

NESTA EDIÇÃO:

**ACEITAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E DISTINÇÃO
FACE A ALGUMAS FIGURAS PRÓXIMAS – UM OLHAR
À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS**



REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• **RDAI 28**

ANO 8 • n. 28 • jan./mar. • 2024

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 8 • ISSUE 28 • Jan./Mar. • 2024

CONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO E DO CHAMAMENTO PÚBLICO PARA O
FUNCIONAMENTO DE CURSO DE GRADUAÇÃO EM MEDICINA POR INSTITUIÇÃO DE
ENSINO SUPERIOR

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

A PERDA DO LUCRO ILEGÍTIMO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO NULO

DISGORGEMENT OF UNLAWFUL PROFIT IN THE NULL AND VOID ADMINISTRATIVE CONTRACT

ALEXANDRE DITZEL FARACO

Livre-docente e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná (Curitiba/PR).

adfaraco@gmail.com

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1695900581926821].

ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8350-8429].

DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.28.faraco].

Recebido: 26.01.2023. Received: Jan. 26th 2023

Aprovado: 22.02.2023. Approved: Feb. 22nd 2023

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: A perda do lucro é uma forma de sancionar o particular que deu causa à nulidade do contrato administrativo. Os tribunais brasileiros têm desenvolvido o entendimento, a partir de conceitos do direito privado, de que também pode ser consequência da declaração de nulidade e não depende das competências e procedimentos para aplicação de sanções. Esse posicionamento procura garantir que o particular não se beneficiará do ato ilícito que praticou, independentemente dos resultados dos processos sancionadores. Mas recorre a argumentações inconsistentes e que conflitam com outras normas sobre o tema. A forma mais adequada de tratar o assunto é a partir dos sistemas de sanções já existentes na legislação brasileira, sem o recurso a conceitos do direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Lucro ilegítimo – Corrupção – Fraude – Contrato administrativo – Licitação – Sanção.

ABSTRACT: The disgorgement of profit is a form of sanctioning a private party responsible for making an administrative contract null and void. Brazilian courts, based on concepts of private law, have reached the conclusion that it is also a consequence of the declaration that a contract is null and void and does not depend on the powers and procedures to apply sanctions. This viewpoint intends to assure that the private party will not benefit from the illegal act, without depending on the results of sanctioning procedures. But it uses inconsistent reasonings that conflict with other rules regarding the matter. The proper way to deal with this situation is based on sanctions that exist under Brazilian law, without reaching to concepts of private law.

KEYWORDS: Unlawful profit – Corruption – Fraud – Administrative contract – Public bid – Sanction.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos contratuais e civis. 2.1. Algumas distinções necessárias. 3. Outras dificuldades. 4. Fundamentos no direito administrativo sancionador. 5. Possibilidades e conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No¹ regime próprio dos contratos da administração pública com particulares, há diversas controvérsias quanto aos efeitos da nulidade decorrente de ilícitos como corrupção e fraude à licitação.

Contratos nulos, em âmbito civil e administrativo, não deveriam produzir efeitos e a declaração de nulidade desconstituiria os efeitos já produzidos, fazendo com que as partes retornassem à situação patrimonial pretérita. Em relação aos efeitos que não podem ser desconstituídos no plano fático, ordinariamente deveriam ser resolvidos por meio de indenização por perdas e danos (artigo 148 da Lei 14.133/21 e artigo 182 do Código Civil).

O que não pode ser desconstituído inclui o que já foi entregue à administração sob a contratação nula, além de outros prejuízos que a administração ou o particular poderão sofrer com a paralisação do contrato. Definir quais desses prejuízos devem ser indenizados depende de quem deu causa à nulidade – o particular ou a administração. Se quem deu causa à nulidade foi a própria administração, parece não haver muita controvérsia. O particular deverá receber por aquilo que prestou e ser indenizado pelas demais perdas e danos sofridos.

Há significativa controvérsia para a hipótese inversa. Quando o particular dá causa à nulidade ou concorre para tanto. Nesse caso, remete-se à previsão do artigo 149 da Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLCA), que reproduz artigo análogo ao que já existia na Lei 8.666/1993, com texto ao qual falta clareza e que pode ser interpretado de diferentes formas. Há ainda previsão de sanções que, para certos ilícitos, preveem a perda do benefício visado ou obtido pelo particular com o contrato – i.e., a perda do lucro.

A posição que hoje prevalece nos órgãos de controle federais e nos tribunais é a de que a nulidade do contrato causada pelo particular, por ilícitos como corrupção ou fraude à licitação, não implica a integral restituição das partes ao estado anterior. O particular deverá devolver o que recebeu da administração, mesmo em situações nas quais os valores praticados estavam dentro de parâmetros de mercado, exceto por certos custos incorridos, os quais não abrangem os lucros que remunerariam a organização

1. Como citar este artigo | *How to cite this article*: FARACO Alexandre Ditzel. A perda do lucro ilegítimo no contrato administrativo nulo. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance – RDAI*, São Paulo, v. 8, n. 28, p. 173-190, jan./mar. 2024. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.28.faraco].

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 33. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Lei de Defesa da Concorrência e Lei Anticorrupção: sobreposições e conflitos normativos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 9-23, jul./set. 2017.
- FIANI, Ronaldo. *Economia de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GREMAUD, Amaury Patrick *et al.* *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Forum, 2022.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 22. ed. Barueri: Atlas, 2022.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A invalidade dos contratos administrativos e seus efeitos, de Ricardo Epaminondas Leite Oliveira Panato e Murilo Magalhães Castro – *RIASP* 25/260-292; e
- Invalidação e convalidação do contrato administrativo no direito brasileiro, de Vladimir da Rocha França e Catarina Cardoso Sousa França – *RDAI* 4/43-64.