



CONTROLE PÚBLICO

## TCU e a devolução do lucro ilegítimo

Tribunal não pode aplicar sanção de perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio de particular

YASSER GABRIEL

08/04/2020 12:44



Tribunal de Contas da União (TCU) - Crédito: Divulgação TCU

Licitação irregular dá origem a contrato superfaturado. Tribunal de Contas da União (TCU), após instrução processual, determina à empresa contratada que devolva os valores inflacionados. Ministério Público de Contas (MPTCU) diz ser necessário ir além: a empresa deve devolver também o “lucro razoável” – remuneração condizente com o objeto contratual.

Na visão do MPTCU, a licitação irregular teria levado a contrato viciado e, por isso, algum lucro, ainda que razoável, seria ilegítimo. Essa é a situação analisada pelo Plenário do TCU no acórdão 129/2020.

O pedido do MPTCU baseou-se em dois argumentos: i) a devolução do lucro razoável, assim como do superfaturamento, teria natureza *reparatória*, pois constituiria parte do dano causado ao ente público contratante. Poderia, então, o TCU imputar tal débito ao contratado; ii) o Superior Tribunal de Justiça (STJ), numa leitura do parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações, tem decidido que contratado que agiu com má-fé pode receber apenas o equivalente ao custo do objeto executado. Não faria jus a qualquer margem de lucro.



O TCU, contudo, decidiu arquivar o procedimento sem julgamento de mérito. E o fez por um bom motivo: o tribunal não detém competência para aplicar a *sanção* de perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio de particular. Diferentemente da interpretação dada pelo MPTCU, o tribunal entendeu que a devolução do lucro razoável não seria ressarcir o ente contratante por um prejuízo sofrido, mas seria aplicar penalidade ao contratado.

O entendimento do TCU faz sentido. No cenário de uma contratação regular, sem vícios, o ente contratante teria de pagar “lucro razoável” ao contratado. Esse lucro, portanto, não se caracterizaria como prejuízo, mas como remuneração. Daí, eventual devolução dessa específica verba ao ente contratante não teria natureza *reparatória*, mas sim *sancionatória*. É que, como punição pela conduta irregular, o contratado

teria de arcar com os custos em que incorreu. A lógica estaria próxima àquela das sanções de perda de bens e valores previstas na Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, I e II) e na Lei Anticorrupção (art. 19), ambas sanções aplicadas pelo Poder Judiciário.

Ocorre que a Lei Orgânica do TCU lhe autoriza sanções de dois tipos: multa (art. 58) e declaração de inidoneidade, cujo efeito é a proibição para contratar com a administração (art. 46). Não caberia ao tribunal, portanto, na linha do sustentado pelo MPTCU, apenar alguém com medida não tipificada, além dos limites legais.

A manutenção do lucro pelo particular, nesse caso, é passível de discussão, sobretudo considerando a jurisprudência do STJ. E parecem existir argumentos relevantes para sustentar uma ou outra posição. Cabe ao Judiciário definir o desfecho desse debate.

---

**YASSER GABRIEL** – Doutorando em Direito Administrativo pela USP. Mestre em Direito pela FGV DIREITO SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.