

VALOR JUSTO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO? O regime de transição previsto na lei nº 13.655 frente ao valor do ressarcimento da pessoa jurídica ao erário

Sabrina Frigotto¹
Fernando Henrique Rønnau²
Rodrigo Regert³

RESUMO: No Brasil as lides administrativas podem ser levadas ao crivo judicial, entretanto, por diversas vezes, tal instituto acaba por decidir de forma arbitrária e desproporcional. O presente artigo põe em foco o Direito Administrativo na questão do ressarcimento ao Erário e sua proporcionalidade quanto ao dano causado. Para alcançar um fim comedido promulgou-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual, dentre outros preceitos, traz a possibilidade de modular os efeitos da decisão, para que esta não venha a ser desmedidamente gravosa à iniciativa privada e ao particular. Vale ressaltar que o sobrepreço é exceção quando se trata de licitações, sendo a regra um contrato transparente e correto. É possível afirmar que, tendo prestado totalmente ou em parte o serviço a Administração Pública, o licitante que tomou vantagens pessoais à custa da administração, não deve ressarcir integralmente o valor da licitação, pois assim, o poder público enriqueceria de forma ilícita, visto que teve prestado serviço pelo qual não entregou contraprestação. Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa foi de natureza básica, com abordagem qualitativa, análise jurisprudencial e bibliográfica do tipo narrativa.

Palavras-Chave: Direito Administrativo; Erário; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

ABSTRACT: In Brazil, administrative disputes can be taken to court, however, on several occasions, such an institute ends up deciding arbitrarily and disproportionately. This article focuses on Administrative Law, on the issue of compensation for damage to the public purse and its proportionality as to the damage caused. To achieve a restrained end, the Law of Introduction to the Brazilian's Rules was promulgated, which, among other precepts, brings the possibility of modulating the effects of the decision, so that it does not become excessively burdensome to the private initiative and to the individual. It is important to note that overpricing is an exception when it comes to bidding, the rule being a transparent and correct contract. It is possible to affirm that, having totally or partially provided the service to the Public Administration, the bidder who took personal advantages at the expense of the administration, should not fully refund the value of the bidding, as this way, the public power would enrich illicitly, since had used service for which it did not deliver the correct payment. As for the methodological aspects, the research was of a basic nature, with a qualitative approach, jurisprudential and bibliographic analysis of the narrative type.

Keywords: Administrative law; public purse; Law of Introduction to the Brazilian's Rules.

¹ Acadêmica do curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). E-mail: sabrinafrigotto19@gmail.com.

² Especialista em Gestão Pública Municipal pelo IFSC. Professor de Ensino Superior na UNIARP. E-mail: fernandoronnau@hotmail.com.

³ Mestre em Desenvolvimento e Sociedade pela UNIARP. Professor de Ensino Superior no Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) Videira. E-mail: regert.rodrigo@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Na história do mundo existe um padrão a ser destacado, os países que estão construindo ou até reformando suas fundações executivas, legislativas e judiciárias, em regra buscam encontrar algum exemplo de sistema a ser seguido. O Brasil não representa exceção à esta regra. Isso porque observa-se uma constância histórica na escolha dos sistemas administrativos que seriam utilizados como parâmetro. Pois mesmo que tenham sido incorporados preceitos importantes de vários outros Estados, as que restaram mais marcantes foram as influências deixadas pelos sistemas administrativos inglês e francês. E seguindo as diretrizes ditadas por estes sistemas, concretizou-se no Brasil que os dispositivos que cercam o Direito Administrativo devem ser munidos de princípios, que a jurisprudência tem papel fundamental, e também, que as lides administrativas podem ser analisadas e julgadas pelo próprio Judiciário. Sabendo de tais fatos, quando se coloca em foco de estudo os atos administrativos, passa a ser possível perceber que estes ficam obrigados a respeitar uma série de princípios. Dentre os quais vale-se destacar, o da supremacia e indisponibilidade do interesse público, no qual todas as ações devem voltar-se para o fim comum de beneficiar a coletividade. E com igual importância, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos quais fica explícito que não serão impostas obrigações ou mesmo sanções desproporcionais ao dano causado.

Todavia, a Administração Pública não consegue realizar sozinha todas as obras e serviços necessários a coletividade, e assim surge a necessidade de firmar contratos com terceiros, que são pagos pela Administração, para que desempenhem funções específicas. E para isto, não pode o administrador, ao seu bel-prazer, escolher quem fornecerá os bens ou prestará os serviços, assim se consolida a figura da licitação, um procedimento que permite selecionar a proposta que melhor atenda ao fim buscado pela Administração, ao mesmo tempo que o fará pelo menor custo aos cofres públicos, assumindo o compromisso de seguir todos os mesmos princípios que regem a Administração Pública. Mas mesmo ocorrendo esta tão precisa seleção, por vezes o terceiro, contratado pela administração, acaba por falhar em seu objetivo. Na ocorrência deste ato, percebe-se o surgimento de um fato jurídico, o dano provocado ao Erário, que por sua vez, ocasionará o surgimento de uma nova obrigação, a de ressarcir.

Diante deste contexto o presente estudo busca entender se é justo ou não o ressarcimento do dano causado ao Erário e, em caso positivo, qual a quantia devida. Tudo isso sob a perspectiva da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual legou importantes ensinamentos ao ordenamento jurídico pátrio.

SISTEMAS ADMINISTRATIVOS MUNDIAIS: Inglês e Francês

Antes de adentrar ao direito administrativo propriamente dito, é necessário salientar que existem dois principais sistemas administrativos mundiais: o chamado sistema inglês e o francês. O inglês é aquele em que todos os litígios podem ser levados ao Poder Judiciário, pois ele é o único que dispõe de competência para dizer o direito aplicável a tais casos. Em contrapartida, existe também o sistema de dualidade de jurisdição, ou seja, o sistema francês. É formado pela jurisdição puramente administrativa e pela comum, esta compreendida pelos órgãos do Poder Judiciário (responsável por resolver os demais litígios) (ALEXANDRINO; PAULO, 2018). O direito do Brasil foi largamente influenciado pelos direitos alemão, espanhol, italiano, ou seja, sistemas de base romanística. Todavia, atualmente possui características marcantes da *common law*, majoritariamente do direito norte-americano e inglês. Assim, a jurisprudência passa a ocupar papel de destaque como fonte do direito e a administração pública submete-se ao controle jurisdicional (DI PIETRO, 2019). O sistema administrativo brasileiro também possui forte influência do direito inglês, no qual os pleitos que envolvem o interesse privado ou questões administrativas podem ser resolvidos pelo poder judiciário. Veja-se:

O princípio da inafastabilidade (ou inarredabilidade) de jurisdição ou da unicidade de jurisdição encontra-se expresso como garantia individual, ostentando status de cláusula pétrea constitucional, no inciso XXXV do art. 5º da Carta Política de 1988. Por força deste dispositivo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (ALEXANDRINO; PAULO, 2018, p. 8).

Entretanto, mesmo com o controle da legalidade nas mãos do Judiciário, a administração pública ainda tem o poder de controlar seus próprios atos. Todavia, órgãos administrativos não possuem a força e a efetividade daquele, assim sendo, suas soluções ficam sujeitas a revisão (ALEXANDRINO; PAULO, 2018). É possível afirmar que o Direito Administrativo possui a função de reger as relações de caráter jurídico provindas da

administração pública, assim como fixar obrigações e proteger o particular de eventuais arbítrios. Não se limita apenas a considerar problemas ignorados pelo direito privado, mas visa saná-los se utilizando da potestade e da utilidade pública (DI PIETRO, 2019).

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da supremacia do interesse público significa que se houver conflito entre interesse de particulares e o interesse público, este prevalece. Entretanto, a atuação por parte da administração deve respeitar o devido processo legal, observando os direitos e garantias fundamentais do cidadão (ALEXANDRINO; PAULO, 2018). Nesse contexto, é possível a administração subsidiar, ajudar e oferecer incentivos a iniciativa privada, quando considerar que o particular atua em prol do interesse público coletivo, da mesma forma que o Estado, e, por essa razão, merece amparo. A atuação administrativa deve pautar-se na defesa do interesse público, como também na dos da coletividade, sem, no entanto, pôr em cheque a seara individual (DI PIETRO, 2019).

A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio é negar o próprio papel do Estado. O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais (DI PIETRO, 2019, p. 42).

O segundo princípio, da indisponibilidade do interesse público, impõe limites ao primeiro. Ao mesmo tempo em que a administração possui poderes especiais, sofre também restrições singulares. Isso porque não é proprietária da *res publica*, ou seja, da coisa pública, do interesse ou mesmo do patrimônio público. Em verdade, somente o povo é quem pode dispor desses direitos (ALEXANDRINO; PAULO, 2018). Em decorrência disso, a administração somente pode atuar quando houver lei que determine ou autorize sua atuação. A vontade reguladora da atuação administrativa é originária da lei, instrumento que traduz a ânsia geral, não parte, pois de uma vontade autônoma (ALEXANDRINO; PAULO, 2018).

(...) toda a atuação da administração deve ter possibilidade de ser controlada pelo povo, seja diretamente, seja por meio de órgãos com essa função de controle. Desse modo, são decorrências típicas do princípio da indisponibilidade do interesse público a necessidade de realizar concurso público para admissão de pessoas em caráter permanente (...), a necessidade, em regra, de realizar licitação prévia para celebração de contratos administrativos, a exigência de motivação dos atos administrativos (...), as restrições a alienação de bens públicos, etc (ALEXANDRINO; PAULO, 2018, p. 12 e 13).

Se, por um lado, a administração conta com prerrogativas especiais, as quais os particulares não possuem, em segunda análise é possível notar que sofre privações não existentes a estes.

DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram fundamento no devido processo legal, disposto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal. Autores de direito constitucional costumam tratá-los como sinônimos. Entretanto, no direito administrativo é mais comum ouvir a expressão “princípio da razoabilidade”, sendo a proporcionalidade uma de suas vertentes (ALEXANDRINO; PAULO, 2018). A razoabilidade tem seu fundamento na *common law*, surgiu com a evolução do princípio do devido processo legal, presente na Constituição norte-americana. Desde então, representa uma importante ferramenta na valoração dos atos administrativos e na defesa dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2019). O princípio da proporcionalidade, por sua vez, remonta ao jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, período em que foram reconhecidos os direitos inerentes ao ser humano. Ganhou destaque na Alemanha como princípio constitucional basilar, coluna mestra do próprio Estado de Direito (OLIVEIRA, 2019).

[...] a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar. Se o ato administrativo não guarda uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim almejado, será um ato desproporcional, excessivo em relação a essa finalidade visada (ALEXANDRINO; PAULO, 2018, p. 261).

Sua principal aplicação é no controle de atos discricionários que impliquem sanções ou condicionamento de direitos dos administrados. Portanto, se o ato fere o princípio da

razoabilidade será declarada sua nulidade e não sua revogação, isso porque se trata de um controle de legalidade ou legitimidade e não apenas de mérito (ALEXANDRINO; PAULO, 2018).

Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2019, p. 107).

Logo, os princípios supracitados, têm por objetivo conferir a compatibilidade entre o fim esperado e os meios utilizados na prática do ato administrativo, tudo isso com a finalidade de evitar restrições arbitrárias, desnecessárias ou mesmo abusivas por parte da administração. Tais proposições estão implicitamente contidas no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que veda imposição de sanções ou mesmo de obrigações que sejam maiores do que o necessário para a promoção do interesse público. A Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro também legou importância singular aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inclusive no diploma legal através da Lei nº 13.655/2018 (DI PIETRO, 2019).

LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE

A legalidade se constitui como princípio básico a reger a atuação dos agentes da administração. Assim sendo, toda atividade desempenhada na esfera pública, precisa ser autorizada, pois em caso diverso é considerada ilícita. Isso ocorre, pois, o Estado possui o dever de respeitar as leis que edita, em observância ao Estado de Direito (CARVALHO FILHO, 2020).

A legalidade comporta dois importantes desdobramentos:

a) supremacia da lei: a lei prevalece e tem preferência sobre os atos da Administração; e

b) reserva de lei: o tratamento de certas matérias deve ser formalizado necessariamente pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com caráter normativo⁴. O princípio da supremacia da lei relaciona-se com a doutrina da *negative Bindung* (vinculação negativa), segundo a qual a lei representaria uma limitação para a atuação do administrador, de modo que, na ausência da lei, poderia ele atuar com maior liberdade para atender ao interesse público. Já o princípio da reserva da lei encontra-se inserido na

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 256.

doutrina da *positive Bindung* (vinculação positiva), que condiciona a validade da atuação dos agentes públicos à prévia autorização legal⁵ (OLIVEIRA, 2019, p. 38).

É uma das principais garantias de respeito a direitos individuais. Em se tratando das relações entre particulares, é permitido fazer tudo que não é proibido por lei (princípio da autonomia de vontade), enquanto a Administração Pública pode somente fazer o que a lei permite. Em virtude disso, é vedado a administração criar obrigações ou conceder direitos de qualquer espécie em ato administrativo, pois para executar tais medidas é necessária a lei (DI PIETRO, 2019).

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude (CARVALHO FILHO, 2020, p. 20).

O princípio da impessoalidade, por sua vez, positivado no art. 37 da Constituição Federal, objetiva a igualdade de tratamento que deve ser dispensada aos administrados de maneira geral. Para que seja possível alcançar a impessoalidade é necessário que o administrador se atenha ao interesse público, sendo proibido o favorecimento de alguns em detrimento de outros, na busca de benefícios meramente particulares (CARVALHO FILHO, 2020). Tem, também, o escopo de proibir a promoção pessoal do agente público. Dessa forma, os feitos administrativos devem respeitar a publicidade de caráter educativo, não constando nomes, imagens ou mesmo símbolos que remetam a promoção pessoal de autoridades ou servidores específicos (OLIVEIRA, 2019).

⁵ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006. p. 122. Em razão dos graus de vinculação da ação administrativa, é possível apontar quatro acepções do princípio da legalidade, que variam de acordo com a ordem crescente de vinculação da Administração à norma legal: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que a lei autoriza; c) a Administração somente pode praticar atos cujo conteúdo esteja em conformidade com um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 123. Vide: EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, v. 56, p. 47-70, abr.-jun. 1959.

LEI DE INTRODUÇÃO AS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (Nº 13.655/2018)

No ano de 2010, a então denominada Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/42), passou, através da Lei 12.376, a ser conhecida como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A mudança ocorreu, pois, acordou-se que tal lei de introdução versava não somente sobre normas aplicáveis ao direito civil, e sim ao direito brasileiro como um todo. A legislação em destaque, tem por objetivo a aplicação das próprias normas. Por esse motivo, suas regras são conhecidas como a “lei das leis”.

(...) a lei de introdução das normas nacionais disciplina: o início da obrigatoriedade da lei; o tempo de obrigatoriedade; a eficácia global da ordem jurídica; os mecanismos de integração da norma diante das lacunas; os critérios de hermenêutica jurídica; o direito intertemporal para assegurar a estabilidade do ordenamento jurídico-positivo; a incidência do direito internacional; os atos civis praticados no estrangeiro pelas autoridades consulares brasileiras etc (MAFFINI; HEINEN, 2018, p. 250).

Ao final do mês de abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655, que ampliou as disposições legais previstas no Decreto-Lei Nº 4.657/1942. Objetiva-se analisar alguns dispositivos apresentados pela nova lei, a qual traz, ao caso concreto e à jurisdição, um caráter de comedimento, com a finalidade de preservar um Estado Democrático de Direito que tem como corolários os princípios do contraditório e da ampla defesa. O autor do Projeto n. 349/2015, que posteriormente tornou-se a Lei nº 13.655/18, Sr. Senador Antonio Anastasia, ressaltou que o projeto de sua autoria possui o condão de dar mais segurança às decisões, tanto da Administração Pública quanto do Poder Judiciário. Além disso, objetiva conferir maior eficiência à aplicação do direito público (COLUSSI, 2018). A referida Lei introduziu à LINDB os arts. 20 a 30, para, assim, aprimorar a qualidade das decisões na esfera municipal, estadual e federal. Definir balizas à aplicação e interpretação de normas sobre gestão pública, além de estabelecer regime para negociações entre particulares e autoridades públicas, tudo isso para que impere o diálogo, a eficiência e a transparência (DINIZ, 2018).

Os arts. 20 a 30 da LINDB visam, apesar de terem conteúdo permeados de conceitos indeterminados semanticamente, proteger a sociedade contra incerteza, riscos e custos excessivos, trazendo segurança jurídica, ao promover uma participação de todos para a obtenção de vantagens

particulares ou coletivas e, ao impor à autoridade competente um esforço intelectual, conducente à motivação de sua decisão e à análise de seus efeitos práticos e de outras possíveis alternativas adequadas ao caso, trazendo racionalidade às decisões (administrativas, judiciais ou de controle) (DINIZ, 2018, p. 2 e 3).

Os artigos 20 ao 22 estipulam que as decisões tomadas pela Administração Pública, Poder Judiciário ou Tribunais de Contas, precisam levar em conta as consequências práticas da decisão. Dessa forma, objetiva-se que a sentença jurídica ou administrativa não se baseie apenas em valores jurídicos de caráter abstrato. O julgador deve deixar claro para a sociedade, no momento de sua decisão, a repercussão concreta que o feito judicial trará a realidade. Não se quer que o magistrado desempenhe um exercício de futurologia, mas sim, a aplicação da razoabilidade e do princípio da realidade no direito administrativo (CARVALHO, 2019). Segundo o novo entendimento, as decisões judiciais não se darão com base em valores jurídicos abstratos, para que assim sejam consideradas as consequências práticas da decisão⁶. Ainda, a decisão que dispuser entendimento novo sobre assunto indeterminado, deverá prever regime de transição. Dessa forma o novo dever ou direito se cumprirá de modo equânime e proporcional sem prejudicar os interesses gerais⁷. Todavia, o êxito da Lei, no que concerne a obtenção da segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público, será tanto maior quanto mais adaptadas forem as motivações decisórias das autoridades administrativas, controladoras e judiciais (MAFFINI; HEINEN, 2018).

REGIME DE TRANSIÇÃO (ART. 23)

O artigo em questão informa que a tomada de decisão sobre determinado assunto, se empregar uma interpretação distinta da até então adotada pelo mesmo órgão, deverá conter um regime de transição no que concerne aos seus efeitos, sempre que indispensável para o cumprimento equânime, proporcional e eficiente do novo dever, atendendo, é claro, aos interesses gerais (COLUSSI, 2018).

⁶ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

⁷ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

É fundamental entender que a diretriz do artigo 23 e 24 da LINDB vale não só para decisões da Administração e da Controladoria, como também para as decisões judiciais, que assumem a feição de norma concreta e individual, de sorte que se houver nova interpretação acerca de um tema e dela decorrer restrição ao direito do jurisdicionado ou condicionamento do seu exercício, haver-se-á de estabelecer uma regra de passagem. Assim, os jurisdicionados que houverem se conduzido em conformidade com orientação judicial anterior não podem ser prejudicados por alteração de entendimento (SOUZA, 2018, p. 130).

A decisão que gera nova interpretação ou orientação da norma pode acarretar instabilidade, dessa forma, para a proteção do bom senso e da confiança, se faz necessária a aplicação de regime jurídico-administrativo de transição. Tudo isso para que haja o cumprimento da nova obrigação sem nenhum entrave. Assim o administrado terá tempo para se adaptar ao novo entendimento, evitando riscos e instruções processuais protelatórias (DINIZ, 2018).

Redundante dizer que o regime de transição deve assegurar que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. A arbitrariedade e o excesso não se coadunam com o Estado de Direito e o desprezo pelos interesses da coletividade, os quais devem ser harmonizados com os interesses individuais (CARREIRO, 2020, p. 229).

Procura-se, com esse meio alternativo, proteger a relação de boa-fé constituída entre os administrados e o Poder Público. O que confere o direito a uma solução não abrupta e alterações em conformidade com o ordenamento jurídico, possibilitando aos administrados observar a extensão das consequências geradas, tudo em atenção à segurança jurídica (DINIZ, 2018). É de fundamental importância ressaltar que o princípio da segurança jurídica tem o propósito elementar de proteger os direitos e garantias de ordem individual, para que os administrados tenham preservados o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Pois tais primados estão dispostos na Constituição de 1988 como cláusulas pétreas, não podendo sequer existir a deliberação de emenda que vise aboli-los (TAROSSO, 2019). Os julgados do Superior Tribunal de Justiça se adequaram a nova forma de modulação dos efeitos da decisão. Observe-se trecho do Recurso Especial n. 1808207:

B) DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.

Para proporcionar a necessária segurança jurídica, não há objeção ou dificuldade em se criar, para a situação em exame, um regime de transição que module os efeitos da decisão desta Corte, caso seja adotada a tese jurídica da taxatividade mitigada. Isso porque o art. 23 da Lei de Introdução às

Normas do Direito Brasileiro LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, expressamente prevê que a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Adotado o regime de transição, a modulação será feita com a aplicação da tese somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que a fixar (STJ, REsp Nº 1808207 - RO. Quarta Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. J. Brasília, 10/05/2019).

No mesmo sentido, destaca-se o Recurso Especial nº 1.704.520, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o qual serviu de base para várias outras decisões no que concerne ao regime de transição:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra [...]

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

[...]

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

[...]

9- Recurso especial conhecido e provido (sem grifo no original) (STJ, REsp Nº 1.704.520 - MT (2017/0271924-6). Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 19/12/2018).

É possível entender, portanto, que o regime de transição, incluído pela Lei nº 13.655/2018, tem o objetivo de conferir maior segurança jurídica ao administrado, para que interpretação nova sobre norma de conteúdo indeterminado não venha a prejudicá-lo. Para isso, o julgador levará em conta as consequências reais da decisão, observando sempre princípios como os da boa-fé e da segurança jurídica.

DA CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública exerce muitas atividades e bastantes delas bem complexas. Todas destinadas ao fim de interesse público. Para atingir o interesse público, precisa-se de serviços e bens. Mas é insuficiente que a Administração, por si só, consiga executar tais objetos. Por isso é necessário firmar contratos com terceiros para a realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis, etc. Todavia, a escolha de quem vai prestar os serviços ou fornecer os bens não pode ser concedida a livre critério do administrador. Isso lhe garantiria uma margem de escolhas impróprias e poderia causar prejuízos à própria administração e à coletividade (CARVALHO FILHO, 2017). Portanto, é necessário realizar um procedimento destinado a contratação, que se chama licitação, e tem por objetivo mitigar esses riscos. A figura da licitação surgiu na Europa Medieval e o procedimento consistia em uma reunião na qual anunciava-se uma obra desejada pelo Estado e, posteriormente, eram recebidas dos construtores as ofertas. Ao final, dava-se o direito de realizar a obra àquele que oferecera o lance de menor valor. O sistema foi, com o passar do tempo, aperfeiçoado e atualmente cada país possui seu modelo específico (BARCELLOS; MATTOS, 2017).

No Brasil a licitação tem fundamento no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal⁸ de 1988. Já a Lei Federal nº 14.133, veio no ano de 2021, regulamentar o mencionado dispositivo da Constituição Federal e instituir normas para licitações e contratos da

⁸ Art. 37, inc. 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.

Administração Pública, substituindo a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) A Lei do Pregão (Lei nº 10.520/93) e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/11). Tudo isso, observando o devido período de vacância prevista ao final da própria Lei 14.133. A primeira fase, chamada de fase interna, tem início com a definição do objeto e da forma de contratação para obtê-lo. A segunda fase, denominada externa, começa com a publicação da licitação por meio de edital, com a finalidade de tornar públicas todas as regras e informações (BARCELLOS; MATTOS, 2017). Qualquer interessado pode participar da licitação, pessoa física ou jurídica, desde que tenha a possibilidade de cumprir com o proposto no edital. Ainda, a licitação não é sigilosa, para que assim qualquer pessoa consiga acompanhar o seu desenvolvimento (BARCELLOS; MATTOS, 2017).

Incide à licitação também o princípio da publicidade, de maneira que o certame não será sigiloso, sendo acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, que será processada em sigilo apenas até a respectiva abertura (ARAS NETO, 2019, p. 134).

Neste âmbito, o princípio da isonomia apresenta relevância ímpar, e é considerado o mais importante. Isso porque o processo licitatório ambiciona que todos os concorrentes se encontrem em igualdade de condições (ARAS NETO, 2019). Trata-se, portanto, de um procedimento anterior ao próprio contrato, que permite que várias pessoas que tenham condições de contratar com a Administração Pública ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida, seguindo critérios da legislação pertinente, aquela que se revelar mais vantajosa para a Administração.

RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO

Importante frisar que é rara a ocorrência de sobrepreço e outras irregularidades em licitações. O rigorismo do processo ameniza isso. A regra, é que a licitação se conclua em contratos baseados na boa-fé e na confiança recíproca. Isso porque se exige, no certame, contratação da melhor proposta e a constante verificação dos preços. A improbidade é exceção em meio a maioria de caráter idôneo, sobretudo, tendo em vista a legalidade que deve ser dispendida na atuação administrativa. A chamada Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429 de 1992, traz alguns preceitos acerca das sanções aplicáveis em caso de lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito do agente que comete

o ato ímprobo. Tal dispositivo legal divide os atos de improbidade em categorias distintas: Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito; que Causam Prejuízo ao Erário; atos Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário; e dos atos que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública. É comum a necessidade de ressarcir ao Erário eventuais prejuízos causados em razão do ato ímprobo (BATALINI, 2012). A reparação do dano ao Erário é exigível através da comprovação de um prejuízo real, não apenas hipotético. Isso porque prescinde de prova devidamente fundamentada. Não é possível responsabilizar o agente público ou o terceiro ao ônus de retribuir um desfalque hipotético infundado. A obrigação de ressarcir o dano causado a outrem é princípio basilar do direito, tanto quanto a figura do terreno em se tratando de direito civil (OENNING, 2018).

Historicamente o enriquecimento sem causa tem sido associado à equidade, entendida como emanção do ideal central de justiça de nossa concepção jurídica: “a arte de dar a cada um o que é seu”. Quem se locupleta à custa de outrem não dá a cada um o que é seu, pois se enriquece com prejuízo alheio (KROETZ, 2005, p. 44).

É majoritário no STJ o entendimento de que a efetiva prestação dos serviços contratados deve ser levada em consideração no momento do arbitramento do *quantum* a ser ressarcido, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública que se aproveita do serviço contratado, mas deixa de pagar por ele.

Não importa que a contratação tenha sido irregular ou ilegal, pois a prestação do serviço pelos contratados exige a contraprestação devida pela Administração. Nesses casos, a condenação ao ressarcimento deve recair sobre os lucros advindos da contratação ou sobre o valor comprovadamente superfaturado, devendo ser abatido o valor despendido com o serviço prestado (ALMEIDA, 2019, p. 60).

O ressarcimento deve ocorrer na medida do dano causado. Se o serviço for devidamente prestado, não cabe ressarcimento, pois o contrário importaria enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, a partir do momento que vê retornar aos cofres públicos o montante de um serviço devidamente prestado. Assim, o ressarcimento integral do valor acordado em licitação parece injusto e desmedido. Havendo dano, este deve ser calculado apenas considerando-se o valor do sobrepreço (OENNING, 2018).

A Administração pública, em seus diversos tipos de atuação, pode prejudicar o cidadão, o contribuinte, ou o patrimônio de outro, pelo que deve reparar os

atos ou indenizar, pelos prejuízos causados. A Administração, ao impor ao particular certo sacrifício especial, deve agir dentro de certos limites. Não pode afetar os direitos humanos e a personalidade humana⁹ (BARACHO, 1997, p. 47).

Desse modo, torna-se evidente que, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, impessoalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, a administração não poderá tomar um entendimento que seja desproporcional e injusto para com o particular e a iniciativa privada. Assim sendo, o ressarcimento ao Erário deve ocorrer na medida do dano causado aos cofres públicos, caso contrário importará em enriquecimento ilícito por parte da administração.

ACERCA DAS SANÇÕES

As sanções estão previstas no art. 12, incisos I a IV da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Na qual cada inciso se correlaciona a uma categoria de improbidade, dentre as quais estão os atos que implicam enriquecimento ilícito, atos que lesam o erário, atos que violam princípios e, ainda, atos provindos da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (CARVALHO FILHO, 2020).

Há três modalidades de atos de improbidade administrativa:

- os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º);
- os que causam prejuízos ao erário (art. 10); e
- os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

As sanções respectivas estão estabelecidas nos incisos de I a III do art. 12 da Lei de Improbidade, sendo determinado no parágrafo único do mencionado artigo que na fixação das penas previstas, o juiz levará em consideração a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (NOHARA, 2019. p. 1000).

Dentre as chamadas sanções estão a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil, a proibição de contratar com o Poder Público e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A maioria dos especialistas entendem que tais sanções possuem caráter civil, por isso o legislador deveria ter evitado o título “Das Penas”, pois pode dar a falsa impressão de se tratarem de práticas

⁹ OVIEDO, Carlos Garcia. Derecho Administrativo. Vol. I, E I S A, Madrid, 1955 51 edição, por Enrique Martinez Useros, pp 573 e ss.

criminosas (CARVALHO FILHO, 2020). A própria Constituição Federal em seu art. 37, § 4º já elencava algumas sanções cabíveis a casos de improbidade. Coube a lei específica apenas ampliar este rol e adequá-lo no que foi necessário (CARVALHO FILHO, 2020).

Nos termos do parágrafo único do artigo 12, “na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Trata-se de critérios para orientar o juiz na fixação da pena, cabendo assinalar que a expressão extensão do dano causado tem que ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade (DI PIETRO, 2019, p. 1043).

É de importância ímpar ressaltar que a aplicação das sanções deve sempre observar o princípio da proporcionalidade, assim, a penalidade imposta ao autor deve estar correlacionada a natureza da conduta ímproba. Isso porque a lei pode dar margem a diversos tipos de interpretação, e é imprescindível a atuação comedida quando se tratam das sanções. Em consonância com o exposto, o legislador entendeu que as penas serão “aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato” (CARVALHO FILHO, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste estudo, tornou-se possível compreender que, tendo prestado total ou parcialmente o serviço à Administração Pública, o licitante que tomou vantagens pessoais ou que locupletou-se à custa da administração, não deveria ressarcir integralmente o valor da licitação. Torna-se de clareza solar, afirmar que caso o licitante ressarcisse integralmente o valor da licitação, o poder público estaria enriquecendo de forma ilícita, visto que foi prestado um serviço, mesmo que parcialmente, pelo qual não foi entregue contraprestação alguma. Para que injustiças desse gênero não mais ocorram, parece uma excelente alternativa se utilizar das novas disposições acrescentadas no ano de 2018 a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Isso porque o referido diploma legal prevê um regime de transição a modular os efeitos de decisão mais gravosa ou acerca de entendimentos de normas com caráter indeterminado. Assim, o administrado terá tempo para se adaptar ao novo entendimento. Ainda, os artigos 20 ao 22 impõem ao julgador considerar os efeitos reais trazidos pela decisão, evitando-se arbitrariedades.

Tais preceitos são de relevância única, pois uma decisão que promove nova interpretação ou orientação da norma pode gerar grave instabilidade. Assim, para a proteção do bom senso e da confiança, se faz necessária a aplicação de regime jurídico-administrativo de transição, para que haja o cumprimento da nova obrigação sem nenhum entrave. Proteger a relação de boa-fé existente entre os administrados, particulares e o Poder Público é uma árdua e constante função dos sistemas administrativos. Vale ressaltar que em meio a este cenário, o princípio da segurança jurídica tem o propósito de proteger os direitos e garantias individuais, de forma que os administrados tenham preservados o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, cláusulas pétreas da Constituição Brasileira. Respeitando-se as proposições trazidas, quem sabe em um futuro próximo seja possível falar da Administração Pública como instituto ideal, no qual é supremo e indisponível o interesse da coletividade, como também razoáveis e proporcionais as decisões por ele tomadas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Karolina Dib de. O dano ao Erário *in re ipsa* e a condenação ao ressarcimento integral do dano nos casos de improbidade administrativa tipificados no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992. Universidade Federal de Santa Catarina - Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2 de julho de 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/197652>>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

ARAS NETO, José Soares Ferreira. Direito administrativo sintetizado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, outubro de 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47086/45797>>. Acesso em: 11 de agosto de 2020.

BARCELLOS, Bruno Maldonado; **MATTOS**, João Guterres de. Licitações e contratos. Porto Alegre: SAGAH, 2017.

BATALINI, Guilherme Rodrigues. Dever de devolução dos valores indevidamente pagos, enriquecimento sem causa e benefício em virtude da própria torpeza nas fraudes em licitações. ETIC – Encontro de Iniciação Científica. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3624>>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

CARREIRO, Genilson Rodrigues. Os novos mecanismos de controle da discricionariedade judicial da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 28 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22858>>. Acesso em: 11 de agosto de 2020.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da Administração Pública. Revista Controle - Doutrina E Artigos. Fortaleza, 26 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.32586/rcda.v17i2.529>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. Manual de direito administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COLUSSI, Fernando Augusto Melo. Análise das mudanças promovidas pela lei n. 13.655/18 na lei de introdução às normas do direito brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais – REJUS. Cascavel, dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.univel.br/ojs-3.0.2/index.php/revista/article/view/51>>. Acesso em: 25 agosto de 2020.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da lindb como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. Revista Argumentum. São Paulo, maio – agosto de 2018. Disponível em <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 27 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2020.

MAFFINI, Rafael; **HEINEN**, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: novembro de 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77683>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OENNING, Anna Karolina da Silva. Atos de improbidade administrativa que causam lesão ao Erário e a desfiguração do dano in re ipsa na jurisprudência do Superior Tribunal De Justiça. Universidade Federal de Santa Catarina - Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 4 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/193450>>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAULO, Vicente; **ALEXANDRINO**, Marcelo. Direito administrativo descomplicado. 26^a ed. São Paulo: MÉTODO, 2018.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo, julho – dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/366>. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

TAROSSO, Frabriccio Petreli. A vinculação do princípio processual da não-surpresa e a aplicação da lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB. Percurso. Curitiba, dezembro de 2019. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3612>>. Acesso em: 24 de agosto de 2020.