

DOS CRIMES CONTRA O PROCESSO LICITATÓRIO (ARTS. 89 E 90 DA 8.666/93) E O DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR (E NÃO REMUNERAR) O PARTICULAR CONTRATANTE EM RAZÃO DO PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Luiz Carlos da Silva Franco de Godoy¹

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho faremos uma pequena análise acerca dos crimes contra o processo licitatório (Artigos 89 e 90 da Lei 8.666/93) e o dever do Estado de indenizar (e não remunerar) o particular contratante em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa. Como sabemos, em perfeita sintonia com os Princípios da Moralidade e da Impessoalidade, o inciso XXI, do Art. 37, da Constituição Federal, impõe ao Administrador que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

Assim, conforme se observa pelo mandamento constitucional, a licitação é a regra e não a exceção. Destarte, sendo a licitação um procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, torna-se obrigatória para as contratações em geral que tenham por objeto obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Desse modo, constatado um vício em uma licitação, a administração pública, com base no poder da autotutela, não só poderá, como deverá proceder à anulação de um contrato cuja licitação foi fraudulenta e indenizar (não remunerar) o particular com fulcro no princípio constitucional que veda o enriquecimento sem causa.

2. A REALIDADE BRASILEIRA – LICITAÇÕES FRAUDULENTAS

“Há algo de podre no reino da Dinamarca”. Tal célebre frase, mundialmente conhecida, “nunca na história desse país” mostrou-se ser tão atual. No romance de Shakespeare, Hamlet, após perceber e afirmar que havia “algo de podre no reino da Dinamarca”, passou a fingir-se de louco (incapaz de compreender o

¹ Procurador de Estado de Alagoas, em exercício na Procuradoria de Controle Técnico dos Serviços Jurídicos da Administração Indireta, Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco, Pós-graduando (*lato sensu*) em Direito Penal e Processual Penal, Ciências Criminais e Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco.

que se passava ao seu redor), no intuito de não ser eliminado e poder sobreviver. No final do romance, Hamlet consegue eliminar o seu cruel algoz, embora não tenha sido capaz de sobreviver porque seu algoz foi capaz de, antes de morrer, feri-lo de raspão com uma espada embebida em veneno mortal.

Parodiando Shakespeare, “há algo de podre no reino da Dinamarca”. A Dinamarca, no caso concreto, desnecessário explicitar, é o Brasil. O algo de podre, também sequer se precisaria externar, são as fraudes nas licitações. No romance de Shakespeare, Hamlet foi ferido por seu algoz, de raspão, por uma espada embebida em veneno mortal. Todavia, antes de morrer, conseguiu eliminar seu algoz.

No Brasil, quase que diariamente, temos notícia de algum “Hamlet” (o erário público), ferido por seu algoz (o particular em conluio com o administrador público) com uma “espada envenenada” (as licitações viciadas), vindo a falecer (os péssimos índices sociais do Brasil).

Contudo, diferente do que acontece no romance de Shakespeare, não é comum termos notícias de “Hamlets” eliminando seus algozes. O que mais se vê, infelizmente, é a constatação feita por Catão, “o Censor”, já na Roma antiga, ou seja “os ladrões de bens particulares passam a vida na prisão e acorrentados; aqueles de bens públicos, nas riquezas e nas honrarias.”

Assim, a pergunta que se faz é: Até quando e quantos “Hamlet’s” mais nós ainda teremos que perder antes que a sociedade brasileira efetivamente perceba que “há algo de podre no reino da Dinamarca”? *That’s the question!*, diria esse mesmo Hamlet.

Indignação e questionamento à parte, este trabalho faz uma pequena análise acerca dos crimes contra o processo licitatório (Artigos 89 e 90 da Lei 8.666/93) e o dever do estado de indenizar (e não remunerar) o particular contratante em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

3. A REGRA DO DEVER DE LICITAR

Como sabemos, em perfeita sintonia com os Princípios da Moralidade e da Impessoalidade, o inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, impõe ao Administrador que:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as

condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Nesse passo, oportuna é a doutrina de **CANOTILHO** sobre a necessidade da máxima eficácia ou da máxima otimização das normas constitucionais, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”²

Comentando referido dispositivo constitucional, **Joel de Menezes Niebuhr** leciona que: “Não se esqueça que a parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal propugna tratar a obrigatoriedade de licitação pública como regra e a dispensa como exceção, o que redundaria em concebê-la de modo restritivo.”³

Secundando a norma constitucional, o *caput* do artigo 2º, da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993 - Estatuto das Licitações e Contratos da Administração Pública, determina:

“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.”

Como se observa pelos mandamentos constitucional e infraconstitucional, a licitação é regra geral e não a exceção. Assim, sendo a licitação o procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, torna-se obrigatória para as contratações em geral, que tenham por objeto obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações. A contratação direta, na precisa lição da Professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO⁴:

“é faculdade concedida à Administração em determinadas hipóteses. Portanto, a fim de que haja licitude na contratação direta, mister se faz a verificação efetiva da ocorrência das hipóteses previstas na norma legal como permissivas para dita contratação.” (grifamos)

Nesse compasso, a norma do Art. 3º da lei de licitações é de clareza solar. Confira-se:

²Canotilho, J. J. Gomes, Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

³DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA – EDITORA DIALÉTICA- PÁGINA 260.

⁴CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2ª Edição, São Paulo, Malheiros, 1995, Página 302.

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

4. O PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE ANULAR AS LICITAÇÕES FRAUDULENTAS

Por sua vez, caso tenha havido fraude em uma licitação, a administração pública, com base no poder de autotutela, poderá proceder a anulação de um contrato cuja licitação foi fraudulenta. Nessa toada, são as seguintes Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

*“Súmula 346 – “A administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos”
Súmula 473 – “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los,(omissis)...”*

Também na Lei 8666/93 há disposição expressa acerca do dever da administração de corrigir vícios de legalidade de seus próprios atos pela via da anulação. É o que dispõe o seu art. 49 "caput":

"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar sua conduta, DEVENDO ANULÁ-LO POR ILEGALIDADE, DE OFÍCIO ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado."(grifamos)

O tema não apresenta qualquer dissonância, também, na doutrina, a qual é unânime quanto ao poder-dever de anulação ou invalidação de atos quando se revelarem ilegais ou contrários à ordem jurídica. Confira-se:

"Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e o quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa."⁵

"Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos

⁵ Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro. 25ª edição. São Paulo: Malheiros,2000.

retroativos á data em que foi emitido (efeitos ex-tunc, ou seja, a partir de então)."⁶

"O motivo da anulação é o vício da legalidade de que ele seja portador. A irregularidade...(omissis)... se manifesta em virtude de atos editados sem a observância do preceito legal e dos procedimentos regulamentares...".⁷

Desse modo, em razão de disposição expressa na lei, bem como por ser matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda, em virtude do entendimento unânime da doutrina, a administração pública não apenas pode, como DEVE, anular atos seus que tenham sido praticados eivados de ilegalidade

5. O DEVER DE APENAS INDENIZAR (E NÃO REMUNERAR) O CONTRATADO

Contudo, em que pese o poder da administração de anular os contratos, cujas licitações foram fraudulentas, a norma do art. 59 da Lei 8666/93, não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado. Confira-se:

"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."

E o fundamento desse dever de indenizar o contratado reside na impossibilidade do Estado locupletar-se, sem justa causa, à custa do empobrecimento de outrem.

Ora, de evidência solar que o dispositivo tem o claro desiderato de resguardar a boa-fé do contratado, bem como evitar que a Administração Pública venha a locupletar-se indevidamente com a prestação de serviços de terceiros. Para que isso ocorra, é preciso que estejam presentes elementos mínimos que levem o particular, de boa-fé, a achar que está celebrando um contrato válido com a Administração. A própria literalidade da lei leva à essa conclusão, ao afirmar que o dano deve ser ressarcido ao particular contanto que a ilegalidade não lhe seja imputável.

⁶ Maria Sylvia Zanella di Pietro, Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000

⁷ Edmur Ferreira de Faria. Curso de Direito Administrativo Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Assim, essa solução, atende, a um só tempo, a exigências de ordem pragmática e ao fundamento da indenização. Relembre-se que o dever de indenizar a que se refere o parágrafo único do artigo 59 da lei 8.666/93 decorre da vedação ao enriquecimento sem causa.

É por isso que à Administração só cabe pagar o valor que o serviço prestado efetivamente acrescentou ao patrimônio público. E é assim, pois não se afigura razoável que só a Administração arque com as consequências da fraude ao dever de licitar.

6. CONCLUSÃO

Conforme visto, o presente trabalho teve como objetivo demonstrar que caso a ilegalidade seja imputável ao particular, a indenização se limitará ao que efetivamente foi acrescentado ao patrimônio público, posto que o dever de indenizar a que se refere o parágrafo único do artigo 59 da lei 8.666/93 decorre da vedação ao enriquecimento sem causa. Dessa forma, a Administração só deverá pagar pelo valor que foi acrescentado ao patrimônio público pelo serviço prestado e/ou obra realizada, porquanto não se afigura razoável que só (e sempre) a Administração arque com as consequências de uma fraude ao dever de licitar em que o particular também tenha concorrido para tal ilegalidade.

Justificamos nossa tese no Art. 59 da Lei 8666/93, o qual obriga a Administração apenas a indenizar o contratado (tal dispositivo está em consonância, registre-se, com o princípio constitucional que veda ao enriquecimento sem causa).

Contudo, caso o contratado tenha, também, concorrido para a ilegalidade de uma licitação, à Administração só cabe pagar pelo valor que efetivamente foi acrescentado ao patrimônio público e não o valor total do contrato. Caso contrário, o contratado estaria sendo beneficiado pela própria torpeza (contribuiu para a fraude e, ainda sim, recebe o valor do contrato em sua integralidade), às custas do erário público, ou seja, de toda a sociedade.

Nessa toada, imperioso consignar que o espírito da norma do Art. 59 da Lei 8666/93 tem não só o evidente desiderato de resguardar a boa-fé do contratado, mas também evitar que a Administração Pública venha a locupletar-se, indevidamente, com a prestação de serviços ou obras de terceiros. Todavia, para que essa boa-fé ocorra, é preciso que estejam presentes elementos mínimos que levem o particular a achar que está celebrando um contrato válido com a Administração. E a boa-fé, registre-se, é o que norteia todo e qualquer

ramo do Direito. Foi em torno da boa-fé que ocorreram as principais alterações do atual Código Civil, do qual destacamos dois importantes artigos, quais sejam, os artigos 113 e 422:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Destarte, caso fique constatado, em um procedimento administrativo em que se tenha franqueado ao contratado todas as garantias constitucionais, que não houve essa boa-fé, a Administração só poderá pagar pelo valor que foi acrescentado ao patrimônio público, jamais a integralidade do valor total do contrato, sob pena de se penalizar toda a sociedade.