



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

AV. DES. VITOR LIMA, 222, S. 502, ED. SANTA CLARA (REITORIA II), TRINDADE, FLORIANÓPOLIS/SC · 88040-400 · (48)37219371 · PFSC.UFSC@AGU.GOV.BR

PARECER n. 00283/2019/NLICIT/PFUFSC/PGF/AGU

NUP: 23080.002077/2019-95

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO

- I. Universidade Federal de Santa Catarina, Hospital Universitário - filial EBSEH em transição para gestão plena.
- II. Manifestação referencial, cujo objeto é a análise jurídica da instrução processual e da minuta de termo aditivo visando à formalização da sub-rogação dos contratos da UFSC para a EBSEH (filial), em razão da adesão ao contrato de gestão hospitalar a ser executado por esta empresa pública.
- III. Análise concreta: possibilidade com ressalvas e recomendações.

Senhor Procurador-Chefe,

I. RELATÓRIO

1. Cuida-se de **manifestação jurídica referencial**, baseada no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 e na Orientação Normativa nº 55/2014 do Advogado-Geral da União, que visa ao registro do entendimento e de recomendações desta Procuradoria Federal em relação à *cessão de posição contratual* ou *sub-rogação* de contratos do Hospital Universitário - HU/UFSC para a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH.
2. Constam dos autos, no que interessa à análise:
 - Contrato n. 76/2019 (fls. 339-348);
 - Portaria - SEI n. 01, de 02 de janeiro de 2019 (fls. 361-365);
 - Declaração regularidade da execução contratual (fl. 366);
 - Declaração parcela financeira sub-rogada (fl. 366);
 - Termo de concordância (fl. 367);
 - Ofício - SEI n. 139/2019/SCG/CGR/DVPE-EBSEH (fls. 368-370);
 - Certidões e consultas destinadas à manutenção das condições iniciais de habilitação (fls. 371-380);
 - Minuta de termo aditivo de cessão de posição contratual/sub-rogação (fls. 381-383);
 - Indicação dos recursos orçamentários (fls. 384-385);
 - Lista de contratos que serão cedidos/sub-rogados à EBSEH (fls. 386-389);
 - Pedido de elaboração de manifestação jurídica referencial (fl. 392); e
 - Aprovação da autoridade competente (fl. 392).
3. A competência para análise do aditivo por esta Unidade da Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, é incontroversa e exerce-se em razão de mandamento constitucional inserto no art. 131 da Constituição Federal de 1988.
4. Sobre o tema, veja-se precedente do Tribunal de Contas da União^[1]:

Acórdão: [...]

1.6.1. dar ciência à [...] de que foram verificadas as seguintes impropriedades no 4º Termo Aditivo ao Contrato nº [...]:

1.6.1.1. ausência de parecer jurídico prévio sobre a regularidade de aditivos contratuais, o que afronta o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993.

5. É o breve relatório. Passa-se à análise.

II. DOS LIMITES DESTE OPINATIVO

6. Saliente-se que o parecer em epígrafe cinge-se única e exclusivamente aos aspectos jurídicos da minuta, não competindo à Procuradoria Federal analisar quaisquer outros aspectos relativos ao mérito do ato administrativo pretendido.

7. Com efeito, não é outra a orientação traçada pela Advocacia-Geral da União, que afirma peremptoriamente que as Consultorias Jurídicas emitem pareceres de legalidade, não discutindo mérito (vide Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU disponível no site da Instituição, aba "cartilhas").

8. É oportuno desde logo demarcar alguns conceitos. Sempre que se fizer menção à aplicação de alguma "**ressalva**" ou sua variação flexionada/conjugada, esta expressão estará correlacionada ao (des) cumprimento de alguma disciplina de ordem constitucional (seja regra ou princípio), infraconstitucional, infralegal, interpretação consolidada, uniformizadora ou predominante no âmbito da Corte de Contas da União, Tribunais Superiores ou de órgãos da Advocacia-Geral da União. Em suma, estarão atreladas à observância do ordenamento jurídico pátrio em vigor.

9. A indicação da expressão "**recomendação**" e variações, por sua vez, estará umbilicalmente afetada à (des) conformidade da atuação do gestor ou da instrução processual com as boas práticas na condução dos atos públicos e procedimentos administrativos, no âmbito da governança pública ou da defesa do interesse público secundário (patrimonial) da Instituição, e sempre sob o pálio da relevância e da repercussão da ação a que a recomendação fizer referência. Ou seja, não estará diretamente relacionada à inobservância de uma norma jurídica ou de outras das fontes de Direito como as acima elencadas.

10. Essa atuação no âmbito da expedição de recomendações, portanto, poderá se materializar exarando-se (na manifestação jurídica ou em atos apartados de assessoramento prévio e posterior) indicativos de melhor descrição da redação de cláusulas contratuais, de obrigações diversas contraídas (oportunidade do negócio jurídico, riscos assumidos) ou mesmo no campo da suficiência do teor de justificativas e manifestações diversas proferidas nos autos e fora dele.

11. Desse modo, tais pareceres restringem-se ao exame dos fatos e da sua conformidade ao Direito que se lhes aplica, deixando de apreciar aspectos de conveniência e oportunidade como condicionantes de juridicidade.

III. MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL: CONTORNOS JURÍDICOS

12. A Direção de Administração do Hospital Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina (HU/UFSC) remeteu os autos em epígrafe com minuta de aditivo visando à **celebração do instrumento de sub-rogação de contrato** em favor da futura filial EBSEH.

13. O envio é resultado de tratativas iniciadas com a coordenação de assessoria técnica deste Núcleo de Licitações e Contratos da Procuradoria Federal junto à UFSC.

14. Não se desconhece que há manifestação jurídica referencial desta Procuradoria, consubstanciada no Parecer n. 00686/2016/PFUFSC/PGF/AGU, a qual abarca a análise padronizada dos aditivos para inclusão da cláusula de permissão da sub-rogação aos contratos então vigentes e também se ocupou de analisar a minuta (anexa à Portaria n. 72/2013/EBSEH) que efetivaria, no futuro, a própria cessão de posição contratual. Foram, portanto, duas as minutas analisadas pelo referencial à época.

15. Todavia, as novas diretrizes traçadas pela Portaria SEI n. 1/2019 e o modelo do termo de cessão que lhe segue anexo demonstram que houve alterações sutis desse instrumento quando comparado com a versão anexa à mencionada Portaria n. 72/2013, de modo que se torna imprescindível a lavratura de novo parecer referencial, tal como proposto pela Entidade assessorada.

16. Dito isso, convém destacar que, conquanto o processo em epígrafe diga respeito ao Contrato n. 76/2019 (prestação de serviços técnicos de reparação, sob demanda, em equipamentos endoscópios rígidos, semirrígidos e cabos de fibra ótica, utilizados nos procedimentos de videocirurgia), carreado às fls. 339-348, o assunto aqui tratado, a partir da Minuta de termo aditivo de cessão de posição contratual/sub-rogação (fls. 381-383), afeta também cerca de outros **77 (setenta e sete) contratos** titularizados pela UFSC e administrados pelo HU/UFSC (vide **lista preparada pelo Setor de Administração** às fls. 386-389).

17. É que a administração da UFSC firmou em março de 2016 "contrato de gestão especial gratuita" com a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, identificado como "Contrato n. 26/2016" (vide Seq n. 4, id n.

550978650, no sistema Sapiens/AGU).

18. A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEERH foi criada pela Lei n. 12.550/2011. Dentre suas finalidades, encontra-se centralmente a de prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à população, no âmbito do Sistema Único de Saúde, assim como a prestação às instituições de ensino, ou congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada a autonomia das universidades.

19. O objeto do contrato de gestão é o seguinte:

[...] gestão especial gratuita, pela CONTRATADA, do HOSPITAL UNIVERSITÁRIO PROFESSOR POLYDORO ERNANI DE SÃO THIAGO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, Órgão Suplementar da UFSC regulamentado pelo Estatuto e Regimento Geral desta Universidade, na forma e condições definidas neste Contrato e na Lei nº 12.550 de 2011, compreendendo: [...] III – A implementação de sistema de gestão único [...].

20. Da sua cláusula sexta, destaca-se:

Cláusula Sexta – Das Regras de Transição. A CONTRATANTE [UFSC] manterá as atividades, os contratos e os vínculos existentes no hospital sob sua responsabilidade, bem como realizará as contratações de bens e serviços necessários para o funcionamento adequado da unidade hospitalar até a assunção plena da gestão pela CONTRATADA [EBSEERH], conforme previsão constante no parágrafo sexto desta cláusula. [...] Parágrafo Segundo – A CONTRATADA poderá, por meio de sub-rogação, manter vínculos e contratos já existentes no hospital voltados ao desenvolvimento de atividades acessórias ao presente contrato, desde que necessários ao fiel cumprimento do seu objeto, respeitada a legislação aplicável.

21. A leitura do **pedido de elaboração de manifestação jurídica** referencial (fl. 392) demonstra que a administração do HU/UFSC pretende operar a transferência de seus contratos à EBSEERH, firmando instrumento de sub-rogação, uma vez já colhido esse compromisso das empresas contratadas, de modo que a posição contratual pode ser efetivamente cedida à EBSEERH sem quaisquer embaraços e, mormente, sem risco de solução de continuidade de serviços e fornecimentos.

22. Diante dessa estratégia, e a fim de evitar que todos os termos aditivos programados tenham que ser submetidos à análise desta Procuradoria Federal por força do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, convém estender os efeitos deste parecer a todos os casos que versam sobre o assunto nele tratado. Esse é o propósito da Orientação Normativa AGU nº 55/2014, em que se fundamenta essa extensão de efeitos:

O ADOVADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

23. O objetivo que aqui se busca é, portanto, otimizar a tramitação processual, conferindo, a partir da eliminação de trabalhos repetitivos, mais efetividade ao esforço da consultoria jurídica e, por conseguinte, maior celeridade à consecução dos objetivos de interesse público envolvidos na atuação administrativa.

24. Em síntese, com base nos fundamentos supra, o presente parecer jurídico poderá ser reproduzido, para efeito do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 e conforme Orientação Normativa AGU nº 55/2014, nos casos que envolvam termos aditivos que versem sobre efetivação da cessão da posição contratual do HU/UFSC à EBSEERH, independentemente do objeto envolvido.

25. O presente parecer não abrange, contudo, as atas de registro de preços, as quais não se confundem com contratos administrativos e, por isso mesmo, não admitem alteração de posição contratual. Neste caso, a EBSEERH poderá, nos termos do art. 22 do Decreto nº 7.892/2013, aderir às atas gerenciadas pelo HU/UFSC a fim de que firme, em nome próprio, os contratos delas derivados.

IV. OBJETO DO REFERENCIAL: ADITIVO DE CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL

IV.1. Análise do instituto sob a óptica da doutrina e da jurisprudência

26. Conforme acima anotado, o contrato de gestão firmado entre UFSC e EBSEERH prevê, na sua cláusula sexta, a possibilidade de **sub-rogação** dos contratos controlados pelo HU/UFSC. Essa sub-rogação, tal como pretendida, nada mais é do que a transferência da posição jurídica de contratante, hoje ocupada pela UFSC, para a EBSEERH, com manutenção de todas as disposições contratuais.

27. Tecnicamente, trata-se, aí, de negócio jurídico denominado **cessão de posição contratual**, sobre o qual versa a doutrina^[2], *in verbis*:

É indiscutível que a cessão de posição contratual é negócio jurídico e tem também a característica de contrato. Nesse negócio, vamos encontrar que uma das partes (cedente), com o consentimento do outro contratante (cedido), transfere sua posição no contrato a um terceiro (cessionário)

28. Colhe-se do repositório de jurisprudência da Corte de Contas da União o seguinte entendimento acerca do instituto da sub-rogação^[3]:

Relatório:

[...]

De forma análoga à cessão, a sub-rogação resulta na assunção de todos os direitos e deveres consignados no termo de contrato original pelo terceiro, eliminando as responsabilidades contratuais e legais da contratada perante o Estado. A diferença entre os aludidos institutos, como trazido à baila pela Unidade Técnica, é que **a sub-rogação nasce diretamente da lei** e prescinde do consentimento do contraente cedido, ao passo que a cessão se origina do contrato, dependendo da vontade das partes (sem grifo e sem sublinhado no original).

29. Nos termos consignados acima, vê-se que essa operação é compreendida como ato de negociação que deriva imediatamente da lei.

IV.2 Implicações de sua incidência nos contratos administrativos

30. Em outra oportunidade, pronunciou-se o TCU acerca da incidência desse instituto^[4]:

Relatório:

[...]

11. **A figura da cessão contratual, também denominada sub-rogação, se traduz na transferência da execução do contrato bem como das responsabilidades e direitos contratuais.** Difere da subcontratação, prevista no art. 72 da Lei 8.666/1993, na qual o contratado pode subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, ou seja, não se transferem as responsabilidades contratuais.

12. Na sub-rogação, pessoa jurídica estranha ao procedimento licitatório, que não se submeteu às regras do edital, não comprovou habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira ou regularidade fiscal, dentre alguns requisitos de participação no procedimento licitatório, passa a ser a detentora dos direitos e obrigações do contrato administrativo, burlando o princípio constitucional da isonomia, pois desconsiderou as demais empresas interessadas em realizar o serviço ou a obra.

13. **Não há previsão expressa na Lei 8.666/1993 para utilização de cessão de contrato, só sendo citada no inciso VI, do art. 78, quando trata dos motivos para rescisão contratual:**

[...]

15. Do exposto, este Tribunal **firmou entendimento, na Decisão 420/2002-TCU-Plenário, de que em contratos administrativos é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada** ou a divisão de responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade, da eficiência e da licitação (art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal), bem como os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993.

(sem grifos e sem sublinhado no original).

31. O caso analisado pela Corte não possui relação direta com este autos. No entanto, veja-se que o Tribunal conceitua o instituto mas ressalva que sua incidência no contrato administrativo seria vedada em relação à cessão de posição pela contratada, dado o caráter personalíssimo do ajuste.

32. Sobre o tema, ao dissertar acerca do art. 78, inciso VI, o Professor Marçal Justen Filho^[5] já de início o costura de modo umbilical ao conceito de obrigação contratual personalíssima:

O inciso VI arrola diversas situações que possuem alguma proximidade entre si. Envolvem o tema da modificação subjetiva o chamado personalismo do contrato administrativo. A disciplina do dispositivo relaciona-se com a modificação do pólo subjetivo da relação contratual, instituto bem conhecido da Teoria Geral do Direito. A situação pode envolver a cessão de posição contratual ou outras alterações organizacionais na estrutura da pessoa jurídica privada, que foi contratada pela Administração Pública.

Questiona-se a compatibilidade de tais modificações com a característica do personalismo do contrato administrativo e com a vinculação do contrato à licitação que o precedeu.

33. Incursionando no tema com mais entonação, arremata o doutrinador^[6]:

Reputa-se, respeitosamente, que os argumentos do personalismo do contrato administrativo, da obrigatoriedade de licitação e da vinculação ao resultado do certame não se afiguram como suficientes para respaldar a conclusão atingida... o contrato administrativo não se configura como personalíssimo (excetuadas as hipóteses em que a identidade do licitante seja o motivo fundamental de sua escolha).

Realizada a licitação, a evolução da atividade empresarial pode conduzir à necessidade ou ao interesse de produzir-se alteração subjetiva. O que pode interessar à Administração é a execução exatamente da mesma proposta que selecionou como vencedora... não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação.

Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada.

34. No caso dos contratos firmados pela UFSC, essa operação encontra fundamento legal no art. 13, da Lei nº 12.550/2011, que assim dispõe:

Art. 13. Ficam as instituições públicas federais de ensino e instituições congêneres autorizadas a ceder à EBSEH, no âmbito e durante a vigência do contrato de que trata o art. 6º, bens e direitos necessários à sua execução.

35. O fato é que, regra geral, não se admite ao particular invocar o direito de negociar o contrato mantido com o poder público e trespassá-lo a particular estranho ao ajuste administrativo, tenha ou não sido derivado de licitação.

36. Disso deflui que, em regra, o contrato administrativo assume a qualidade de intransmissibilidade.

37. **Em síntese:** A narrativa até aqui esposada, porém, em nada modifica o contexto que autoriza a sub-rogação. A uma porque a sucessão ocorre no polo contratante, entre figuras componentes da Administração Pública Federal, sendo que a vedação à cessão de posição contratual alcançaria tão somente o particular contratado; a duas porque o negócio resulta de previsão expressa em lei, não se tratando de manifestação de vontade emanada pelo gestor, mas tão somente do estrito cumprimento de um imperativo legal e de uma obrigação assumida com a adesão à gestão hospitalar pela EBSEH.

IV.3. Sub-rogação dos contratos em razão da assunção plena da gestão pela EBSEH: necessidade de formalização por termo aditivo

38. Porque mantidas incólumes todas as suas disposições contratuais, tais como direitos, obrigações e forma de execução/fornecimento, entende-se que não há alteração propriamente dita do contrato administrativo, senão da posição ocupada por uma das partes, pelo que é inaplicável ao caso, salvo melhor juízo, o art. 65 da Lei nº 8.666/93.

39. Por outro lado, aplica-se-lhe o art. 54 da Lei nº 8.666/93 combinado com art. 425 do Código Civil brasileiro de 2002, por se tratar de negócio jurídico emanado das relações de Direito Privado e, além disso, por constituir contrato atípico, isto é, tratado apenas na doutrina. Confira-se:

Art. 54 [da Lei nº 8.666/93]. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os

princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Art. 425 [do Código Civil]. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

40. Quanto à aplicação sincrética desses elementos de estirpe privada aos contratos administrativos, preconiza o art. 54 do mesmo diploma legal que "*Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado*", de modo que os contratos envolvendo a administração, em sentido amplo, não estão desarraigados das concepções gerais de direito privado sobre a matéria.

41. Isso não significa, porém, que inexistam requisitos a serem observados pela administração.

42. O primeiro desses requisitos decorre da própria Lei n. 8.666/93, que exige a formalização de negócios como este por meio de contrato ou aditamento, conforme seus arts. 60 e 116, e sua publicação resumida na imprensa oficial, nos termos do seu art. 61, parágrafo único.

43. Ademais, conforme a doutrina, a cessão de posição contratual pressupõe anuência de todos os envolvidos, incluindo, neste caso, o fornecedor ou prestador de serviços contratado, senão veja-se^[7]:

Para que não ocorra dubiedade de terminologia, devemos denominar o contrato cuja posição é cedida de contrato-base. Por conseguinte, por intermédio desse negócio jurídico, há o ingresso de um terceiro no contrato-base, em toda titularidade do complexo de relações que envolvia a posição do cedente no citado contrato. É imprescindível para a atuação desse negócio o consentimento do outro contratante, ou seja, do cedido. Isso porque quem contrata tem em mira não apenas a pessoa do contrato, mas também outros fatores, sendo o principal deles a situação patrimonial da parte. [...] Vemos, então, que para o instituto há necessariamente o concurso de três vontades, salvo exceções expressamente autorizadas no contrato ou na lei [...]. Ao transferir uma posição contratual, há um complexo de relações que se transfere: débitos, créditos, acessórios, prestações em favor de terceiros, deveres de abstenção etc. Na transferência da posição contratual, portanto, há cessões de crédito (ou podem haver) e assunções de dívidas, não como parte fulcral do negócio, mas como elemento integrante do próprio negócio.

44. Registre-se, ainda, que no momento da efetiva assunção da gestão dos contratos cedidos por parte da empresa pública cessionária, a administração deve respeitar as regras previstas na Portaria - SEI n. 01, de 02 de janeiro de 2019, reforçada pelo Ofício - SEI n. 139/2019/SCG/CGR/DVPE-EBSERH, e que prevê, inclusive, os termos da minuta de termo aditivo a ser utilizada na concretização da cessão/sub-rogação.

45. Feitos esses registros, cumpre examinar e aprovar a minuta padrão de efetivação sub-rogação pela UFSC em favor da EBSERH.

V. ANÁLISE IN CONCRETO: PRESSUPOSTOS DE REGULARIDADE E EXTENSÃO DE EFICÁCIA AOS CASOS REFERENCIADOS

46. Os tópicos anteriores prestaram-se a compreender o instituto da sub-rogação como espécie de cessão de posição do negócio jurídico, a possibilidade jurídica de sua incidência em âmbito administrativo e a necessidade de formalização desse evento por meio de termo aditivo.

47. Passa-se, agora, à análise dos pressupostos de regularidade:

48. O **primeiro requisito** a ser verificado em todo e qualquer aditivo é a observância da Orientação Normativa AGU n. 2, de 01 de abril de 2009, segundo a qual:

OS INSTRUMENTOS DOS CONTRATOS, CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES, BEM COMO OS RESPECTIVOS ADITIVOS, DEVEM INTEGRAR UM ÚNICO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEVIDAMENTE AUTUADO EM SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA, NUMERADO, RUBRICADO, CONTENDO CADA VOLUME OS RESPECTIVOS TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO.

49. Isso significa que toda a instrução relativa ao aditivo deve ser forjada no mesmo autos que deu origem ao contrato, contendo todas as peças, de forma escrita e em vernáculo, a teor do que também preleciona a Lei n. 9.784/1999 em seu art. 22, o que foi observado.

50. O **segundo requisito** é aferir se o contrato que se pretende aditar está vigente, porquanto ele é o instrumento por meio do qual a Administração firma suas obrigações destinadas à satisfação de uma demanda pública. Trata-se, igualmente, de decorrência lógica na medida em que a expiração da vigência acarreta a extinção das obrigações, de modo que não haveria se falar em aditamento sobre algo que não mais persiste.

51. O entendimento está condensado na afamada Orientação Normativa AGU n. 3, de 01 de abril de 2009, e sua aplicação ocorre por analogia. Vejamos o teor do enunciado:

NA ANÁLISE DOS PROCESSOS RELATIVOS À PRORROGAÇÃO DE PRAZO, CUMPRE AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS VERIFICAR SE NÃO HÁ EXTRAPOLAÇÃO DO ATUAL PRAZO DE VIGÊNCIA, BEM COMO EVENTUAL OCORRÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE NOS ADITIVOS PRECEDENTES, HIPÓTESES QUE CONFIGURAM A EXTINÇÃO DO AJUSTE, IMPEDINDO A SUA PRORROGAÇÃO.

52. Compulsando os autos, notadamente o Contrato n. 76/2019 (fls. 339-348), identifica-se que o contrato está vigente.

53. O **terceiro requisito** abarca política de governança pública exigida da Sede da EBSEH e que, apesar de não vincular a UFSC, deve ser observada pelos prepostos da futura filial no HU/UFSC. Falo aqui do art. 5.º, I, da Portaria - SEI n. 01, de 02 de janeiro de 2019 (fls. 361-365) e do item 6, "a", do Ofício - SEI n. 139/2019/SCG/CGR/DVPE-EBSEH (fls. 368-370), que estabeleceram a necessidade de prévia manifestação do Colegiado Executivo acerca da conveniência em trespassar o contrato à filial. No caso dos autos, resta pendente o cumprimento desse requisito (**ressalva**).

54. O **quarto requisito** é diligenciar se a manifestação jurídica desta Procuradoria continha algum obstáculo à consecução do objeto quando se analisou o instrumento convocatório ou o procedimento de contratação direta. Ou seja, deve-se registrar nos autos que o prosseguimento da contratação não contém vício de origem em razão de algum posicionamento externado por esta Procuradoria que acarrete oponibilidade à avença que se pretende aditar. No caso dos autos, a leitura do Parecer n. 00095/2019/NLICIT/PFUFSC/PGF/AGU indica que nenhuma das ressalvas nele tecidas considerou antijurídica a contratação almejada. Satisfeito, portanto, esse requisito.

55. O **quinto requisito** (art. 5.º, II, da Portaria - SEI n. 01 e item 6, "a", do Ofício - SEI n. 139) é política de governança da Sede da EBSEH e diz respeito à regularidade da execução contratual, de modo que não parece haver interesse da Sede em assumir o ajuste com particular faltoso em relação às obrigações que lhe são devidas. Fala-se também em identificação do saldo do contrato a ser executado. A Declaração de regularidade da execução contratual (fl. 366) e a Declaração de parcela financeira sub-rogada (fl. 366) satisfazem essa etapa de verificação.

56. O que precisa ficar claro, porém, é que eventual desinteresse na sub-rogação não importa um direito à extrapolação das prerrogativas da Administração em relação à sistemática da rescisão unilateral. Dessa forma, sempre quando for avaliado esse requisito deve o gestor se atentar para não confundir com hipótese de rescisão da avença. Isso porque toda rescisão que não decorra de efeito sancionatório faculta ao particular reclamar indenização, cf. reza o art. 79, § 2.º, da Lei n. 8.666/93.

57. O **sexto requisito** (art. 5.º, III, da Portaria - SEI n. 01 e item 6, "c", do Ofício - SEI n. 139) é comum a todos os aditivos e se ocupa de averiguar a manutenção das condições iniciais de habilitação, cf. reverbera o art. 55, XIII, da 8.666/93. Deve constar dos autos: a i) Certidão negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da união (Receita – RFB e INSS = PGFN); ii) Certidão Negativa Receita Estadual; iii) Certidão Negativa Receita Municipal; iv) Certificado de regularidade do FGTS; v) Certidão negativa de débitos trabalhistas - CNDT; vi) Consulta junto ao SICAF; vii) Certidão Negativa junto ao cadastro nacional de condenações cíveis por ato de improbidade administrativa - CNIA; viii) Consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS; ix) CADIN; e x) Certidão de licitante idôneo emitida pelo TCU.

58. A existência da certidão, por si só, apenas demonstra o cumprimento do requisito formal. O conteúdo de cada uma delas é o mais importante e deve ser analisado, inclusive quanto a sua validade. Atentar-se para certidões avulsas vencidas, mas que já constam atualizadas no SICAF. A consulta ao SICAF serve também para verificação de penalidades impeditivas, impedimento indireto e suspensão (vide art. 7.º da 10.520/02 e art. 87 da Lei n.º 8.666/93), advertência e declaração de inidoneidade. Nos casos de impedimento, apenas não poderá ser celebrado aditivo trespassando a avença à EBSEH se o órgão ou Entidade sancionador compuser a esfera federal. Sobre a abrangência das penalidades e suas implicações, vide Parecer n. 00086/2018/NLICIT/PFUFSC/PGF/AGU, lançado nos autos n. 23080.073608/2016-81.

59. As cinco primeiras certidões podem deixar de ser apresentadas de modo avulso caso constem do SICAF (posto que o SICAF é alimentado com essas informações), *ex vi* do art. 14, § único, da Lei n. 10.520/02;

60. Certidões positivas com efeito de negativa têm a mesma eficácia da certidão negativa, o que não é óbice, portanto, à regularidade da contratada. Certidões positivas tornam intransponível, regra geral, a contratação/renovação contratual. O CADIN, todavia, não possui, ao menos atualmente, essa eficácia.

61. É que tal condição, por si só, não implica impossibilidade de formalização da avença, à luz da interpretação dada ao art. 6.º e ss. da Lei n.º 10.522/2002, porquanto referido diploma legal, em que pese prever a necessidade de consulta prévia ao cadastro mantido pelo Banco Central, não logrou disciplinar a consequência imediata que tal inscrição acarretaria no âmbito das contratações públicas. Sabe-se, aliás, que a Instrução Normativa n.º 02/2010/SLTI/MPOG, inclusive, prevê em seu art. 3.º, § 4.º, I, incluído pela Instrução Normativa n.º 4, de 15 de outubro de 2013:

[...]

Constatando-se, junto ao SICAF, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deve-se providenciar a sua advertência, por escrito, no sentido de que, no prazo de cinco (5) dias úteis, o fornecedor regularize sua situação ou, no mesmo prazo, apresente sua defesa;

[...]

62. Sobre o tema, aliás, vide Parecer n. 00170/2017/NLICIT/PFUFSC/PGF/AGU, lançado nos autos n. 23080.051944/2017-54.

63. As certidões estadual e municipal só serão exigidas a depender do objeto da contratação, de modo que o ponto de decisão será o tributo exigível pelo respectivo Ente federativo. Exemplo: se é fornecimento, em razão da incidência de ICMS, exige-se a certidão estadual. Sendo serviço, porque incide ISS (regra geral), deve-se exigir apenas a Municipal.

64. No caso dos autos, todas essas certidões se encontram presentes (certidões e consultas destinadas à manutenção das condições iniciais de habilitação às fls. 371-380) e não há nenhum óbice.

65. O **sétimo requisito** é a assinatura do aditivo da sub-rogação pela contratada (arts. 6.º da Portaria - SEI n. 01), o que, s.m.j., é um pressuposto já atendido nos autos, cf. já se antecipara de informar o PARECER n. 00686/2016/PFUFSC/PGF/AGU, *in verbis*:

[...]

De se registrar, apenas, que após colhida a anuência do contratado no termo aditivo que autoriza a cessão, entende-se desnecessária a sua assinatura no termo aditivo posterior, que concretiza essa cessão. Se ocorrer deste modo, todavia, a empresa deverá ser notificada, para efeito do Art. 397, parágrafo único, do Código Civil.

66. É dizer, uma vez implementada a condição fática justificadora da sub-rogação a que anuiu a contraente (assunção da gestão plena do HU como filial EBSEH), cumpre à UFSC tão somente comunicar-lhe a incidência dessa obrigação, tornando desnecessária, sob a óptica da regularidade jurídica, tomar-lhe a assinatura no aditivo.

67. Veja-se, porém, que à sub-rogada (filial EBSEH) aplica-se norma regulamentar especial a que está jungida por força do processo de transição para a gestão plena. Falo aqui da Portaria-SEI nº 01, de 02 de janeiro de 2019 (fls. 361-365), cujo art. 6.º impõe haja subscrição desse aditivo também pela pessoa jurídica/física contratada (cedida) como pressuposto de regularidade do ajuste. Esse fluxo foi novamente salientado pelo Ofício - SEI n. 139/2019/SCG/CGR/DVPE-EBSEH (fls. 368-370).

68. Nessa toada, em que pese a norma não seja dotada de eficácia perante a UFSC (sub-rogante), o é em face dos representantes da futura filial e que já compõem os quadros do Hospital como prepostos da filial EBSEH (Superintendente, por exemplo). Ora, a relação negocial entre UFSC e EBSEH pressupõe cooperação e boa-fé, de modo que compete a todos velar pela juridicidade do aditivo, o que significa observar o regulamento acima aludido. Dessa forma, toma-se como requisito imprescindível à formação do ajuste que haja subscrição do representante legal da contratada, o que deverá ser realizado oportunamente e já está sendo observado eis que a minuta à fl. 383 prevê campo para assinatura do representante legal da pessoa jurídica ou pessoa física.

69. O **oitavo requisito** (arts. 5.º, IV da Portaria - SEI n. 01; e item 6, "d", do Ofício - SEI n. 139) seria a anuência prévia da contratada que, ao menos em tese, já foi tomada quando vinculou-se ao regramento editalício da licitação de que participou, bem assim quando firmou o instrumento de contrato com o HU-UFSC e assumiu obrigações nele contidas ou inseridas em projeto básico.

70. Isso porque, após a expedição do PARECER n. 00686/2016/PFUFSC/PGF/AGU (manifestação jurídica referencial) e com base na recentemente revogada Portaria EBSEH nº 72/2013, a cláusula de cessão de posição contratual passou a constar em todos os negócios jurídicos celebrados pela UFSC e já se incumbiu, por conseguinte, de consignar a anuência da contratada.

71. Fosse pouco, a obrigação do art. 6.º da Portaria-SEI n. 01/2019, por si só, já dispensaria esse ato, na medida em que **subscrever a sub-rogação é manifestação de vontade da contratada cujo efeito prático torna dispensável qualquer outro ato prévio, exemplo da propalada anuência**.

72. Por conseguinte, **recomenda-se**, para os demais processos de sub-rogação, seja **dispensado o uso do termo de concordância** anexado à fl. 367, o que contribuirá para a celeridade da consecução dos atos e garantirá eficiência e economicidade à atividade burocrática da Administração, cujo orçamento ainda é vinculado à UASG da UFSC (órgão suplementar).

73. Nessa esteira, compete a esta Procuradoria Federal alertar o gestor de que, diante do contexto sob exame (anuência da contratada já tomada na fase de licitação ou nos instrumentos de contratação direta), não há justo motivo para suplementar a instrução com a peça a que alude o art. 5.º, IV, da Portaria SEI n. 01/2019. A exceção deverá ser tratada como tal e, quando necessário, tome-se a anuência prévia da contratada que ainda não o fez à época em que firmou ajuste com o HU/UFSC, a fim de garantir observância à mencionada Portaria.

74. O **nono requisito** é a demonstração de capacidade orçamentária e financeira da filial assumir a obrigação. A indicação dos recursos orçamentários às fls. 384-385 satisfaz o requisito. Nada obstante a isso e considerando o disposto no art. 8.º da Lei n. 4.320/1964, competirá à unidade contábil atestar se a funcional programática em questão refere-se imediatamente ao orçamento da filial, a qual disporá de UASG própria (**recomendação**). No curso da execução, caso haja necessidade de retificação dos decimais ali informados, o mesmo poderá ser realizado por apostilamento, conforme autoriza o art. 65, § 8º, da 8.666/93.

75. O **décimo requisito** é a subscrição do aditivo com assinatura da Superintendência e de outro membro do Colegiado Executivo (arts. 6.º, § único, da Portaria - SEI n. 01). No caso dos autos, esse requisito não foi observado (**ressalva**) considerando a composição atual desse órgão administrador^[8].

76. O **décimo primeiro requisito** é contar a minuta com aprovação final da autoridade competente, o que foi observado (fl. 392).

77. Por fim, imperioso sublinhar que não compete a esta Procuradoria manifestar-se quanto às demais providências como a remessa da documentação à Sede a que se refere o art. 2.º, § 2.º, da Portaria - SEI n. 01, o que deverá ser executado pelo Hospital em momento oportuno, tal como a publicação do aditivo na imprensa oficial.

VI. ANÁLISE DA MINUTA DE ADESÃO (PADRÃO EBSEH)

78. Finalmente, no tocante à minuta de termo aditivo do anexo I da Portaria - SEI n. 01, de 02 de janeiro de 2019, que trata da efetiva cessão de posição contratual, entende-se que encerra as cláusulas necessárias e suficientemente claras ao seu propósito, não oferecendo risco ao interesse da UFSC manifestado no contrato de gestão, pelo que nada há a anotar nessa extensão. Desta sorte, fica a minuta aprovada para as cessões de posição contratual que vierem a ser acordadas com base nela.

VII. CONCLUSÃO

79. Ante todo o exposto, e no caso a que se refere especificamente a presente manifestação, desde que implementadas as eventuais ressalvas grafadas, como condição *sine qua non* para a lisura da avença e atendidas, tanto quanto possível, as recomendações respectivas (**constante (s) do (s) parágrafo (s) n. 53, 72, 74 e 75**), e realizado o procedimento previsto para que se ateste a conformidade do caso concreto ao objeto de incidência aqui tratado, tem-se como juridicamente possível, para efeito do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, a assinatura das minutas de termos aditivos aqui tratadas visando à efetiva cessão de posição contratual à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, sem submissão dos respectivos autos ao exame e parecer individual *in concreto* desta Procuradoria, consoante autorizado pela Orientação Normativa n. 55/2014, do Advogado-Geral da União.

80. A Administração deverá, ainda, fazer uso do atestado de conformidade fazendo sua juntada em casa autos individualmente, podendo, para tanto, tomar como modelo o do Processo Digital n. 23080.043371/2015-23, que trata de outros pareceres referenciais.

81. A responsabilidade pela observância de todas as restrições deste parecer, e de outras que os casos concretos sugerirem, é exclusiva da administração, e em razão dela ou pelo prejuízo eventualmente causado poderão responder os agentes envolvidos, caso se utilizem do parecer referencial de forma irregular ou sem a devida prudência, perícia ou atenção necessárias.

82. É o parecer, de caráter opinativo.

À consideração superior.

Florianópolis, 12 de setembro de 2019.

Alessandra Sgreccia
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23080002077201995 e da chave de acesso edebf024

1. [^] - TCU. *Acórdão 131/15. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler.*
2. [^] - VENOSA, *Sílvia de Salvo. Direito Civil: Teoria das Obrigações e Contratos. 4.ed. São Paulo: Atlas, p. 359.*
3. [^] - TCU. *Acórdão n. 981/2017. Órgão julgador: Plenário. Relatora: Min. Ana Arraes.*
4. [^] - TCU. *Acórdão 2.052/2016. Órgão julgador: Plenário. Relator: Min. Raimundo Carreiro.*
5. [^] - JUSTEN FILHO, *Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1284.*
6. [^] - JUSTEN FILHO. *Op. cit., p. 1290.*
7. [^] - VENOSA. *Op. cit., p. 359-372.*
8. [^] - Disponível em: <http://www2.ebserh.gov.br/web/hu-ufsc/collegiado-executivo>. Acesso em: 11 set. 2019.

Documento assinado eletronicamente por ALESSANDRA SGRECCIA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 313602075 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALESSANDRA SGRECCIA. Data e Hora: 12-09-2019 18:04. Número de Série: 17431498. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
