



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER DECOR/CGU/AGU N.º 16 /2010 – MBT

PROCESSO N.º 03110.002837/2008-08

INTERESSADO: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG

ASSUNTO: Conflito de entendimentos entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Procuradoria-Regional da União da 1ª Região sobre a possibilidade de ajuizamento de ação judicial em face de "CONVIVER – Organização da Sociedade para a Cidadania", objetivando a devolução de importâncias pagas pelo MPOG.

Direito Administrativo. Licitações e contratos. Pregão eletrônico. Curso de pós-graduação para servidores. Contratação de instituição que venceu o certame com uso de documentos fraudados. Contrato considerado nulo. Análise da possibilidade de êxito de ação judicial com requerimento de ressarcimento ao Erário. Controvérsia Jurídica entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Procuradoria-Regional da União da 1ª Região. Inproveitabilidade para o Estado de curso prestado pela metade. Falta de certificação dos servidores. Má-fé. Dano ao erário. Conclusão pela possibilidade do ajuizamento da referida ação.

Senhor Diretor,

- 1 -

Trata-se de processo encaminhado à apreciação desta Consultoria-Geral da União (CGU) pela Procuradoria-Geral da União (PGU), em razão de sugestão constante do PARECER Nº 219/2009/MSFB/DEE/PGU/AGU, datado de 26 de maio de 2009 (fls. 513 a 520 dos autos).

2. Em síntese, a PGU informa que, *in casu*, verifica-se uma controvérsia entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão (CONJUR/MP) e a Procuradoria-Regional da União da 1ª. Região (PRU da 1ª. Região), referente à

possibilidade e eficácia, ou não, do ajuizamento de ação ressarcitória contra instituição que venceu pregão eletrônico (nº 25/2007) para a execução de um curso de pós-graduação para 25 servidores (Contrato nº 44, assinado em 31.08.2007), com a utilização de documentos fraudados.

3. A fraude foi descoberta pelo MPOG em razão da publicação de uma notícia no jornal Correio Braziliense, datada de 14 de março de 2008 (fl. 334 dos autos), segundo a qual a instituição contratada para ministrar o curso de pós-graduação, denominada CONVIVER – Organização da Sociedade para a Cidadania, teria se utilizado de documentos fraudados ao participar de outra seleção, promovida pela Imprensa Nacional.

4. Diante da reportagem, o MPOG decidiu promover diligência com o escopo de atestar se a contratada também havia se utilizado de documentos fraudados para vencer o pregão eletrônico referido no item “2.”. (fls. 336 a 338 dos autos).

5. Comprovado o ilícito, decidiu aquela Pasta pela anulação do Pregão eletrônico nº 25/2007 e, conseqüentemente, do Contrato nº 44/2007, aplicando, ainda, à instituição fraudadora, a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo prazo de 05 (cinco) anos, mediante a declaração de inidoneidade, e, ainda, do seu descredenciamento no SICAF por igual período. (fls. 351 a 352 dos autos).

6. O Ministério Público Federal (Ofício nº 36/2008/SPOA/SE/MP) e a Controladoria-Geral da União (Ofício nº 37/2008/SPOA/SE/MP) foram cientificados do ocorrido em 04 de abril de 2008 (vide fls. 343 e 344 dos autos).

7. A CONJUR/MP, instada a se manifestar sobre o caso pelo Senhor Subsecretário-Adjunto de Planejamento, Orçamento e Gestão, elaborou o PARECER/MP/CONJUR/DF/Nº 702-4.3.6/2008, por meio do qual teceu as seguintes considerações (vide fls. 480 a 492 dos autos):

“13. A anulação do contrato não gera direito à indenização da Contratada, ainda que comprovada a prestação do serviço, uma vez que deu motivo à contratação, recorrendo à má-fé (veja art. 49, § 1º c.c. 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, já transcritos)

14. O Decreto nº 5.450/05, específico para o caso analisado, de pregão, na forma eletrônica, dispõe em particular que:

Art. 29. A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório induz à do contrato ou da ata de registro de preços.



§ 2º Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de boa-fé de ser ressarcido pelos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato.

(Realçamos e sublinhamos).

15. Desse modo, não há dúvida sobre a possibilidade de a Administração ter direito a propor ação judicial para o seu ressarcimento, de forma a reaver os valores indevidamente por ela pagos.

16. Não há, assim, como se recusar a devolução dos valores ilicitamente recebidos, contra expressa vedação legal. O princípio da proibição do enriquecimento sem causa não pode ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração, em violação ao próprio princípio da moralidade, com fraude ao processo licitatório."

8. A CONJUR/MP fez referência a diversos julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos anos de 2007, 2006 e 2004, que concluem pela impossibilidade de indenização ou pagamento pelos serviços prestados, em casos de declaração de nulidade, se as contratadas tiverem agido com má-fé ou tiverem dado causa aos prejuízos ao Erário. Transcreveu, ainda, trecho de texto do jurista Marçal Justen Filho¹, no sentido de que o particular não pode ser beneficiado quando tiver atuado visando fraudar a lei: "Não se pode tutelar aquele que, tendo pleno conhecimento sobre a irregularidade de certa prática, pretende criar situação repudiada pelo Direito e daí obter vantagens - indevidas, portanto.

9. Os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da União, para ciência, análise e adoção das providências necessárias ao ajuizamento de ação judicial visando o ressarcimento dos valores ilicitamente recebidos pela contratada, nos termos do sugerido no Parecer (vide verso da fl. 495 dos autos).

10. Recebidos os autos pela PRU da 1ª. Região, o caso foi analisado na NOTA INTERNA N° 25/2008/AGU/PRU/GI/ACO, datada de 12 de dezembro de 2008. Ali, concluiu-se pelo não ajuizamento, uma vez que, se o serviço foi prestado, há o dever de pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração (vide fls. 502 a 508 dos autos).

11. Assim como fez a CONJUR/MP, a PRU da 1ª. Região citou julgados do STJ no sentido de que, prestado o serviço, ainda que com a utilização de documentos fraudados, o não pagamento por parte da Administração constituiria enriquecimento ilícito. Por ilustrativo, cita-se trecho constante da ementa do RESP n° 662.924-MT:

"(...)

5. Precedente desta Corte no sentido de que "do exame dos artigos 39 e 49 do Decreto-lei n. 2.800/86, vigente à época, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos ex tunc. No entanto, a Administração

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos, 11ª edição, São Paulo, editora Dialética, 2005.

deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa". (REsp 408785/RN, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, publicado no DJ de 30.06.2003).

(...)"

12. A PRU da 1ª Região transcreveu trechos de obras dos juristas Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meireles², no sentido de que o pagamento dos trabalhos prestados à Administração deve ocorrer nesses casos, não fundado na obrigação contratual nula, mas sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, pois o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização (vide fls. 506 e 507 dos autos).

13. A Nota da PRU da 1ª. Região foi encaminhada à PGU para orientações ou providências necessárias à solução do conflito de entendimentos (vide fls. 509 e 510 dos autos).

14. Na PGU, a questão foi tratada no PARECER N° 219/2009/MSFB/DEE/PGU/AGU, datado de 26 de maio de 2009, tendo aquela unidade ratificado o entendimento esposado pela PRU da 1ª Região:

"14. Sendo assim, corroboro com o entendimento de que o ajuizamento da ação de ressarcimento dos valores ilícitamente recebidos pela CONVIVER – ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE PARA A CIDADANIA, não tem como prosperar, tendo em vista que o serviço pago foi efetivamente prestado.

15. O princípio do enriquecimento sem causa possui raízes na moralidade administrativa. Embora a empresa adjudicatária tenha agido criminosamente ao apresentar documentos de capacitação técnica fraudados, ela não causou maiores prejuízos à Administração, já que vinha realizando o serviço pela qual foi contratada. Neste caso, a questão deve ser resolvida na seara criminal e não cível (devolução de valores)."

15. Sintetizados esses esclarecimentos iniciais, analisa-se.

- II -

16. Em que pesem os argumentos apontados pela PRU da 1ª. Região e pela PGU, no sentido de que o ajuizamento de uma ação visando o ressarcimento de valores ao Erário

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002); Meirelles, Hely Lopes, Licitação e Contrato Administrativo, 13ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002)



estaria fulminado pelo princípio da vedação de locupletamento ilícito por parte da Administração, quando tiver tirado proveito dos serviços prestados pelo particular, entendemos que não representa o caso constante dos autos.

17. Na situação *sub examen*, resta claro que a Administração não tirou qualquer proveito ou se beneficiou dos serviços prestados pela instituição fraudadora.

18. Com o pregão eletrônico e o contrato, a União, representada pelo MPOG, objetivou implementar capacitação, em nível de especialização MBA em Gestão de Pessoas, para 25 servidores lotados nas unidades administrativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuam diretamente com o conteúdo apresentado (vide fl. 69 dos autos, item "2", que aponta o OBJETO DA CONTRATAÇÃO).

19. Seria obrigação da contratada, dentre outras:

"I) Emitir os certificados de acordo com a legislação educacional;"

20. Não se pode afirmar que a implementação parcial de um curso de pós-graduação tenha trazido qualquer vantagem para a Administração ou para os servidores selecionados. Ao contrário, só trouxe despesas e perda de tempo.

21. O curso de pós-graduação prestado pela metade não trouxe qualquer benefício, ganho ou vantagem para a Administração, além de não ter qualquer utilidade ou aproveitamento.

22. A União promoveu o pregão eletrônico com a intenção de qualificar, de forma certificada e comprovada, os servidores que escolheu. A contratação da "CONVIVER" não cumpriu e nem cumprirá essa expectativa.

23. Os Servidores não foram qualificados. Perante o Ministério da Educação, os servidores selecionados pelo MPOG para a participação no curso, em virtude dele, não poderão ter o *status* de especialistas, pois não houve certificação autorizada e reconhecida.

24. Presta-se a certificação, autorizada e reconhecida pelo MEC, a, com base em critérios objetivos e inafastáveis, atestar o aproveitamento trazido pela participação em cursos da espécie.

25. Nesse sentido, não se pode, de forma alguma, concluir que as aulas ministradas em parte tenham trazido algum proveito. E se não houve proveito, não há o que pagar ou indenizar.

26. Assim, se desejar ter seus servidores qualificados, em nível de especialização MBA, a União terá que contratar outra instituição de ensino com esse objetivo. E as disciplinas ministradas pela instituição fraudadora nenhum aproveitamento terão em relação a uma possível nova contratação com instituição diversa.

27. Considerando que o proveito da Administração é questão *sine qua non* para a legitimidade dos pagamentos pelos serviços prestados, ainda que lastreados em contratos considerados nulos por fraude, os precedentes apontados pela PRU da 1ª Região e pela PGU não se aplicam, salvo melhor juízo, ao presente caso.

28. Os precedentes utilizados no PARECER/MP/CONJUR/DF/Nº 702-4.3.6/2008, por outro lado, são mais adequados a presente situação. Transcreve-se, por oportuno, o seguinte:

ADMINISTRATIVO. OBRAS EMERGENCIAIS. CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1º) tenha ela, Administração, auferido vantagens do fato e (2º) que a irregularidade não seja imputável ao contratado.

2. Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ), 2ª Turma, RESP 317.463/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgamento por unanimidade em 03.05.2004, publicado no DJ de 03.05.2004)

29. Nesse sentido, decisão pelo ajuizamento de ação ressarcitória para reaver valores de prejuízos acarretados ao erário não representará violação ao princípio da moralidade administrativa. Além do mais, terá o caráter didático de demonstrar que a União não compactua com atos da espécie, de instituições que, com indubitável má-fé, buscam auferir vantagens que não alcançariam se tivessem procedido com retidão e lealdade perante o Estado, a Sociedade e os demais participantes que intentam, honestamente, firmar a contratação com a União.

- III -

30. Em resumo, diante de todo o exposto, pode-se concluir que o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito por parte do Poder Público, em razão da prestação de serviços por particular, ainda que decorrentes de licitação e contrato nulos não se aplica ao caso presente, haja vista não ter a Administração Pública auferido qualquer vantagem, utilidade ou aproveitamento com curso de pós-graduação prestado em parte. Nada usufruiu. A qualificação dos servidores escolhidos, que era o objeto do contrato, não se concretizou, remanescendo o *status quo* anterior, tendo havido somente prejuízo ao Erário quanto aos

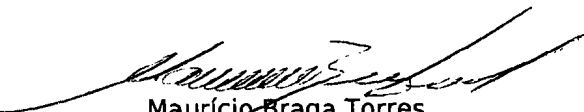


valores pagos e quanto à perda de tempo, provocado pela má-fé da instituição contratada, ao se utilizar de documentos fraudulentos para vencer o certame licitatório.

31. Assim, salvo melhor juízo, entendemos que ação judicial deve ser proposta pela Procuradoria-Regional da União da 1ª Região, visando o ressarcimento dos prejuízos acarretados ao Erário.

À Consideração Superior,

Brasília, 11 de fevereiro de 2010.


Maurício Braga Torres
Advogado da União
Respondendo pela Coordenação-Geral de
Análise Preventiva e Sistematização/DECOR
Matrícula SIAPE 01340993

continuação do PARECER N.º 16 /2010/DECOR/CGU/AGU

Senhor Consultor-Geral da União,

1. Estou de acordo com o PARECER N.º 16 /2010/DECOR/CGU/AGU, do Advogado da União Maurício Braga Torres.
2. À consideração de Vossa Excelência.

Brasília, 22 de fevereiro de 2010.



SÉRGIO EDUARDO DE FREITAS TAPETY
Consultor da União
Diretor do Departamento de
Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos