

**Título :** TCU E A TEORIA DO DISGORGEMENT OU LUCRO ILEGÍTIMO  
**Autor :** Ana Carolina Sarubbi Gois  
**Autor :** Ricardo Pagliari Levy  
**Autor :** Thiago Magalhães Freitas Sá

## **TCU E A TEORIA DO DISGORGEMENT OU LUCRO ILEGÍTIMO<sup>1</sup>**

### **RICARDO PAGLIARI LEVY**

Sócio do escritório Pinheiro Neto Advogados.

### **THIAGO MAGALHÃES FREITAS SÁ**

Associado do escritório Pinheiro Neto Advogados.

### **ANA CAROLINA SARUBBI GOIS**

Associada do escritório Pinheiro Neto Advogados.

Mesmo que se considerasse que o direito civil brasileiro seria compatível com a teoria do disgorgement, já há resposta específica no âmbito do direito administrativo sancionador para impedir a nulidade de contrato administrativo à obtenção de lucros.

Em decisão proferida em agosto deste ano, o Tribunal de Contas da União (TCU) entendeu que, quando o contrato administrativo é nulo em decorrência de fraude praticada pela empresa contratada, devem também ser incluídos no cálculo do dano a ser ressarcido os lucros obtidos ilícitamente pela empresa contratada (Acórdão 1.842/22 - Plenário).

Trata-se da chamada teoria do disgorgement ou do lucro ilegítimo, presente em outras jurisdições, a exemplo do direito norte-americano.

A discussão cinge-se à natureza jurídica, no direito brasileiro, da condenação para a devolução dos lucros obtidos ilegitimamente a partir de contrato administrativo nulo, em casos que o particular contratado contribuiu para a nulidade.

A própria jurisprudência do TCU era inconsistente sobre o assunto. Há casos em que o Plenário do TCU entendeu que tal devolução seria simples consequência indenizatória (Acórdãos 1.306/17 e 2.436/21); e casos em que o mesmo Plenário entendeu que tal devolução teria natureza sancionatória (Acórdãos 129/20 e 2.316/21).

Por meio do Acórdão 1.842/22 - Plenário, o TCU enfrentou novamente o tema e pretendeu uniformizar entendimento no sentido de que "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".

Todavia, ao considerar que a obtenção de lucros ilegítimos pelo particular não significa necessariamente que houve danos ao erário, entendeu o TCU que a sua atuação não poderia ser direta nesses casos. Ou seja, decidiu-se que o TCU não poderia ordenar diretamente que o particular indenizasse a administração pública na proporção dos lucros que teria obtido indevidamente.

Parece-nos, entretanto, que o TCU, ao uniformizar entendimento no sentido de que, nessas situações, a perda ou devolução dos lucros ilegítimos teria natureza eminentemente civil/ressarcitória, não levou em consideração disposições específicas do direito administrativo sancionador.

As leis de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e anticorrupção (Lei 12.846/13) são claras ao estabelecer que a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é uma sanção.

Assim é que, no âmbito do direito administrativo sancionador, a perda do lucro obtido em decorrência de contratação fraudulenta só pode ser decretada se houver condenação por improbidade ou corrupção. Mais do que isso: ambas as leis são claras ao separar a necessidade do ressarcimento dos danos causados ao erário da possibilidade de imposição de sanções, entre elas, a de perda do patrimônio acrescido ilicitamente.

Não se nega que a Lei 8.666/93 (art. 59) e a Lei 14.133/21 (art. 149), em uma primeira leitura, indicam que, quando o contrato administrativo for nulo e o contratado tiver dado causa à nulidade, não caberia à administração indenizá-lo pelos serviços efetivamente executados, o que incluiria a parcela do lucro.

Não obstante, entendemos que esses artigos devem ser interpretados em conjunto com os demais diplomas legais inerentes ao direito administrativo. Isto é, para que o contratado deixe de ter direito ao lucro proveniente do contrato, cabe à administração comprovar que a nulidade do instrumento decorreu de ato de improbidade ou de corrupção, mediante a propositura de ação própria para tanto.

Com efeito, mesmo que se considerasse que o direito civil brasileiro seria compatível com a teoria do disgorgement, já há resposta específica no âmbito do direito administrativo sancionador para impedir que o particular que deu causa (ou contribuiu) para a nulidade de contrato administrativo tenha direito à obtenção de lucros - o que, a nosso ver, desautoriza a conclusão alcançada pelo TCU no Acórdão 1.842/22 - Plenário.

---

<sup>1</sup> Artigo publicado originalmente no site [Migalhas.com.br](https://www.migalhas.com.br). Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/379278/tcu-e-a-teoria-do-disgorgement-ou-lucro-ilegitimo>>.

**Como citar este texto:**

LEVY, Ricardo Pagliari; SÁ, Thiago Magalhães Freitas; GOIS, Ana Carolina. TCU e a teoria do disgorgement ou lucro ilegítimo. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 06 jan. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.