



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### NOTA TÉCNICA Nº 671/2020/CGUNE/CRG

#### PROCESSO Nº 00190.101362/2020-89

INTERESSADO: Coordenação de Prevenção e Instrução Prévia/Corregedoria-Geral do Ministério da Saúde

#### 1. ASSUNTO

1.1. Questionamentos acerca do alcance da Lei nº 12.846/2013, nos casos de prática de atos lesivos ocorridos em contratos licitatórios.

#### 2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
- 2.2. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.
- 2.3. Regimento Interno da CGU, aprovado pela Portaria nº 3.553/2019.
- 2.4. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 21<sup>a</sup> Ed, Malheiros Editores.
- 2.5. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- 2.6. CUNHA, Rogério Sanches. *in* <https://noticias.cers.com.br/noticia/o-que-se-entende-por-crime-instantaneo-permanente-e-instantaneo-de-efeitos-permanentes/>
- 2.7. CARVALHO, Raquel. *in* <http://raquelcarvalho.com.br/2019/04/29/infracao-ambiental-continuada-e-os-desafios-pelo-nao-cumprimento-das-decises-administrativas/>
- 2.8. PRATES Marcelo Madureira, Revista de Doutrina TRF 4, Publ. Escola da Magistratura do TRF 4 - EMAGIS.[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/marcelo\\_prates.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/marcelo_prates.htm)
- 2.9. Nota Informativa nº 230/2020/CGUNE/CRG/CGU (SEI 1437739).

#### 3. SUMÁRIO EXECUTIVO

3.1. Por meio da presente, procura-se fixar entendimentos acerca da aplicabilidade de leis que disponham sobre licitação e contratos, sob o viés punitivo de responsabilização pela prática de infração administrativa por entes privados em contratações prorrogadas por aditivos, especialmente no que tange à sua incidência em relação ao tempo de cometimento destes atos ilícitos, além de aspectos relacionados à continuidade e permanência da infração, dentre outras questões pertinentes ao tema.

#### 4. ANÁLISE

4.1. O presente processo foi autuado em razão do recebimento de mensagem eletrônica, datada de 3 de fevereiro de 2020 (SEI 1406825), por meio

da qual a Coordenadora da Coordenação de Prevenção e Instrução Prévia - COPIP/CORREG/DINTEC/MS – da Corregedoria-Geral do Ministério da Saúde (mediante autorização do Corregedor-substituto daquela Pasta), solicita manifestação desta CRG acerca dos fatos a seguir apontados.

4.2. Oportuno se torna dizer que compete à COPIP a análise prévia dos processos de responsabilização que apresentem elementos mínimos de autoria e materialidade para emissão de Juízo de Admissibilidade, sendo que, as razões de sua consulta foram consignadas nos seguintes termos:

Encontram-se nesta Coordenação alguns processos que envolvem a contratação de serviços para os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs) e que foram enviados para possível apuração de responsabilidade por advento de termo de reconhecimento de dívida.

Em análise prévia do processo, constatou-se que fora firmado o contrato nº 31/2009 entre o DSEI Porto Velho/RO e empresas fornecedoras de alimentação para a comunidade indígena daquele Distrito. O processo administrativo disciplinar (PAD) quanto às condutas praticadas por servidores do Ministério já fora devidamente instaurado e julgado, providência que fora inclusive objeto de solicitação por parte dessa Corregedoria-Geral da União por meio do Ofício nº 28.343/2015/CSAS/CORAS/CRG/CGU-PR, de 8 de dezembro de 2015.

Em síntese, apurou-se que o quantitativo de refeições fornecidas aos indígenas era superdimensionado no referido DSEI, beneficiando financeiramente a empresa contratada M.G. Indústria e Comércio de Refeições Ltda, a qual recebia mais do que o devido. Ademais, constatou-se a existência de fortes indícios de formação de um conluio, principalmente pelos proprietários e representante das empresas ARENA Distribuidora e Comércio EIRELLI e M.G. Indústria e Comércio de Refeições Ltda - EPP, durante toda a execução contratual.

A consulta que ora submeto a essa Coordenação tem como cerne a questão da vigência da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que embora tenha sido editada em 1º de Agosto de 2013, previu em seu art. 31 um período de *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de sua publicação.

O entendimento desta Coordenação de Prevenção e Instrução Prévia (COPIP) é de que os atos lesivos praticados pelas empresas fornecedoras que decorrem do Contrato nº 31/2009 não podem ser abrangidos pela Lei 12.846/2013. Em razão da lei em comento possuir natureza punitiva e suas disposições normativas somente entrarem efetivamente em vigor, no nosso ordenamento, no dia 29/01/2014, a instauração de processo de responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas não estaria embasada nas disposições da Lei 12.846/2013, mas sim adstritas às disposições da Lei 8.666/1990, legislação vigente à época das irregularidades praticadas. Em decorrência disso, a autoridade competente deveria arquivar os autos em análise de juízo de admissibilidade negativo, sem prejuízo de nova análise caso sobrevenham fatos novos que assim a justifiquem, bem como dar conhecimento do Juízo de Admissibilidade Negativo à área de licitações e contratos para as providências que julgar pertinentes, sob a luz da Lei 8.666/1990, época em que o Contrato nº 31/2009 fora efetivamente firmado.

Em sentido contrário, há entendimento nesta Corregedoria de que, em que pese os fatos ocorridos versarem sobre a execução do Contrato nº 31/2009, seus efeitos perduraram até **o Nono Termo Aditivo (Apostilamento)**, cuja vigência se estendeu até 03 de novembro de 2015, data em que já estava em vigor a Lei Anticorrupção. Alega-se que por tal razão, em virtude das respectivas contrapartidas financeiras ao longo do ano de 2014, e a constatação da existência de fortes indícios de formação de um conluio, principalmente pelos proprietários e representante das empresas ARENA Distribuidora e Comércio EIRELLI e M.G. Indústria e Comércio de Refeições Ltda - EPP, durante toda a execução contratual, vislumbra-se a aplicabilidade dos dispositivos legais da LAC na presente análise de PAR.

Considerando o que dispõe o art. 27 da recente Lei 13.869/2019, in verbis: “*Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa*”, que penaliza a autoridade competente por não observar o seu teor, solicito a análise dessa Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional (COAC/CRG), no sentido de

dirimir essa divergência de entendimento, objetivando subsidiar a autoridade competente na instauração de processos de PAR por parte desta Corregedoria, com a finalidade de evitar possível responsabilização que recaia sobre a autoridade competente.

(Grifou-se)

4.3. A título informativo, e em apoio à análise, convém salientar que o caso concreto encaminhado a exame revela a ocorrência de aditamentos a contrato de prestação de serviços, conforme se pode observar nos extratos de alguns dos termos aditivos formalizados (vinculados ao Contrato nº 31/2009), abaixo relacionados:

**EXTRATO DE TERMO ADITIVO Nº 3/2012 - UASG 255022**

Número do Contrato: 00031/2009, subrogado pela UASG: 255022 - FUNDACAO NACIONAL DE SAÚDE/RO

Nº Processo: 25061000138201186.

PREGÃO SISPP Nº 30/2008 Contratante: FUNDACAO NACIONAL DE SAÚDE -CNPJ  
Contratado: 08438425000199. Contratado : M G IND. E COM. DE REFEICOES LTDA-- EPP. Objeto: Prorrogar por mais 12 (doze) meses o Contrato nº 31/2009, na prestação de serviços de preparo de refeições para pacientes e acompanhantes Indígena das Casas de Apoio a Saúde Indígena de Porto Velho e Vilhena, estendendo-se sua vigência de 03.02.2012 a 02.02.2013. Fundamento Legal: Inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Vigência: 03/02/2012 a 02/02/2013. Valor Total: R\$3.551.088,32. Fonte: 151000000 -2012NE800004. Data de Assinatura: 03/02/2012. (SICON - 13/02/2012) 257049-00001-2012NE800049

**EXTRATO DE TERMO ADITIVO N 4/2013 - UASG 255022**

Número do Contrato: 00031/2009, subrogado pela UASG: 255022 -FUNDACAO NACIONAL DE SAÚDE/RO

Nº Processo: 25061000138201186.

PREGÃO SISPP N 30/2008 Contratante: FUNDACAO NACIONAL DE SAÚDE - CNPJ  
Contratado: 08438425000199. Contratado : M G IND. E COM. DE REFEICOES LTDA-- EPP. Objeto: Prorrogar por mais doze meses o Contrato nº 31/2009, objetivando prestação de serviços de preparo de alimentação para pacientes e acompanhantes das Casas de Apoio à Saúde do Índio do DSEI Porto Velho/RO e Vilhena/RO. Vigência: 03/02/2013 a 02/02/2014. Fundamento Legal: Lei nº 8.666/93 . Vigência: 03/02/2013 a 02/02/2014. Valor Total: R\$4.168.814,28. Fonte: 6151000000 - 2013NE800010. Data de Assinatura: 23/01/2013. (SICON - 14/03/2013) 257049-00001-2013NE800205

4.4. Assinale, ainda, por importante, que o relato da COPIP deu a entender que a formalização do Nono Termo Aditivo, ou mesmo de alguns outros anteriores, pode ter sido realizada por meio de apostilamento, que, como visto, não reflete a situação apresentada nas situações acima identificadas.

4.5. Por fim, como informação adicional, cabe mencionar que os mencionados Distritos Sanitários Especiais Indígenas - DSEI - estão vinculados à Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), sendo que as suas diretrizes nacionais de execução estão incluídas no âmbito do Plano Plurianual – PPA e no Plano Nacional de Saúde, ambos, com vigência quadrienal (2016-2019), permitindo, assim, tanto pelo fato de se tratar de serviço contínuo, como pelos seus produtos estarem contemplados no PPA, que a prorrogação do contrato que deu origem aos questionamentos não fique adstrita à vigência do respectivo crédito orçamentário, na forma do art. 57, incisos I e II da Lei nº 8.666/93:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas

no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses. (Redação dada pela Lei nº 9.648/98 - DOU 28.5.1998)

4.6. Diante das informações apresentadas, observa-se que, de um modo geral, a questão trazida à exame gira em torno de dúvida acerca dos limites de aplicação da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC) em relação ao momento da prática de infrações cometidas em licitações e contratos, ou seja, quanto a possíveis ilícitudes ocorridas anterior ou posteriormente à vigência da referida norma.

4.7. Cumpre registrar que a presente consulta foi comunicada primeiramente à Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional - COAC -, e, na sequência, encaminhada à Coordenação-Geral de Promoção de Integridade - COPIS -, que, por sua vez, alçou o questionamento suscitado para manifestação da Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados - COREP, unidade afeta à matéria.

4.8. Em resposta à COPIS, o chefe de divisão da COREP encaminhou em retorno e-mail no qual manifestou entendimento balizado na discussão do tema junto aos servidores da Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados - CGPAR -, bem como em consulta à situações análogas (SEI 1406825). Salientou, naquela oportunidade, que, não seria possível externar uma conclusão mais segura e aprofundada acerca do tema, em razão da insuficiência de elementos apresentados no relato encaminhado, importando transcrever do conteúdo de sua mensagem o seguinte:

(...)

De toda forma, depois de discutir o assunto com colegas da CGPAR e de revisitar problemas semelhantes que já bateram por aqui, concluímos que merece guarida a noção de que, tendo sido relatadas condutas da empresa envolvida ocorridas tão somente durante o período que antecedeu a vigência da Lei nº 12.846/2013, não se poderia aventar da sua aplicação.

Dessa forma, a execução do contrato, ainda que direta e negativamente influenciada por esse superdimensionamento da demanda pelas refeições contratadas, não representa, por si só, elemento apto à conformação da tese de continuidade do ato lesivo. Seria mera consequência, ou exaurimento deste.

A menos que as investigações reunissem elementos aptos à comprovação de qualquer conduta irregular da parte da empresa, durante a vigência desse contrato, na forma desses seus aditivos, e durante já a vigência da Lei nº 12.846/2013. Mas esse não parece ter sido o caso; pelo menos não há indício disso no relato.

4.9. Sugeriu-se, na mesma ocasião, o encaminhamento da demanda à análise desta Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos, o que foi acatado pela COPIS (SEI 1407401).

4.10. Sendo o que importa relatar, passa-se ao exame do caso por meio das considerações a seguir aduzidas.

4.11. De início, oportuno informar que cabe a esta CGUNE, na forma do art. 49, inciso VI, do Regimento desta CGU, promover às análises de questionamentos e consultas relacionados às matérias correcionais afetas às demandas dirigidas a esta CRG, contudo, com abordagem das questões em tese.

4.12. Nesse sentido, no que diz respeito aos questionamentos objeto de dúvida, interessa ressaltar, de modo preliminar, acerca da independência entre a aplicação das sanções da Lei nº 12.846/2013, em relação aos processos de responsabilização de entes privados, e as penalidades decorrentes de ilícitudes também alcançadas por outras normas relacionadas à licitações e contratos,

demonstrando, com isso, a natureza diferenciada dos ilícitos de que trata, conforme preceito disposto no inciso II, do seu art. 30:

*Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:*

*I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e*

*II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.*

4.13. Embora vários dos atos lesivos capitulados na Lei Anticorrupção encontrem equivalente ou paralelo na legislação penal, a opção do legislador, na sua concepção, foi a de restrição do seu alcance ao campo do direito administrativo sancionador, atribuindo às suas disposições o caráter eminentemente civil-administrativo como forma de combate não penal da corrupção e de incremento da tutela da probidade nas relações administrativas.

4.14. Desse modo, ainda que alguns juristas acentuem a forte conotação penal da Lei Anticorrupção (muito em razão do teor do seu art. 5, que elenca os atos lesivos à administração pública e seu inciso IV, que trata, em especial, de ações ilícitas relacionadas a licitações e contratos), suas características essenciais revelam a idealização de um novo conceito de controle, desvinculado da seara criminal.

4.15. Contudo, ainda que verificada esta condição, a aplicação da LAC no tempo revela que esta sua característica punitiva, com a aplicação de penalidades administrativas como forma de repressão às irregularidades que especifica, impede a sua incidência em relação às situações ocorridas anteriormente à sua vigência. Saliente-se que, nestas situações o fato não restará impune, haja vista a possibilidade de instauração de outras ações punitivas por parte da Administração Pública, fundamentadas em normas punitivas anteriores aplicáveis a fatos ilícitos dessa natureza, tal como a Lei nº 8.666/93.

4.16. Destarte, especialmente no que tange à aplicabilidade de lei de caráter punitivo, é notório e consolidado, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, que o seu campo de abrangência não deve avançar para situações constituídas anteriormente a sua entrada em vigor. Dessa maneira, há de se verificar que o alcance e a respectiva aplicação de normas com este caráter deve ser permitido somente onde se comprove a plena validade e incidência da lei em relação ao sujeito passivo à época da prática das irregularidades.

4.17. Essa caracterização de validade da lei punitiva além de exigir uma publicidade formal, ampla e irrestrita do seu conteúdo, a impor um novo regramento social de conduta, a partir da apresentação de penalidades para os desvios dos parâmetros nela estabelecidos, também requer uma disposição expressa em seu texto a estabelecer a sua exigência imediata, a partir da sua publicação, ou, o interregno temporal específico de validade – denominado na terminologia jurídica de *vacatio legis*. Este, entendido como o prazo razoável para a adequação dos sujeitos submetidos às novas disposições legais surgidas com edição da lei.

4.18. Dito isso, entende-se que o direito sancionador administrativo deve respeito à proibição de aplicação retroativa de lei de caráter punitivo, motivo pelo qual não se deve permitir que tal efeito ocorra em relação aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da LAC, mesmo diante de suas características especiais, conforme supra mencionado.

4.19. No que diz respeito à possibilidade de aplicação da LAC no tempo, de forma geral, inclusive em relação às situações ilícitas ocorridas posteriormente à sua

vigência, esta Coordenação vem manifestar entendimento convergente às considerações da unidade demandante, bem como da abordagem expressada pela COREP, pelos seguintes motivos.

4.20. Na verdade, o ponto nodal da questão se encontra na fixação de entendimento quanto à caracterização de que aditamentos havidos em contratos licitatórios representem ou não mero exaurimento do ato de contratação fraudulento inicial, ou mesmo uma possível continuidade da ação lesiva no tempo ou permanência dos efeitos do ato lesivo inicial.

4.21. É o que examinaremos a seguir.

4.22. O fundamento do aditamento contratual administrativo advém de uma concepção geral do exercício do poder público concedido ao administrador para promover a alteração unilateral dos contratos, correspondendo a uma de suas faces; isso, sempre de acordo com o interesse público. Vejamos a noção desse poder de alteração permitido à Administração Pública, nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

*O poder de modificação unilateral do contrato administrativo constitui preceito de ordem pública*, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercê-lo, como, muito acertadamente, sustentam Jéze e Bonnard.<sup>10</sup> Seu fundamento, segundo Laubadère, é a competência exclusiva das autoridades para organizar e administrar obras e serviços públicos como verdadeiros *donos*.<sup>11</sup> Por isso mesmo, a alteração só pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares ou de serviço, isto é, aquelas que dispõe sobre o objeto do contrato e o modo de execução. (pg. 198)

4.23. O mesmo autor revela em relação aos contratos administrativos que a expiração do prazo de sua vigência, sem a sua prorrogação, gera a necessidade de elaboração de novo contrato:

"A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do ajuste, exigindo novo contrato para continuação das obras, serviços ou compras anteriormente contratados. O contrato extinto não se prorroga, nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior." (p. 214.)

4.24. É nesse contexto que se apresenta a formalização de termo aditivo contratual, tratando-se de uma das formas de prorrogação do contrato.

4.25. O exame da questão a ser abordada, uma vez que realizado em tese, tomará como ponto de referência geral o termo de aditamento, embora se observe que houve menção de formalização de modificação contratual efetivada por meio de apostilamento, conforme relato encaminhado. Todavia, este instrumento formal também será levado em consideração para a completude da análise, com a devida prestação de esclarecimentos acerca das situações às quais se aplica.

4.26. Dando continuidade ao exame, vale dizer que o ato de prorrogação do contrato deve ser promovido antecipadamente ao término da vigência deste último, podendo ser efetivado até primeiro dia após o fim do prazo de vigência contratual originalmente estabelecido. A sua realização *a posteriori*, caracteriza um efeito retroativo negativo a configurar uma hipótese de contratação sem licitação.

4.27. O termo aditivo tem essa função, servindo para a formalização das alterações das condições e cláusulas contratuais inicialmente pactuadas, sendo necessário, portanto, nos casos de inovação das bases contratuais originariamente fixadas.

4.28. A inclusão de novidade, que não conste do instrumento contratual de origem, ou mesmo a exclusão de uma previsão nele apontada, traz a necessidade da materialização desta alteração por meio de aditivo contratual, como por exemplo no casos de: substituição de índice de reajuste previsto em face de uma nova condição

legal admitida; alteração da data de pagamento; ou, como apresentado no caso paradigma, por necessidade de continuidade na prestação de serviços, com a adição de nova demanda à empresa.

4.29. Com efeito, os termos aditivos possuem uma natureza declaratória, e não constitutiva de direitos, a demonstrar que, dentro de uma sequência de atos sucessivos de aditamento ao contrato, cada um deles possa ser reconhecido como uma declaração de um direito preexistente, por vontade da Administração.

4.30. Registre-se, no entanto, que o termo aditivo apesar de geralmente ser originado por escolha unilateral da Administração, poderá, por via de exceção, constituir-se de forma bilateral, por conjugação de vontades, em situações, por exemplo, nas quais os termos aditivos resultem de uma negociação entre as partes diante de uma nova situação, tal como, na repactuação de preço derivada da repercussão entre fatos supervenientes que afetem os custos do serviço.

4.31. Impende consignar, por oportuno, que nas situações de constituição de aditivo em que se apresente essa conjunção bilateral de vontades, da contratante (Administração), de um lado, e da contratada (empresa), de outro, a verificação de suposta irregularidade na constituição deste ato, por má-fé dos representantes de uma ou de ambas as partes, pode levar ao entendimento de que, neste caso, o ajuste seja considerado como fato novo, e, portanto, passível de apuração com base na nova regulamentação legal sancionatória vigente à época da pactuação.

4.32. Na verdade, os sucessivos termos aditivos que são efetivados posteriormente ao contrato inicial podem ser vistos como exceções desta pactuação originária com a Administração, constituindo-se em disposições acessórias modificativas ou ampliativas dos termos iniciais, com um caráter adjetivo, conforme noção emprestada do direito civil.

4.33. Já no que se refere à forma de apostilamento, convém ressaltar que se trata de instrumento útil à formalização de modificações de condições contratuais que decorram de cláusulas já previstas em contrato. Nesse sentido, estas alterações, condicionadas aos termos do contrato, permitem que este ato de formalização não exija a concordância do contratado, nem mesmo a sua comunicação formal acerca desta ação administrativa.

4.34. Interessante especificar que o apostilamento se traduz em anotação realizada nos autos do processo administrativo de que uma determinada condição contratual foi implementada, ocasionando, como efeito, uma pretensa modificação já prevista em contrato, sem que seja necessário a utilização de termo aditivo para tal função; este, como dito, aplicável naqueles casos de real alteração e inovação de condições e cláusulas contratuais.

4.35. Assim, para o registro do implemento de uma condição já estabelecida em contrato, ou seja, dele decorrente, recomenda-se o uso do apostilamento, como por exemplo, em uma situação de reajuste do preço estabelecido em contrato, com fundamento em cláusulas de reajuste e de índice previamente estabelecidas. Segue um exemplo de apostilamento, extratado de forma aleatória do DOU, para verificação de sua utilização e das suas características:

**HOSPITAL CENTRAL DO EXÉRCITO**  
**EXTRATO DE APOSTILAMENTO**

Espécie: Apostilamento 2013/2014 de Cessão de Uso. N.º Processo: TOMADA DE PREÇOS Nr 02/2010-HCE. Contratante: HOSPITAL CENTRAL DO EXÉRCITO - CNPJ: 09.609235/0001-50. Contratado: GULA NHR SERVIÇOS DE BUFFET LTDA - CNPJ: 01.512.270/0001-44. Objeto: Reajuste do valor contratual de Cessão de Uso para utilização de parcela do imóvel localizado na parte da frente, andar térreo do HCE, para exploração de uma cantina, perfazendo um total de 40,25 m<sup>2</sup>, valor

4.36. Neste ponto, exposta a diferenciação entre o termo aditivo e o apostilamento, que servirá à constituição dos entendimentos da presente, o exame da matéria passa a abordar a seguintes questões: Possíveis irregularidades praticadas dentre os atos de formalização de um termo aditivo constituem-se em fato novo ou fazem parte do exaurimento de ato infracional administrativo cometido anteriormente quando do estabelecimento do contrato inicial? Será possível a caracterização de uma continuidade infracional nestes casos? O simples aditamento, por si só, sem a constatação da prática de novos atos ilícitos, pode ser caracterizado como conduta ilícita por parte da empresa contratada?

4.37. Diante dessas situações, cumpre aduzir, preliminarmente, que a análise da dinâmica infracional, relacionada à prática de atos lesivos contra a Administração Pública, também se desenvolve a partir da adequação ao âmbito administrativo da concepção penal, que estabelece duas fases para o curso de um crime. Uma, definida como interna, com a idealização do ato irregular, e a outra, como externa, composta das fases preparatória, executória e consumação, que excluem deste *iter* infracional os efeitos lesivos derivados de uma infração já consumada, aos quais denominados de exaurimento.

4.38. No plano administrativo, no que se refere à fase de consumação, importa dizer que, nos mesmos moldes da visão penal, com as devidas ressalvas em razão do tipo diferido de pessoa tratada, a noção de infração punível se completa, melhor dizendo, se consuma, quando, frente à observação da ação ilícita, restar caracterizada a realização e concreção de tudo quanto o legislador tenha considerado como proibido à época da criação da lei e do correspondente estabelecimento de sanção de forma abstrata. Neste cenário, diga-se ainda que, tal qual na seara penal, restam inseridas tanto as infrações formais, que não necessitam para a sua caracterização de uma efetiva lesão no plano real – como a desobediência às ordens de fiscais federais –, quanto materiais, que exigem esta condição – jogar material poluente em vias fluviais.

4.39. Dito isso, pertinente se torna demonstrar, neste momento, para solução das questões, a existência de uma única infração ou de infrações sequenciais, bem como de uma possível continuidade ou permanência infracional, nos casos que envolvam o cometimento de irregularidade de responsabilidade de entidade privada no ato de contratação com a Administração Pública, especialmente quando relacionado à casos em que um contrato seja prorrogado por meio de sucessivos termos de aditamento.

4.40. A princípio, para esclarecimento da situação de continuidade infracional, no caso de responsabilização administrativa de entes privados, faço uso de parte da Nota Informativa nº 230/2020/CGUNE/CRG/CGU (SEI 1437739), da qual se extrai o seguinte:

De início, cumpre salientar que a execução de ilícitos de forma continuada difere da infração permanente, uma vez que esta exige um único ato ilícito cuja conduta perdura no tempo;

(...)

Portanto, em alinhamento com a doutrina penal, a infração continuada no campo administrativo possui similitude quanto às características relacionadas ao crime continuado na seara penal.

Assim a continuidade de infrações administrativas, com as devidas adequações, pode ser avaliada, tal como no campo penal, **pelo seu aspecto objetivo, composto das seguintes condições: várias infrações praticadas por**

**pluralidade de condutas (com mais de uma ação ou omissão), onde as subsequentes são tidas como continuação do primeira; pertencendo à uma mesma natureza; e ocorrência dentro das mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias semelhantes.**

Quanto **ao aspecto subjetivo, a caracterização da continuidade delitiva de pessoa jurídica, em relação às infrações administrativas praticadas, exige a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo entre as condutas praticadas pelos agentes representantes da empresa, com vistas à consecução de uma irregularidade anteriormente planejada. Ou seja, diante da ausência de propósito único visualizável, a demonstrar que a intenção das irregularidades sequenciais e singularmente praticadas tenham sido planejadas com a finalidade exclusiva de proporcionar um benefício ilícito à empresa, não há que se falar em continuidade delitiva, mas sim, em habitualidade na prática de infrações.**

(...)

**Dessa forma, naquelas situações em que, de forma sucessiva, se verifique a prática de mais de uma conduta ilícita atribuível à ente privado, contra entidades administrativas diversas ou não, caso a conduta anterior não tenha proposta e direcionamento exclusivamente guiado para a concretização de uma posterior conduta ilícita, não se admite a continuidade delitiva,** não se recomendando, nesta hipótese, a instauração de um único processo de responsabilização para a apuração das fraudes executadas.

(Grifou-se)

4.41. No mesmo contexto, a questão exposta, composta de ação ou de possíveis ações irregulares ocorridas em procedimentos administrativos licitatórios durante certo período, também merece ser observada sob o ponto de vista da consumação instantânea e da permanência da infração no tempo, motivo pelo qual toma-se por empréstimo as noções de direito penal, relacionadas aos crimes destas espécies, que, conforme conceituação de Rogério Sanches Cunha, assim podem ser definidos:

Crime instantâneo é aquele que se consuma em momento determinado (consumação imediata), sem qualquer prolongação. Não significa que ocorre rapidamente, mas que, uma vez reunidos seus elementos, a consumação ocorre peremptoriamente. O conceito de crime instantâneo não se confunde com a obtenção do proveito pelo sujeito ativo. O fato, por exemplo, de o agente roubar um veículo e com ele permanecer não torna o crime permanente, já que a consumação ocorreu no momento em que, empregada a violência, a grave ameaça ou outro meio capaz de reduzir a vítima à impossibilidade de resistência, deu-se a subtração.

Crime permanente é aquele em que a execução se protraí no tempo por determinação do sujeito ativo. Ou seja, é a modalidade de crime em que a ofensa ao bem jurídico se dá de maneira constante e cessa de acordo com a vontade do agente. [...]

Nos crimes instantâneos de efeitos permanentes, a consumação também ocorre em momento determinado, mas os efeitos dela decorrentes são indeléveis, como no homicídio consumado, por exemplo".

4.42. Também elucidativa a lição apresentada no estudo de Raquel Carvalho, que dentre os seus aspectos, tratou da permanência penal aplicada no âmbito administrativo:

Autores como Régis Fernandes de Oliveira, ao tratar da matéria, classificam as infrações quanto à sua duração em três categorias: são "instantâneas, se se esgotam num só instante, ou então, permanentes, quando sua duração se protraí no tempo. Pode existir, também, a infração continuada, quando as lesões são instantâneas, mas diversas, operadas em fluência do tempo". [2] OLIVEIRA,

(...)

Há quem separe as infrações de efeitos instantâneos daquelas instantâneas de efeitos permanentes: as primeiras consumam-se em um resultado que ocorre em um só momento; as segundas consumam-se em um único instante, mas os seus efeitos seguem produzindo-se, independentemente da vontade do infrator. Situação diversa é a das infrações continuadas que se dão em razão de mais de um comportamento ilícito do infrator; esse mesmo comportamento segue-se de modo contínuo no tempo, o que requer cautela na caracterização e de modo a evitar “bis in idem”.

(...)

Biagio Petrocelli, que apanhou com muita agudeza os aspectos básicos do crime permanente, ensina que existe tal infração penal quando em um dado momento, o crime se completa e se realiza em todos os seus elementos constitutivos, mas sem exaurir-se, pois a conduta do agente continua, ininterruptamente, em todos os instantes sucessivos, a realizar a lesão do interesse que a norma tutela, até que sobrevenha ou ação contrária do réu, ou qualquer outra força que ponha fim ao delito.” [\[3\]](#) MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, v. II, Campinas, Bookseller, p. 361-362.

Por conseguinte, na seara penal, tem-se que, em se tratando de crime permanente, a lesão do bem objeto de tutela consiste num fato que perdura, apenas cessando a consumação quando finda a ação ou omissão ilícita. Afirma-se, assim, que no crime permanente existe um ilícito de duração, uma vez que a duração do comportamento antijurídico se protai no tempo, sem interrupção.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu: [...] No crime permanente, a conduta se protai no tempo; enquanto o agente a mantiver a consumação se prolonga; cessa apenas quando concluída a ação.” [\[4\]](#) REsp nº 171.156-SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma do STJ, Revista dos Tribunais, v. 766, p. 674.

4.43. Percebe-se, no caso sob exame, a ofensa ao patrimônio público, bem jurídico tutelado, e, em última instância, ao interesse público primário, sendo que, quando ocorrida exclusivamente no âmbito da contratação irregular inicialmente estabelecida, não tem o condão de contaminar as posteriores prorrogações unilaterais da avença, realizadas por meio de termo aditivo, uma vez que esta ação é de responsabilidade da Administração, que se origina e se fundamenta em conduta ilícita já consumada. Nesse caso, não se vislumbra mais de um comportamento ilícito por parte da contratada, o qual poderia caracterizar uma possível continuidade infracional, diante da prática de novas infrações de forma sucessiva e similar.

4.44. As infrações continuadas são compostas por múltiplas condutas infracionais de uma mesma natureza, praticadas sob as mesmas condições de tempo, modo e execução, constituindo, nesse sentido, de uma ficção jurídica estabelecida sob premissas de que as demais ações ilícitas, subsequentes ao crime inicialmente cometido, não podem ser entendidas como infrações autônomas de *per si*, mas sim, como a evidenciação de continuidade de um primeiro crime praticado. Portanto, além das demais condições, existe a necessidade mínima de existência de mais de uma infração para caracterizar esta situação de infração continuada, a ser comprovada caso a caso.

4.45. Nas infrações permanentes, como já mencionado, a consumação se protraí no tempo, renovando-se a cada instante (como por exemplo na omissão de cumprimento de ordem administrativa de recuperação de área desmatada; neste caso a cessação da consumação da infração depende da vontade da parte envolvida).

4.46. É bem verdade que a hipótese colocada à exame se assemelha a uma situação infracional permanente, cujo efeito somente poderá ser interrompido a partir

de ação do próprio contratado, a impedir de forma espontânea, a continuidade da infração em novas adições contratuais, contudo, de modo diverso, a circunstâncias apresentada se adequa à infração única imediata com efeitos negativos permanentes, sendo que este efeitos pertencem ao campo do exaurimento. À guisa de exemplo, como forma de distinguir estas as situações apresentadas, podemos citar as definições expostas no artigo de Marcelo Madureira Prates:

Quanto à infração permanente, ela há de ser diferenciada da **infração imediata de efeitos negativos permanentes**, especialmente para avaliação do termo inicial do prazo prescricional. Permanente é somente a infração administrativa cuja **conduta** que a define denota repetição ou habitualidade, normalmente representada por verbos como manter, conservar e quejandos. **Infração imediata**, porém de **efeitos negativos permanentes, doutro modo, indica as infrações cuja conduta, note-se bem, é instantânea, mas cujos efeitos, esses sim, são duradouros.** (ob. citada)

4.47. Em relação a não caraterização da permanência, vale a apresentação do seguinte exemplo: Sabe-se que as empresas devem assumir a responsabilidade pelas irregularidades cometidas por seus prepostos de forma objetiva. Assim, vejamos o caso de uma grande empresa em que o seu diretor de vendas, a partir da prática de superfaturamento, efetiva uma contratação de prestação de serviços com a Administração Pública, sendo que esta contratação veio a se prostrar no tempo em razão de sucessivos aditivos. Na ocasião, somente este diretor tinha ciência da irregularidade praticada, sendo que, após a confecção de 3 termos de aditivos, o seu cargo foi ocupado por um novo diretor, que, sem a ciência do fato ocorrido, deu continuidade à prestação dos serviços, havendo mais um mesmo número de prorrogações unilaterais do contrato pela Administração, por meio da formalização de outros aditivos.

4.48. No exemplo descrito, ainda que saltasse aos olhos o benefício financeiro em relação ao custo na contratação, pode-se verificar que a intensão do ilícito não permanece no tempo, e, portanto, a sua consumação fora de fato efetivada na época da contratação inicial, sob a incidência da legislação aplicável à época. Desta forma, a aplicação da responsabilidade objetiva de pessoa jurídica não gera efeitos sobre a questão, visto que os demais atos de prorrogação partiram de vontade unilateral da Administração, e que os respectivos pagamentos em função do serviço prestado são mera consequência do ato irregular inicialmente consumado.

4.49. Noutra banda, para uma avaliação geral das circunstâncias do caso, cabe dizer que, ainda que se pudesse compreender o caso encaminhado pela COPIP como uma circunstância de permanência dos efeitos da infração no tempo ou de continuidade, a lei sancionatória aplicável deveria, a princípio, ser aquela vigente à época em que o agente, por sua vontade, decidiu dar início ao ato infracional. Esta conclusão teria como fundamento a idéia de que qualquer alteração ou inovação legislativa posterior, neste plano sancionatório, geraria insegurança jurídica, alinhando-se à proibição de aplicação retroativa de lei de caráter punitivo. Porém, quanto a aplicação da LAC em relação aos aditivos realizados posteriormente a sua vigência, cabe uma explanação no seguinte sentido.

4.50. Tendo em vista a intolerância ao vácuo legislativo, a resposta à questão exposta, no plano ideal, deveria constar e ser regida, por lei especial, contudo, na sua ausência desta ou de outra norma aplicável, a interpretação para a solução de questões materiais e processuais deve, por analogia, ser pautada nos preceitos constitucionais e na interpretação e entendimentos do Supremo Tribunal Federal.

4.51. É notório, com já mencionado, a máxima de que uma lei de caráter sancionador não deve retroagir, tratando-se de uma regra absoluta, que não deve admitir exceções. No entanto, diante de vários questionamentos em relação à situação especial dos crimes permanentes e continuados, contudo, no âmbito penal,

exigiu-se a intervenção de nossa Corte Suprema para pacificar o tema, resultando na publicação da Súmula 711, que especificou: “*a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*”.

4.52. Observa-se que tal entendimento deve ser estendido por analogia ao campo administrativo, nos mesmos caso em que haja inovação legislativa com conteúdo punitivo de maior gravidade. No entanto, deve se levar em conta as restrições para a aplicação integral, no campo do direito administrativo relacionado ao Processo de Responsabilização de Entes Privados, da teoria geral do Direito Penal, especialmente, em razão à natureza diferenciada das pessoas envolvidas (físicas e jurídicas). Não obstante, isso, como se verifica, boa parte das noções e conceitos doutrinários estabelecidos no âmbito penal, que abordam aspectos relacionados à vontade e conduta do agente ao tempo na prática de infrações, podem e devem, por falta de especificação do tema na doutrina e legislação administrativas, serem emprestados e utilizados no campo administrativo sancionador.

4.53. Dessa maneira, caso fosse possível identificar a permanência ou continuidade, em relação à situação sob análise, seria factível, por exceção, a retroatividade dos efeitos da lei, naquele casos em que a inovação normativa trouxesse lei com penalidades mais graves sob essas condições.

4.54. Diante do até então exposto, vale salientar que, em relação à situação paradigma apresentada, não se identifica uma situação de continuidade ou mesmo de permanência infracional, mas sim, de mero exaurimento de uma infração já consumada, quando observadas no contexto das ampliações do objeto contratual por meio de termos de aditivo, sem a comprovação da prática de novos ilícitos.

4.55. Quanto ao exaurimento, pode se dizer que o mesmo se identifica com a extensão dentro da qual está compreendido o efeito negativo da infração, posteriormente à sua consumação, ou, de modo mais preciso, com o período de subsistência destes efeitos lesivos, os quais derivam da conduta ilícita consumada do agente.

4.56. Importante ressaltar, que o fato dos aditamentos contratuais constituírem-se de atos realizados unilateralmente pela Administração prejudica o entendimento de que estas novas pactuações realizadas possam ser caracterizadas como atuação ilícita por parte da empresa, mas sim, como o exaurimento de uma conduta irregular anterior.

4.57. Caso comprovada a prática de novos ilícitos nestas situações, ou mesmo durante o todo o curso contratual, estes serão consideradas como ilícitos autônomos, ou, a depender de suas caracterizações em conjunto, como infrações continuadas. Assim, de forma mais específica, qualquer outro ato ilícito comprovado (como por exemplo de corrupção, com a paga de propina, ou conluio, como narrado no relato da COPIP), que ocorra no curso do contrato, ou nos atos relacionados às suas adições ou mesmo apostilamentos contratuais, será considerado como infração autônoma, com aplicação da lei vigente à época da ação ilícita.

4.58. Em suma, a noção da infração administrativa no tempo, em relação à correspondente lei sancionatória aplicável, como já mencionado, implica na impossibilidade de alteração posterior do feixe de proibições incidentes sobre o agente à época da ação ilícita, uma vez que seria este o campo normativo estabelecido e conhecido pelo agente quando da prática irregular. Como exemplo hipotético básico, pode-se mencionar a situação em que uma empresa pratica um ilicitude para a qual é aplicável uma penalidade de impedimento de contratação com o

poder público pelo prazo de 5 anos, por força de uma lei vigente, sendo que, posteriormente, entra em vigor uma nova lei em sua substituição, que altera este prazo para 10 anos. Esta nova pena não poderá ser aplicada à empresa, uma vez que, apenas diante da hipótese de que, caso fosse dado conhecimento a empresa acerca desta nova pena, à época do cometimento da infração, o que poderia resultar na sua desmotivação para a prática do ilícito, bastaria para justificar a irretroatividade dos efeitos de lei de caráter sancionatório.

4.59. De se repisar, portanto, que a suposta infração administrativa perpetrada no contrato inicial será regida por lei de caráter sancionador vigente à época dos fatos. Em relação aos seus correspondentes termos aditivos sucessivos, vale dizer que se constituem, em sua maioria, como meros atos de formalização declaratórios e unilaterais da Administração para a prorrogação da cobertura contratual de prestação de serviços de mesma espécie, valendo-se, nestes casos, das mesmas bases inicialmente pactuadas, ainda que eivadas de irregularidades. Cabe a Administração, diante da descoberta do ilícito, deixar de prorrogar o contrato, sob pena de responsabilização dos servidores que, cientes da irregularidade, se omitirem.

4.60. Por fim, em relação à situação levantada pela COPI, frise-se novamente que não se verifica uma ocorrência de múltiplas condutas de uma mesma espécie (admitindo-se como referencial o contrato inicial e seus aditivos), impedindo, dessa forma, para o caso, a concepção de prática continuada infracional, sob uma mesma forma de execução. Na verdade, há um ato infracional único, com a intenção de que os seus efeitos, e não a própria ação ilícita, se protraiam para além da contratação inicialmente estabelecida.

4.61. Apenas para mencionar, por derradeiro, deve-se destacar que o conluio informado no relato da COPI, que poderia caracterizar nova infração, deve ser comprovado, sendo delimitada a sua extensão no tempo para definição da legislação aplicável, com a aplicação, no que couber, da implicações decorrentes desta Nota.

## 5. CONCLUSÃO

5.1. Em vista de todo o exposto, sugere-se a adoção dos seguintes entendimentos em relação a matéria sob exame:

- a) Às infrações administrativas, ocorridas anteriormente à vigência da Lei nº 12.846/93, são aplicáveis as normas de cunho punitivo, relacionadas à licitações e contratos, que incidiam sobre o fato ilícito à época de sua ocorrência, de modo que a impedir a retroatividade da citada norma;
- b) Nos casos de cometimento de ato ilícito por parte de ente privado, ocorrido exclusivamente no âmbito de contratação licitatória inicialmente estabelecida, as posteriores prorrogações unilaterais do contrato pela Administração, por meio de termos aditivos, não dão origem, por si só, à prática de novos atos ilícitos pela empresa contratada, uma vez que se tratam de mero exaurimento de uma conduta ilícita já consumada;
- c) O ato ilícito cometido por ente privado no âmbito de uma contratação licitatória inicial, que seja prorrogada por meio de termos aditivos, é considerado como infração imediata de efeito negativo permanente, a qual não se pode atribuir a caracterização de permanência;
- d) Não comprovada a existência de prática de novos ilícitos no curso do contrato, ou em relação aos seus termos aditivos, não há de se

falar em situação de continuidade infracional;

e) Os casos de continuidade infracional deverão ser observados, caso a caso, com a exigência de múltiplas condutas infracionais de uma mesma natureza, observando-se tanto os aspectos objetivos (mesmas condições de tempo, modo e execução), quanto subjetivos (visualização de propósito único, distribuído pelo cometimento de infrações em forma seqüencial);

f) Em situações em que uma nova lei administrativa de caráter punitivo, que apresente penalidades mais graves em relação a norma precedente, caso a sua vigência seja anterior à cessação do estado de continuidade ou da permanência infracional, a retroatividade de seus efeitos deverá ser permitida;

g) No caso da existência de prorrogação contratual por meio de termo aditivo constituído de forma bilateral, a prática de ato ilícito dentro deste ajuste de vontades, caso comprovada, poderá ser configurada com fato novo, passível de apuração com base em lei aplicável à situação à época da pactuação;

## 5.2. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **JULIANO REGIS COSTA PIRES, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 06/04/2020, às 14:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1452367 e o código CRC 723128DE

---

Referência: Processo nº 00190.101362/2020-89

SEI nº 1452367



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### DESPACHO CGUNE

1. Estou de acordo com a Nota Técnica n.º 671/2020/CGUNE/CRG, que apresenta as seguintes conclusões:

- a) Às infrações administrativas, ocorridas anteriormente à vigência da Lei nº 12.846/93, são aplicáveis as normas de cunho punitivo, relacionadas à licitações e contratos, que incidiam sobre o fato ilícito à época de sua ocorrência, de modo que a impedir a retroatividade da citada norma;
- b) Nos casos de cometimento de ato ilícito por parte de ente privado, ocorrido exclusivamente no âmbito de contratação licitatória inicialmente estabelecida, as posteriores prorrogações unilaterais do contrato pela Administração, por meio de termos aditivos, não dão origem, por si só, à prática de novos atos ilícitos pela empresa contratada, uma vez que se tratam de mero exaurimento de uma conduta ilícita já consumada;
- c) O ato ilícito cometido por ente privado no âmbito de uma contratação licitatória inicial, que seja prorrogada por meio de termos aditivos, é considerado como infração imediata de efeito negativo permanente, a qual não se pode atribuir a caracterização de permanência;
- d) Não comprovada a existência de prática de novos ilícitos no curso do contrato, ou em relação aos seus termos aditivos, não há de se falar em situação de continuidade infracional;
- e) Os casos de continuidade infracional deverão ser observados, caso a caso, com a exigência de múltiplas condutas infracionais de uma mesma natureza, observando-se tanto os aspectos objetivos (mesmas condições de tempo, modo e execução), quanto subjetivos (visualização de propósito único, distribuído pelo cometimento de infrações em forma seqüencial);
- f) Em situações em que uma nova lei administrativa de caráter punitivo, que apresente penalidades mais graves em relação a norma precedente, caso a sua vigência seja anterior à cessação do estado de continuidade ou da permanência infracional, a retroatividade de seus efeitos deverá ser permitida;
- g) No caso da existência de prorrogação contratual por meio de termo aditivo constituído de forma bilateral, a prática de ato ilícito dentro deste ajuste de vontades, caso comprovada, poderá ser configurada com fato novo, passível de apuração com base em lei aplicável à situação à época da pactuação;

2. Nesse sentido, segue a referida Nota à apreciação do Senhor Corregedor-Geral da União.



Documento assinado eletronicamente por CARLA RODRIGUES COTTA, Coordenador-Geral de Uniformização de Entendimentos, em 06/04/2020, às 14:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1453248 e o código CRC 999BC13E





## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### DESPACHO CRG

**Face a pertinência temática, encaminhe-se para a DIREP.**



Documento assinado eletronicamente por **GILBERTO WALLER JUNIOR, Corregedor-Geral da União**, em 07/04/2020, às 11:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1454420 e o código CRC E1771108

Referência: Processo nº 00190.101362/2020-89

SEI nº 1454420



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### DESPACHO DIREP

1. Em atendimento ao Despacho do Corregedor-Geral da União (1454420), informo que esta Diretoria corrobora integralmente da manifestação técnica apresentada pela CGUNE nos termos da Nota Técnica 671, acerca dos questionamentos apresentados pela Corregedoria do Ministério da Saúde.

2. Em reforço aos bem lançados argumentos pela CGUNE, destaco apenas dois pontos.

3. O primeiro se refere à aplicação da Súmula STF 711 à Lei nº 12.846/2013. Com efeito, tal súmula prescreve que:

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

4. A CGUNE corretamente entende pela aplicabilidade de tal Súmula no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, mas arrematando de forma bem específica:

f) Em situações em que uma nova lei administrativa de caráter punitivo, que apresente penalidades mais graves em relação a norma precedente, caso a sua vigência seja anterior à cessação do estado de continuidade ou da permanência infracional, a retroatividade de seus efeitos deverá ser permitida;

5. O importante aqui é destacar que a Súmula 711 trata das hipóteses de *novatio legis in pejus*, ou seja, quando a conduta já era tipificada como crime por legislação pretérita e a nova norma veio a agravar a pena aplicável. Todavia, o entendimento sumulado não deve ser estendido para as hipóteses de nova lei incriminadora, isto é, quando a conduta não era tipificada como crime antes da entrada em vigor da lei. Nesse último caso, a aplicação da lei se restringe às condutas praticadas após a entrada em vigor da nova norma e não há que se falar em sua retroatividade, mesmo nos casos de crime permanente ou continuado. Essa é a inteligência de precedente do STF:

1. A conduta imputada ao paciente é a de impedir o nascimento de nova vegetação (art. 48 da [Lei 9.605/1998](#)), e não a de meramente destruir a flora em local de preservação ambiental (art. 38 da [Lei Ambiental](#)). A consumação não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protraí no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito. Trata-se, portanto, de crime permanente. 2. Não houve violação ao princípio da legalidade ou tipicidade, pois a conduta do paciente já era prevista como crime pelo Código Florestal, anterior à [Lei 9.605/1998](#). Houve, apenas, uma sucessão de leis no tempo, perfeitamente legítima, nos termos da [Súmula 711](#) do Supremo Tribunal Federal. 3. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência. Prescrição não consumada.

[[RHC 83.437](#), rel. min. **Joaquim Barbosa**, 1ª T, j. 10-2-2004, DJE 70 de 18-4-2008.]

6. Portanto, no plano do Direito Administrativo Sancionador, deve-se entender que a Lei Anticorrupção tem característica de *novatio legis* incriminadora,

uma vez que introduziu aqueles conceitos de atos lesivos originariamente no ordenamento jurídico. Assim, com razão a opinião majoritária da Coordenação de Prevenção e Instrução Prévia (COPIP) do MS, em face do entendimento apresentado pela CGU/MS.

7. O segundo diz respeito ao entendimento da COPIP de que infrações relacionadas a licitações e contratos públicos que caracterizam atos lesivos praticados antes da vigência da Lei nº 12.846/2013, deveriam receber juízo de admissibilidade negativo quanto à instauração de PAR, dando notícia dos fatos à área de licitações e contratos para as providências que julgar pertinentes, sob a luz da Lei nº 8.666/1990. De fato, concorda-se que a Lei Anticorrupção não poderá retroagir para abarcar condutas ocorridas antes de sua vigência. Todavia, não se pode perder de vista que a conduta verificada, acaso confirmados os indícios apresentados, é passível de responsabilização administrativa pela Lei nº 8.666/1990, conforme previsão dos arts. 86 a 88. O que se deseja aqui alertar é se a Corregedoria-Geral do MS igualmente não possuiria competência para deflagração desse processo sancionador.

8. A esse respeito, importante destacar que, historicamente, a CGU tem buscado atrair para a competência da esfera correccional a apuração e processamento de infrações relacionadas à licitações e contratos públicos, quando a conduta observada indica a ocorrência de fraude ou comportamento inidôneo em sentido amplo. O que já se vinha buscando delimitar desde antes da edição da LAC, é que aqueles tipos de conduta podem ser melhor tratados no âmbito da unidade correccional por excelência, ao passo que aos setores de licitações e contratos restaria a aplicação da sanções relacionadas ao descumprimento de cláusulas contratuais e editalícias. Tal entendimento restou finalmente bem definido após a vigência da LAC e a edição do Decreto nº 8420/2015 que, em seu art. 12, orienta como devem ser procedidas tais apurações. Todavia, reconhece-se que a Corregedoria-Geral do MS, à luz de suas competências regimentais, deve observar se tal procedimento deve ser adotado também em relação a fatos anteriores a Lei nº 12.846/2013, tal como a CGU o faz.

À consideração superior do Sr. Corregedor-Geral.



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO PONTES VIANNA, Diretor de Responsabilização de Entes Privados**, em 15/04/2020, às 18:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1462647 e o código CRC F4CBD854