casos por trás dos acórdãos: uma análise do contexto	53
3.3.2. Acórdão 1835/2024.....	53
3.3.3. Acórdão 1216/2024.....	54
3.3.4. Acórdão 516/2024	55
3.3.5. Acórdão 11498/2023.....	56
3.3.6. Acórdão 1615/2023.....	57
3.3.7. Acórdão 1115/2023.....	58
3.3.8. Acórdão 758/2023	59
3.3.9. Acórdão 1842/2022.....	60
3.3.10. Acórdão 491/2022.....	61

3.3.11. Acórdão 2436/2021.....	62
3.3.12. Acórdão 2316/2021.....	63
3.3.13. Acórdão 627/2021.....	65
3.3.14. Acórdão 130/2019.....	65
3.3.15. Acórdão 1306/2017.....	66
3.4. Análise quantitativa da aplicação do lucro ilegítimo.....	67
3.5. O fato gerador para a configuração do lucro ilegítimo	69
3.6. Fundamentação da Aplicação do lucro ilegítimo.....	72
3.6.1. Premissas dos ministros na fundamentação do lucro ilegítimo	72
3.6.2. Aplicação do lucro ilegítimo e as teorias do disgorgement e do produto bruto mitigado nas decisões do TCU.....	76
3.7. Legislação citada no que tange o lucro ilegítimo	81
3.7.1 Artigo 59 da Lei 8666/1993	82
3.7.2. Artigos 148 e 149 da Lei nº 14.133/2021	87
3.7.3. Artigo 884 do Código Civil	89
3.7.4. Acórdãos paradigmáticos que incorporam dispositivos complementares na fundamentação do lucro ilegítimo pelo TCU.....	90
3.8. Natureza do lucro ilegítimo.....	94
3.9. Competência do TCU para tratar de lucro ilegítimo	98
4. O lucro ilegítimo e a relação com a Lava Jato segundo uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.....	103
4.1 Cartéis e Fraudes à licitação	106
4.2 Órgão e entidade lesada	110
Considerações Finais	111
Referências	113
Anexo – Decisões do TCU organizadas por palavras-chave	116

APRESENTAÇÃO

A corrupção corresponde a um fenômeno social, político e econômico que constitui um obstáculo para a eficácia dos direitos fundamentais na sociedade brasileira e influencia negativamente o desenvolvimento de uma comunidade livre, justa e solidária.¹ Sua prática degrada a confiança dos indivíduos na noção de Estado Social e Democrático de Direito, uma vez que remete ao comportamento humano de conceder ou receber compensações indevidas do setor público ou privado em benefício próprio ou de conhecidos. Esses desvios comprometem não apenas o desenvolvimento econômico e social, mas agrava a desigualdade, e os direitos fundamentais previstos na legislação, muitas vezes, não se materializam na vida cotidiana dos cidadãos. Esse é exatamente o cenário que o Brasil vem enfrentando nos últimos anos, o que o classifica como uma das nações mais afetadas pela corrupção.

Nesse contexto, as páginas que se seguem são consequência de uma profunda reflexão coletiva e de minha curiosidade acadêmica sobre a relação do Tribunal de Contas da União (TCU) com o combate à corrupção. Mais especificamente, este trabalho explora o papel do controle externo no reconhecimento do lucro ilegítimo em esquemas de corrupção, como fraudes em licitações e contratos viciados. À primeira vista, relacionar a corrupção com o TCU pode parecer um tema inusitado ou até mesmo desconexo com o foco principal desta monografia. No entanto, foi justamente a partir dessa motivação inicial que, ao aprofundar meus estudos, cheguei ao tópico do lucro ilegítimo.

Talvez você, leitor(a), esteja se perguntando por que o meu interesse em estudar a corrupção resultou em uma pesquisa no campo do Direito Administrativo, mais especificamente em uma análise da jurisprudência do TCU. Quando ingressei na Escola de Formação Pública, estava convencida de que pesquisaria um tema relacionado ao Direito Penal. No entanto, durante a minha participação no Grupo Público e nos debates sobre os desafios do

¹ O artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como objetivos fundamentais: "I - construir uma sociedade livre, justa e solidária".

controle externo, percebi a importância que o Direito Administrativo e as instituições de controle possuem para a consolidação de um Estado Social e Democrático de Direito íntegro e transparente. Essas reflexões me levaram a (re)direcionar o meu foco de pesquisa. Pude compreender, a partir dos debates promovidos pelo referido grupo, que o TCU desempenha um papel fundamental na fiscalização dos recursos públicos e na promoção da transparência governamental.

Contudo, o tema final desta monografia só foi se consolidar durante uma aula da professora Juliana Palma, após um período de intensa angústia, reflexão e de diversas ideias desconexas. Na ocasião, discutíamos o direito ao erro por parte de gestores públicos, com base no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966. A professora comentou sobre a existência do lucro ilegítimo, especialmente em casos analisados pelo TCU no âmbito da Operação Lava Jato. Essa discussão despertou o meu interesse e direcionou a minha pesquisa para compreender como a referida instituição atua no reconhecimento do lucro ilegítimo em casos de empresas que fraudaram os processos licitatórios e firmaram contratos viciados com a administração pública. Percebi, então, que esse é um assunto de grande relevância e ainda pouco explorado no direito público brasileiro, o que reforçou a minha motivação para aprofundá-lo em minha monografia.

Aproveito para expressar, aqui, o meu desejo de transformar este estudo em um diário de pesquisa. Ao longo das páginas, compartilho cada etapa da construção dos meus argumentos, desde os primeiros passos da investigação até os desenvolvimentos mais complexos. Também relato as descobertas que tive ao longo do caminho, os desafios que superei e os momentos de reflexão que tive e que moldaram o rumo da pesquisa. Meu singelo intuito é que esta monografia não seja apenas um estudo acadêmico-científico, mas também um registro do processo de aprendizado e das reflexões que acompanharam a minha jornada para concretizá-la.

Sendo assim, a partir deste momento, convido-o(a) a acompanhar esta pesquisa sob uma perspectiva em primeira pessoa do singular. Com essa

abordagem, pretendo tornar o conteúdo mais acessível e cativante, permitindo que todos os interessados no tema, especialmente os estudantes de Direito (em qualquer etapa de sua formação), possam interagir mais profundamente com os tópicos apresentados. Ao compartilhar minhas experiências e reflexões, espero estimular o pensamento crítico e fomentar discussões significativas sobre o papel das instituições de controle no combate à corrupção. Espero, por fim, que esta monografia não apenas informe, mas também inspire e enriqueça o entendimento de cada leitor(a) sobre a importância da integridade nas atividades desenvolvidas pelo gestor público na administração da coisa pública.

Adrielly Marcel Silva Nunes

São Paulo, novembro de 2024

Introdução

A Petrobrás (Petróleo Brasileiro S/A), maior estatal brasileira, tornou-se, paradoxalmente, o epicentro de um dos mais emblemáticos casos de corrupção da história do país, no qual recursos públicos foram desviados em benefício de agentes políticos e grupos empresariais, resultando em lucros ilegítimos e prejuízos significativos ao erário. O ano era 2007. Com planos ambiciosos para fortalecer sua atuação na exploração em águas profundas, a Petrobras anunciou a construção do navio-sonda Vitória 10.000, um projeto bilionário orçado em US\$616 milhões. Contudo, enquanto o futuro promissor parecia se desenhar, nos bastidores, um esquema de corrupção ganhava forma, tecendo uma rede de favorecimentos e desvios financeiros.

Em 2004, o Banco Schahin concedeu um empréstimo de R\$12 milhões ao empresário José Carlos Bumlai, cujo real beneficiário era o Partido dos Trabalhadores. A quitação ilícita do empréstimo foi viabilizada em 2009, pelo direcionamento da contratação do Grupo Schahin, para operar o navio-sonda Vitória 10.000. Em 2014, com o avanço das investigações da operação Lava Jato², a fraude foi desvendada, expondo um esquema de propinas envolvendo executivos da Petrobras, dirigentes do Grupo Schahin e agentes políticos, com manipulação do processo licitatório para favorecer o grupo.³ Além de violar princípios como a moralidade e a isonomia, as contratações causaram prejuízos significativos ao erário, com superfaturamento e obtenção de lucros ilícitos.⁴

² AUDITORIA da Petrobras comprovou contrato fraudado para beneficiar Schahin. *UOL Notícias*, 26 nov. 2015. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/11/26/auditoria-da-petrobras-comprovou-contrato-fraudado-para-beneficiar-schahin.htm> Acesso em: 05. nov. 2024.

³ Descrição do caso que deu origem à auditoria abordada no Acórdão 1306/2017. Nesse contexto, confira: BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1306/2017*, Plenário. Relator: José Múcio Monteiro, 21 de junho de 2017.

⁴ Em 2017, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do acórdão 1306/2017, declarou nulos os contratos fraudulentos e determinou a devolução dos valores desviados com base no conceito de disgorgement, reafirmando a importância de combater a corrupção, recuperar lucros ilícitos e garantir a proteção ao patrimônio público. Ver nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1306/2017*, Plenário. Relator: José Mucio Monteiro, 21.06.2017.

Infelizmente, acompanhar nos noticiários novos desdobramentos de esquemas de corrupção como este, envolvendo instituições democráticas, tornou-se parte do cotidiano. Essa recorrência faz com que tais escândalos sejam, em grande parte, naturalizados na sociedade brasileira, e refletem uma triste realidade: a frequência com que práticas ilícitas têm permeado as relações entre o setor público e privado. Em um contexto marcado pela instabilidade política e pela deterioração da confiança nas instituições públicas, este trabalho traz à tona um tema ainda pouco explorado pelos pesquisadores de Direito Público, porém indispensável para o avanço no combate à corrupção no país: a análise do entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre os lucros obtidos de forma ilegítima em contratações marcadas por atos ilícitos.

Pouco se fala do TCU quando o assunto é corrupção. Se o tema é debatido, imediatamente, somos remetidos a pensar em instituições como o Ministério Público, a Polícia Federal e o Poder Judiciário, relegando uma posição secundária à instituição de contas. Contudo, sua atuação é fundamental, especialmente na identificação de irregularidades em contratos públicos, na responsabilização de gestores⁵ e no ressarcimento de valores desviados. Essa visão restrita de seu protagonismo evidencia a necessidade de aprofundar estudos que investiguem a sua relevância no fortalecimento da integridade administrativa e na prevenção de práticas ilícitas.

Foi essa inquietação que me levou a escolher o TCU como objeto de estudo nesta pesquisa. Sempre me perguntei como os lucros ilegítimos obtidos por empresas mal-intencionadas eram interpretados e tratados, e essa busca me fez perceber neste tribunal o lugar ideal para encontrar respostas e aprofundar essa análise. Partindo dessa reflexão, com o objetivo de delimitar meu objeto de estudo, a problemática central que pretendo enfrentar nesta monografia é a maneira pela qual o TCU interpreta e aplica o conceito de lucro ilegítimo em contratos maculados por irregularidades.

⁵ YOUSSEF, Laís Menegon. *As Parcerias de Desenvolvimento de Produto (PDP) de medicamento aos olhos do Tribunal de Contas da União: quais os principais questionamentos do TCU sobre as PDP?* Disponível em <https://sbdp.org.br/publication/as-parcerias-de-desenvolvimento-de-produto-pdp-de-medicamento-aos-olhos-do-tribunal-de-contas-da-uniao-quais-os-principais-questionamentos-do-tcu-sobre-as-pdp/>. Acesso em: 08.nov.2024.

No processo de investigação sobre o instituto do lucro ilegítimo, percebi uma significativa lacuna teórica. Essa observação decorre do fato de que, ao explorar a literatura jurídica tradicional⁶ e pesquisar em bancos de dados acadêmicos por artigos científicos e teses⁷, não encontrei uma definição clara e explícita que abordasse diretamente a situação-problema em questão.⁸

Portanto, a singularidade deste trabalho reside na missão desafiadora de explorar o conceito de lucro ilegítimo sob a perspectiva do TCU. Meu objetivo é investigar sua definição e aplicação para oferecer uma compreensão mais clara e fundamentada acerca de sua caracterização e tratamento no âmbito jurídico-administrativo brasileiro. Com isso, espero contribuir para o fortalecimento do debate do tema na comunidade jurídica e ampliar as bases teóricas e práticas para sua análise e aplicação.

⁶ Essa afirmação é fundamentada em uma pesquisa realizada no dia 18 de outubro de 2024, em doutrinas e manuais de direito administrativo. A pesquisa foi realizada no site Minha Biblioteca (<https://minhabiblioteca.com.br/>), utilizando a palavra-chave "lucro ilegítimo". É importante destacar que o tema pode não estar completamente esgotado e que outras fontes e termos de pesquisa podem não ter sido identificados na busca realizada. Os materiais examinados incluem, principalmente, o recurso digital de pesquisa por termo específico com a palavra-chave "lucro ilegítimo", ver nesse sentido: ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 37. ed. Barueri, SP: Atlas, 2023; BETTI, Bruno. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024; MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023; MACIEL, Igor Moura. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: SaraivaJur, 2023; ROSSI, Licínia. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024; DALENOGARE, Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: SaraivaJur, 2024; KNOPLock, Gustavo Mello. *Manual de direito administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Método, 2018; BERWIG, Aldemir. *Direito administrativo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2019; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito administrativo*. 12. ed. Barueri, SP: Atlas, 2023; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024; SOUSA, Cássio Vinícius Steiner de et al. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sagah, 2019; HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. *Direito Administrativo*. Barueri, SP: Manole, 2011. GASPARI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo: pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2015; PIRES, Antonio Cecilio Moreira. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁷ Para aprofundar ainda mais a pesquisa, realizei uma análise complementar abrangendo todos os periódicos relevantes nas áreas de direito administrativo, constitucional, público e jurídico em geral, registrados na plataforma Sucupira. Ao todo, foram examinados 54 periódicos, incluindo publicações classificadas até o nível Qualis B1. Para ver o conteúdo da pesquisa [\[clique aqui\]](#).

⁸ Angustiado com a ausência de previsão legal e de referencial teórico, recorri à Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) em busca de algum direcionamento para a construção do conceito de lucro ilegítimo. No entanto, mais uma vez, não obtive resultados satisfatórios.

Dada a delimitação da problemática aqui apresentada, a metodologia que empreguei nesta monografia é a análise de jurisprudência. Ela se mostra apropriada para examinar como as decisões do TCU tratam o instituto do lucro ilegítimo, uma vez que permite responder à questão central e atingir os objetivos propostos. Além disso, como parte da metodologia, realizei uma revisão bibliográfica em fontes como periódicos, doutrinas e jornais, com o propósito de compreender a teoria jurídica do *disgorgement*, importada de sistemas jurídicos da *common law*. Considero a análise dessa teoria importante para entender os fundamentos adotados pelos ministros no que diz respeito à restituição de lucros obtidos ilegitimamente, promovendo uma reflexão mais ampla sobre sua aplicação no direito brasileiro.

Em face do exposto, a monografia está organizada em seis seções, incluindo esta introdução e a conclusão. Em primeiro lugar, apresento os procedimentos metodológicos que orientam a pesquisa. Na sequência, analiso as bases jurídicas do lucro ilegítimo e da teoria do *disgorgement*, examinando sua aplicação na legislação brasileira e em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em um terceiro momento, desenvolvo a análise empírica, investigando como o lucro ilegítimo é tratado nas decisões dos ministros do TCU. Por fim, discuto a relação entre o lucro ilegítimo e os casos investigados pela Operação Lava Jato, destacando a sua importância no enfrentamento à corrupção.

1. Procedimento metodológicos

Para desenvolver esta monografia, adotei a metodologia de análise de jurisprudência para examinar como o TCU, no exercício de sua função de controle externo, interpreta o conceito de lucro ilegítimo. Tal metodologia consiste na coleta e no exame de decisões judiciais, aplicando técnicas específicas para extrair informações relevantes sobre um problema jurídico. Ela configura uma pesquisa descritiva e exploratória, que visa construir um panorama detalhado de uma situação-problema específica.⁹ Assim, cabe destacar que, neste estudo, a análise de jurisprudência tem como objetivo responder às problemáticas da pesquisa exclusivamente por meio da análise dos julgados do TCU.¹⁰ Nesse sentido, Juliana Bonacorsi de Palma, Marina Feferbaun e Victor Marcel Pinheiro argumentam que:

Ao se realizar uma pesquisa acadêmica de jurisprudência, busca-se identificar de qual modo um ou mais tribunais compreendem um instituto jurídico, revelando-se eventuais posições consolidadas, divergências entre diferentes órgãos, incoerências nos julgamentos etc. Não se trata apenas de selecionar os casos considerados mais importantes que reforcem uma tese jurídica.¹¹

Dessa forma, busco apresentar as conclusões — ainda que não definitivas — da pesquisa acerca do lucro ilegítimo com base nos resultados obtidos a partir da jurisprudência do TCU, utilizando critérios de análise objetivos. No entanto, em um trabalho acadêmico de natureza científica,

⁹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 141.

¹⁰ Os julgados, neste contexto, referem-se aos acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme explicado por Juliana Palma: 'o julgado é sempre direito aplicado. Julgados não são tomados como exercícios argumentativos 'em tese', mas sempre a partir de um caso concreto e visando à solução do problema que ele apresenta (...) o julgado resulta de uma escolha interpretativa. De modo geral, julgados são direcionados a casos conflituivos, com partes em disputa. Sobre o mesmo conjunto de normas — preceitos da Constituição, leis, decretos, regulamentos, súmulas, cláusulas contratuais etc. — são construídas interpretações diversas que podem levar a resultados diametralmente opostos. O julgado exprime a escolha da autoridade competente da interpretação mais adequada ao caso concreto, que pode ser a apresentada por uma das partes ou não. Ver nesse sentido: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

¹¹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 141.

limitar-se aos resultados não é suficiente. Trabalhos científicos devem incluir todas as informações necessárias para que o percurso metodológico possa ser compreendido e reproduzido por outros pesquisadores, seja para validá-lo, seja para contestar as conclusões obtidas. Conclusões sem a devida fundamentação metodológica se restringem a suposições e especulações, perdendo o caráter científico.

Por isso, nesta seção, proponho detalhar a metodologia que utilizei para conduzir a minha pesquisa¹², dividindo-a em quatro elementos principais. Primeiro, apresento a pergunta de pesquisa que norteou o meu estudo; em seguida, descrevo a composição da amostra, ou seja, os dados que coletei para análise. Depois, analiso os acórdãos pertinentes e, por fim, exponho as etapas metodológicas que me guiaram na elaboração desta monografia.

1.1 Definição do Problema de Pesquisa

Com a temática e a metodologia da pesquisa devidamente delimitadas, cabe agora estabelecer o problema central que motivou minha investigação. Iniciei minha análise a partir da reflexão sobre um problema e da formulação da pergunta de pesquisa, com o objetivo de buscar uma resposta lógica por meio do estudo de julgados do TCU sobre o lucro ilegítimo. Portanto, a pergunta de pesquisa que orientou o desenvolvimento desta monografia foi:

Como o lucro ilegítimo é interpretado e aplicado nas decisões do Tribunal de Contas da União?

¹² A metodologia de um estudo é o próprio percurso da pesquisa, incluindo os critérios adotados para coleta e análise de dados, entre outros elementos. Trata-se de uma investigação dentro da própria investigação. Dessa forma, os resultados apresentados devem sempre ser acompanhados por uma explicação do método utilizado. Ver nesse sentido: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica*: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

Além da pergunta central, o aprofundamento da investigação revelou questionamentos complementares essenciais para a construção de possíveis respostas ao problema principal. Nesse passo, as questões correlatas foram:

1. O particular contratado teria direito ao lucro ou apenas ao ressarcimento dos custos de execução? Se houver direito ao lucro, ele é considerado legítimo ou ilegítimo? Em caso de ilegitimidade, essa condição se aplica ao valor total do lucro ou apenas a uma parte dele?
2. Qual a natureza jurídica do lucro ilegítimo para o TCU? Para ele, a devolução dos lucros ilegítimos seria uma sanção?
3. O pagamento de lucros ilegítimos implica dano ao erário ou não? O TCU poderia, diretamente, condenar uma empresa à restituição dos lucros ilegítimos ao erário?

Ao estruturar as subperguntas, percebi que, mais do que um complemento, representam elementos essenciais na construção de critérios objetivos de análise, pois abordam aspectos que a questão central, por si só, não conseguiria abranger. Dessa maneira, ao longo da pesquisa, essas questões orientaram meus critérios de análise e, conseqüentemente, a organização dos capítulos, estabelecendo subtópicos que, ao final, convergiram para uma conclusão mais sólida e fundamentada sobre o lucro ilegítimo.

Resumidamente, por meio do cumprimento desta etapa, selecionei os filtros e parâmetros necessários para escolher os dados a serem extraídos dos acórdãos, os quais, em conjunto, possibilitam responder à pergunta central do estudo.

Em função dessas questões, na próxima subseção, explico o processo utilizado para definir a amostra de acórdãos analisados.

1.2 Composição e seleção da amostra

O material objeto de análise corresponde às decisões apanhadas no repertório de jurisprudência do TCU, disponibilizadas para consulta no site <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Realizei a consulta no dia 02 de outubro de 2024, no período das 09h às 15h, considerando a seção intitulada "Sessões e Jurisprudência". Nela, selecionei a opção "Acórdãos" e fui direcionada para a página de pesquisa integrada do TCU: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>. No campo de pesquisa, inseri entre aspas a palavra-chave "lucro ilegítimo", que resultou na localização de 13 acórdãos.

A partir dessa pesquisa inicial, identifiquei nas decisões que a fundamentação do conceito de lucro ilegítimo está amparada na teoria do *disgorgement*. Com base nessa observação, apliquei novamente a mesma ferramenta e metodologia de pesquisa, mas utilizando a palavra-chave "disgorgement", que resultou na descoberta de sete acórdãos adicionais. Para melhorar a precisão da pesquisa, decidi investigar as palavras-chave de forma combinada, isto é, "lucro ilegítimo" e "disgorgement". Essa abordagem resultou na identificação de 16 acórdãos.

É importante destacar que não foi estabelecido um marco temporal específico, pois o objetivo da pesquisa é justamente compreender o entendimento do TCU sobre o conceito e a aplicação do lucro ilegítimo. A análise busca identificar quando o termo surgiu, as diferentes fases pelas quais ele passou e o contexto de seu surgimento. Para isso, considerei todos os acórdãos encontrados, tanto de plenário quanto de câmaras.

A composição da amostra inicial, obtida através da pesquisa por palavras-chave no TCU, considerando todos os acórdãos encontrados, pode ser resumida da seguinte forma:

Quadro 1 – Composição da amostra inicial da pesquisa por palavras-chave no TCU

Palavras-chave	Quantidade
lucro ilegítimo	11 acórdãos

<i>disgorgement</i>	7 acórdãos
lucro ilegítimo E <i>disgorgement</i>	16 acórdãos
TOTAL	34 acórdãos

Fonte: elaboração própria (2024).

Embora tenha encontrado um total de 34 acórdãos, realizei o estudo por meio da construção de um banco de dados, que revelou a presença de 15 acórdãos repetidos.

Para aprimorar a qualidade da amostra, analisei a pertinência temática dos acórdãos encontrados a partir das palavras-chave. Tal estudo revelou que todos os acórdãos apresentam relação direta com o tema proposto.

Portanto, o resultado após a exclusão dos acórdãos repetidos para o estudo pode ser visualizado na seguinte sistematização:

Quadro 2 – Composição da amostra de pesquisa por palavras-chave no TCU, excluindo os acórdãos repetidos e pertinência temática

Palavras-chave	Quantidade
lucro ilegítimo	13 acórdãos
<i>disgorgement</i>	1 acórdão
Lucro ilegítimo E <i>disgorgement</i>	7 acórdãos
TOTAL	21 acórdãos

Fonte: elaboração própria (2024).

Concluído o processo de coleta e análise inicial das decisões selecionadas, obtive um total de 21 acórdãos que compuseram o conjunto inicial de análise. Na etapa de análise empírica, identifiquei alguns acórdãos que não poderiam ser estudados, por motivos impeditivos como: i) arquivamento do processo; ii) processo extinto sem resolução de mérito; iii) determinação de processo apartado e; iv) sobrestamento dos autos. No

Quadro a seguir, apresento mais detalhadamente as razões que justificam a exclusão dos acórdãos.

Quadro 3 – Motivo de descarte dos acórdãos

Acórdão	Motivo do descarte
Acórdão - 1820/2024	<p>Arquivamento do processo.</p> <p>Perda de objeto da tomada de contas, em razão de restar provada a inexistência de débito.</p>
Acórdão - 2066/2023	<p>O TCU reconheceu que as determinações do Acórdão 1615/2023 só poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado da decisão principal.</p> <p>Como essas irregularidades ainda estavam em discussão, o TCU tornou esses itens insubsistentes. Isso significa que a determinação sobre a devolução dos lucros ilegítimos foi suspensa, mas pode ser restabelecida após a decisão final do processo.</p> <p>Assim, não houve uma resolução definitiva de mérito sobre o lucro ilegítimo nos embargos, pois a questão ainda depende de decisão futura após o trânsito em julgado. O Tribunal permitiu que a Petrobras continue apresentando alegações de defesa sobre o tema.</p>
Acórdão - 69/2023	<p>Arquivamento do processo.</p> <p>O TCU verificou a existência de ações de improbidade em andamento, com a Petrobras como coautora, e condicionou o cumprimento de suas determinações à efetivação dos acordos de leniência. Assim, decidiu pelo arquivamento, considerando que a matéria já estava sendo acompanhada nos processos adequados.</p>
Acórdão - 129/2020	<p>Arquivamento do processo.</p> <p>O processo foi arquivado porque o TCU entendeu não ter competência para aplicar sanções de perdimento de bens, o que é privativo do Poder Judiciário. Além disso, os valores discutidos poderiam já estar sendo restituídos por acordos de leniência e colaboração premiada, tornando desnecessária a continuidade da tomada de contas especial. Assim, o TCU concluiu pela ausência de pressupostos para o desenvolvimento válido do processo, determinando seu arquivamento com base no art. 212 do Regimento Interno.</p>

Acórdão - 2677/2018	O Tribunal optou por abrir um processo apartado de tomada de contas especial, especificamente para investigar o valor do lucro obtido indevidamente pelo consórcio.
Acórdão - 473/2024	Os autos do processo foram sobrestados devido à pendência de julgamento em outros processos conexos que envolviam discussões mais avançadas sobre temas similares. Esse sobrestamento foi determinado pelo TCU para evitar decisões conflitantes e aguardar o desfecho dos processos relacionados, o que permitiria retomar o andamento dos presentes autos com uma base consolidada a partir das decisões já tomadas nos casos correlatos.
Acórdão - 239/2024	Arquivamento do processo. O processo foi arquivado porque a análise sobre a adesão do TCU a acordos de leniência e colaboração premiada foi transferida para um novo processo específico, resultando no desmembramento da discussão e no encerramento do caso.

Fonte: elaboração da autora (2024)

No contexto da pesquisa jurídica, a análise de jurisprudência exige, inevitavelmente, a seleção criteriosa de casos, o que implica a exclusão de determinados precedentes. Esse processo seletivo é fundamental para a adequada delimitação do objeto de estudo. Ao definir esse recorte de forma rigorosa, pude aprimorar a qualidade da investigação e adotar uma abordagem mais precisa, garantindo que os casos escolhidos fossem metodologicamente coerentes com os objetivos da pesquisa. Assim, procurei explicitar de maneira clara as razões para a exclusão de determinados julgados, apresentando justificativas consistentes que assegurem a validade e a relevância dos achados científicos.

As considerações anteriores foram fundamentais para alcançar o que considero ser o ponto central deste tópico: a definição da amostra definitiva na análise empírica da jurisprudência do TCU. Após o refinamento da amostra, selecionei 14 acórdãos que se mostraram plenamente alinhados aos

recortes metodológicos definidos e, por atenderem integralmente aos critérios estabelecidos, constituíram o objeto da análise qualitativa.¹³

Quadro 4 – Acórdãos que compuseram a amostra definitiva de pesquisa qualitativa

Palavra-chave	Acórdãos	Relator	Data de sessão
lucro ilegítimo	Acórdão 1835/2024 Plenário	Benjamin Zymler	04/09/2024
lucro ilegítimo	Acórdão 1216/2024 Plenário	Augusto Sherman	19/06/2024
lucro ilegítimo	Acórdão 516/2024 Plenário	Benjamin Zymler	27/03/2024
lucro ilegítimo	Acórdão 11498/2023 Primeira Câmara	Jhonatan de Jesus	17/10/2023
lucro ilegítimo	Acórdão 1615/2023 Plenário	Antonio Anastasia	09/08/2023
lucro ilegítimo	Acórdão 1842/2022 Plenário	Antonio Anastasia	10/08/2022
lucro ilegítimo	Acórdão 491/2022 Plenário	André de Carvalho	09/03/2022
lucro ilegítimo	Acórdão 627/2021 Plenário	Jorge Oliveira	24/03/2021
<i>disgorgement</i>	Acórdão 1306/2017 Plenário	José Mucio Monteiro	21/06/2017
lucro ilegítimo E disgorgement	Acórdão 1115/2023 Plenário	Antonio Anastasia	31/05/2023
lucro ilegítimo E disgorgement	Acórdão 758/2023 Plenário	Antonio Anastasia	19/04/2023
lucro ilegítimo E disgorgement	Acórdão 2436/2021 Plenário	Raimundo Carreiro	06/10/2021
lucro ilegítimo E disgorgement	Acórdão 2316/2021 Plenário	Bruno Dantas	29/09/2021

¹³ MARIUTTI, Francesca Raglione. *Tribunais de Contas ou Tribunais Constitucionais? Uma análise da Súmula nº 347/STF*. p. 18. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/tribunais-de-contas-ou-tribunais-constitucionais-uma-analise-da-sumula-no-347-stf/>. Acesso em: 09. nov. 2024.

lucro ilegítimo E disgorgement	Acórdão 130/2019 Plenário	Raimundo Carreiro	30/01/2019
-----------------------------------	------------------------------	-------------------	------------

Fonte: elaboração da autora (2024)

Por fim, é importante ressaltar que, devido às limitações de escopo desta pesquisa, não explorei outras palavras-chave além das já destacadas. Reconheço que podem existir outros termos relevantes para o tema em questão e que, conseqüentemente, é possível que acórdãos adicionais, pertinentes ao assunto, não tenham sido identificados nesta pesquisa.

1.3 Critérios de análise dos acórdãos do Tribunal de Contas da União

Para a leitura dos julgados, orientei-me pela pergunta de pesquisa, que foi desmembrada em variáveis específicas, as quais traduzem a metodologia adotada e serviram como guia para a análise detalhada dos acórdãos.¹⁴ Nesse contexto, realizei a catalogação dos acórdãos para chegar à amostra definitiva, e identifiquei as variáveis de pesquisa que orientaram a leitura e o fichamento dos acórdãos selecionados. Tais variáveis foram fundamentais para estruturar a análise de maneira sistemática e garantir que todos os aspectos relevantes da pesquisa fossem abordados. As variáveis¹⁵ são:

1. Palavra-chave;
2. Acórdão;
3. Nº do processo;
4. Relator;
5. Data da sessão;

¹⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 119.

¹⁵ Para acessar a planilha contendo a análise detalhada dos acórdãos, consulte o seguinte link, onde estão registrados os critérios de estudo e as principais informações extraídas de cada decisão: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1tjLbu5OGIQ8JUwCuG0cFdiQMyw3_R8jnFf_bIHh6Ow40/edit?usp=sharing.

6. Ementa/sumário;
7. Órgão/entidade/empresa do contrato/interessado;
8. Empresas/responsáveis;
9. Quem provocou à ação?
10. Fato gerador do lucro ilegítimo;
11. Os ministros consideram o TCU o tribunal competente para tratar de lucro ilegítimo?
12. Critérios utilizados pelo TCU para caracterizar o lucro ilegítimo;
13. Definição dada pelo TCU ao conceito de lucro ilegítimo;
14. Fundamentação da aplicação do lucro ilegítimo;
15. Natureza do lucro ilegítimo;
16. Qual a legislação citada no que tange ao lucro ilegítimo/restituição?
17. Tipo do contrato;
18. Há menção direta à teoria do disgorgement?
19. A teoria do disgorgement é utilizada para fundamentar o lucro ilegítimo?
20. Utiliza o disgorgement como sinônimo da teoria do produto bruto mitigado?
21. É aplicada restituição em razão de lucro ilegítimo ao caso?
22. Há relação com a Lava Jato?
23. Há citação dos clubes de cartéis?

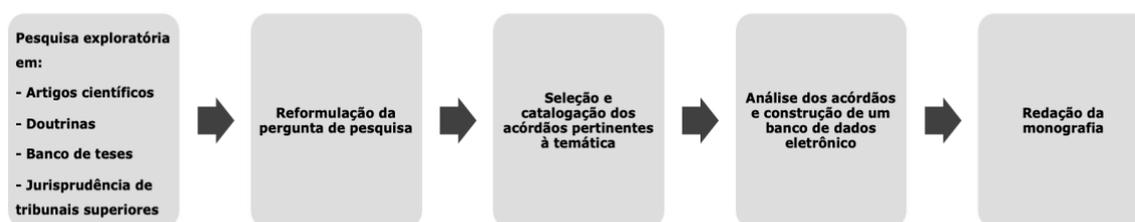
Depois de definir as variáveis, organizei-as em uma planilha do Excel, estabelecendo um sistema de catalogação para a análise dos acórdãos. Ao longo da leitura das decisões, preenchi cada variável com as informações pertinentes, o que assegurou uma organização sistemática dos dados e aprimorou a precisão metodológica da análise.

Assim, somente com a elaboração dessa base metodológica consistente que foi possível dar início à análise qualitativa dos acórdãos acerca do lucro ilegítimo no TCU. Para consolidar esse raciocínio, no próximo tópico apresento um panorama das etapas que estruturaram o desenvolvimento desta pesquisa.

1.4. Etapas orientadoras na elaboração da monografia

Seguindo a proposta que delinee na introdução, estruturei esta monografia como um caderno de pesquisa, no qual registro de forma sistemática o meu percurso investigativo. Para tanto, considero essencial detalhar os métodos, procedimentos e análises que me levaram aos resultados e conclusões que obtive.

Figura 1 – Etapas empregadas na elaboração desta monografia



Fonte: Elaboração própria (2024).

O gráfico ilustra as etapas metodológicas que segui ao longo da pesquisa. Primeiro, realizei uma investigação exploratória em artigos científicos, doutrinas, bancos de teses e jurisprudência de tribunais superiores, o que me permitiu compreender melhor a temática e os desafios relacionados ao lucro ilegítimo. Com base nessa apuração, reformulei a pergunta de pesquisa para ajustar o foco da investigação. Em seguida, selecionei e cataloguei os acórdãos mais relevantes para o estudo, reunindo-os em uma planilha do Excel. Esse método me forneceu uma base de dados estruturada, essencial para dar início à análise dos acórdãos. Por fim, com as informações devidamente organizadas, utilizando a metodologia de análise de jurisprudência, pude realizar um estudo sistemático sobre a interpretação do TCU acerca do lucro ilegítimo.

2. As bases jurídicas do conceito de lucro ilegítimo no sistema jurídico brasileiro

Como meu objetivo central nesta pesquisa é compreender a interpretação do TCU sobre o conceito de lucro ilegítimo, entendo ser necessário investigar a origem e o desenvolvimento desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Em geral, ao firmar um contrato administrativo, espera-se que todas as partes cumpram suas obrigações de forma rigorosa e transparente. Contudo, em certos casos, devido a uma variedade de fatores, podem surgir situações em que o contrato é declarado nulo e, conseqüentemente, rescindido.¹⁶ É, por exemplo, o caso do lucro ilegítimo, consequência de um contrato fraudulento.

Para realizar essa análise investigativa sobre a origem do conceito de lucro ilegítimo, pesquisei na jurisprudência da corte de contas o momento em que ele começou a ser utilizado, conforme detalhado na metodologia. A partir de uma pesquisa inicial, identifiquei nas decisões que a fundamentação do conceito de lucro ilegítimo está amparada na *teoria do disgorgement* e na *teoria do produto bruto mitigado*.

Considerando o fôlego da pesquisa, optei por me aprofundar exclusivamente na teoria do *disgorgement*, por ter identificado que ela é a principal teoria adotada pelos ministros para fundamentar a questão do lucro ilegítimo.

Com o intuito de facilitar a visualização das informações, organizei o quadro abaixo, cujo objetivo é avaliar a relevância da teoria para a compreensão do conceito, bem como verificar a sua recorrência nos acórdãos analisados. Para isso, utilizei a ferramenta de busca *Ctrl + F* e realizei a pesquisa pela expressão "disgorgement" nos documentos. Os resultados dessa sistematização estão apresentados a seguir.

¹⁶ THAMAY, Rennan et al. *Nova Lei de Licitações e contratos administrativos comentada e referenciada*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 200. E-book.

Quadro 5 – Sistematização dos fundamentos encontrados nos acórdãos do TCU a partir da palavra-chave *lucro ilegítimo*

Acórdão	Relator	Data da sessão	Utiliza o termo "disgorgement"
ACÓRDÃO 1835/2024 – PLENÁRIO	Benjamin Zymler	04/09/2024	SIM
ACÓRDÃO 1216/2024 – PLENÁRIO	Augusto Sherman	19/06/2024	NÃO
ACÓRDÃO 516/2024 – PLENÁRIO	Benjamin Zymler	27/03/2024	SIM
ACÓRDÃO 11498/2023 – PRIMEIRA CÂMARA	Jhonatan de Jesus	17/10/2023	SIM
ACÓRDÃO 1615/2023 – PLENÁRIO	Antonio Anastasia	09/08/2023	SIM
ACÓRDÃO 1842/2022 – PLENÁRIO	Antonio Anastasia	10/08/2022	SIM
ACÓRDÃO 491/2022 – PLENÁRIO	André de Carvalho	09/03/2022	NÃO
ACÓRDÃO 627/2021 – PLENÁRIO	Jorge Oliveira	24/03/2021	NÃO

Fonte: elaboração própria (2024).

Com base nessa catalogação, constatei que, dos oito acórdãos identificados com a palavra-chave lucro ilegítimo, apenas dois não fazem referência à teoria do *disgorgement*. Diante disso, procurei aprofundar o entendimento sobre os fundamentos que sustentam essa teoria, investigando sua aplicação prática, os contextos em que é utilizada e a sua relação com o direito administrativo brasileiro. Essa análise busca esclarecer de que

maneira o disgorgement contribui para a delimitação do conceito de lucro ilegítimo, bem como para a formulação de medidas eficazes no combate à corrupção e na proteção do patrimônio público.

2.1. Uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores acerca do lucro ilegítimo

Para continuar a análise da origem do conceito do “lucro ilegítimo” e a teoria do disgorgement no Brasil, é necessário compreender como esse instituto foi introduzido pelos tribunais superiores no nosso ordenamento jurídico. Uma das minhas principais preocupações foi investigar se o TCU desempenhou papel na importação desse conceito ou se, de fato, ele foi inicialmente proposto por outras cortes superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A partir dessa premissa, realizei uma pesquisa detalhada nas bases de dados das duas cortes, buscando mapear a recorrência dos termos relacionados ao lucro ilegítimo e ao disgorgement, bem como identificar o período inicial em que essas referências começaram a aparecer nas decisões judiciais. Tal pesquisa é fundamental para determinar quando e como o referido conceito começou a ser aplicado no Brasil e, mais importante que isso, para entender qual tribunal foi pioneiro em sua adoção.

Acredito que entender o processo de incorporação desses institutos ao cenário jurídico brasileiro é crucial, não apenas para verificar se o TCU foi, de fato, o responsável por essa introdução, mas também para compreender como outras cortes, que tratam de questões civis e penais, podem ter influenciado nessa transição. Além disso, esse levantamento permite avaliar se o conceito foi importado de forma fiel à sua origem no sistema da common law ou se ele sofreu adaptações ao ser integrado ao sistema de civil law brasileiro.

Ao realizar essa pesquisa e observar a evolução do uso do disgorgement nos tribunais superiores, busco compreender como ele tem sido aplicado para ampliar os horizontes da responsabilidade civil,

particularmente no que diz respeito à restituição de ganhos ilícitos. A partir dessa análise, pretendo identificar o percurso desse instituto até a sua aplicação no Brasil e propor reflexões sobre como ele pode ser aprimorado e utilizado de forma mais eficaz no contexto jurídico nacional.

2.1.2. Superior Tribunal de Justiça

Para conduzir a pesquisa, utilizei o site oficial do STJ no dia 04 de outubro de 2024, acessando a seção de jurisprudência, no subtópico “jurisprudência do STJ”. No campo de busca, inseri duas palavras-chave: “lucro ilegítimo” e “disgorgement”, com o objetivo de verificar a aplicação desses conceitos nas decisões da corte.

Ao buscar por “lucro ilegítimo”, encontrei sete decisões. No entanto, apenas três delas se mostraram relevantes para o tema proposto. Após examiná-las em detalhes, constatei que nenhuma se enquadrava no conceito de lucro ilegítimo investigado por esta monografia, no sentido de restituição dos ganhos obtidos por meio de condutas ilícitas. Em vez disso, todas as decisões relevantes tratavam de responsabilidade civil sob uma perspectiva tradicional, focada na compensação por danos morais. Já a palavra-chave “disgorgement” não resultou em nenhuma decisão relevante.

Essas descobertas são significativas, pois revelam que, no âmbito do STJ, o conceito de disgorgement como um mecanismo voltado à restituição de lucros ilícitos ainda não encontrou aplicação direta. As decisões analisadas permanecem limitadas à visão compensatória clássica da responsabilidade civil, onde o objetivo principal é a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, sem abordar a questão da devolução dos lucros indevidamente obtidos pelo infrator.

Tal resultado reforça a importância de investigar mais profundamente a introdução do disgorgement no Brasil, verificando se, de fato, esse conceito tem sido debatido ou aplicado em outras esferas do Judiciário, como o TCU, que lida diretamente com a fiscalização de condutas ilícitas na administração pública. Além disso, essa análise revela a necessidade de maior

desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre o uso do disgorgement no Brasil, de modo a ampliar as ferramentas à disposição do sistema de justiça para lidar com o enriquecimento ilícito.

Com isso, observei que o STJ parece ainda não aplicar diretamente o “lucro ilegítimo” em sua jurisprudência. No entanto, isso não significa que o conceito não tenha potencial para evoluir no cenário jurídico brasileiro, especialmente em casos que envolvem lucros obtidos por meio de atividades ilícitas. Reitero, novamente, que a presente pesquisa não tem a intenção de ser exaustiva, considerando as limitações inerentes ao levantamento de dados nas ferramentas de consulta dos tribunais.

2.1.3. Supremo Tribunal Federal

Com o intuito de realizar a pesquisa no STF, acessei o site oficial da instituição no dia 4 de outubro de 2024 e dirigi-me à seção dedicada à jurisprudência. No campo de busca, fiz a inserção individual das palavras-chave “lucro ilegítimo” e “disgorgement”, buscando analisar como esses conceitos foram aplicados nas deliberações do tribunal.

Ao realizar a pesquisa pela expressão “lucro ilegítimo” nesse acervo, encontrei um acórdão¹⁷ que se mostrou pertinente ao tema. Trata-se de um mandado de segurança relacionado a uma tomada de contas especial do TCU, envolvendo um caso de superfaturamento em um contrato firmado entre a Petrobras e o Consórcio Refinaria Abreu e Lima.

No documento, a expressão “lucro ilegítimo” é mencionada apenas uma vez, de forma breve, sem uma exploração aprofundada. A citação faz referência à responsabilização das partes envolvidas pelos lucros auferidos de maneira ilícita, mas não oferece uma análise detalhada sobre o significado ou a aplicação jurídica da restituição desses lucros. Em outras palavras, a menção ao “lucro ilegítimo” é feita de maneira incidental, sem que o acórdão

¹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança nº 38.332 (DF)*, Decisão Monocrática. Relator: Min. Nunes Marques, 13.03.2023.

avance na discussão ou forneça um esclarecimento mais robusto sobre o conceito no contexto de responsabilização civil ou de tomada de contas. O trecho pode ser conferido a seguir:

Quanto às responsabilizações pela parcela de dano relativa ao lucro ilegítimo, o subprocurador-geral do MPTCU ponderou que também deveriam ser responsabilizados os gestores da Petrobras – os mesmos que foram responsabilizados pela parcela referente ao superfaturamento –, já que suas condutas também “propiciaram e provocaram as fraudes à licitação, maculando a vontade original dos contratos firmados” (peça 158, p. 12). Propõe, também, que, além do consórcio contratado e das empresas que o compõem, fossem alcançados os sócios e administradores à época, inclusive as respectivas *holdings*, por meio da desconsideração da personalidade jurídica.¹⁸

Já o conceito de “disgorgement”, novamente, não apareceu em nenhuma decisão do STF.

Tais resultados indicam que os conceitos de “lucro ilegítimo” e “disgorgement” têm suas primeiras aparições no âmbito do TCU, sendo este o tribunal que inicialmente incorporou essas ideias no cenário jurídico brasileiro.

Quando esses termos eventualmente surgem nas demais cortes superiores, como o STF ou STJ, eles aparecem em contextos que não se alinham diretamente com o objetivo central da restituição de ganhos ilícitos.

2.2. Uma análise do ordenamento jurídico acerca do lucro ilegítimo

O enquadramento dogmático da restituição do lucro ilegítimo é uma questão que ainda permanece subdesenvolvida nas pesquisas e doutrinas de direito administrativo brasileiro. Por essa razão, realizei uma pesquisa bibliográfica nas principais revistas de direito, utilizando as expressões presentes nos acórdãos do TCU, na tentativa de localizar algum trabalho que pudesse esclarecer a fonte de inspiração para os ministros empregarem o termo “lucro ilegítimo”.

¹⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança nº 38.332 (DF)*, Decisão Monocrática. Relator: Min. Nunes Marques, 13.03.2023.

Para conduzir essa investigação e selecionar os periódicos a serem analisados, utilizei a plataforma Sucupira. Acessei o site da plataforma, naveguei até o tópico "QUALIS" e cliquei em "qualis periódicos", sendo direcionada ao campo de consulta. No tópico "evento de qualificação", selecionei "classificação de periódicos" para o quadriênio 2017-2020 e, na área de avaliação, optei por "Direito". A partir das classificações Qualis, investiguei as revistas que poderiam conter algum conteúdo relevante para a minha pesquisa.¹⁹

Durante as buscas, não encontrei nenhum estudo que tratasse especificamente sobre o conceito de lucro ilegítimo. Entretanto, identifiquei um periódico que abordava o tema do "disgorgement", o que me permitiu aprofundar o entendimento e perceber que a teoria adotada pelo TCU está, na verdade, associada ao direito civil, mais precisamente ao instituto da responsabilidade civil. Como ensina Caprice Roberts:

A inclusão do disgorgement como restituição no conjunto de remédios amplia o escopo do direito contratual para incluir investigações e características tipicamente associadas ao direito de responsabilidade civil.²⁰

Com base nisso, meu objetivo nesta subseção é detalhar e esclarecer os principais aspectos dessa teoria, analisando como foi adaptada e importada ao contexto do direito administrativo. Além disso, pretendo examinar seu papel na jurisprudência do TCU, buscando compreender de que forma elas influenciam a aplicação do termo e contribuem para a construção do conceito de lucro ilegítimo.

2.2.1. Uma noção sobre restituição

¹⁹ Para acessar a base de dados elaborada sobre a investigação em periódicos, [\[clique aqui\]](#).

²⁰ ROBERTS, Caprice. Supreme Disgorgement. *Florida Law Review*, v. 68. Gainesville: Fredric G. Levin College of Law, 2016, p. 1413.

Nas jurisdições de *common law*, a prática de substituir a indenização compensatória por danos pela remoção de ganhos indevidos é uma prática amplamente reconhecida e consolidada. Em contrapartida, nos sistemas de *civil law*, como a do Brasil, observo que existe resistência a decisões que priorizam a restituição de lucros ilícitos, refletindo um preconceito contínuo contra condenações que não sejam exclusivamente compensatórias. Essa resistência se apresenta como uma barreira importante para a adoção de medidas que promovam a devolução de vantagens obtidas de forma ilícita.²¹

Apenas recentemente, nosso ordenamento jurídico começou a reconhecer que, embora a compensação de danos continue sendo a principal medida de reparação, ela não deve ser vista como a única forma de responsabilização. A ideia tradicional de que a responsabilidade civil se limita apenas à compensação das perdas sofridas pela vítima tem sido cada vez mais contestada. Esse debate ganha ainda mais relevância no contexto socioeconômico e cultural atual, uma vez que vivemos em uma sociedade cada vez mais plural e complexa.

Essa complexidade tem gerado um aumento tanto na quantidade quanto na sofisticação dos danos, à medida que novos riscos são constantemente introduzidos no corpo social. Como resultado, há um impacto cada vez maior e mais diversificado nas esferas patrimoniais e existenciais das pessoas, o que reforça a necessidade de se repensar a aplicação de medidas de responsabilidade civil que vão além da mera compensação, incluindo a possibilidade de restituição de lucros ilícitos como forma de garantir justiça e prevenir o enriquecimento indevido.²²

Por esse motivo, decidi adotar como referência para este estudo as abordagens remediais utilizadas principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nessas jurisdições de tradição anglo-saxã, há uma ênfase no papel

²¹ Os *punitive damages* (danos punitivos - tradução minha) são geralmente afastados do direito civil, sendo tratados como uma questão própria do direito penal, enquanto que os *gain-based damages* (danos baseados em ganhos) são recusados por serem considerados uma interferência inadequada na área do enriquecimento sem causa. Ver nesse sentido: ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2024. p. 214.

²² ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2024. p. 215.

do indivíduo como agente de transformação social, o que contrasta com a visão mais limitada e individualista predominante na tradição da *civil law*. No Brasil, a responsabilidade civil permanece amplamente focada na ideia de compensação por meio de indenizações, com raros reconhecimentos da importância de sua função preventiva.

Com base nessa investigação, constatei que, nas jurisdições de common law, o demandante tem a possibilidade, em casos de ilícitos, de optar por substituir a compensação por danos por uma pretensão que busca retirar os ganhos obtidos pelo réu em virtude de condutas antijurídicas, sem a necessidade de recorrer à indenização punitiva. Em outras palavras, independentemente da existência de danos ou mesmo que os prejuízos sejam menores que os lucros do infrator, se for comprovado o nexo de causalidade entre o ganho financeiro e o ato ilícito, aplica-se a máxima “tort must not pay”, ou seja, o delito não deve ser recompensado. Como resultado, o réu é privado dos ganhos ilícitos, que são revertidos em favor do demandante.²³

No decorrer dessa investigação, compreendi que a aplicação do lucro ilegítimo pelo TCU é fundamentada na teoria do disgorgement, um conceito importado. Tal termo é utilizado para descrever um fenômeno que se diferencia da tradicional indenização compensatória que costuma-se ver no Brasil. Em muitos sistemas jurídicos, essa abordagem é considerada uma atipicidade, pois permite que o infrator seja obrigado a devolver valores que podem exceder significativamente o montante dos danos, sem que haja a necessidade de avaliar a existência ou a estimativa do prejuízo.

Na próxima subseção, pretendo aprofundar o conceito do disgorgement, examinando seus fundamentos, sua aplicação prática e as principais distinções dele em relação ao modelo de indenização compensatória adotado no Brasil. Essa análise buscará esclarecer seu funcionamento, seus impactos jurídicos e econômicos, bem como sua possível contribuição para aprimorar os mecanismos de responsabilização no âmbito do TCU.

²³ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2024. p. 224.

2.2.2. Uma noção do disgorgement no Código Civil

Início esta subseção com alguns questionamentos que pretendo abordar ao longo do texto, os quais serão essenciais para direcionar a compreensão do *disgorgement*. Nesse sentido, a pergunta que proponho é se há viabilidade, no âmbito da responsabilidade civil, de identificar uma técnica eficaz para a devolução de ganhos indevidos adquiridos em certas situações jurídicas. Em outras palavras, além da reparação dos prejuízos que a vítima suportou e da sanção aplicada ao infrator, seria possível examinar a possibilidade de uma indenização autônoma, voltada à devolução dos ganhos obtidos pelo réu em virtude da prática de um ilícito contra o autor da ação, sem a necessidade de comprovar qualquer dano por parte deste?²⁴

Para adentrar no cerne do *disgorgement*, é fundamental analisar as jurisdições da *common law*, que atribuem a esse instituto um significado e uma função específicos dentro de seus ordenamentos jurídicos. No panorama atual, a responsabilidade civil está em constante transformação, com uma tendência crescente de superar a visão tradicionalmente monofuncional, centrada apenas na compensação. Ademais, tal conceito vem se ampliando para abarcar também funções pedagógicas e preventivas, refletindo uma abordagem mais abrangente e moderna — o que se aplica diretamente ao *disgorgement*.

Edwoud Hondius e André Janssen²⁵ explicam que o termo *disgorgement* descreve um fenômeno que diverge da tradicional indenização compensatória, sendo, por isso, considerado uma “anomalia” em vários sistemas jurídicos. Isso se deve ao fato de que, ao receber valores que podem ultrapassar em muito o montante dos danos sofridos, a parte demandante é beneficiada com ganhos excedentes. Dessa forma, o *disgorgement* pode ser

²⁴ Esses questionamentos foram elaborados com base na reflexão proposta por Nelson Rosenvald em sua obra *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2024, p. 222.

²⁵ HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World*. Berlim: Springer, 2015. p. 476.

entendido como a renúncia aos ganhos ilícitos por parte do infrator, exigindo que este abra mão dos benefícios obtidos com a prática do ato ilícito.

Em face do exposto, é plenamente legítimo considerar que o *disgorgement* se insere no âmbito do direito restitutivo, pois sua mensuração baseia-se no valor do benefício obtido pela prática do ato antijurídico, em vez de se fundamentar nas perdas sofridas pelo demandante. Essa abordagem focaliza a restituição dos ganhos ilícitos do infrator, ressaltando a importância de desfazer os efeitos econômicos do ilícito, independentemente do prejuízo diretamente causado à vítima.

A partir dessa premissa, surge outro questionamento pertinente a ser considerado: o que justificaria uma condenação baseada no *disgorgement*?

No contexto do direito brasileiro, é relevante considerar a possibilidade de que o agente infrator possa cometer um ilícito e, como resultado, obter lucro. Nesses casos, o infrator poderia avaliar os custos potenciais da reparação de danos em comparação com as vantagens esperadas da prática do ato ilícito, antes de tomar a decisão de realizá-lo. Sendo assim, estaria explorando uma brecha no sistema jurídico para transgredir princípios essenciais da convivência social, como a propriedade, os contratos e as relações de confiança²⁶.

A título de exemplo, é possível imaginar uma empresa que, ao firmar um contrato com a administração pública por meio de práticas fraudulentas, obtém um lucro considerável. No modelo tradicional de compensação, ela seria condenada a pagar pelos danos causados à administração pública, ou seja, o valor da indenização seria limitado ao prejuízo efetivamente sofrido. No entanto, essa abordagem pode não ser suficiente para desestimular condutas ilícitas, já que o infrator poderia calcular que os lucros obtidos superam o valor da compensação.

É aqui que o *disgorgement* se mostra mais eficaz. Diferentemente da compensação, que visa apenas cobrir as perdas da parte lesada, o *disgorgement* exige que o infrator devolva todos os ganhos obtidos de forma

²⁶ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2024. p. 2725

ilícita, independente do prejuízo causado. No caso da empresa fraudulenta, a aplicação do *disgorgement* obrigaria a devolução de todo o lucro gerado pelo contrato fraudulento, eliminando qualquer vantagem econômica decorrente da conduta ilícita. Isso cria um desincentivo mais forte para a prática de atos ilegais, uma vez que o infrator não apenas compensa o dano, mas também é privado de qualquer benefício econômico obtido com o ilícito.

Conforme destaca Caprice L. Roberts, o *disgorgement* pode ser compreendido como a retirada dos ganhos obtidos de forma desonesta, com o propósito de evitar o enriquecimento ilícito. Para Roberts, trata-se de um remédio jurídico que exige que a parte beneficiada por atos ilegais ou ilícitos restitua os lucros auferidos por meio dessas condutas. A finalidade principal desse mecanismo é impedir o enriquecimento sem causa, assim, ele atua como um remédio restitutivo que, em vez de se concentrar na reparação do dano ou na compensação da vítima, busca retirar do infrator qualquer vantagem resultante de sua conduta ilícita. Nesse sentido:

O disgorgement dos lucros do violador de um contrato não apenas acrescenta um remédio alternativo ao conjunto tradicional, mas também estende os limites do direito subjacente e expande os contornos da violação. Em última análise, o disgorgement fundamentado no enriquecimento injusto oferece uma justificativa convincente para a expansão da base do direito contratual, desde que uma discricção fundamentada guie a aplicação e o alcance do remédio (tradução minha).²⁷

Assim, a ideia central desse “instituto remédio” é fundamentada em um princípio de justiça social corretiva, no qual é inaceitável que o infrator lucre com sua conduta antijurídica, ou que permaneça com os ganhos obtidos mesmo após o processo judicial. A simples restituição dos valores obtidos de maneira ilícita não é suficiente; é necessário remover por completo qualquer benefício econômico resultante do ato ilegal, garantindo que o infrator não se mantenha em vantagem após o julgamento.

²⁷ ROBERTS, Caprice L. Supreme Disgorgement. *Florida Law Review*, v. 68. Gainesville: Fredric G. Levin College of Law, 2016, p. 1416.

A essência desse instituto reparatório está alicerçada no princípio da justiça social corretiva, que defende ser inadmissível que o infrator obtenha ou mantenha qualquer lucro proveniente de sua conduta ilegal. Dessa forma, o sistema de justiça deve ir além da simples devolução do que foi obtido ilicitamente, e garantir que o infrator não retenha nenhum benefício advindo de sua ação ilícita. Isso assegura que não ocorra enriquecimento indevido como consequência da violação da lei, preservando o equilíbrio e a equidade nas relações jurídicas.²⁸

2.2.3. Uma noção de lucro ilegítimo no Código Civil

O tratamento da responsabilidade civil no Código Civil²⁹ (CC) é relativamente sucinto. Nos artigos 186, 187 e 188, estão estabelecidas as bases da responsabilidade aquiliana³⁰, incluindo as hipóteses de exclusão da obrigação de reparar danos. Já na Parte Especial, o artigo 389 estabelece os princípios da responsabilidade contratual, complementados por dois capítulos específicos que tratam, respectivamente, da "obrigação de indenizar" e da "indenização", ambos inseridos sob o título "Da Responsabilidade Civil".

²⁸ BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A aplicação do disgorgement of profits no âmbito da US security and exchanges commission: breve análise sobre a jurisprudência da US Court. *Revista Direitos Culturais*, v. 16, n. 40, p. 147, set./dez. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v16i40.594>. Acesso em 29 set. 2024.

²⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 out. 2024.

³⁰ A responsabilidade aquiliana, também referida como responsabilidade extracontratual ou delitual, emerge de ações que infligem danos a terceiros, desvinculadas de qualquer relação contratual pré-existente. Esse tipo de responsabilidade civil está fundamentado no princípio de que qualquer indivíduo que, por ação ou omissão, prejudique outro, deve reparar esse dano. Embora o termo "aquiliana" possa parecer obsoleto para alguns juristas contemporâneos, como Nelson Rosendal, ele ainda é frequentemente empregado na doutrina por uma questão de tradição. Originário da *Lex Aquilia*, esse conceito está intrinsecamente ligado à noção de ato ilícito, diferenciando-se da responsabilidade objetiva, que não exige a demonstração de culpa. Portanto, enquanto toda responsabilidade aquiliana se enquadra como responsabilidade civil, nem toda responsabilidade civil é aquiliana, especialmente em casos em que a atribuição de responsabilidade é objetiva e independe da comprovação de culpa. Ver nesse sentido: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.92. *E-book*

Além disso, nota-se a responsabilidade civil em outros dispositivos dispersos ao longo do CC, como os artigos 936, 937 e 938, que esclarecem as condições sob as quais a culpa não é necessária para a imputação de responsabilidade. O parágrafo único do artigo 927, juntamente com os artigos 933 e 1299, também contribuem para robustecer o quadro jurídico referente a esse tópico no Brasil.

Dessa forma, o CC de 2002 consagra a culpa como princípio fundamental da responsabilidade civil. No entanto, ele traz avanços significativos ao adotar a teoria da responsabilidade objetiva em casos de exercício de atividade perigosa e estabelecer a responsabilidade sem culpa nos casos especificados em lei. Essa evolução representa uma ampliação nas possibilidades de responsabilização em situações em que a culpa, em sentido estrito, não pode ser demonstrada, garantindo maior proteção aos direitos dos lesados e atendendo às necessidades da sociedade contemporânea.³¹ Um exemplo claro dessa abordagem encontra-se no artigo 186 do CC, que dispõe:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.³²

Esse dispositivo expressa o fundamento da responsabilidade civil clássica, alicerçada no princípio da culpa.

Outro dispositivo que merece destaque no que se refere aos elementos que fundamentam o dever de reparar o dano causado é o artigo 927 do CC, que estabelece as duas hipóteses de responsabilidade civil:

Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

³¹ BONHO, Luciana Tramontin [et al.]. *Responsabilidade civil*. Porto Alegre: SAGAH, 2018. p. 40-42. *E-book*.

³² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 out. 2024.

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.³³

A partir da análise desse dispositivo, constatei que a responsabilidade civil subjetiva, caracterizada pela necessidade de comprovação da culpa como fundamento para a obrigação de reparar o dano, está expressamente prevista no caput do artigo. Nesse modelo, a responsabilização depende de elementos como dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) por parte do agente causador do dano.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva, em que a obrigação de indenizar independe da comprovação de culpa, está prevista no parágrafo único do mesmo artigo. Essa modalidade de responsabilidade surge quando a atividade desenvolvida pelo agente, por sua natureza, envolve riscos para terceiros, ou em outras situações específicas previstas em lei. Nesse contexto, o foco da responsabilidade objetiva não está na conduta do agente, mas nos efeitos danosos de sua atividade, sendo suficiente a demonstração do nexo causal entre o ato e o prejuízo.³⁴

A legislação civil brasileira contempla a possibilidade de responsabilização civil tanto pela modalidade subjetiva quanto pela objetiva. Assim:

Consolida-se, por conseguinte, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, fazendo conviver, lado a lado, a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do art. 186 do Código Civil, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva, informadas por fonte legislativa específica e pela cláusula geral contemplada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. A rigor, é a tutela prioritária da vítima, prevista em sede constitucional, que impõe a ampliação dos mecanismos de imputação de responsabilidade, incrementando suas chances de obter o ressarcimento pelo dano sofrido. Não se trata, pois, de fundamentar a teoria da responsabilidade civil na culpa ou risco; trata-se, sim, de

³³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 out. 2024.

³⁴ BONHO, Luciana Tramontin [et al.]. *Responsabilidade civil*. Porto Alegre: SAGAH, 2018. p. 40-42. E-book.

reconhecer, tanto numa quanto noutra, processos técnicos diversos voltados à reparação dos danos sofridos.³⁵

Portanto, ao analisar a responsabilidade civil no Código Civil brasileiro, ainda que de maneira breve, percebi que ele adota um modelo dualista, baseado em duas modalidades principais: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. A primeira exige que se comprove a culpa do agente causador do dano, condicionado à demonstração de um comportamento culposo ou negligente. Já a segunda dispensa essa necessidade, bastando que se prove a relação entre a ação ou omissão e o dano causado à vítima. Em ambas as situações, o dano se apresenta como o elemento central que fundamenta a obrigação de indenizar, sendo o ponto de partida para a intervenção jurídica.

Com base nessa análise preliminar, concluí que o direito brasileiro ainda se mantém omissivo diante de situações recorrentes em que a aplicação da responsabilidade civil seria cabível não apenas pela compensação dos prejuízos sofridos pela vítima, mas também pela geração de lucros para o infrator. Esse vácuo normativo deixa de abordar adequadamente a questão dos ganhos ilícitos obtidos por quem comete o dano, limitando-se apenas à reparação, sem considerar a necessidade de desestimular tais práticas ao exigir a devolução desses benefícios indevidamente adquiridos.³⁶

Percebi, dessa forma, que o *disgorgement* é um instituto que se distingue do modelo tradicional adotado no direito brasileiro e que ainda não está previsto na legislação vigente. Ao contrário da abordagem convencional, o *disgorgement* estabelece que a retirada da vantagem obtida pelo infrator deve ocorrer independentemente de qualquer transferência patrimonial da vítima, ou seja, mesmo que não tenha havido necessariamente um dano.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 07. E-book.

³⁶ Essa lacuna pode ser explicada tanto pela ausência de uma legislação mais precisa no Código Civil quanto pela limitada produção doutrinária que não oferece alternativas à perspectiva convencional da responsabilidade civil, que se encontra, atualmente, quase que totalmente concentrada na compensação dos prejuízos padecidos pela vítima. Ver nesse sentido: ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. *Restituição de ganhos ilícitos: há espaço para o disgorgement?* *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017.

Essa característica marca uma ruptura com o paradigma compensatório predominante, ao focar na eliminação dos ganhos ilícitos do infrator, reforçando o caráter preventivo e dissuasório do instituto.

O *disgorgement* vai além de simplesmente privar o agente dos ganhos indevidos. Ele abrange também a restituição das despesas economizadas, garantindo que todos os valores obtidos ilicitamente sejam integralmente revertidos em favor da vítima. Por exemplo, em casos de violações contratuais, especialmente em contratos celebrados entre particulares e a administração pública, percebo que o *disgorgement* se apresenta como uma alternativa eficaz à simples quantificação de perdas e danos, ao impedir que o infrator se beneficie do ato ilícito, ao capturar os ganhos obtidos com a violação de um dever legal ou de um direito. Dessa forma, assegura que o agente infrator não colha benefícios de sua conduta ilegal, promovendo uma justiça mais equitativa e abrangente, que vai além da mera reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.

Nesse sentido, a questão central, que ainda não é adequadamente tratada pelo direito brasileiro, refere-se à natureza restitutória do *disgorgement*. Embora o direito brasileiro, através do CC, já preveja algumas formas de tutela restitutória, como o pagamento indevido e a restituição dos frutos provenientes da posse de má-fé, essas disposições não alcançam a abrangência do conceito de *disgorgement*.³⁷ Justamente porque, é um remédio que vai além da simples reparação indenizatória dos danos, ao exigir devolução integral dos lucros obtidos de forma ilícita. Essa característica, em particular, confere ao instituto uma dimensão mais ampla e preventiva, contribuindo para a construção de um sistema jurídico voltado ao desincentivo de práticas ilícitas e à garantia de que o infrator não lucre com sua conduta ilegal.

³⁷ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. *Restituição de ganhos ilícitos: há espaço para o disgorgement?* Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017.

3. O lucro ilegítimo no Tribunal de Contas da União

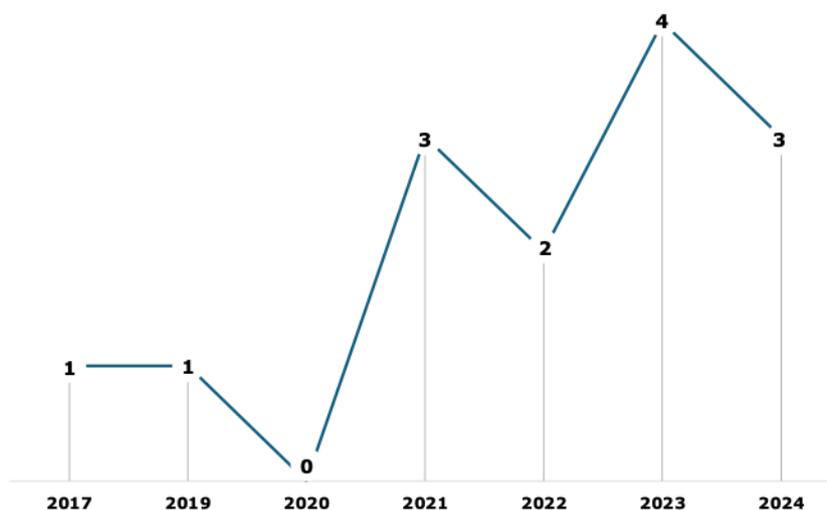
O debate sobre o lucro ilegítimo ainda é pouco desenvolvido na doutrina administrativista e na jurisprudência, mesmo com sua crescente relevância nos últimos anos, especialmente no âmbito da administração pública. Embora o instituto tenha ganhado destaque como um mecanismo de responsabilização e reparação em casos de desvio de recursos públicos, há lacunas quanto à sua sistematização e compreensão jurídica. Essa ausência de aprofundamento demonstra a necessidade de análises mais detalhadas, tanto no plano acadêmico quanto na prática jurídica, para consolidar sua aplicação no ordenamento brasileiro.

Neste capítulo tenho como objetivo examinar o instituto do lucro ilegítimo no contexto das decisões do TCU, ao abordar sua definição conceitual, as premissas que o sustentam, os fundamentos teóricos e legislativos, além da competência do tribunal para tratar da matéria. Com esta análise, procuro contribuir para uma compreensão mais clara do tema, enfatizando sua importância no controle externo e no aprimoramento da gestão pública.

3.1. Temporalidade do lucro ilegítimo na jurisprudência do TCU

As discussões sobre o lucro ilegítimo abordadas neste monografia estão inseridas em um contexto de crise sistêmica e institucional, evidenciado pelas operações de combate à corrupção. Essa constatação demanda uma análise do contexto apresentado. As decisões do TCU passaram a utilizar o conceito de lucro ilegítimo como uma ferramenta para fortalecer a responsabilização de agentes e empresas envolvidos em práticas fraudulentas, buscando recuperar valores desviados e desincentivar condutas lesivas ao erário. A figura a seguir ilustra essa constatação em um contexto específico de tempo e espaço, situado no Tribunal de Contas da União.

Figura 2 – Quantidade de decisões no Tribunal de Contas da União entre os anos 2017 e 2024³⁸



Fonte: elaboração própria (2024)

Considerando o gráfico apresentado, é possível perceber que, apesar da operação Lava Jato ter sido deflagrada em 2014, o TCU começou a adotar o conceito de lucro ilegítimo em 2017, o que sugere uma transição gradual na abordagem das práticas ilícitas e dos mecanismos de responsabilização.

Esse intervalo de três anos me leva a considerar alguns possíveis fatores, como uma fase de amadurecimento e adaptação dos critérios e fundamentos jurídicos frente os desafios trazidos pelos escândalos de corrupção. Pode ter sido necessário realizar uma análise mais cautelosa e criteriosa das bases legais, ajustar métodos de fiscalização ou até desenvolver um consenso interno sobre o uso do lucro ilegítimo como fundamento nas decisões. Essas possíveis razões indicam um processo de transformação institucional impulsionada pela crescente demanda popular, política e institucional por uma fiscalização rigorosa dos ilícitos em contratos administrativos. Esse cenário, ao que me parece, exigiu o alinhamento e o

³⁸ A elaboração deste gráfico leva em conta todos os acórdãos incluídos na amostra de pesquisa. Vale ressaltar que a amostra não adotou um recorte temporal específico, abrangendo toda a base de dados disponível no site do TCU. Ver nesse sentido: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>.

fortalecimento das decisões do TCU para atender às exigências de transparência e integridade na gestão pública.

Na próxima seção, pretendo aprofundar a análise de como os ministros definem o conceito de lucro ilegítimo, tomando como base a leitura e o fichamento de suas decisões. Com essa abordagem, procuro verificar se há um consenso entre os ministros quanto ao uso desse conceito pelo tribunal ou se sua aplicação tem sido restrita a decisões individuais. Busco também esclarecer se o tribunal adota um entendimento consolidado sobre o lucro ilegítimo ou se o conceito é apenas uma ferramenta operacional utilizada de forma circunstancial em seus julgados. Essa investigação contribuirá para a compreensão do grau de uniformidade e sistematização desse conceito no âmbito do TCU.

3.2. O conceito de lucro ilegítimo para o Tribunal de Contas da União

Conforme demonstrei nos capítulos anteriores, o lucro ilegítimo ainda carece de uma definição doutrinária e científica, o que representa um desafio conceitual para o direito público. Diante dessa lacuna, analisei as interpretações dos ministros do TCU e organizei os resultados na tabela a seguir, sintetizando os critérios adotados e evidenciando os pontos de convergência e divergência na aplicação do termo. Essa abordagem permite uma compreensão mais clara do conceito e de seu uso na jurisprudência do Tribunal.

Quadro 6 – Síntese das definições sobre o conceito de lucro ilegítimo pelo TCU

Número do Acórdão	Relator	Definição de lucro ilegítimo
Acórdão 1835/2024 Plenário	Benjamin Zymler	Lucro ilegítimo refere-se à impossibilidade de obtenção de ganho patrimonial ou lucro em contextos marcados por fraude ou superfaturamento, exigindo a restituição de qualquer vantagem indevida obtida.

Acórdão 1216/2024 Plenário	Augusto Sherman	<i>Não define lucro ilegítimo</i>
Acórdão 516/2024 Plenário	Benjamin Zymler	Em contratações fraudulentas , é vedado que a empresa contratada obtenha lucros oriundos da execução do contrato.
Acórdão 11498/2023 Primeira Câmara	Jhonatan De Jesus	O produto de ato ilícito , incluindo o lucro, deve ser integralmente restituído por quem o praticou ou se beneficiou, descontando apenas os custos dos bens ou serviços efetivamente fornecidos.
Acórdão 1615/2023 Plenário	Antonio Anastasia	O lucro ilegítimo é o ganho obtido por práticas fraudulentas ou ilícitas em contratos com a administração pública.
Acórdão 1842/2022 Plenário	Antonio Anastasia	O lucro ilegítimo é o ganho obtido em transações caracterizadas por ilicitude ou fraude .
Acórdão 491/2022 Plenário	André De Carvalho	Todo o lucro obtido em contratos nulos, devido a corrupção e cartelização comprovadas, é considerado indevido.
Acórdão 627/2021 Plenário	Jorge Oliveira	O lucro ilegítimo refere-se a ganhos obtidos não por meio de inovações tecnológicas ou melhorias operacionais que aumentam a produtividade, mas sim por meio de práticas rotineiras que apenas superam níveis iniciais ineficientes. Esses lucros não são considerados legítimos, pois não representam um valor agregado real ou um avanço significativo no processo.
Acórdão 1306/2017 Plenário	José Mucio Monteiro	O lucro ilegítimo é o ganho obtido por meio de contratos fraudulentos ou ilícitos , onde a parte envolvida não pode reter benefícios além dos custos diretos dos serviços prestados.
Acórdão 1115/2023 Plenário	Antonio Anastasia	<i>Não define lucro ilegítimo</i>
Acórdão 758/2023 Plenário	Antonio Anastasia	O lucro ilegítimo é o valor obtido por meio de contratos fraudulentos ou com graves irregularidades , especialmente em licitações com orçamentos deficitários e difícil auditoria.

Acórdão 2436/2021 Plenário	Raimundo Carreiro	O lucro ilegítimo refere-se ao ganho obtido em contratos nulos devido a práticas ilícitas, como fraudes e corrupção , cometidas pelo próprio contratado. Esse lucro é considerado indevido, pois advém de um contrato firmado de forma irregular. Nesse conceito, o montante pago pelo poder público é tratado como dano ao patrimônio público , sem possibilidade de dedução de custos ou despesas de execução. Mesmo que a empresa alegue ter realizado o objeto do contrato, todo o valor recebido é considerado ilícito , pois decorre de um contrato viciado, cuja responsabilidade integral recai sobre o contratante infrator.
Acórdão 2316/2021 Plenário	Bruno Dantas	O lucro ilegítimo é fruto de ações ilícitas, cometidas concorrentemente por suas integrantes, que provocaram a fraude à licitação e a celebração de contrato viciado na origem.
Acórdão 130/2019 Plenário	Raimundo Carreiro	O lucro ilegítimo é o montante total pago a uma empresa em contratos firmados mediante práticas ilícitas , considerado integralmente como dano ao erário e passível de restituição aos cofres públicos.

Fonte: elaboração própria (2024)

Ao analisar as decisões dos ministros do TCU sobre o conceito de lucro ilegítimo, identifiquei alguns argumentos centrais que fundamentam a definição desse instituto. Um dos pontos recorrentes é a menção à fraude em processos licitatórios, frequentemente utilizada como elemento-chave para caracterizar o lucro ilegítimo. Nesse contexto, a fraude envolve práticas como superfaturamento, conluio entre empresas e manipulação de propostas, mecanismos que comprometem a concorrência e resultam em contratos com valores excessivos. Com base nessa análise, selecionei trechos de alguns acórdãos para ilustrar a argumentação adotada pelos ministros:

A nulidade da **licitação** comprovadamente **fraudada** e, conseqüentemente, dos contratos de implantação da UDA e da UHDT implica na desconstituição dos efeitos desse negócio jurídico e no retorno das partes à condição anterior. Isso significa que todos os valores pagos pela Petrobras devem ser restituídos aos seus cofres. Em princípio, todo esse montante constitui dano para a estatal, pois

caracterizam-se como pagamentos indevidos, feitos com base em contrato nulo por ato ilícito.³⁹

Todas essas questões, legais e jurisprudenciais, constituem argumentos racionais que fornecem suporte jurídico à admissão da teoria do produto bruto mitigado como referência para a quantificação do dano pela prática de atos ilícitos, **especialmente nos casos de licitações fraudadas**.⁴⁰

A natureza dessa parcela de débito, qual seja, a de impedir que as empresas que obtiveram o contrato maculado por **fraude usufruam do fruto do ilícito**, impõe que sejam elas as responsáveis pela restituição dos valores recebidos.⁴¹

Com base nessa análise, compreendi que a questão central reside na prática de atos ilícitos, os quais, segundo os ministros, impedem a retenção de qualquer benefício além dos custos diretos dos serviços prestados. Isso significa que, mesmo que a empresa tenha executado parte do contrato, o lucro obtido a partir da atividade ilícita é considerado indevido e deve ser restituído. Nesse sentido, o Ministro Relator Raimundo Carreiro, no Acórdão 130/2019, entende:

Quando ocorre uma prática ilícita, todo o valor efetivamente pago pelo poder público ao contratado deve ser admitido como dano ao erário e retornado aos cofres públicos.⁴²

Outro aspecto relevante nas decisões é a constante referência a contratos considerados nulos desde a origem devido à prática de atos ilícitos. A nulidade desses contratos decorre da violação dos princípios da legalidade e moralidade administrativa, uma vez que a contratação com vício contamina todo o processo e compromete seus efeitos jurídicos do contrato. A análise dos acórdãos revelou que, entre as 14 decisões examinadas, 10 mencionaram

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 2316/2021*, Plenário. Relator: Bruno Dantas, 29.09.2021. p. 52.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 758/2023*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 19.04.2023. p. 23.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 2316/2021*, Plenário. Relator: Bruno Dantas, 29.09.2021. p. 59.

⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 130/2019*, Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 30.01.2019. p. 17.

a nulidade como um critério relevante para a definição do conceito de lucro ilegítimo, enquanto 4 não fizeram referência a esse aspecto como elemento significativo.

Além disso, os ministros frequentemente destacam o dano ao erário como elemento fundamental na definição do lucro ilegítimo, pois a ocorrência de fraudes em processos licitatórios acarreta consideráveis prejuízos financeiros ao setor público. Essas práticas resultam em preços contratuais artificialmente elevados, onerando os cofres públicos e comprometendo a eficiência e a integridade na gestão dos recursos públicos. A preocupação com esses impactos leva os ministros a reforçarem a necessidade de retenção dos lucros obtidos ilicitamente, visando restituir ao erário os valores indevidamente apropriados e desestimular a perpetuação de condutas fraudulentas em licitações e contratos administrativos.

O essencial, nesse ponto, é identificar e detalhar as principais características que os ministros do TCU utilizam para conceituar o lucro ilegítimo. A análise revela que aspectos como fraude em licitações, dano ao erário, nulidade de contratos devido a práticas ilícitas e a necessidade de devolução de valores indevidamente apropriados formam um consenso entre os ministros no que tange o conceito de lucro ilegítimo.

A partir da análise dos acórdãos, foi possível definir o lucro ilegítimo como o ganho econômico obtido por meio de transações marcadas pela ilicitude, fraude ou condutas que violam princípios jurídicos e éticos fundamentais às relações contratuais e administrativas. Esse conceito reforça o entendimento de que nenhum agente pode reter benefícios derivados de práticas irregulares, especialmente quando resultam em prejuízos ao patrimônio público ou privado.

Dessa forma, apesar de sua aplicação ainda ser recente e de haver variáveis que esta pesquisa não conseguiu esgotar, percebo que o conceito de lucro ilegítimo não é rigidamente definido pelos ministros. Em vez disso, ele parece funcionar como uma ferramenta de operacionalização, aplicada como consequência dos atos ilícitos praticados contra a administração pública. Esse entendimento dinâmico permite ao TCU responder de maneira

mais eficaz às demandas por integridade e responsabilidade na gestão dos recursos públicos, ainda que o conceito de lucro ilegítimo continue a evoluir em suas decisões.

3.3. Aplicação do lucro ilegítimo nas decisões

Uma vez compreendido o conceito de lucro ilegítimo, torna-se fundamental investigar sua aplicação prática nas decisões do TCU. Neste tópico, proponho examinar se o tribunal efetivamente adota esse instituto em suas deliberações, de que maneira ele é aplicado e quais critérios fundamentam sua utilização. Além disso, pretendo explorar sua origem teórica e normativa, identificar os fatos geradores e os contextos em que é empregado, bem como analisar os parâmetros jurídicos e metodológicos que orientam sua interpretação e execução.

3.3.1. Os casos por trás dos acórdãos: uma análise do contexto

Às 14 decisões analisadas aplicam a restituição com base no conceito de lucro ilegítimo. No entanto, para oferecer uma análise que vá além de uma abordagem binária de aplicação ou não do instituto jurídico, considero fundamental aprofundar nas histórias de cada caso. Esse estudo contextual servirá de base, nos próximos tópicos, para analisar os fatos geradores, identificar os atores responsáveis pelos ilícitos, compreender as modalidades de enriquecimento ilícito e avaliar os impactos das irregularidades. A investigação dos contextos específicos que motivaram a instauração dos processos no TCU é fundamental para compreender as circunstâncias e os fatores que justificam a aplicação do conceito de lucro ilegítimo como instrumento jurídico indispensável na promoção da justiça administrativa.

3.3.2. Acórdão 1835/2024

Originado no processo 026.840/2016-2, trata de uma tomada de contas especial referente a irregularidades na execução das tubovias da refinaria Abreu e Lima (RNEST). O contrato envolvia o regime EPC (Engineering, Procurement, and Construction) e abrangia a construção de 30 tubovias, subestações, um sistema de combate a incêndios e diversos equipamentos rotativos e estáticos.

O processo teve início após denúncias de superfaturamento e práticas de cartel no contexto da Operação Lava Jato. Licitações anteriores haviam sido frustradas devido à apresentação de propostas muito acima dos valores estimados. Apenas na terceira tentativa uma proposta dentro dos limites foi aceita, levando à contratação do Consórcio Ipojuca Interligações.

No entanto, o contrato sofreu uma série de aditivos, que elevaram significativamente os custos e o prazo de execução. Investigações apontaram a formação de um esquema de cartel entre grandes empreiteiras, que manipulavam as licitações para garantir a contratação de empresas específicas, acompanhada do pagamento de propinas a altos executivos da Petrobras e partidos políticos.

O TCU, ao constatar a prática de superfaturamento e o caráter ilícito das contratações, determinou a restituição do lucro ilegítimo, com o entendimento de que nenhum ganho oriundo de práticas fraudulentas deve ser mantido pelos envolvidos. A decisão também reforça o princípio da moralidade administrativa e a vedação ao enriquecimento ilícito, com o objetivo de responsabilizar os gestores e as empresas envolvidas.

3.3.3. Acórdão 1216/2024

Trata de uma tomada de contas especial envolvendo a refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR), pertencente à Petrobras, e contratos executados pelo consórcio CCPR-REPAR, formado pelas empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Promon Engenharia Ltda.

O caso teve origem em indícios de superfaturamento e irregularidades na execução das obras da refinaria. O contrato, firmado em 2008 com valor inicial de aproximadamente R\$2,48 bilhões, teve 29 termos aditivos que elevaram o custo para R\$2,79 bilhões. Investigações apontaram que parte dos custos adicionais decorreu de práticas ilícitas, como sobrepreço e fraudes em licitações, envolvendo gestores da Petrobras e empresas contratadas.

A operação resultou em múltiplos processos judiciais e administrativos, e o TCU apurou o dano ao erário, condenando os responsáveis ao ressarcimento. Entre os condenados estão executivos da Petrobras, representantes das empresas contratadas e o próprio consórcio. A investigação revelou que parte dos valores pagos indevidamente estava vinculada ao lucro ilegítimo, obtido através de práticas contrárias à lei.

O TCU analisou o caso com foco na apuração do dano financeiro e na responsabilização dos envolvidos. Em sua decisão, o tribunal reconheceu a prática de lucro ilegítimo como um dos elementos presentes no superfaturamento do contrato. Apesar de as empresas contratadas alegarem ausência de responsabilidade em suas defesas, o TCU determinou a restituição dos valores obtidos de maneira ilícita.

3.3.4. Acórdão 516/2024

Trata-se de um caso envolvendo irregularidades no contrato para a construção da Casa de Força (Cafor) na refinaria Abreu e Lima (Rnest), em Pernambuco. O contrato foi firmado entre a Petrobras e a empresa Alusa Engenharia (atualmente Alumini Engenharia S.A.) no valor inicial de R\$966 milhões. Ele previa a elaboração do projeto executivo, a construção, a montagem e assistência à operação da Casa de Força da refinaria.

O processo teve origem em fiscalizações realizadas em 2009 no âmbito do programa Fiscobras, quando surgiram indícios de sobrepreço no contrato. Na época, a análise encontrou dificuldades devido à falta de informações técnicas completas fornecidas pela Petrobras. Com isso, o TCU não conseguiu

comprovar integralmente as irregularidades, levando ao arquivamento inicial do processo pelo Acórdão 3.071/2010.

No entanto, as revelações da Operação Lava Jato trouxeram novos elementos que levaram ao desarquivamento do caso pelo Acórdão 1.937/2019. A investigação revelou a atuação de um cartel formado por grandes empreiteiras, que manipulavam licitações da Petrobras em conluio com executivos da estatal. Esse esquema incluía a fixação de preços artificiais, direcionamento de licitações e pagamento de propinas a altos funcionários da Petrobras, como Paulo Roberto Costa, Renato Duque e Pedro Barusco. Essas práticas resultaram em superfaturamento de contratos e prejuízos significativos ao erário.

No contrato da Cafor, ficou comprovado que a Alusa Engenharia participou do esquema do cartel, beneficiando-se da manipulação da concorrência para vencer a licitação. Além disso, foi constatado sobrepreço no contrato e o pagamento de vantagens indevidas a executivos da Petrobras para garantir a aprovação de termos contratuais favoráveis.

Diante das evidências, o TCU aplicou o conceito de lucro ilegítimo, determinando que os valores obtidos indevidamente pela empresa fossem devolvidos ao erário.

3.3.5. Acórdão 11498/2023

Originado no processo 017.069/2020-3, decorre de uma tomada de contas especial relacionada ao projeto cultural "Relix – Recuse, Repense, Reduza, Reutilize, Recicle", financiado pelo Serviço Social da Indústria (Sesi), por meio de seu departamento regional em Pernambuco. O caso teve origem nas investigações da Operação Fantoche, deflagrada pela Polícia Federal em 2019, que apurou fraudes na execução de projetos culturais patrocinados pelo Sesi e outras entidades do Sistema S.

O projeto "Relix", voltado à conscientização ambiental por meio da reciclagem e reutilização, recebeu financiamentos significativos entre 2014 e

2018. As edições do projeto ocorreram nos estados de Pernambuco, Alagoas e Paraíba, com um total de R\$21,8 milhões desembolsados. As investigações revelaram que os custos reais dos projetos eram significativamente inferiores aos valores pagos, resultando em prejuízo de R\$12,8 milhões aos cofres do Sesi. Além disso, constatou que os recursos eram majoritariamente repassados ao Instituto Origami, uma entidade sem fins lucrativos contratada sem licitação, que transferia quase 90% dos valores à empresa Aliança Comunicação e Cultura Ltda., configurando uma sub-rogação integral do objeto.

Na decisão, o TCU concluiu pela responsabilização solidária dos gestores das empresas e do Instituto Origami pelos prejuízos causados. Aplicou o conceito de lucro ilegítimo para determinar a devolução dos valores indevidamente apropriados, utilizando a teoria do produto bruto mitigado para calcular os danos, descontando custos legítimos e focando nos ganhos obtidos de forma ilícita.

3.3.6. Acórdão 1615/2023

O acórdão é resultado de uma tomada de contas especial que investigou irregularidades em contratos firmados entre a Petrobras e o Grupo Schahin para a operação do Navio-Sonda Vitória 10.000. O processo teve origem nas apurações da Operação Lava Jato, que revelou esquemas de corrupção envolvendo fraudes em contratos públicos e desvios de recursos na Petrobras.

O caso específico surgiu a partir da constatação de que o contrato de operação do navio-sonda foi direcionado de forma fraudulenta para beneficiar o Grupo Schahin. A investigação revelou que um empréstimo de R\$12 milhões, concedido pelo Banco Schahin a José Carlos Costa Marques Bumlai, foi quitado de maneira irregular como contrapartida pela contratação do grupo pela Petrobras. O real beneficiário do empréstimo era o Partido dos Trabalhadores (PT), e o esquema envolveu o pagamento de propinas a altos executivos da estatal, intermediários e partidos políticos.

As auditorias iniciais, realizadas em 2016, identificaram indícios de superfaturamento e a ausência de critérios técnicos na escolha do operador do navio-sonda. Em 2017, esses achados foram formalizados em uma tomada de contas especial para aprofundar a apuração sobre os danos ao erário e responsabilizar os envolvidos. Durante as investigações, ficou evidente que a contratação foi estruturada para desviar recursos públicos e sustentar práticas de corrupção sistêmica.

O TCU concluiu que os contratos foram marcados por superfaturamento e práticas ilícitas, resultando em prejuízo significativo ao patrimônio público e no enriquecimento ilícito dos envolvidos. Para determinar o valor do ressarcimento, o tribunal aplicou a teoria do produto bruto mitigado e do *disgorgement*.

3.3.7. Acórdão 1115/2023

O acórdão teve origem em uma tomada de contas especial instaurada para apurar possíveis irregularidades na contratação e execução do projeto de construção da sede administrativa da Petrobras em Vitória, Espírito Santo. O contrato, firmado em 2007 com o Consórcio OCCH, composto pelas empresas Construtora Norberto Odebrecht S/A, Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e Hochtief do Brasil S/A, envolveu valores iniciais de R\$ 486 milhões, posteriormente elevados para mais de R\$ 671 milhões, devido a reajustes contratuais e aditivos.

A investigação identificou graves irregularidades, como fraudes na licitação, manipulação de preços e o envolvimento de empresas cartelizadas. Além disso, constatou o pagamento de propinas a agentes públicos, políticos e partidos, como o Partido dos Trabalhadores, ao longo da execução do contrato. Essas práticas geraram prejuízos significativos ao erário, calculados em mais de R\$331 milhões.

O TCU também apontou vícios de origem no contrato, como a ausência de transparência nos custos e a apresentação de orçamentos genéricos que

dificultaram o controle e fiscalização da execução do projeto. A situação levou o tribunal a adotar medidas como a desconsideração da personalidade jurídica das empresas do consórcio e suas holdings, permitindo a responsabilização solidária de sócios e administradores pelas irregularidades.

Assim, a decisão do tribunal determinou a restituição integral dos valores pagos, descontados apenas os custos comprovados das atividades realizadas, transferindo aos responsáveis o ônus de demonstrar os custos legítimos. O acórdão destacou a gravidade das práticas ilícitas e reforçou o papel do TCU na aplicação de medidas rigorosas para recuperar recursos desviados e responsabilizar os envolvidos em esquemas de corrupção.

3.3.8. Acórdão 758/2023

O acórdão teve origem em uma tomada de contas especial instaurada para investigar irregularidades em um contrato firmado entre a Petrobras e a Construtora Norberto Odebrecht (CNO). O contrato, no valor inicial de US\$825 milhões, tinha como objetivo a prestação de serviços nas áreas de segurança, meio ambiente e saúde em empresas do Grupo Petrobras no Brasil e no exterior.

As investigações surgiram após denúncias de superfaturamento e restrição à competitividade na licitação, conduzida pela Diretoria Internacional da Petrobras. A auditoria do TCU revelou que o contrato foi marcado por diversas irregularidades, como a ausência de projeto básico adequado, preços acima do mercado e pagamentos indevidos em serviços de mobilização e supervisão. Esses itens, que deveriam corresponder a percentuais proporcionais ao valor contratado, acabaram representando mais de 40% dos custos totais do contrato, sem comprovação detalhada da execução dos serviços.

Além disso, o controle interno da Petrobras já havia identificado problemas semelhantes, como o superdimensionamento de custos e a inclusão de serviços incompatíveis com as instalações industriais em países

onde a Petrobras possuía operações limitadas. Diante dessas irregularidades, a Petrobras renegociou o contrato em 2013, reduzindo seu valor para cerca de US\$482 milhões e ajustando os itens de mobilização e supervisão a parâmetros mais realistas.

O TCU determinou que a Petrobras realizasse um encontro de contas com a CNO, resultando em uma cobrança de aproximadamente US\$3,7 milhões da construtora, valor que foi contestado judicialmente pela Odebrecht. O tribunal, por sua vez, destacou a complexidade de verificar a execução real dos serviços contratados devido à ausência de informações detalhadas e à dispersão das operações em diferentes países.

A decisão não faz referência explícita ao conceito de lucro ilegítimo. No entanto, ao determinar a devolução de valores pagos indevidamente, ela reflete a aplicação do princípio de que ganhos obtidos de forma ilícita ou indevida devem ser restituídos ao erário. Dessa forma, embora o termo "lucro ilegítimo" não seja empregado diretamente, o resultado prático da decisão traduz a essência do conceito, buscando impedir que os envolvidos se beneficiem de práticas contrárias à lei e protegendo o patrimônio público de enriquecimentos injustificados.

3.3.9. Acórdão 1842/2022

O acórdão trata de um recurso de reconsideração envolvendo irregularidades em contratos para a construção de unidades na Refinaria Abreu e Lima (Rnest), em Pernambuco. O caso teve origem na Operação Lava Jato, que revelou fraudes em licitações e conluio entre empresas participantes do Consórcio Rnest-Conest, formado por grandes empreiteiras como Construtora Norberto Odebrecht S/A e Construtora OAS S/A.

Esses contratos, destinados à construção da Unidade de Destilação Atmosférica (UDA) e da Unidade de Hidrotratamento de Diesel e Nafta (UHDT), foram marcados por superfaturamento e práticas ilícitas, incluindo formação de cartel e pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos

para manipular o processo licitatório. As investigações evidenciaram que o direcionamento das contratações causou graves danos à Petrobras e ao erário público.

O Ministério Público de Contas propôs a quantificação do prejuízo residual relacionado ao pagamento de lucros considerados ilegítimos, alegando que esses valores, obtidos de forma fraudulenta, configuram enriquecimento ilícito. No entanto, o TCU enfrentou debates sobre a competência para determinar a devolução desses lucros, dado que foi argumentado que tal medida teria natureza sancionatória e seria de competência do Poder Judiciário.

O tribunal analisou os princípios do enriquecimento sem causa e da vedação de beneficiar-se da própria torpeza para fundamentar a recuperação dos valores pagos indevidamente. Além disso, destacou que a nulidade dos contratos, decorrente das fraudes, operaria efeitos retroativos, exigindo o retorno ao status quo ante, com indenização limitada aos custos efetivamente incorridos pelas empresas contratadas.

Embora o TCU tenha reconhecido a importância de combater o lucro ilegítimo, a decisão final optou por limitar sua atuação à esfera administrativa, apontando que a retenção de lucros decorrentes de atos ilícitos deve ser conduzida pelo Poder Judiciário. Assim, o caso reforça os desafios de aplicação de teorias modernas, como o disgorgement, no âmbito do controle externo, e evidencia a relevância de articulação entre os órgãos de controle e o Judiciário na responsabilização por práticas fraudulentas.

3.3.10. Acórdão 491/2022

Originado em um processo de tomada de contas especial relacionado a irregularidades na execução do contrato firmado entre a Petrobras e o Consórcio CCPR-REPAR, composto pelas empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Promon Engenharia Ltda. O contrato, assinado em 2008, envolvia a construção de uma unidade de coque e das unidades

auxiliares da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), no Paraná, com um valor inicial de R\$ 2,48 bilhões, posteriormente ampliado para R\$ 2,79 bilhões após 29 termos aditivos e transações extrajudiciais.

As investigações, iniciadas pelo TCU durante o programa Fiscobras, apontaram indícios de superfaturamento, restrição à competitividade da licitação e pagamentos indevidos. Esses indícios foram corroborados pelas descobertas da Operação Lava Jato, que revelou um esquema de cartel e pagamento de propinas envolvendo grandes empreiteiras e executivos da Petrobras.

Os auditores do TCU identificaram sobrepreço significativo no contrato, estimado em mais de R\$500 milhões, com a prática de formação de preços excessivos e favorecimento de empresas cartelizadas. Além disso, foi constatado que altos executivos da Petrobras, incluindo membros do Conselho de Administração e diretores, como Renato Duque e Paulo Roberto Costa, permitiram as irregularidades ao omitirem-se de suas responsabilidades e ao receberem vantagens ilícitas.

A decisão do TCU determinou a responsabilização dos gestores públicos e das empresas contratadas. Foram aplicadas sanções como multas, inabilitação para exercício de funções públicas e a restituição dos valores superfaturados, utilizando conceitos como o lucro ilegítimo e a Teoria do Produto Bruto Mitigado para calcular os danos ao erário. Essa abordagem visou garantir que os ganhos obtidos de maneira ilícita fossem devolvidos ao patrimônio público.

3.3.11. Acórdão 2436/2021

O acórdão trata de uma tomada de contas especial instaurada para apurar irregularidades no processo de licitação e na execução do contrato de construção da sede administrativa da Petrobras em Vitória, Espírito Santo. A origem do processo está vinculada a indícios de superfaturamento, contratação com empresas cartelizadas e pagamento de vantagens indevidas

a funcionários da estatal, detectados em auditorias e denúncias encaminhadas ao Tribunal de Contas da União.

A obra foi conduzida pelo consórcio OCCH, formado pelas empresas Odebrecht, Camargo Corrêa e Hochtief. A licitação para o projeto foi realizada em 2006, e o contrato inicial foi firmado por R\$486 milhões, mas, após aditivos e reajustes, o valor final chegou a R\$671 milhões. Desde o início, o empreendimento foi alvo de questionamentos devido à ausência de um orçamento detalhado e a aprovação de aditivos contratuais que elevaram significativamente o custo da obra.

A investigação revelou que o modelo financeiro adotado para a construção, baseado em um Fundo de Investimento Imobiliário (FII), foi antieconômico em comparação com outras alternativas, como financiamentos junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Além disso, constatou-se que os aluguéis pagos pela Petrobras ao FII estavam muito acima dos valores de mercado, gerando um prejuízo estimado em R\$819 milhões. Parte desses valores foi atribuída ao pagamento de propinas e vantagens ilícitas.

O TCU identificou ainda a prática de sobrepreço no contrato e a ausência de transparência nos custos, dificultando a fiscalização e o controle sobre os gastos. Apesar de a Petrobras ter formalmente transferido o contrato ao FII, o tribunal concluiu que, na prática, a estatal continuou responsável pela execução da obra, caracterizando o contrato como sendo de natureza pública.

A decisão menciona o conceito de *disgorgement* e a teoria do produto bruto mitigado para fundamentar a restituição de valores decorrentes de atos ilícitos. O tribunal adota a perspectiva de que os lucros obtidos ilicitamente devem ser devolvidos ao erário. A decisão baseia-se na ideia de que o cálculo do débito deve expurgar os lucros espúrios, resultantes de práticas fraudulentas, e incluir apenas custos comprovados e legítimos relacionados à execução do contrato

3.3.12. Acórdão 2316/2021

O acórdão surgiu de uma tomada de contas especial para apurar irregularidades na execução do contrato de terraplenagem da Refinaria Abreu e Lima (RNEST), em Pernambuco. O contrato, no valor de R\$534 milhões, foi firmado entre a Petrobras e o Consórcio Refinaria Abreu e Lima, composto pelas empresas Construtora Norberto Odebrecht, Queiroz Galvão, Camargo Corrêa e Galvão Engenharia.

O processo teve início após a detecção de superfaturamento e sobrepreço no contrato, apontados em auditorias realizadas pelo TCU no âmbito do programa Fiscobras 2008. Durante as investigações, foram identificados indícios de conluio entre as empreiteiras e a prática de atos de corrupção envolvendo funcionários da Petrobras, como Pedro Barusco, Paulo Roberto Costa e Renato Duque. Esses atos faziam parte de um esquema mais amplo revelado pela Operação Lava Jato, no qual vantagens ilícitas eram pagas para direcionar licitações e favorecer empresas cartelizadas.

As auditorias constataram que os preços contratados estavam significativamente acima dos valores de referência do mercado, e o superfaturamento foi estimado em R\$96,5 milhões. Além disso, o projeto básico foi considerado deficiente, e houve omissão de critérios claros de aceitabilidade de preços na licitação. Esses fatores agravaram os prejuízos ao erário e comprometeram a transparência e a eficiência do contrato.

O TCU adotou medidas para responsabilizar os gestores e as empresas envolvidas, determinando a devolução de valores superfaturados e a aplicação de penalidades, como multas e a indisponibilidade de bens. O tribunal também recomendou a execução das garantias contratuais para cobrir os prejuízos identificados.

Dessa forma, abordou explicitamente o conceito de lucro ilegítimo e determinou que este deve ser ressarcido ao erário como parte do dano apurado. O tribunal argumentou que os lucros obtidos de contratos fraudulentos constituem enriquecimento ilícito e violam os princípios da administração pública, especialmente quando associados a fraudes licitatórias e atos ilícitos praticados pelas empresas contratadas.

3.3.13. Acórdão 627/2021

O Acórdão TCU 627/2021 refere-se a uma auditoria realizada para avaliar a legalidade e legitimidade da aplicação de recursos públicos destinados à ampliação do sistema de esgotamento sanitário do município de Boa Vista, no estado de Roraima.

O processo teve origem após a identificação de indícios de sobrepreço no Contrato 183/2013, celebrado com a empresa Renovo Engenharia Ltda. Além disso, foram apontadas falhas na execução do contrato 37/2014, gerenciado pela empresa Architech Consultoria e Planejamento Ltda. Durante a execução dos contratos, ocorreram alterações significativas nos serviços contratados, incluindo acréscimos e supressões de itens, que excederam os limites legais permitidos pela Lei 8.666/1993.

A auditoria revelou uma série de irregularidades, como pagamentos acima dos preços de mercado, serviços não executados ou realizados de forma divergente do especificado, além de falhas no gerenciamento e fiscalização dos contratos. Também foi constatado o descumprimento reiterado dos cronogramas previstos, gerando atrasos significativos na conclusão das obras.

Dessa forma, o TCU determinou a regularização dos valores superfaturados, exigindo a adoção de aditivos contratuais para corrigir os preços e especificações, bem como a glosa de pagamentos indevidos. O tribunal também recomendou a retenção de garantias contratuais até que as irregularidades fossem sanadas e solicitou a instauração de procedimentos administrativos para apuração de responsabilidades.

Embora o conceito de lucro ilegítimo não seja citado expressamente, a recuperação de valores pagos de forma indevida reflete a preocupação do tribunal em evitar o enriquecimento ilícito das empresas contratadas.

3.3.14. Acórdão 130/2019

O tribunal trata de uma tomada de contas especial instaurada para apurar irregularidades no Contrato 6000.0062274.10.2, firmado entre a Petrobras e a Construtora Norberto Odebrecht. O contrato tinha como objeto a prestação de serviços nas áreas de segurança, meio ambiente e saúde em subsidiárias da Petrobras no Brasil e no exterior, envolvendo inicialmente um valor de US\$825 milhões. O processo foi motivado por denúncias de superfaturamento, irregularidades na licitação e pagamentos acima do mercado, identificados tanto pelo controle interno da Petrobras quanto em auditorias do TCU.

As irregularidades incluíram a ausência de um projeto básico adequado, deficiências no orçamento, restrição à competitividade na licitação e pagamentos desproporcionais para itens como mobilização e supervisão, que somaram mais de 40% do valor contratual. A Petrobras, ao revisar o contrato por meio de aditivos, reduziu seu escopo e valor para cerca de US\$482 milhões e iniciou um encontro de contas que indicou um saldo favorável à estatal de US\$3,7 milhões. No entanto, a Odebrecht contestou judicialmente e alegou ser credora em vez de devedora.

Sobre o lucro ilegítimo, o acórdão não fez referência explícita ao conceito ou à sua aplicação como fundamento central. Contudo, recorreu à teoria do produto bruto mitigado como uma metodologia para quantificar os danos ao erário em casos de práticas ilícitas, especialmente em contratos com irregularidades graves. Essa teoria foi apresentada como um meio termo entre duas abordagens: (1) a devolução do sobrepreço ou superfaturamento, que poderia incentivar irregularidades, e (2) a devolução do valor total do contrato, incluindo custos legítimos, o que poderia levar ao enriquecimento ilícito do Estado.

3.3.15. Acórdão 1306/2017

O Acórdão TCU 1306/2017 teve origem em uma auditoria de conformidade relacionada aos contratos de operação do navio-sonda Vitória 10.000, celebrados pela Petrobras com empresas do Grupo Schahin. O caso foi desencadeado por informações compartilhadas pela Justiça Federal no contexto da Operação Lava Jato, que revelou práticas de corrupção, gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro envolvendo altos executivos da Petrobras e membros do Grupo Schahin.

A investigação apontou que o contrato de operação do navio-sonda foi direcionado para beneficiar o Grupo Schahin, em troca da quitação de um empréstimo de R\$ 12 milhões concedido pelo Banco Schahin ao empresário José Carlos Bumlai, com o Partido dos Trabalhadores sendo o beneficiário final. Para consolidar o esquema, o contrato foi estruturado de maneira fraudulenta, envolvendo empresas *offshore* e instrumentos financeiros complexos para ocultar os fluxos de recursos.

O TCU concluiu que os contratos eram nulos de pleno direito, pois foram firmados com base em fraudes e irregularidades que violaram os princípios da administração pública e as normas legais. A auditoria revelou que o contrato não seguiu os critérios de competitividade e que os valores pagos pela Petrobras excederam os custos reais, resultando em danos ao erário.

A decisão do tribunal determinou a devolução dos valores obtidos ilicitamente pelo Grupo Schahin, com base em conceitos como o enriquecimento sem causa e o lucro ilegítimo.

3.4. Análise quantitativa da aplicação do lucro ilegítimo

Compreendidos os casos que originam a discussão acerca do lucro ilegítimo, é essencial realizar uma análise quantitativa das decisões para identificar como a teoria é aplicada na jurisprudência do TCU. Este capítulo, portanto, procura certificar se o conceito de lucro ilegítimo é utilizado de forma explícita nas decisões dos ministros do órgão do controle externo. Em

outras palavras, procuro verificar se o conceito é utilizado de forma explícita ou de maneira subsidiária, uma vez que todos os acórdãos analisados aplicam a teoria do lucro ilegítimo.

Nesse contexto, a tabela a seguir demonstra os resultados, com fundamentação direta nas decisões, ou de maneira subsidiária, do lucro ilegítimo como um suporte ou consequência indireta de argumentação. Essa abordagem permite mapear a frequência da aplicação direta do instituto e avaliar o grau de consenso sobre sua incorporação ao raciocínio jurídico dos ministros.

Figura 3 – Distribuição dos acórdãos por aplicação explícita e subsidiária do lucro ilegítimo no TCU



Fonte: elaboração própria (2024)

Observo que, embora metade dos acórdãos apliquem o conceito de forma explícita, a outra metade não o faz diretamente. No entanto, essa ausência de citação explícita não parece comprometer a eficácia do instituto, já que o resultado alcançado é o mesmo. Isso indica que o conceito não é necessariamente um fator determinante na fundamentação das decisões, mas sim uma ferramenta jurídica que, mesmo quando não mencionada, permeia as deliberações e orienta os desdobramentos práticos.

3.5. O fato gerador para a configuração do lucro ilegítimo

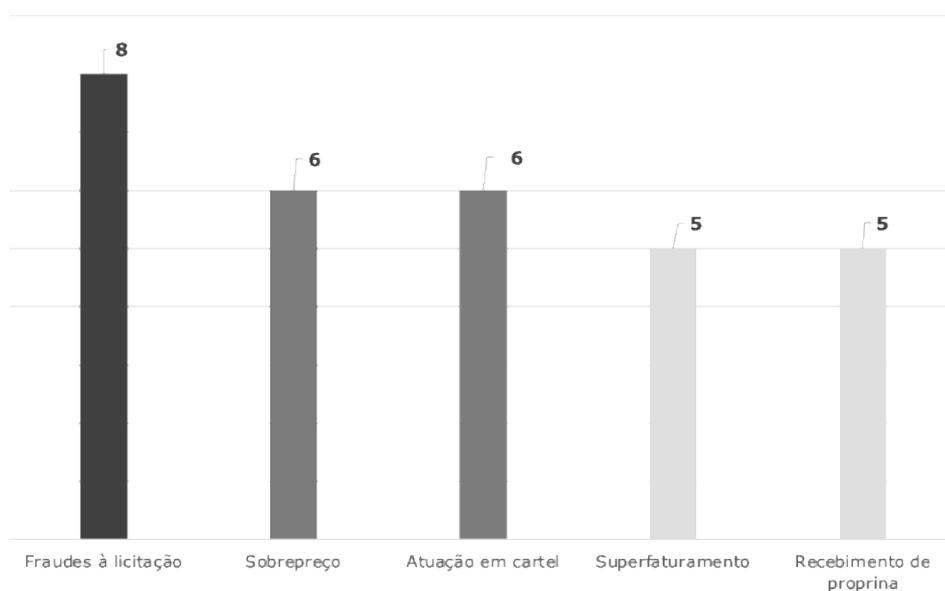
Apresentado o conceito de lucro ilegítimo nos tópicos anteriores, é necessário investigar o fato gerador que dá origem à sua incidência. Neste tópico, examino as causas subjacentes aos processos analisados pelo TCU, buscando identificar os elementos que levam à aplicação do conceito de lucro ilegítimo nas decisões do tribunal. Essa análise tem como objetivo esclarecer quais situações específicas — como fraudes em licitações, superfaturamento, desvios de recursos e práticas ilícitas em contratos administrativos — têm sido interpretadas pelo TCU como justificativas para a devolução de lucros considerados indevidos. Ao entender esses fatores geradores, será possível avaliar de forma mais precisa os critérios adotados pelo TCU e o papel desse conceito no fortalecimento da moralidade e integridade da administração pública.

Nos 14 acórdãos avaliados, observei que as causas principais, em ordem de frequência, foram fraudes em licitações, presentes em 8 acórdãos, configurando a ocorrência mais comum; sobrepreço e formação de cartel, identificados em 6 acórdãos, muitas vezes associados a práticas de restrição à concorrência e manipulação de preços; e, por fim, superfaturamento e pagamento de propina, encontrados em 5 acórdãos, que indicam tanto o desvio efetivo de recursos quanto a remuneração ilícita de agentes públicos.

Ressalto que essas causas não são mutuamente exclusivas; em diversos acórdãos, elas surgem de forma concomitante. Registre cada causa de forma independente para oferecer uma visão detalhada da incidência de cada uma, sem que a presença de uma exclua as demais. Essa abordagem, a meu ver, permite uma compreensão mais completa das práticas ilícitas que justificam o enquadramento de lucros como ilegítimos nas decisões do TCU. A figura a seguir ilustra essa investigação, com o intuito de apresentar, de forma visual, as principais causas que ocasionam a aplicação do lucro ilegítimo nos acórdãos analisados. O gráfico permite observar a constância

de ocorrência de cada causa e evidencia como esses fatores estão distribuídos nas decisões do TCU.

Figura 4 – Fatos geradores mais recorrentes para a ocorrência do lucro ilegítimo nas decisões do TCU



Fonte: elaboração própria (2024)

Quanto à questão da concomitância, busco compreender como ela influencia a caracterização do lucro ilegítimo. A concomitância, nesse contexto, é a presença simultânea de fatores ou circunstâncias que podem contribuir para a configuração de um lucro considerado indevido. Assim, pretendo investigar se uma causa isolada pode ser suficiente para que o tribunal reconheça a ilegitimidade do lucro, ou se é necessário que várias causas concorram ao mesmo tempo para justificar essa conclusão. Considero essa distinção fundamental, pois ela determina o rigor e a complexidade dos fatos geradores aplicados pelo tribunal na avaliação de casos de enriquecimento indevido. Entender se há a exigência de concomitância de causas permitirá estabelecer parâmetros mais claros sobre a interpretação e aplicação do conceito de lucro ilegítimo.

Por essa razão, a seguinte tabela está estruturada com as principais causas utilizadas pelo tribunal para a configuração do lucro ilegítimo, considerando tanto os casos em que um fato gerador isolado foi suficiente quanto aqueles em que houve a concomitância de múltiplas causas. Por meio desta, consegui identificar possíveis padrões argumentativos dos ministros do TCU e entender precisamente como cada fator gerador é ponderado para incidência do lucro ilegítimo e em quais houve a presença de só um fator ou duas. Para facilitar a compreensão, os acórdãos estão representados por letras do alfabeto, com uma legenda explicativa das letras apresentada logo abaixo da tabela.

Figura 5 – Incidência dos fatos geradores do lucro ilegítimo nas decisões do TCU

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N
Fraudes à licitação			X		x	x	x		x		x	x	x	x
Sobrepço			X	x										
Atuação em cartel	X									x		x		
Superfaturamento	X	X		x			x	x						x
Pagamento de propinas	X				x					x		x		x

Legenda	Acórdão
A	ACÓRDÃO 1835/2024 - PLENÁRIO
B	ACÓRDÃO 1216/2024 - PLENÁRIO
C	ACÓRDÃO 516/2024 - PLENÁRIO
D	ACÓRDÃO 11498/2023 - PRIMEIRA CÂMARA
E	ACÓRDÃO 1615/2023 - PLENÁRIO
F	ACÓRDÃO 1842/2022 - PLENÁRIO
G	ACÓRDÃO 491/2022 - PLENÁRIO
H	ACÓRDÃO 627/2021 - PLENÁRIO
I	ACÓRDÃO 1306/2017 - PLENÁRIO
J	ACÓRDÃO 1115/2023 - PLENÁRIO
K	ACÓRDÃO 758/2023 - PLENÁRIO
L	ACÓRDÃO 2436/2021 - PLENÁRIO
M	ACÓRDÃO 2316/2021 - PLENÁRIO
N	ACÓRDÃO 130/2019 - PLENÁRIO

Fonte: elaboração própria (2024)

O gráfico evidencia que a caracterização do lucro ilegítimo pode ocorrer na presença de um único fato gerador. Por exemplo, nos acórdãos 1216/2020 (B), 1842/2022 (F), 1306/2017 (I), 758/2023 (K) e 2316/2021 (M), observo que apenas um fato foi suficiente para configurar o lucro ilegítimo, dispensando a necessidade de fatores concomitantes. Esses casos indicam

como o TCU considera que determinados elementos, isoladamente, já caracterizam o enriquecimento indevido, o que demonstra a flexibilidade do tribunal para caracterizar a origem ilegítima do lucro.

3.6. Fundamentação da Aplicação do lucro ilegítimo

Outra questão fundamental para desvendar a forma como o TCU compreende o conceito de lucro ilegítimo está na compreensão dos fundamentos teóricos e jurídicos que sustentam sua aplicação. Por isso, busquei identificar os critérios que os ministros utilizam ao fundamentar a aplicação do instituto de lucro ilegítimo. Em um primeiro momento procurei me concentrar nas premissas utilizadas pelos ministros para fundamentarem a decisão, e posteriormente, realizar a análise dos fundamentos propriamente jurídicos, como legislação utilizada.

3.6.1. Premissas dos ministros na fundamentação do lucro ilegítimo

Neste tópico, procuro compreender quais premissas são adotadas pelos ministros para fundamentar a aplicação do conceito de lucro ilegítimo. Para desenvolver essa análise, considero indispensável esclarecer o que entendo por premissas no contexto da interpretação dos acórdãos. Entendo que as premissas representam os alicerces argumentativos que sustentam as decisões judiciais, podendo estar associadas a princípios jurídicos, teorias doutrinárias, interpretações normativas ou, em alguns casos, valores subjetivos que influenciam a análise de situações específicas. Compreender essas premissas é fundamental para avaliar a consistência lógica e jurídica das fundamentações apresentadas pelos ministros. Além disso, a análise permite identificar os critérios subjacentes que orientam o tribunal na aplicação do conceito de lucro ilegítimo.

Identifiquei nos acórdãos as premissas utilizadas pelos ministros para fundamentar suas decisões. Para facilitar a visualização, organizei essas informações em uma tabela, indicando as premissas adotadas por cada ministro em suas fundamentações. Essa sistematização me permite identificar os pontos de partida argumentativos e compreender de que forma as decisões conduzem à aplicação do conceito de lucro ilegítimo. Com essa análise, procuro entender como os ministros inserem o lucro ilegítimo no ordenamento jurídico brasileiro.

A tabela a seguir, consta trechos retirados das decisões que considero essenciais para entender o raciocínio das decisões.

Quadro 7 – Premissas utilizadas pelos ministros para fundamentar o lucro ilegítimo

Número do acórdão	Relator	Premissas (trechos selecionados)
Acórdão 1835/2024 Plenário	Benjamin Zymler	Crimes não geram frutos lícitos. p. 7.
Acórdão 1216/2024 Plenário	Augusto Sherman	Partindo da premissa de que a conduta geradora do dano ao erário no caso concreto teria sido a fraude à licitação(...) . No caso concreto, considerou-se suficiente para manter a responsabilização dos embargantes o fato de ter sido comprovada a conduta de pagamento de vantagens indevidas a agente público . p. 27.
Acórdão 516/2024 Plenário	Benjamin Zymler	Novamente atentando-se para o comando exarado no despacho do Ministro Relator, há que se avaliar se a sobredita Teoria do Produto Bruto Mitigado (PBM) – ou Teoria do Lucro Ilegítimo. p. 33.
Acórdão 11498/2023 Primeira Câmara	Jhonatan De Jesus	Desse modo, mostra-se adequada a aplicação da ' Teoria do Produto Bruto Mitigado ', visto que os responsáveis pelas empresas e pelo instituto intencionalmente deram causa a contratação nula, ao se utilizarem do instituto sem fins lucrativos como intermediário para viabilizar contratação superfaturada, impondo-se a restituição ao Sesi/PE de todo o produto do ato ilícito, incluindo os lucros ilegítimos,

		descontando-se tão somente os custos dos serviços. p.63
Acórdão 1615/2023 Plenário	Antonio Anastasia	Logo, nos termos do voto do Ministro-Relator, a proposta de aplicação do produto mitigado ou disgorgement para o caso dos valores dispendidos pela Petrobras à Schahin (...). p. 58.
Acórdão 1842/2022 Plenário	Antonio Anastasia	A restituição de lucros ilegítimos decorre na Espanha da aplicação da teoria do produto bruto ou do produto bruto mitigado (também denominada de teoria do produto líquido), ao passo que nos Estados Unidos da América é decorrência da teoria do disgorgement . p. 26.
Acórdão 491/2022 Plenário	André De Carvalho	Essa conclusão lastreia-se no pressuposto de que a atuação de boa-fé é requisito para que o sujeito receba a proteção do direito relativa à indenização. Seria inaceitável que o contratado infrator se beneficiasse da própria torpeza para se isentar do dever de ressarcimento integral pelo dano decorrente da ilicitude. p. 77
Acórdão 627/2021 Plenário	Jorge Oliveira	Não há fundamentação para o lucro ilegítimo
Acórdão 1306/2017 Plenário	José Mucio Monteiro	Observando esses julgados da Corte Superior, percebe-se que a aplicação das normas do Direito Administrativo pátrio em conjunção com os princípios consagrados do direito advindos da esfera privada conduziu a soluções idênticas às que seriam obtidas com o uso da teoria do produto bruto . p. 15 sob pena de tornar o caminho do criminoso vantajoso, não é possível aceitar que a empresa tenha lucro com a atividade ímproba. p. 15
Acórdão 1115/2023 Plenário	Antonio Anastasia	Não há fundamentação para o lucro ilegítimo
Acórdão 758/2023 Plenário	Antonio Anastasia	A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em

		relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. p. 20.
Acórdão 2436/2021 Plenário	Raimundo Carreiro	convém trazer aos autos os entendimentos acerca da natureza indenizatória destas contratações, mais conhecido como restituição do produto bruto mitigado (lucro) destes contratos à administração pública. p. 56 também recepciona ações de cobrança sobre os lucros ilícitos (disgorgement ou <i>ill-gotten gains or profits</i> . p.56
Acórdão 2316/2021 Plenário	Bruno Dantas	convém trazer aos autos os entendimentos acerca da natureza indenizatória destas contratações, mais conhecido como restituição do produto bruto mitigado (lucro) destes contratos à administração pública. p. 56
Acórdão 130/2019 Plenário	Raimundo Carreiro	A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos.

Fonte: elaboração própria (2024)

Dessa forma, percebi que as principais premissas utilizadas pelos ministros para fundamentar a incidência do lucro ilegítimo são a teoria do produto bruto mitigado e a teoria do *disgorgement*.

Essa constatação permite afirmar que as premissas utilizadas para fundamentar a incidência do lucro ilegítimo estão ligadas a teorias normativas desenvolvidas em sistemas jurídicos estrangeiros. O conceito de *disgorgement* tem origem na *common law* do direito norte-americano, onde é aplicado como uma medida de restituição de ganhos ilícitos, obrigando o infrator a devolver os lucros obtidos por meio de práticas contrárias à lei, independentemente de danos causados a terceiros.

Nos Estados Unidos da América, a seu turno, a discussão sobre o *disgorgement* ocorre intensamente no âmbito do **direito civil-contratual** (...).

é perfeitamente legítimo considerar que o **disgorgement** se insere no **direito restitutivo** em um sentido mais amplo, por ser

mensurado com referência ao valor do benefício obtido pela prática do comportamento antijurídico, ao invés de ter como referência as perdas sofridas pelo demandante.⁴³

Por outro lado, a teoria do produto mitigado, que tem suas bases no direito espanhol, é aplicada para calcular o montante do lucro. Essa teoria busca diferenciar os ganhos legítimos dos obtidos de maneira irregular, descontando custos legítimos relacionados à atividade desenvolvida e expurgando os lucros considerados ilícitos.

se o objeto do contrato é lícito, como no caso da obra pública, mas decorrente de fraude, aplica-se a teoria do produto líquido (produto bruto mitigado), segundo a qual o contratado tem direito a ser indenizado pelo que executou, mas pelo custo, expurgados os lucros ilegítimos que, se já tiverem sido auferidos, devem ser restituídos.⁴⁴

Tendo identificado as premissas que fundamentam a aplicação do lucro ilegítimo, avanço agora para a análise do *disgorgement* e a teoria do produto bruto mitigado como critérios de aplicação. Esse passo é essencial para compreender como os conceitos jurídicos, como o *disgorgement* e o produto bruto mitigado, são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e aplicados em decisões concretas.

3.6.2. Aplicação do lucro ilegítimo e as teorias do *disgorgement* e do produto bruto mitigado nas decisões do TCU

Conforme discutido no tópico anterior, as teorias do *disgorgement* e do produto bruto mitigado constituem as principais premissas teóricas que fundamentam o conceito de lucro ilegítimo no âmbito do TCU. O próximo passo é aprofundar a análise sobre a aplicação do lucro ilegítimo nas decisões

⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022. p. 29.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022. p. 28.

do Tribunal e verificar se essas teorias se consolidaram como critérios objetivos para sua aplicação.

Quadro 8 – Análise da aplicação do lucro ilegítimo e as teorias do disgorgement e teoria do produto bruto mitigado como critérios

Acórdão	Relator	O lucro ilegítimo é aplicado ao caso?	Disgorgement	Teoria do produto bruto mitigado
Acórdão 1835/2024 Plenário	Benjamin Zymler	SIM	SIM	NÃO
Acórdão 1216/2024 Plenário	Augusto Sherman	SIM	NÃO	NÃO
Acórdão 516/2024 - Plenário	Benjamin Zymler	SIM	SIM	SIM
Acórdão 11498/2023 Primeira Câmara	Jhonatan de Jesus	SIM	SIM	SIM
Acórdão 1615/2023 Plenário	Antonio Anastasia	SIM	SIM	SIM
Acórdão 1842/2022 Plenário	Antonio Anastasia	SIM	SIM	SIM

Acórdão 491/2022 Plenário	André de Carvalho	SIM	NÃO	NÃO
Acórdão 627/2021 Plenário	Jorge Oliveira	NÃO	NÃO	NÃO
Acórdão 1306/2017 Plenário	José Mucio Monteiro	SIM	SIM	SIM
Acórdão 1115/2023 Plenário	Antonio Anastasia	SIM	SIM	SIM
Acórdão 758/2023 - Plenário	Antonio Anastasia	SIM	SIM	SIM
Acórdão 2436/2021 Plenário	Raimundo Carreiro	SIM	SIM	SIM
Acórdão 2316/2021 Plenário	Bruno Dantas	SIM	SIM	SIM
Acórdão 130/2019 - Plenário	Raimundo Carreiro	SIM	SIM	SIM

Fonte: elaboração própria (2024)

A análise da tabela revela que, dos 14 acórdãos examinados, 13 aplicam o conceito de lucro ilegítimo. Dentre esses, observa-se que apenas

os Acórdãos 1216/2024⁴⁵ e 491/2022⁴⁶ não utilizam as teorias do *disgorgement* e do produto bruto mitigado de forma conjunta como fundamento.

O Acórdão 1835/2024⁴⁷, embora também aplique o lucro ilegítimo, fundamenta-se exclusivamente na teoria do *disgorgement*, sem mencionar o produto bruto mitigado.

Um aspecto relevante a ser destacado é que, nos demais casos, as teorias do *disgorgement* e do produto bruto mitigado são debatidas de maneira complementar, sendo tratadas como sinônimas pelo TCU em suas fundamentações. Ambas compartilham o objetivo de garantir a devolução de valores obtidos de forma indevida, com o entendimento de assegurar a recomposição do patrimônio público e a vedação ao enriquecimento ilícito. A esse respeito, o acórdão 1842/2022⁴⁸ estabelece:

A restituição de lucros ilegítimos decorre na Espanha da aplicação da **teoria do produto bruto ou do produto bruto mitigado** (também denominada de teoria do produto líquido), ao passo que nos Estados Unidos da América é decorrência **da teoria do *disgorgement***

Outro ponto observado na análise dos acórdãos é a utilização das teorias não apenas como fundamento, mas também como critérios para a aplicação prática do conceito de lucro ilegítimo. Nesse sentido, o acórdão 130/2019⁴⁹, entende:

Para compor o ressarcimento ao erário, resta agora, além do sobrepreço (que se converteu em superfaturamento), estimar o lucro obtido pela CNO pela execução do contrato, considerando **que a**

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1216/2024*, Plenário. Relator: Augusto Sherman, 19.06.2024.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 491/2022*, Plenário. Relator: André de Carvalho, 09.03.2022.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão n.º 1835/2024*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 04.09.2024.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 130/2019*, Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 30.01.2019.

opção adotada nesta tomada de contas é a utilização da teoria do produto bruto mitigado ou *disgorgement*.

Sob a mesma perspectiva, o Acórdão 516/2024⁵⁰ expõe:

O mencionado acórdão sobreveio para apreciar um recurso do MPTCU, acompanhado de uma densa discussão, atinente à atuação do TCU em sede de **produto bruto mitigado**.

Novamente atentando-se para o comando exarado no despacho do Ministro Relator, há que se avaliar se a sobredita **Teoria do Produto Bruto Mitigado (PBM) – ou Teoria do Lucro Ilegítimo** – diz respeito ou não a Economicidade do contrato Cafor-Rnest, dado que este é o mote da presente instrução. Aqui se registra, em síntese, que, em contratações fraudulentas, não se pode permitir que a empresa contratada aufera os lucros decorrentes da execução contratual.

Em acréscimo, e considerando que o caso tem sua gênese em uma licitação fraudada, conforme trabalho empreendido pela CGU (peça 23), o exame técnico também se debruçou sobre a questão do **Produto Bruto Mitigado (PBM), lucro ilegítimo ou disgorgement**. Nessa temática, valendo-se do recente e paradigmático Acórdão 1.842/2022-TCU-Plenário, bem como a jurisprudência mais moderna em relação ao momento adequado de se determinar a tentativa de recuperação dos valores associados ao lucro ilegítimo, conforme Acórdão 1.615/2023-TCU/Plenário, reformado pelo Acórdão 2.066/2023, entendeu-se que caso seja mantido o posicionamento técnico contido nesta instrução em eventual julgamento de mérito de TCE porventura instaurada, deverá ser indicada proposta para que a Petrobras adote as devidas providências **no sentido de buscar a restituição do lucro ilegítimo** pago à Alusa.

Com base nisso, observo que o *disgorgement* e a teoria do produto bruto mitigado consolidam-se como premissa e critério para a aplicação do lucro ilegítimo. Os acórdãos como o 130/2019⁵¹ e o 516/2024⁵² demonstram como o TCU integra essas teorias em suas decisões, utilizando-as para estruturar a recomposição ao erário e evitar que empresas contratadas por

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 516/2024*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 27.03.2024.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 130/2019*, Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 30.01.2019.

⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 516/2024*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 27.03.2024.

meio de fraudes obtenham qualquer benefício econômico decorrente de práticas ilícitas.

3.7. Legislação citada no que tange o lucro ilegítimo

As leis que compõem um ordenamento jurídicos são fundamentais para o funcionamento de uma sociedade. São um instrumento normativo que estabelece normas de conduta, definem direitos e deveres e regulam as relações entre indivíduos, instituições e governantes, garantindo a ordem, a justiça e a segurança jurídica. Sem essas bases legais, a convivência em sociedade seria marcada pela ausência de limites e pela falta de organização. A eficácia de um ordenamento jurídico depende da clareza, coerência e aplicabilidade dessas leis, bem como da capacidade das instituições em interpretá-las e executá-las de maneira justa e equitativa.⁵³

Estudar decisões de um ponto de vista normativo significa, essencialmente, investigar quais ações foram proibidas ou permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção normativa que orientam as deliberações dos ministros. No caso, esse tipo de investigação busca compreender como as leis respaldam a identificação e a restituição do lucro ilegítimo.⁵⁴

A esse respeito, estudei as decisões com o objetivo de verificar se há um consenso normativo quanto à aplicação e fundamentação do lucro ilegítimo, ou se trata apenas de um conceito teórico ainda em construção.

Ao revisar as decisões, observei que o Acórdão 1842/2022⁵⁵, de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, tornou-se um ponto de referência importante na jurisprudência do TCU. Segundo o ministro:

⁵³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 85. *E-book*.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 15.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022.

A restituição dos lucros ilegítimos tem amparo legislativo amplo no art. 884 do Código Civil brasileiro e, especificamente, no art. 59 da Lei 8666/1993 e nos artigos 148 e 149 da Lei 14.133/2021.

Para proporcionar uma compreensão mais aprofundada sobre o papel desses dispositivos na fundamentação das decisões, passo a analisar individualmente cada um deles, destacando a interpretação do tribunal em relação a cada dispositivo.

3.7.1 Artigo 59 da Lei 8666/1993

O artigo 59 da Lei 8.666/1993⁵⁶ representa um ponto de consenso nas decisões do TCU, sendo um dos dispositivos mais recorrentes nas fundamentações do Tribunal:

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

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

Por essa razão, reuni os trechos mais significativos dos acórdãos em que os ministros discutem de forma direta a aplicação e o significado do dispositivo.

⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Dispõe sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 9 nov. 2024.

Acórdão 758/2023⁵⁷:

O fato de um contrato ser nulo, mas licitamente executado, não retira o direito da contratada se ver ressarcida pelo que tenha executado até a declaração da nulidade, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Nesse sentido, esclarecedora é a regra do parágrafo único do **art. 59 da Lei 8.666/1993**, ao estatuir que “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 exegese do comando é a de que a Administração não pode se enriquecer ilicitamente às custas do contratado, fazendo este jus à indenização pelas despesas da execução do contrato realizadas e que ainda teriam que ser recebidas do poder público no momento da anulação.

75. A interpretação tradicional da regra do **parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993** baseia-se nos casos em que a **nulidade não seja imputável ao contratado**. Por esse ponto de vista, a empresa executora tem direito a receber os preços pactuados no contrato em relação aos quantitativos por ela efetivamente executados, **perdendo apenas o direito de receber o remanescente contratado que ela não tiver executado**, uma vez que o prosseguimento do contrato fica obstado pela declaração de nulidade.

76. Por outro lado, **nas situações em que a contratada der causa à nulidade, a contrario sensu, não faz sentido aplicar a interpretação tradicional do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993, devendo a indenização à contratada obedecer a outro critério**. A saída alvitrada nesses casos para que não seja aplicada a teoria do produto bruto – por ser excessiva e levar ao enriquecimento ilícito do Estado – é a adoção **da teoria do produto bruto mitigado**.

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

78. Desse modo, do valor total pago pelo contratante ao contratado, **deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve para executar o**

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 758/2023*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 19.04.2023.

empreendimento, e a diferença entres esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, se por um lado o indesejado enriquecimento ilícito da Administração é evitado, por outro **são desestimulados comportamentos ilícitos das licitantes e contratadas, que passarão então a adotar maiores cautelas em seus atos tendo em vista o receio e risco de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio.**

Acórdão 2436/2021⁵⁸:

117. **Conforme o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993,** a eventual nulidade do contrato produz como um de seus efeitos a necessidade de a Administração **indenizar o particular apenas no tocante aos custos comprovados,** cabendo, portanto, ao **contratado a devolução do lucro auferido,** o qual pode ser classificado como lucro ilícito, considerando que o contrato foi obtido mediante fraude.

Acórdão 2316/2021⁵⁹:

De acordo **com o art. 59 da Lei 8.666/93,** a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente e desconstitui os efeitos já produzidos. No parágrafo único, diz-se que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que ele houver executado, contanto que não seja imputável a esse contratado responsabilidade pelo vício nulificante.

33. Fundamentada na interpretação desses dispositivos, a jurisprudência dominante do STJ **alinha-se ao entendimento de que a indenização do contratado é regra, porém ela não é devida na hipótese de o particular haver agido de má-fé ou concorrido para a nulidade.** Ou seja, verificada a hipótese, todos os pagamentos efetuados devem ser restituídos à Administração Pública.

34. Essa conclusão lastreia-se no pressuposto de que a atuação de boa-fé é requisito para que o sujeito receba a proteção do direito relativa à indenização. Seria inaceitável que o contratado infrator se beneficiasse da própria torpeza para se isentar do dever de ressarcimento integral pelo dano decorrente da ilicitude.

35. Tampouco poderia esse contratado socorrer-se da proibição do enriquecimento sem causa para negar a restituição dos pagamentos à Administração. Esse princípio, fundamentado na equidade e na

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 2436/2021*, Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 06.10.2021.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 2316/2021*, Plenário. Relator: Bruno Dantas, 29.09.2021.

moralidade, não poderia ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade administrativa. Caracterizada a improbidade do particular, a este não socorreria qualquer fundamento jurídico para receber indenização pelo que houvesse executado.

Acórdão 130/2019⁶⁰:

O fato de um contrato ser nulo, mas licitamente executado, não retira o direito da contratada se ver ressarcida pelo que tenha executado até a declaração da nulidade, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Nesse sentido, esclarecedora é a regra do **parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993**, ao estatuir que “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 exegese do comando é a de que a Administração não pode se enriquecer ilicitamente às custas do contratado fazendo este jus à indenização pelas despesas da execução do contrato realizadas e que ainda teriam que ser recebidas do poder público no momento da anulação.

75. A interpretação tradicional da regra do **parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993** baseia-se nos casos em que a nulidade não seja imputável ao contratado. Por esse ponto de vista, a empresa executora tem direito a receber os preços pactuados no contrato em relação aos quantitativos por ela efetivamente executados, perdendo apenas o direito de receber o remanescente contratado que ela não tiver executado, uma vez que o prosseguimento do contrato fica obstado pela declaração de nulidade.

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

77. A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. Por essa teoria, a **contratada teria direito de receber como indenização os custos reais por ela suportados para**

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 130/2019*, Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 30.01.2019.

cumprir as obrigações contratuais até a declaração de nulidade do contrato, mas apenas estes custos. Dessa forma, o lucro ou remuneração por ela obtido em função do exercício de sua atividade não seria passível de ressarcimento pela Administração, muito menos o sobrepreço existente no contrato.

78. Desse modo, do valor total pago pelo contratante ao contratado, **deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado**, que a empresa teve para executar o empreendimento, e a diferença entres esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, se por um lado o indesejado enriquecimento ilícito da Administração é evitado, por outro são desestimulados comportamentos ilícitos das licitantes e contratadas, que passarão então a adotar maiores cautelas em seus atos tendo em vista o receio e risco de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio.

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

Acórdão 1306/2017⁶¹:

23. Com isso, corroboro com a proposta da equipe técnica para o primeiro achado, acerca da restituição à Petrobras de todo o produto do ilícito, isto é, o valor total dos pagamentos realizados até agosto de 2016 descontados dos custos diretos e indiretos incorridos pela Schahin, atendendo à recomendação legal (**art. 59 da Lei 8.666/93**) de impedir os efeitos jurídicos deste contrato, sem, no entanto, exonerar a Administração do dever de indenizar a Schahin pelos custos por ela incorridos.”

(...)

“27. No âmbito do Direito Administrativo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem adotado interpretação consentânea com a teoria do produto bruto, sem citar especificamente essa doutrina, ao decidir sobre contratos administrativos eivados de vício na formação capaz de ensejar nulidade. A discussão gira em torno da **indenização cabível ao contratado que houver realizado total ou parcialmente o objeto do contrato**

28. De acordo com o **art. 59 da Lei 8.666/93**, a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente e desconstitui os efeitos já produzidos. No parágrafo único diz-se que

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1306/2017*, Plenário. Relator: José Mucio Monteiro, 21.06.2017.

a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que ele houver executado, contanto que não seja imputável a esse contratado responsabilidade pelo vício nulificante.

29. Fundamentada na interpretação desses dispositivos, a jurisprudência dominante do STJ **alinha-se ao entendimento de que a indenização do contratado é regra, porém ela não é devida na hipótese de o particular haver agido de má-fé ou concorrido para a nulidade.** Ou seja, verificada a hipótese, todos os pagamentos efetuados devem ser restituídos à Administração Pública.

Dessa forma, a discussão central entre os ministros referente ao artigo 59 da Lei 8.666/1993 gira em torno da aplicação do parágrafo único, especialmente no que se refere à delimitação da indenização devida pela administração. O entendimento predominante reconhece que, nos casos em que o contratado não é responsável pela nulidade do contrato, a administração tem o dever de indenizar pelos custos comprovadamente realizados, evitando que o contratado suporte prejuízos indevidos. Por outro lado, quando a nulidade é imputável ao contratado, seja por má-fé ou pela prática de ilícitos, a lógica é invertida, impõe-se a devolução dos valores recebidos de forma indevida, considerando que o lucro obtido em tais situações é ilegítimo.

Essa interpretação reflete a busca pelo equilíbrio entre dois princípios: a proibição do enriquecimento sem causa e a responsabilização pelos atos ilícitos. Assim, o tribunal, ao adotar critérios como a teoria do *disgorgement* e do produto bruto mitigado, procura assegurar que tanto a administração pública quanto o contratado sejam tratados de forma justa. A aplicação dessas teorias também demonstra a preocupação em desestimular práticas ilícitas, ao mesmo tempo em que preserva o direito à indenização de boa-fé nos casos em que o contrato foi licitamente executado.

3.7.2. Artigos 148 e 149 da Lei nº 14.133/2021

Os artigos 148 e 149⁶² da Lei nº 14.133/2021 aplicam-se aos processos iniciados após sua vigência, ou seja, a partir de 2021. No entanto, todos os casos abordados nesta análise ocorreram antes de 2021, ainda que tenham sido julgados posteriormente. Esses dispositivos correspondem, de forma análoga, ao artigo 59 da Lei nº 8.666/1993. Com o objetivo de ampliar o entendimento e estabelecer um paralelo com o dispositivo anteriormente analisado, examinarei a seguir os artigos 148 e 149, destacando suas semelhanças e diferenças em relação ao artigo 59 da legislação revogada.

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.

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

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.

Os artigos 148 e 149 da Lei nº 14.133/2021 apresentam uma evolução significativa em relação ao artigo 59 da Lei nº 8.666/1993, com maior detalhamento e amplitude na regulação da nulidade de contratos administrativos.

Enquanto o artigo 59 da antiga legislação adotava uma abordagem mais genérica, ao afirmar que a nulidade opera retroativamente, impede os efeitos jurídicos futuros e desconstitui os já produzidos, os dispositivos da Lei

⁶² BRASIL. *Lei n.º 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: seção 1, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05. nov. 2024.

nº 14.133/2021 avançam ao incluir exigências e soluções mais detalhadas. O artigo 148, por exemplo, exige uma análise prévia do interesse público antes da declaração de nulidade, o que demonstra uma preocupação maior com os impactos dessa medida. Além disso, o §2º do mesmo artigo permite a modulação dos efeitos da nulidade, determinando que ela produza efeitos apenas em momento futuro, por um prazo de até seis meses, prorrogável uma única vez, para assegurar a continuidade das atividades administrativas até que uma nova contratação seja realizada.

Outra evolução importante é a previsão de indenização por perdas e danos nos casos em que não seja possível retornar à situação anterior, conforme estabelece o §1º do artigo 148. Já o artigo 149 reafirma o dever de indenizar o contratado pelo que foi executado até a declaração ou eficácia da nulidade, ampliando a abrangência ao incluir outros prejuízos regularmente comprovados. Essa nova abordagem reflete um avanço no tratamento da nulidade de contratos administrativos, ao equilibrar a proteção do patrimônio público, a preservação dos direitos dos contratados de boa-fé e a continuidade dos serviços públicos essenciais.

3.7.3. Artigo 884 do Código Civil

O artigo 884⁶³ do Código Civil brasileiro estabelece o princípio de que ninguém pode enriquecer à custa de outra pessoa sem justa causa, sendo obrigado a restituir aquilo que foi indevidamente auferido, com a devida atualização monetária.

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.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa

⁶³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05.nov. 2024.

não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Esse dispositivo está diretamente relacionado ao conceito do lucro ilegítimo, que ocorre quando alguém obtém vantagem patrimonial de forma injusta, sem fundamento jurídico ou contratual para tal proveito. Assim, a norma visa coibir práticas que resultem em um enriquecimento sem causa, determinando que a restituição deve ocorrer tanto no caso de bens específicos, quando ainda existentes, quanto no equivalente monetário, caso esses bens não mais subsistam.

3.7.4. Acórdãos paradigmáticos que incorporam dispositivos complementares na fundamentação do lucro ilegítimo pelo TCU

O primeiro acórdão paradigmático identificado na pesquisa cronológica foi o acórdão 1306/2017⁶⁴, que se destacou como um marco inicial na fundamentação do lucro ilegítimo. Este acórdão serviu como base para a construção de um entendimento consolidado sobre o instituto em questão.

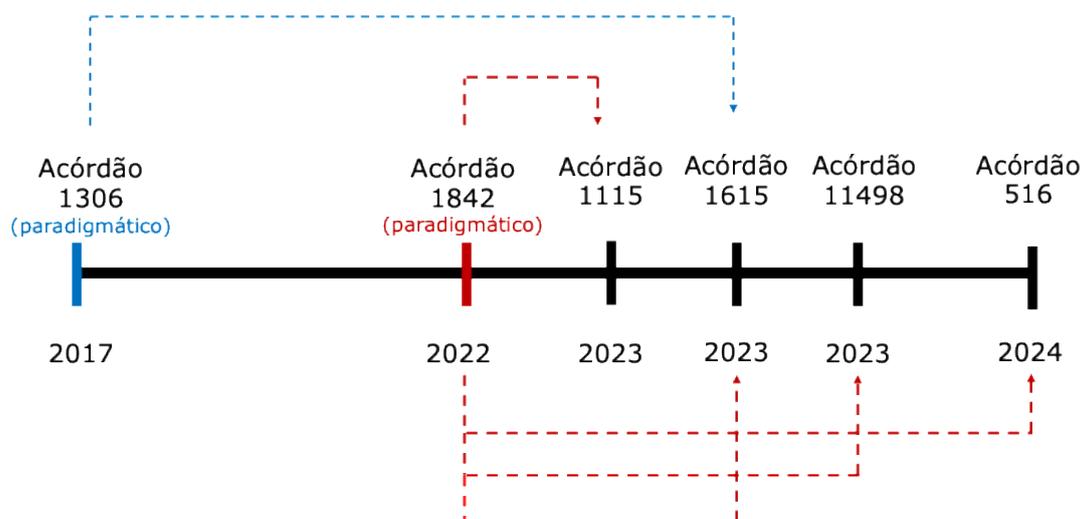
O segundo acórdão paradigmático analisado foi o acórdão 1842/2022⁶⁵, que também assumiu um papel central na evolução jurisprudencial do tema, por ser frequentemente utilizado como referência em deliberações posteriores. Desde sua publicação em 2022, esse acórdão serviu de referência para fundamentar quatro decisões posteriores.

O gráfico a seguir apresenta, em uma perspectiva temporal, a influência exercida por esses acórdãos nas decisões subsequentes.

Figura 6 – Linha do tempo da influência dos acórdãos paradigmáticos

⁶⁴ O acórdão 1615/2023 cita o acórdão 1306/2017, como um precedente. Ver nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1615/2023*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 09.08.2023; BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1306/2017*, Plenário. Relator: José Mucio Monteiro, 21.06.2017.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022.



Fonte: elaboração própria

Os Acórdãos 1306/2017 e 1842/2022 estão destacados em azul e vermelho, respectivamente. As setas indicam os acórdãos posteriores nos quais essas decisões foram citadas como precedentes.

Assim, por meio do estudo dos acórdãos paradigmáticos e das decisões posteriores, foi possível identificar outras legislações que sustentam o conceito de lucro ilegítimo. A análise evidenciou uma predominância de dispositivos do Código Civil relacionados ao instituto da responsabilidade civil. Para ilustrar essa constatação, o Acórdão 1306/2017⁶⁶ dispõe:

Cabe sempre ressaltar que eventual e futura condenação em débito dos responsáveis pelo TCU não é sanção. Trata-se de recomposição aos cofres da Petrobras decorrente de responsabilização civil. A esse respeito Francisco Chaves, em sua obra Controle Externo da Gestão Pública, p.126, assim ensina:

O Código Civil, cujas prescrições **atinentes à responsabilidade civil**, no que forem cabíveis, aplicam-se aos processos do TCU, entre outras determinações preceitua que:

- a pessoa que tenha causado dano a outrem, em decorrência da prática de ato ilícito, tem a obrigação de repará-lo (**art. 927, caput**);
- independe de culpa a obrigação de reparar o dano, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1306/2017*, Plenário. Relator: José Mucio Monteiro, 21.06.2017.

desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem (**art. 927, parágrafo único**);

- os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem podem ser utilizados para reparar o dano causado (**art. 942, caput, parte inicial**);
- se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (**art. 942, caput, parte final**);
- são solidariamente responsáveis pela reparação do dano: os autores, os coautores e outras pessoas, designadas no art. 932 do próprio diploma civil (**art. 927, parágrafo único**);
- o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança (**art. 943**).

Dessa forma, o acórdão relaciona todos os dispositivos citados ao conceito de lucro ilegítimo, pois eles reforçam o princípio da reparação dos danos causados ao erário e a obrigação de devolver vantagens obtidas de forma ilícita. O artigo 927 do CC por exemplo, estabelece a responsabilidade de quem causa dano em razão de ato ilícito, uma obrigação que se alinha ao dever de devolução de lucros indevidos. O parágrafo único do mesmo artigo amplia esse encargo ao prever situações em que a reparação ocorre independentemente de culpa, protegendo os direitos de terceiros.

Os dispositivos sobre responsabilidade solidária, como o artigo 942, caput, e o artigo 932 do CC, permitem responsabilizar de forma conjunta todos os envolvidos no ato ilícito, assegurando a reparação eficiente do prejuízo ao patrimônio público, mesmo quando há múltiplos responsáveis. A previsão de que os bens dos responsáveis podem ser utilizados para reparar o dano, prevista no artigo 942, reforça a aplicabilidade prática dessa responsabilização e garante a efetivação do ressarcimento.

Por fim, o artigo 943, ao estabelecer que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, evidencia o caráter contínuo da obrigação de reparar danos e devolver lucros ilegítimos, garantindo que o prejuízo ao erário não fique sem resposta, mesmo em situações de sucessão. Esses dispositivos, portanto, fundamentam juridicamente as decisões do TCU para imputar débitos decorrentes de lucros ilegítimos e assegurar a recomposição do patrimônio público.

Além disso, a decisão entende:

O Código Civil, em seu capítulo IV, define o **enriquecimento sem causa**:

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.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.
(...)

17. Adicionalmente, o princípio do direito civil de que **'ninguém pode se beneficiar da própria torpeza'** (nemo turpitudinem suam allegare potest) encontra-se positivado difusamente em leis nacionais. A jurisprudência brasileira confirma esse raciocínio, invocando-o em situações das mais variadas. Ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, o particular **não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza.** Aqui se aplica o mesmo raciocínio utilizado quanto ao possuidor de má-fé em relação aos frutos. O Código Civil prevê:

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

18. Os contratos entre a Schahin e a Petrobras comprovadamente incluíram **fraude em seu processo de contratação, anulando o contrato**, que, **portanto, deve ter seus efeitos desconstituídos.** Se aplica a lei de licitações que prevê a nulidade de contratos resultantes de contratações ilegais e princípios do direito civil.
(...)

Reconhecida a **nulidade do contrato**, as partes devem retornar ao **status quo ante**, especialmente no que se refere aos valores aplicados na contratação, por se tratar de dinheiro público. O código civil é explícito:

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao **estado em que antes dele se achavam**, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

20. O Código civil discute ainda pagamentos indevidos, em seu capítulo III:

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

(...)

21. O princípio jurídico de que não se pode beneficiar de um ilícito, prega que quando o negócio é ilícito, todos os produtos, todos os valores faturados e até ativos devem ser devolvidos e/ou confiscados, como prevê o art. 883, do código civil.

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

22. Como no caso aqui em questão, a atividade é lícita (a operação e afretamento de navios-sonda), **a restituição se aplica somente sobre os frutos do contrato, vez que o contrato foi firmado baseado em fraude e pagamento de propina.** Portanto, a discussão resta em torno da restituição de lucros, e não de todo o faturamento do contrato (como se daria num caso de produção ou tráfico de drogas, por exemplo). O referencial dos custos foi obtido

com base em documentação da própria Schahin e de apontamentos da comissão da Petrobras e está sendo usado **in tantum**.

Observando os dispositivos de direito administrativo em conjunção com os princípios da esfera privada, percebi um alinhamento no tratamento da devolução de valores obtidos de forma ilícita. Ao contratado de má-fé, que contribuiu para macular o contrato com vícios desde a sua origem, impõe-se a obrigação de restituir integralmente todos os ganhos auferidos, já que a nulidade do contrato retroage para desconstituir seus efeitos. Contudo, admite-se, em caráter excepcional, que do débito seja abatida uma quantia suficiente para cobrir os custos efetivamente incorridos na execução do objeto contratual, desde que se comprove que a atividade executada foi lícita e que os vícios não estão relacionados à sua execução.

Os dispositivos citados, como os artigos 884 e 927 do CC, reforçam a ideia de que a restituição dos lucros ilegítimos é uma medida essencial para recompor o equilíbrio jurídico e econômico. O artigo 883, ao vedar qualquer benefício decorrente de atos ilícitos, destaca que o contratado não pode reter valores advindos de práticas imorais ou ilegais, reafirmando que a administração deve recuperar integralmente os frutos ilícitos, resguardando o interesse público.

Esses dispositivos foram extraídos dos acórdãos paradigmáticos, com o propósito de ilustrar como a jurisprudência do TCU tem fundamentado o conceito de lucro ilegítimo em conformidade com a legislação brasileira em suas decisões

3.8. Natureza do lucro ilegítimo

Outra questão que requer análise é a natureza jurídica atribuída ao lucro ilegítimo. Definir essa natureza é essencial para posicioná-lo no ramo do direito ao qual pertence, uma vez que seu enquadramento jurídico afeta diretamente as consequências e os efeitos legais de sua aplicação. A depender do campo jurídico em que o instituto é considerado, como o direito

administrativo, civil ou penal, as implicações, abordagens e instrumentos normativos podem variar substancialmente, impactando na fundamentação teórica e nos resultados práticos das decisões.

Os dados relacionados a esta investigação, considerando a natureza do lucro ilegítimo, estão apresentados na figura a seguir. Cabe ressaltar que, na categoria em que não se menciona explicitamente a natureza do lucro ilegítimo, optei por não realizar pressupostos a respeito do resultado da aplicação dessa categoria. Minha análise se limitou exclusivamente aos acórdãos em que os ministros indicaram, de forma expressa, a natureza do lucro ilegítimo. Essa escolha metodológica reflete o cuidado em respeitar a ausência de consenso sobre o tema, reconhecendo sua controvérsia e evitando qualquer interpretação que pudesse sugerir suposições não embasadas diretamente nos argumentos dos ministros.

Figura 7 – Acórdãos que tratam da natureza do lucro ilegítimo no TCU



Fonte: elaboração própria

Ao restringir minha análise aos acórdãos que explicitam a natureza do lucro ilegítimo, observei que o tribunal o caracteriza predominantemente como de natureza civil e reparatória. Nesse contexto, o acórdão 1842/2022⁶⁷

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022. p. 44.

apresentou algumas conclusões importantes sobre a caracterização jurídica do lucro ilegítimo, contribuindo para o entendimento consolidado dessa figura.

Relativamente à **natureza jurídica** da “exigência de restituição de lucros ilegítimos”, Sua Excelência, após verificar a jurisprudência e doutrina dominantes, extraiu seis conclusões (§ 63 do voto):

Primeira: a restituição de lucros ilegítimos está fundamentada no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, assim como no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e ainda nos efeitos retroativos da declaração de nulidade, no sentido de que se deve buscar a restauração do *status quo ante*.

Segunda: a restituição dos lucros ilegítimos tem amparo legislativo amplo no art. 884 do Código Civil brasileiro e, especificamente, no art. 59 da Lei 8666/1993 e nos artigos 148 e 149 da Lei 14.133/2021.

Terceira: a teoria do deslocamento patrimonial unitário deve ser superada em relação à restituição dos lucros ilegítimos, pois o enriquecimento sem causa de uma pessoa não necessariamente decorre do empobrecimento de outra.

Quarta: nos termos do Enunciado n. 35 da Jornada de Direito Civil em 2002, “A expressão *enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento*”.

Quinta: conforme observado pelo Ministério Público junto ao TCU, em sua peça recursal, a restituição dos lucros ilegítimos não importa qualquer redução do patrimônio das empresas infratoras, mas apenas promove o seu retorno ao estado em que se encontrava antes da prática do ilícito.

Sexta: **a restituição de lucros ilegítimos não é, em regra, uma sanção, mas sim uma consequência jurídica de natureza predominantemente civil**, ainda que possa ser exigida também na esfera penal, quando o ilícito for tipificado como crime, ou na esfera administrativa, quando decorrente de ilícito dessa mesma natureza.”

Este trecho da decisão oferece contribuições significativas para a temática estudada. Contudo, o aspecto mais relevante para este tópico é a sexta conclusão, que esclarece que a restituição de lucros ilegítimos não se configura como uma sanção. Trata-se, predominantemente, de uma consequência jurídica de natureza civil, ainda que possa também ser exigida em outras esferas. Assim, a restituição de lucros ilegítimos constitui um mecanismo de reparação civil, cujo propósito é restaurar o equilíbrio financeiro, corrigindo a apropriação indevida de recursos ou benefícios econômicos obtidos de forma irregular. Essa abordagem reflete um caráter essencialmente não punitivo, voltado para a reposição do patrimônio público

e fundamentado nos princípios da moralidade administrativa e da proteção ao erário.

Nesse mesmo sentido, o acórdão 1306/2017⁶⁸ reforça a ideia, ao destacar que a condenação em débito dos responsáveis pelo TCU não configura uma sanção, mas sim uma medida de recomposição aos cofres públicos, no caso, à Petrobras, resultante de uma responsabilização civil.

Cabe sempre ressaltar que eventual e futura condenação em débito dos responsáveis pelo TCU não é sanção. Trata-se de recomposição aos cofres da Petrobras decorrente de responsabilização civil. A esse respeito Francisco Chaves, em sua obra Controle Externo da Gestão Pública, p.126, assim ensina: O Código Civil, cujas prescrições atinentes à responsabilidade civil, no que forem cabíveis, aplicam-se aos processos do TCU, entre outras determinações preceitua que:

- a pessoa que tenha causado dano a outrem, em decorrência da prática de ato ilícito, tem a obrigação de repará-lo (art. 927, caput);
- independe de culpa a obrigação de reparar o dano, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único);
- os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem podem ser utilizados para reparar o dano causado (art. 942, caput, parte inicial);
- se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (art. 942, caput, parte final);
- são solidariamente responsáveis pela reparação do dano: os autores, os coautores e outras pessoas, designadas no art. 932 do próprio diploma civil (art. 927, parágrafo único);
- o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança (art. 943).

(...)

A restituição desses valores visa resguardar a integridade da União e da Petrobras diante dos danos causados pelos atos de corrupção a partir da concepção da operação do Vitória 10.000.

O entendimento do TCU sobre a natureza do lucro ilegítimo pode ser sintetizado como o de um instrumento de restituição no campo da responsabilidade civil, destinado à recuperação de ganhos indevidos obtidos em prejuízo da administração pública. Além de sua função reparatória, o lucro ilegítimo atua como um mecanismo essencial para desestimular práticas

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1306/2017*, Plenário. Relator: José Mucio Monteiro, 21.06.2017. p. 7.

ilícitas, ao fortalecer a proteção ao patrimônio público e da moralidade administrativa.

3.9. Competência do TCU para tratar de lucro ilegítimo

O Tribunal de Contas da União é um órgão auxiliar fundamental para o Poder Legislativo, com atuação independente e sem vínculo de subordinação. Suas atribuições possuem caráter administrativo e são voltadas, sobretudo, para a fiscalização dos recursos públicos, com o objetivo de assegurar transparência e controle na gestão pública. Com garantias de autonomia e autogestão, o TCU exerce suas funções de forma a preservar sua imparcialidade e efetividade no apoio ao Poder Legislativo.

Cada vez mais, órgão vem desempenhando um papel essencial no controle das finanças públicas, com ações que vão além do simples auxílio Legislativo. Embora sua função de apoio ao Legislativo esteja prevista no art. 71 da Constituição Federal, o TCU possui competências próprias que lhe permitem atuar como controlador independente da administração pública.⁶⁹

Um dos questionamentos que frequentemente surge em torno desse tema é se o TCU seria o órgão competente para tratar do lucro ilegítimo. Isso se deve, em grande parte, às dúvidas iniciais sobre a natureza jurídica do instituto, especialmente no que diz respeito a classificá-lo como uma sanção penal ou uma medida de restituição civil. No entanto, conforme analisado nesta pesquisa, o lucro ilegítimo não possui natureza sancionatória. Trata-se de um mecanismo com caráter eminentemente civil e reparatório, destinado a reconstituir o patrimônio público ou privado lesado.

Embora a natureza do lucro ilegítimo tenha sido constatada, permanece a dúvida sobre se o TCU se considera, de fato, competente para julgar questões relacionadas a esse instituto ou se há outros possíveis

⁶⁹ MARIUTTI, Francesca Raglione. *Tribunais de Contas ou Tribunais Constitucionais? Uma análise da Súmula nº 347/STF*. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/tribunais-de-contas-ou-tribunais-constitucionais-uma-analise-da-sumula-no-347-stf/>. Acesso em: 09. nov. 2024.

impedimentos que ainda não foram identificados nesta pesquisa. Essa questão é importante para delinear os limites da atuação do Tribunal em relação ao lucro ilegítimo, além de esclarecer eventuais lacunas ou conflitos normativos que possam surgir no exercício de suas funções de controle e fiscalização.

A análise dos acórdãos revelou um consenso entre os ministros quanto à competência do TCU para apreciar casos de lucro ilegítimo. Dos 14 acórdãos examinados, 13 reafirmam explicitamente a atribuição do Tribunal nessa matéria, consolidando sua posição institucional sobre o tema. Apenas um acórdão não aborda a questão da competência, mas também não a contesta. Nesse contexto, as discussões no âmbito do TCU sobre essa temática discorrem que:

Acórdão 1835/2024⁷⁰:

Além disso, não pode esta Corte de Contas deixar de **exercer as competências a ela atribuídas constitucionalmente de julgamento das contas daqueles que deram causa a desvios de recursos públicos** e de aplicação das sanções previstas em lei, visto que essas competências são indelegáveis e irrenunciáveis. Tal repartição de competências previstas na Constituição Federal não pertence mais aos órgãos do Estado, mas sim à própria sociedade brasileira, de quem emana todo o poder (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988).

Acórdão 516/2024⁷¹:

Em virtude dos argumentos aqui apresentados e considerando que a Alusa participou do cartel tendo obtido êxito em capturar o contrato Cafor-Rnest de forma fraudulenta, conforme já tratado nesta instrução, entende-se que o PBM **pertence à esfera da economicidade, além de estar ao alcance das competências do TCU.**

196. **Sabendo que é o TCU é competente na temática do Lucro Ilegítimo** (ainda que para atuar indiretamente), e que o PBM é peça

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão n.º 1835/2024*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 04.09.2024.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão n.º 516/2024*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 27.03.2024.

integrante da análise de economicidade, o primeiro ponto a se tratar é a caracterização da contratação como fraudulenta.

Acórdão 11498/2023⁷²:

Em síntese, **concluiu-se que o TCU tem competência para determinar a restituição dos lucros obtidos por empresas em casos de fraudes contra a administração** – lucros esses ilegítimos, já que a ninguém é permitido se beneficiar da própria torpeza – e que tal imposição não tem natureza de pena, mas de consequência civil-administrativa da realização de despesas ilegítimas.

Reconhecimento **da competência** do TCU para atuar nesses casos de contratos nulos decorrentes de fraude praticada pela empresa contratada no tocante ao não pagamento dos lucros ilegítimos ou à sua restituição, quando já pagos, mas essa atuação deve se dar de modo indireto, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de que seja fixado prazo para o administrador público adotar as devidas providências ao exato cumprimento da lei incidente na espécie, seja um dispositivo expresso constante da lei de licitações (art. 59 da Lei 8.666/1993 ou arts. 148 e 149 da Lei 14.133/2021) ou do Código Civil (art. 884), seja um princípio jurídico.

Também não deve ser acolhida a alegação de que o TCU não possui **competência** para fiscalizar entidades do “Sistema S”. O entendimento desta Corte de Contas é de que a fiscalização dessas entidades não está restrita à forma finalística, cabendo ao próprio Tribunal estabelecer o alcance de suas ações de controle sobre essas pessoas jurídicas.

Acórdão 1115/2023⁷³:

O TCU tem competência para assinar prazo para que o órgão ou a entidade pública adote as providências necessárias (art. 71, inciso IX, da Constituição Federal), administrativas ou judiciais, visando ao não pagamento ou à **restituição de lucro ilegítimo obtido por empresa contratada por meio de fraude à licitação**, a fim de buscar, com base nos efeitos retroativos da nulidade contratual (art. 59 da Lei 8.666/1993 e arts. 148 e 149 da Lei 14.133/2021), na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil) e no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, a restauração do status quo ante. (grifos acrescidos)

⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 11498/2023*, Primeira Câmara. Relator: Jhonatan de Jesus, 17.10.2023.

⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1115/2023*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 31.05.2023.

Acórdão 758/2023⁷⁴:

Caso a Administração Pública já tenha efetuado o pagamento da indenização, o TCU, com fundamento no citado art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, tem competência para exigir da Administração Pública que busque a restituição dos lucros ilegítimos, seja pela via administrativa ou a judicial, nos termos do art. 59 da Lei 8.666/1993 e dos arts. 148 e 149 da Lei 14.133/2021 ou, se for o caso, nos termos do art. 884 do Código Civil assim como com fundamento no princípio da vedação do enriquecimento sem causa e no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e ainda nos efeitos retroativos da declaração de nulidade, no sentido de que se deve buscar a restauração do status quo ante.

Acórdão 1842/2022⁷⁵:

A sugestão que apresento decorre do entendimento de que – estando inserida **na competência deste Tribunal a natureza da exigência de restituição de lucros ilegítimos**, mas devendo ser exercida de forma indireta.

Os julgados reafirmam que o TCU tem a atribuição constitucional, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, para exigir que a administração pública adote as medidas necessárias, seja por meio de vias administrativas ou judiciais, para a restituição de valores obtidos de forma ilícita. Essa atuação, entretanto, deve ser exercida de maneira indireta, com a fixação de prazos para que os administradores públicos cumpram as normas legais aplicáveis.

Os acórdãos destacam que a exigência de restituição dos lucros ilegítimos não possui natureza punitiva, mas sim civil-administrativa, baseada nos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa, de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, e nos efeitos retroativos da nulidade contratual, visando à restauração do *status quo ante*.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 758/2023*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 19.04.2023.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022.

Os acórdãos analisados consolidam, portanto, a interpretação de que o TCU desempenha papel essencial no controle e fiscalização de recursos públicos, garantindo a observância das normas jurídicas e a devolução de valores indevidamente apropriados, sempre respeitando os limites de sua atuação indireta, mas vinculativa.

4. O lucro ilegítimo e a relação com a Lava Jato segundo uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União

O lucro ilegítimo emerge em um contexto singular da história brasileira, marcado pela intensificação da crise política e econômica. Esse instituto jurídico começa a ganhar relevância a partir da deflagração da Operação Lava Jato. Em 17 de março de 2014, essa megaoperação rapidamente se tornou um dos maiores escândalos de corrupção da história nacional.⁷⁶ Em poucos meses, a Lava Jato dominava as manchetes de jornais, revistas e telejornais, atraindo atenção massiva da população brasileira.

A investigação revelou um esquema bilionário de desvio e lavagem de dinheiro envolvendo a Petrobras. Um estudo conduzido pelo TCU, sob a relatoria do ministro Benjamin Zymler, realizou uma análise econométrica para apurar os prejuízos causados pela formação de cartéis que teria operado nas contratações da Petrobras entre 2004 e 2012. O estudo apontou que o sobrepreço médio em cada contratação, devido ao conluio entre empresas, era de 14,53%. Atualizado, o prejuízo total aos cofres da estatal ultrapassa a marca de R\$ 18 bilhões.⁷⁷

No contexto das licitações públicas promovidas pela Petrobras, constatou-se um esquema de cartel e fraude estruturado por diversas empresas, conforme detalhado no acórdão 1568/2020 do TCU.

Conforme amplamente comprovado pelas decisões condenatórias proferidas pela 13ª Vara da Justiça Federal no âmbito da Operação Lava-Jato, algumas das quais já decididas em juízo de segunda instância, e admitido nos termos de colaboração premiada homologados pela Justiça e nos históricos de conduta de acordos de leniência e termos de cessação de conduta firmados com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), diversas contratações de obras realizadas pela Petrobras foram processadas em desprestígio à competitividade, levando a um ambiente de **mercado monopolista em que um cartel de empresas**, em associação com ex-funcionários da Estatal, distribuiu os contratos entre seus

⁷⁶ G1. *Entenda a operação Lava Jato da Polícia Federal*. G1, 09 abr. 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2014/04/entenda-operacao-lava-jato-da-policia-federal.html>. Acesso em: 12 nov. 2024.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1568/2020*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 17.06.2020.

integrantes, resultando em majoração de preços e obtenção de sobrelucros ilegítimos.⁷⁸

De acordo com as investigações, as empresas participantes definiam previamente, em conluio, qual delas seria a vencedora de cada certame. As demais apresentavam propostas com valores superiores ao limite aceitável pela Petrobras ou, em alguns casos, optavam por não participar da concorrência, simulando uma disputa competitiva. As empresas também aproveitavam a margem de aceitação de preços estabelecida pela estatal, que permitia variações de até 20% sobre a estimativa de custo — a qual, em princípio, deveria ser sigilosa. A proposta da empresa escolhida para vencer era ajustada para se posicionar o mais próximo possível desse limite superior, com o objetivo de maximizar os lucros. Os métodos empregados para garantir o sucesso dessa estratégia variavam de acordo com cada licitação, revelando a complexidade e adaptabilidade do esquema fraudulento.

Além disso, a prática incluía o pagamento de propinas a agentes públicos, assegurando que apenas empresas integrantes do cartel fossem convidadas para participar das licitações. Esse mecanismo fraudulento permitia que as empresas vencedoras inflacionassem os preços dos contratos, obtendo lucros elevados e prejudicando a estatal e os cofres públicos. O esquema ganhava maior força com o pagamento de propinas a agentes públicos da Petrobras, que, como comprovado, agiam para favorecer a atuação do cartel ao omitir a convocação das empresas não pertencentes ao “clube”.⁷⁹ Abre-se aqui um parêntese, para destacar que as empresas envolvidas no “clube”, nome pelo qual esses carteis se identificavam, serão abordadas em um tópico posterior. Em síntese, esse arranjo criminoso tinha como finalidade a obtenção de preços artificialmente elevados – caracterizados como sobrepreços – para garantir lucros adicionais às empresas participantes. Uma parcela desses lucros era direcionada ao

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1568/2020*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 17.06.2020. p. 2-3.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 516/2024*, Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler, 27.03.2024.

pagamento de vantagens indevidas a agentes envolvidos, reforçando o esquema e garantindo a perpetuação das práticas ilícitas.

Assim, as ações de combate à corrupção, especialmente impulsionadas pela Operação Lava Jato, estabeleceram uma nova dinâmica de cooperação e integração entre os órgãos de controle e de persecução penal. A atuação conjunta desses órgãos, organizada em forças-tarefa e sustentada por novas técnicas de investigação, recursos tecnológicos, compartilhamento de informações e atividades de inteligência, foi fundamental para identificar e desarticular cartéis que manipulavam licitações, causando prejuízos expressivos aos cofres da Petrobras. Esse trabalho integrado não apenas expôs as práticas ilícitas, mas também trouxe avanços significativos na capacidade de resposta do Estado contra esquemas de corrupção de grande escala, contribuindo para o fortalecimento dos mecanismos de controle e transparência no setor público.⁸⁰

É nesse cenário que a atuação do TCU ganha grande relevância, uma vez que é responsável por fiscalizar empreendimentos que utilizam, total ou parcialmente, recursos do orçamento público federal. Em 2008, muito antes do início da Operação Lava Jato, o TCU já havia identificado indícios de irregularidades em auditorias na Petrobras. Em resposta, recomendou a suspensão das obras da Refinaria Abreu e Lima (Rnest), em Pernambuco, e da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), no Paraná. No entanto, essa recomendação foi vetada pelo então Presidente da República.⁸¹ Esses apontamentos do TCU foram fundamentais para dar início às investigações realizadas pelo MPF e pela Polícia Federal (PF), no âmbito da Operação Lava Jato.

As denúncias do MPF revelaram que o órgão utilizou as auditorias do TCU para demonstrar ao Judiciário a gravidade dos ilícitos, indicando que o

⁸⁰ CARVALHO, Sérgio Lino da Silva; MELO, Bruno Mattos Souza de Souza; CHAISE, Rosa Maria. *Escolas de Governo: o papel pedagógico nos Tribunais de Contas e os impactos na gestão pública. XXIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Buenos Aires, Argentina, 12-15 nov. 2019.

⁸¹ BRASIL. Senado Federal. *TCU aponta irregularidades em Abreu e Lima desde 2008*. Senado Notícias, 14 nov. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/11/14/tcu-aponta-irregularidades-em-abreu-e-lima-desde-2008>. Acesso em: 12 nov. 2024.

esquema de corrupção envolvia práticas como o superfaturamento de obras públicas e a obtenção de lucros ilícitos, o que resultou em prejuízos bilionários para a estatal.⁸² Essa retrospectiva histórica, essencial para contextualizar o surgimento do lucro ilegítimo, destaca o papel do TCU como um importante ator social no combate à corrupção no país.⁸³

Para avaliar a relevância da Operação Lava Jato no contexto do instituto do lucro ilegítimo, busquei verificar se todos os acórdãos analisados nesta pesquisa apresentavam alguma relação com essa operação. Dos 14 acórdãos que compõem a amostra total, 11 estão diretamente relacionados a casos originados da Operação Lava Jato, evidenciando sua influência significativa sobre o tema. Por essa razão, nos próximos tópicos, pretendo aprofundar a análise do funcionamento dos esquemas de corrupção que deram origem aos lucros ilegítimos provenientes de atos ilícitos.

4.1 Cartéis e Fraudes à licitação

Conforme demonstrado anteriormente nesta pesquisa, a formação de cartéis e a ocorrência de fraudes em licitações representam os principais fatores geradores do lucro ilegítimo. Nesse contexto, este tópico visa explorar o funcionamento dessas práticas ilícitas, analisando os mecanismos utilizados para burlar a concorrência, manipular resultados e garantir vantagens indevidas.

A análise do acórdão 516/2024⁸⁴ revelou que, no contexto da Operação Lava Jato, foi comprovada a existência de uma ampla organização criminoso que, entre 2004 e 2014, praticou reiteradamente ilícitos em licitações de

⁸² BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. TCU e a Lava Jato. Portal do TCU, [s.d.]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao/tcu-e-a-lava-jato.htm>. Acesso em: 12 nov. 2024.

⁸³ CARVALHO, Sérgio Lino da Silva; MELO, Bruno Mattos Souza de Souza; CHAISE, Rosa Maria. Escolas de Governo: o papel pedagógico nos Tribunais de Contas e os impactos na gestão pública. *XXIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Buenos Aires, Argentina, 12-15 nov. 2019.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão nº 516/2024, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 27.03.2024.

obras da Petrobras. Destacam-se a formação de cartéis, que atuavam para frustrar o caráter competitivo das licitações, e o pagamento sistemático de propinas. Esses valores eram repassados, por determinação de altos executivos de empreiteiras, por meio de operadores financeiros, a dirigentes da Petrobras e a agentes políticos com influência sobre a estatal.

Dos 14 acórdãos analisados, 13 mencionam a formação de cartéis. Um ponto relevante a ser destacado é que todos os cartéis mencionados envolvem os mesmos integrantes, revelando a recorrência dos mesmos agentes nos esquemas ilícitos investigados. Diante dessa constatação, a análise inicial concentra-se nos agentes que compunham esses cartéis, os quais se autodenominavam "clube". O acórdão 516/2024 fornece uma descrição detalhada sobre o funcionamento desse denominado "clube", permitindo um entendimento mais aprofundado de sua dinâmica.

Segundo os signatários e compromissários dos instrumentos firmados com o Cade, o cartel de empreiteiras teve composição variável ao longo do tempo, com a participação de pelo menos 23 empresas. Em uma primeira fase, o cartel era batizado de "Clube das 9", formado pelos seguintes grupos empresariais: 1) Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A; 2) Construtora Andrade Gutierrez; 3) Construtora Norberto Odebrecht; 4) Mendes Júnior Trading Engenharia; 5) MPE Montagens e Projetos Especiais S/A; 6) Promon S/A; 7) Setal/Sog Óleo e Gás; 8) Techint Engenharia e Construções S/A; e 9) UTC Engenharia S/A (peça 46).

45. Como não estavam contempladas algumas das grandes empreiteiras brasileiras, a partir do ano de 2006, admitiu-se o ingresso de outras companhias no denominado "Clube", o qual passou a ser composto por dezesseis empresas, no que ficou conhecido como "Clube das 16", com a entrada de mais sete grandes grupos empresariais: 10) Construtora OAS S/A; 11) Engevix Engenharia; 12) Galvão Engenharia S/A; 13) GDK S/A; 14) Iesa Óleo e Gás; 15) Construtora Queiroz Galvão S/A; e 16) Skanska Brasil Ltda. (peça 46).

46. Outras empresas também participaram e venceram, de forma esporádica, determinadas licitações na Petrobras, mediante negociação com o "clube" e pagamento de propina para os funcionários da empresa estatal, como: 17) Alusa Engenharia S/A (atualmente Alumini Engenharia S.A.); 18) Carioca Christiani Nielsen Engenharia S/A; 19) Construcap CCPS Engenharia; 20) Fidens Engenharia S/A; 21) Jaraguá Equipamentos Industriais Ltda.; 22) Schahin Engenharia Ltda.; e 23) Tomé Engenharia S/A (peça 46).

47. Existia ainda um "Clube VIP", criado por volta de 2008-2009 e formado por empresas que, ao tempo que participavam e atuavam ativamente nas reuniões do "Clube das 16", exigiam primazia, considerando o seu grande porte para as grandes obras realizadas pela Petrobras. Segundo as informações provenientes do Cade, tais empresas seriam: a) Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A; b) Construtora Andrade Gutierrez S/A; c) Construtora Norberto

Odebrecht S/A; d) Construtora Queiroz Galvão S/A; e e) UTC Engenharia S/A (peça 46).⁸⁵

Para facilitar a visualização das empresas que integravam esse cartel, organizei uma tabela contendo os nomes das empresas e a indicação do clube ao qual pertenciam.

Quadro 9 - Empresas que compunham o “clube” em suas fases

Esporádicas	Clube das 9 (final 2005/início 2006)	Clube das 16 (2006/2014)	Clube VIP (por volta de 2008/2009)
Alusa Engenharia Carioca Cristiani Construcap CCPS Fidens Engenharia Jaraguá Schahin Tomé	Camargo Corrêa Andrade Gutierrez Odebrecht Mendes Jr. MPE Promon Setal/SOG Techint UTC	Camargo Corrêa Andrade Gutierrez Odebrecht Mendes Jr. MPE Promon Setal/SOG Techint UTC OAS Engevix Galvão Engenharia GDK Iesa Queiroz Galvão Skanksa	Camargo Corrêa Andrade Gutierrez Odebrecht Queiroz Galvão UTC

Fonte: elaboração própria (2024)

Dessa forma, conforme revelado pelo acórdão 1568/2020⁸⁶, as empresas, mediante ajustes prévios, definiam em conluio qual delas seria a vencedora do certame. As demais participantes apresentavam propostas com valores acima do limite aceitável pela Petrobras, com o objetivo de dissimular

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão nº 516/2024, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 27.03.2024. p. 7.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão nº 1568/2020, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 17.06.2020.

a fraude no processo licitatório, ou se abstinham de participar, conforme evidenciado pelas investigações do CADE e confirmado pelo MPF. Sabendo que o critério de aceitação das propostas geralmente considerava um limite de até 20% acima da estimativa de custo sigilosa da Petrobras, as empresas conspiravam para que a proposta da empresa escolhida pelo cartel se mantivesse dentro dessa faixa, preferencialmente o mais próximo possível do limite superior (+20%). Para alcançar esse objetivo, diferentes estratégias eram utilizadas, variando de licitação para licitação.

Uma das práticas consistia em obter conhecimento prévio do valor estimado, permitindo à "empresa da vez", escolhida pelo cartel, ofertar um preço dentro da faixa de aceitação, forçando a Petrobras a negociar em condições desfavoráveis, resultando, muitas vezes, em descontos meramente simbólicos. As demais empresas apresentavam propostas de cobertura, criando a falsa impressão de competitividade.

Outra estratégia comum era o cartel apresentar propostas significativamente acima do valor estimado e do mercado, excedendo o limite máximo de aceitabilidade. Isso levava à frustração do certame, forçando a Petrobras a realizar uma nova licitação (rebid) ou a negociar diretamente com a melhor proposta apresentada, mesmo que esta excedesse o limite superior.

No caso de rebids, foi verificado que novas empresas eram frequentemente excluídas do convite, contrariando normas internas da própria Petrobras. Essa prática neutralizava a concorrência entre agentes econômicos no mesmo mercado relevante. Condutas anticompetitivas como essas resultavam, inevitavelmente, em preços e lucros superiores aos níveis competitivos demonstrando os impactos graves desse esquema no mercado e nos custos da estatal.

A análise revelou que a formação de cartéis e as fraudes em licitações na Petrobras, organizadas por meio de estruturas como o "Clube das 9", "Clube das 16" e "Clube VIP", comprometeram gravemente a concorrência e a integridade dos processos licitatórios. Confirmados por investigações do CADE e do MPF, esses esquemas violaram princípios fundamentais da administração pública, como a moralidade e a isonomia, evidenciando a

necessidade de aprimorar a fiscalização de licitações para proteger o patrimônio público.

4.2 Órgão e entidade lesada

Outro ponto relevante identificado nos acórdãos é que, em todos os casos analisados, a empresa lesada foi a Petrobras. Isso significa que os esquemas de corrupção e as fraudes em licitações estavam sistematicamente direcionados a explorar as vulnerabilidades dessa estatal, que se tornou o principal alvo de práticas ilícitas. Essa constatação evidencia o impacto devastador da atuação dos cartéis e de outros agentes criminosos sobre o patrimônio público, especialmente em uma empresa de porte estratégico como a Petrobras, responsável por setores fundamentais da economia brasileira.

Considerações Finais

Infelizmente a restituição do lucro situa-se numa espécie de limbo ou de 'terra de ninguém' entre os dois institutos (responsabilidade civil e enriquecimento sem causa), sendo sua localização fortemente condicionada pela pré-compreensão de cada um deles e dos seus respectivos pressupostos e funções, acabando, por vezes, por negar-se-lhe qualquer lugar no domínio jurídico privado.⁸⁷

Nesta pesquisa, me propus a compreender como o TCU interpreta e aplica o conceito de lucro ilegítimo em contratações marcadas por vícios e irregularidades. O objetivo deste trabalho foi explorar as particularidades desse instituto, que ainda carece de uma fundamentação sólida no direito brasileiro. Como demonstrado ao longo da monografia, o conceito de lucro ilegítimo transcende a mera função indenizatória dos danos e surgiu no ordenamento jurídico brasileiro por meio das decisões da Corte de Contas, especialmente no contexto dos processos relacionados à Operação Lava Jato.

No âmbito da interpretação do conceito, constatei que ele se originou da teoria do *disgorgement*, adotada em jurisdições de *common law*, nas quais o infrator fica impedido de obter qualquer benefício decorrente do dano causado a outrem. No direito brasileiro, contudo, ainda predomina uma abordagem essencialmente compensatória da responsabilidade civil, direcionada exclusivamente à reparação das perdas sofridas pela vítima.

Essa limitação foi um dos fatores que levaram o TCU a adotar a teoria do *disgorgement*, especialmente diante de casos concretos de corrupção envolvendo valores expressivos. Com o propósito de impedir que os infratores auferissem benefícios financeiros decorrentes de suas condutas ilícitas, o tribunal incorporou esse conceito ao seu arcabouço decisório e assegurou que

⁸⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. p. 972.

empresas envolvidas em práticas irregulares não retivessem ganhos indevidos. Essa abordagem tornou-se necessária, uma vez que o modelo tradicional de responsabilidade civil no Brasil, de caráter predominantemente compensatório, não seria suficiente para coibir a apropriação de lucros ilícitos e desestimular novas infrações.

Desse modo, ao analisar as decisões do tribunal, foi possível definir o conceito de lucro ilegítimo como o ganho econômico obtido por meio de transações marcadas por ilicitude, fraude ou condutas que afrontam os princípios jurídicos e éticos que norteiam as relações contratuais e administrativas. Esse entendimento consolida a premissa de que nenhuma parte pode se beneficiar de práticas irregulares que causem prejuízo ao patrimônio público ou privado e reafirma a necessidade de mecanismos jurídicos eficazes para impedir o enriquecimento indevido e assegurar a integridade nas relações institucionais.

Nesse sentido, identifiquei também aspectos como a temporalidade do lucro ilegítimo, sua aplicação prática nas decisões do TCU, os contextos específicos de cada caso analisado, os fatos geradores que deram origem ao lucro ilegítimo, a fundamentação jurídica utilizada pelo tribunal e as normas legais frequentemente citadas.

Além disso, a pesquisa permitiu estabelecer uma relação entre a atuação fiscalizatória do TCU e o combate à corrupção no Brasil, evidenciando o impacto de suas decisões nos desdobramentos da Operação Lava Jato. A análise dos casos revelou fraudes em contratos administrativos, especialmente aqueles vinculados à Petrobras, destacando o papel da Corte de Contas no desmantelamento de esquemas ilícitos e no aprimoramento dos mecanismos de controle sobre os recursos públicos. Percebi, portanto, a relevância da atuação do TCU na defesa do Estado Democrático de Direito. Isso ocorre porque uma sociedade que se habitua à corrupção tem seus valores democráticos enfraquecidos, o que abre espaço para a desconfiança em suas instituições. Sem democracia, não há progresso genuíno; sem controle e transparência, a corrupção torna-se sistêmica.

REFERÊNCIAS

BONHO, Luciana Tramontin [et al.]. *Responsabilidade civil*. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Dispõe sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). *Mandado de Segurança nº 38. 332 (DF)*, Decisão Monocrática. Relator: Min. Nunes Marques, 13.03.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1835/2024*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 04.09.2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1835/2024*, Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 04.09.2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1115/2023*, Plenário. Relator: Antonio Anastasia, 31.05.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 11498/2023*, Primeira Câmara. Relator: Jhonatan de Jesus, 17.10.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1216/2024*, Plenário. Relator: Augusto Sherman, 19.06.2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 130/2019*, Plenário. Relator: Raimundo Carreiro, 30.01.2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1306/2017*, Plenário. Relator: José Mucio Monteiro, 21.06.2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1615/2023*, Plenário.
Relator: Antonio Anastasia, 09.08.2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 1842/2022*, Plenário.
Relator: Antonio Anastasia, 10.08.2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 2316/2021*, Plenário.
Relator: Bruno Dantas, 29.09.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 2436/2021*, Plenário.
Relator: Raimundo Carreiro, 06.10.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 491/2022*, Plenário.
Relator: André de Carvalho, 09.03.2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 516/2024*, Plenário.
Relator: Benjamin Zymler, 27.03.2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 627/2021*, Plenário.
Relator: Jorge Oliveira, 24.03.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão nº 758/2023*, Plenário.
Relator: Antonio Anastasia, 19.04.2023.

EPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World*. Berlim: Springer, 2015.

MARIUTTI, Francesca Raglione. *Tribunais de Contas ou Tribunais Constitucionais?* Uma análise da Súmula nº 347/STF. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/tribunais-de-contas-ou-tribunais-constitucionais-uma-analise-da-sumula-no-347-stf/>.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. *E-book*.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROBERTS, Caprice. Supreme Disgorgement. *Florida Law Review*, v. 68. Gainesville: Fredric G. Levin College of Law, 2016.

ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Competências de controles dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

THAMAY, Rennan et al. *Nova Lei de Licitações e contratos administrativos comentada e referenciada*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 200. *E-book*.

YOUSSEF, Laís Menegon. *As Parcerias de Desenvolvimento de Produto (PDP) de medicamento aos olhos do Tribunal de Contas da União: quais os principais questionamentos do TCU sobre as PDP?*. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/as-parcerias-de-desenvolvimento-de-produto-pdp-de-medicamento-aos-olhos-do-tribunal-de-contas-da-uniao-quais-os-principais-questionamentos-do-tcu-sobre-as-pdp/>.

ANEXO – DECISÕES DO TCU ORGANIZADAS POR PALAVRAS-CHAVE

LUCRO ILEGÍTIMO

ACÓRDÃO 1835/2024 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 04/09/2024 - BENJAMIN ZYMLER

SUMÁRIO: REFINARIA ABREU E LIMA (RNEST). CONSTRUÇÃO DAS TUBOVIAS. SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS. CITAÇÃO E AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO PROPORCIONAL À CULPA VERIFICADA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

ACÓRDÃO 1216/2024 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 19/06/2024 - AUGUSTO SHERMAN

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. REFINARIA PRESIDENTE GETÚLIO VARGAS – REPAR. CONTRATO CT 112. OBRAS DA UNIDADE DE COQUE DAS UNIDADES AUXILIARES DA REPAR. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. ACOLHIMENTO PARCIAL COM EFEITOS INFRINGENTES. MUDANÇA DO CÁLCULO DO DÉBITO. EXCLUSÃO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS AOS RESPONSÁVEIS QUE TENHAM FIRMADO ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA OU DE LENIÊNCIA. COMUNICAÇÕES.

ACÓRDÃO 516/2024 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 27/03/2024 - BENJAMIN ZYMLER

SUMÁRIO: LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. REFINARIA DE ABREU E LIMA/PE. CONTRATO 0800.0045921.08-2 (CASA DE FORÇA – CAFOR). PROCESSO APARTADO DO TC 009.758/2009-3 – FISCOBRAS 2009. IMPRECISÃO DO PROJETO BÁSICO. ACEITAÇÃO DE PROPOSTA EM VALOR SUPERIOR AO VALOR ORÇADO.

OBSERVAÇÃO DE NORMA INTERNA DA ENTIDADE QUE ADMITE VARIAÇÃO DE PREÇO ENTRE -15% E +20% EM RELAÇÃO AO VALOR DA ESTIMATIVA DE CUSTOS. FORMAÇÃO DE APARTADO NO ÂMBITO DO TC 029.545/2009-1 PARA VERIFICAR A ADERÊNCIA DA NORMA À LEGISLAÇÃO EM VIGOR. ANÁLISE ACERCA DA EXISTÊNCIA DE SOBREPREGO PREJUDICADA EM FACE DA IMPRECISÃO DO OBJETO. DIVERSIDADE DE CRITÉRIOS DE APURAÇÃO NAS FONTES DOS DADOS UTILIZADOS NA METODOLOGIA DO SOBREPREGO. ESTIMATIVA DA UNIDADE TÉCNICA SUJEITA À MARGEM DE ERRO. SOBREPREGO NÃO CARACTERIZADO. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL. ARQUIVAMENTO. REABERTURA DOS AUTOS POR FORÇA DO ACÓRDÃO 1.973/2019-PLENÁRIO. FATOS SUPERVENIENTES ORIUNDOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO. CONSTITUIÇÃO DE APARTADO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A ALGUNS RESPONSÁVEIS. USO DE MÉTODO ECONOMÉTRICO PARA A APURAÇÃO DO DANO. CITAÇÃO DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS.

ACÓRDÃO 11498/2023 - PRIMEIRA CÂMARA – PUBLICADO EM 17/10/2023 - JHONATAN DE JESUS

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DEPARTAMENTO REGIONAL DO SESI NO ESTADO DE PERNAMBUCO. PROJETO "RELIX". EXERCÍCIO DE 2017. INDÍCIOS DE SUPERFATURAMENTO. CONTAS REGULARES DE UMA RESPONSÁVEL, REGULARES COM RESSALVA DE OUTROS DOIS E IRREGULARES DOS DEMAIS. DÉBITO. MULTA.

ACÓRDÃO 1615/2023 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 09/08/2023 - ANTONIO ANASTASIA

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. (PETROBRAS). CONTRATOS DE OPERAÇÃO DO NAVIO-SONDA VITÓRIA 10.000. DIRECIONAMENTO FRAUDULENTO. POTENCIAL DANO AO ERÁRIO. CITAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DISGORGEMENT (TEORIA DO PRODUTO BRUTO MITIGADO).

ACÓRDÃO 1842/2022 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 10/08/2022 - ANTONIO ANASTASIA

SUMÁRIO: Recurso de reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao TCU em face de acórdão que arquivou esta tomada de contas especial, sem julgamento do mérito, por entender ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, sob o fundamento de que esta Corte de Contas não tem competência para exigir a restituição de lucros ilegítimos por parte de empresa privada, nas hipóteses em que tenha dado causa à nulidade de um contrato administrativo, como, por exemplo, no caso de fraude à licitação.

- Matéria que discute a denominada, no direito espanhol, teoria do produto bruto mitigado e, no direito norte-americano, *disgorgement*.
- A restituição de lucros ilegítimos está fundamentada no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, assim como no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e ainda nos efeitos retroativos da declaração de nulidade, no sentido de que se deve buscar a restauração do *status quo ante*.
- A restituição dos lucros ilegítimos tem amparo legislativo amplo no art. 884 do Código Civil brasileiro e, especificamente, no art. 59 da Lei 8666/1993 e nos artigos 148 e 149 da Lei 14.133/2021.
- A teoria do deslocamento patrimonial unitário deve ser superada em relação à restituição dos lucros ilegítimos, pois o enriquecimento sem causa de uma pessoa não necessariamente decorre do empobrecimento de outra.
- Nos termos do Enunciado n. 35 da Jornada de Direito Civil em 2002, “A expressão *enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento*”.
- A restituição dos lucros ilegítimos não importa qualquer redução do patrimônio das empresas infratoras, mas apenas promove o seu retorno ao estado em que se encontrava antes da prática do ilícito.
- A restituição de lucros ilegítimos não é, em regra, uma sanção, mas sim uma consequência jurídica de natureza predominantemente civil, ainda que possa ser exigida também na esfera penal, quando o ilícito for tipificado como crime, ou na esfera administrativa, quando decorrente de ilícito dessa mesma natureza.
- No que diz respeito a contratos administrativos, sejam eles regidos ou não pela Lei 8.666/1993 ou pela Lei 14.133/2021, a exemplo dos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei 13.303/2016, o TCU, com fundamento no art. 71, inciso IX, da

Constituição Federal, é competente para “*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”, a fim de que a Administração Pública, ao efetuar a indenização decorrente de contrato nulo para o qual concorreu a empresa contratada, o faça pelo custo do serviço prestado, excluída a parcela relativa ao lucro.

- Caso a Administração Pública já tenha efetuado o pagamento da indenização, o TCU, com fundamento no citado art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, tem competência para exigir da Administração Pública que busque a restituição dos lucros ilegítimos, seja pela via administrativa ou a judicial, nos termos do art. 59 da Lei 8.666/1993 e dos arts. 148 e 149 da Lei 14.133/2021 ou, se for o caso, nos termos do art. 884 do Código Civil assim como com fundamento no princípio da vedação do enriquecimento sem causa e no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e ainda nos efeitos retroativos da declaração de nulidade, no sentido de que se deve buscar a restauração do *status quo ante*.

- O pagamento de lucros ilegítimos não é, a rigor, um dano ao erário, porquanto o Poder Público terá recebido, em contrapartida, o bem ou serviço que lhe foi prestado, não se podendo falar em diminuição patrimonial a ser recomposta.

- O pagamento de lucros ilegítimos é uma despesa pública absolutamente ilegal e ilegítima como, aliás, o próprio nome diz, pois decorrente de um ato ilícito praticado pela própria empresa beneficiária do aludido pagamento, o que ofende o princípio do não enriquecimento sem causa e o de que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza.

- Contratos decorrentes de fraude são nulos. E a declaração de nulidade opera efeitos retroativos, a fim de se reconstituir, na medida do possível, o *status quo ante* que, no presente caso, significa a indenização da empresa pelos custos, expurgados os lucros ilegítimos, exatamente para evitar o enriquecimento sem causa e o benefício da própria torpeza.

- No tocante à nulidade parcial ou total do contrato, a jurisprudência do TCU tem consagrado o procedimento de o Tribunal, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, fixar prazo para o administrador público adotar as devidas providências para o exato cumprimento da lei, consistente, nesse exemplo, na declaração de nulidade do contrato, de algumas de suas cláusulas e de algum termo aditivo.

- Portanto, as consequências da declaração de nulidade devem ser implementadas também pelo administrador público, à luz da legislação vigente, seja a lei de licitações

ou o Código Civil. Não deve o TCU, nessas hipóteses, tomar para si dever que é do gestor e de quem, no exercício natural do controle externo que lhe cabe, deve cobrar providências, nos exatos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal.

- Reconhecimento da competência do TCU para atuar nesses casos de contratos nulos decorrentes de fraude praticada pela empresa contratada no tocante ao não pagamento dos lucros ilegítimos ou à sua restituição, quando já pagos, mas essa atuação deve se dar de modo indireto, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de que seja fixado prazo para o administrador público adotar as devidas providências ao exato cumprimento da lei incidente na espécie, seja um dispositivo expresso constante da lei de licitações (art. 59 da Lei 8.666/1993 ou arts. 148 e 149 da Lei 14.133/2021) ou do Código Civil (art. 884), seja um princípio jurídico.
- No caso concreto, conhecimento e não provimento do recurso.

ACÓRDÃO 491/2022 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 09/03/2022 - ANDRÉ DE CARVALHO

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PETROBRAS. CONVERSÃO DO TC 021.482/2009-3 NESTA TCE POR FORÇA DO ACÓRDÃO 2.167/2015-PLENÁRIO. OBRAS NA UNIDADE DE COQUE DAS UNIDADES AUXILIARES DA REFINARIA PRESIDENTE GETÚLIO VARGAS (REPAR). CONTRATO No 0800.0043403.08-02 (CT-112). CITAÇÃO. AUDIÊNCIA. REVELIA DE DOIS RESPONSÁVEIS. PARCIAL REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARA DOIS GESTORES, SEM A APLICAÇÃO DE MULTA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. SOLICITAÇÃO PARA O ARRESTO DOS BENS DOS RESPONSÁVEIS EM DÉBITO. RECONHECIMENTO DO TRATAMENTO FAVORECIDO EM PROL DOS COLABORADORES COM O PODER PÚBLICO. DETERMINAÇÃO. COMUNICAÇÃO.

ACÓRDÃO 627/2021 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 24/03/2021 - JORGE OLIVEIRA

RELATÓRIO DE AUDITORIA. OBRAS DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DE BOA VISTA/RR. SUPERESTIMATIVA DE PREÇOS E QUANTIDADES CONTRATADAS. FALHAS NA EXECUÇÃO. ALTERAÇÃO DE METODOLOGIA EXECUTIVA, EXECUÇÃO DEFICIENTE E INEXECUÇÃO DE ALGUNS ITENS. SOBREPREÇO E SUPERFATURAMENTO. OITIVAS E AUDIÊNCIAS. SUBSISTÊNCIA DE SOBREPREÇO E SUPERFATURAMENTO. DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE GLOSAS E AJUSTE DE PREÇOS. CIÊNCIA DE FALHAS AO GOVERNO DO ESTADO DE RORAIMA.

DISGORGEMENT

ACÓRDÃO 1306/2017 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 21/06/2017 - JOSÉ MUCIO MONTEIRO

AUDITORIA DE CONFORMIDADE. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. (PETROBRAS). CONTRATOS DE OPERAÇÃO DO NAVIO - SONDA VITÓRIA 10.000. DIRECIONAMENTO FRAUDULENTO. POTENCIAL DANO AO ERÁRIO . C AUTELAR. RETEN Ç ÃO P ARC IAL DE PAGAMENTOS. CONVERSÃO DO PROCESSO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL.

LUCRO ILEGÍTIMO E DISGORGEMENT

ACÓRDÃO 1115/2023 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 31/05/2023 - ANTONIO ANASTASIA

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXECUÇÃO DO EDIFÍCIO SEDE DA PETROBRAS EM VITÓRIA/ES. INDÍCIOS DE CONTRATAÇÃO COM EMPRESAS CARTELIZADAS, PAGAMENTOS ESTATAL. AUTORIZAÇÃO RESPONSÁVEIS. PERSONALIDADE EMPRESÁRIAS COMUNICAÇÕES PROCESSUAIS. RELATÓRIO MANIPULAÇÃO DE PREÇOS E INDEVIDOS A FUNCIONÁRIOS DA DE CITAÇÃO DOS DESCONSIDERAÇÃO DA JURÍDICA DAS SOCIEDADES RESPECTIV AS HOLDINGS.

ACÓRDÃO 758/2023 – PLENÁRIO - PUBLICADO EM 19/04/2023 - ANTONIO ANASTASIA

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL INSTAURADA EM CUMPRIMENTO AO SUBITEM 9.1 DO ACÓRDÃO No 2.812/2015-TCU-PLENÁRIO (TC 031.750/2013-3), QUE TRATA DE AUDITORIA EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM ÁREAS DE SEGURANÇA, MEIO AMBIENTE E SAÚDE (SMS), EM EMPRESAS DO GRUPO PETROBRAS NO EXTERIOR. CITAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS

ACÓRDÃO 2436/2021 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 06/10/2021 - RAIMUNDO CARREIRO

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXECUÇÃO DO EDIFÍCIO SEDE DA PETROBRAS EM VITÓRIA/ES. INDÍCIOS DE CONTRATAÇÃO COM EMPRESAS CARTELIZADAS, PAGAMENTOS ESTATAL. AUTORIZAÇÃO RESPONSÁVEIS EM RAZÃO DA TOTALIDADE DOS VALORES PAGOS AO CONSÓRCIO CONSTRUTOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E RESPECTIVAS HOLDINGS. CONSTITUIÇÃO DE PROCESSOS APARTADOS. COMUNICAÇÕES PROCESSUAIS.

ACÓRDÃO 2316/2021 – PLENÁRIO – PUBLICADO EM 29/09/2021 - BRUNO DANTAS

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE TERRAPLENAGEM DA REFINARIA ABREU E LIMA – REFINARIA DO NORDESTE (RNEST). PETROBRAS. CONSÓRCIO TERRAPLENAGEM. SUPERFATURAMENTO DECORRENTE DE SOBREPREGO. ABUSO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS E DESVIO DA FINALIDADE DAS EMPRESAS CONSORCIADAS. DESCONSIDERAÇÃO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS. CITAÇÕES.

ACÓRDÃO 130/2019 – PLENÁRIO - PUBLICADO EM 30/01/2019 - RAIMUNDO CARREIRO

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL INSTAURADA EM CUMPRIMENTO AO SUBITEM 9.1 DO ACÓRDÃO No 2.812/2015-TCU-PLENÁRIO (TC 031.750/2013-3), QUE TRATA DE AUDITORIA EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM ÁREAS DE SEGURANÇA, MEIO AMBIENTE E SAÚDE (SMS), EM EMPRESAS DO GRUPO PETROBRAS NO EXTERIOR.