



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE
FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SETOR JURÍDICO
AV. RIO BRANCO, N. 135/13º ANDAR, CENTRO - RIO DE JANEIRO - RJ CEP: 20040-912

PARECER n. 298/2019/SEJUR/PFUNIRIO/PGF/AGU

NUP: 23819.010999/2019-02

INTERESSADOS: HOSPITAL UNIVERSITÁRIO GAFFRÉ E GUINLE

ASSUNTOS: SUB-ROGAÇÃO CONTRATUAL

EMENTA: I. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 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 UNIRIO para a EBSEH (filial), em razão da adesão ao contrato de gestão hospitalar a ser executado por esta empresa pública.

III. Solicitação de Prioridade da Análise Jurídica.

IV. Possibilidade, com recomendações.

Senhor Procurador-Chefe,

DR. ARMSTRON CEDRIM DA SILVA AZEVEDO

I - RELATÓRIO

1. Cuida-se de **manifestação jurídica referencial**, baseada no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 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 Gaffrée e Guinle - HUGG/UNIRIO para a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH.

2. Adoto o Relatório nº 00301/2019/SEJUR/PF-UNIRIO/PGF/AGU, de análise da instrução processual administrativa, que passa a fazer parte desta manifestação. O encaminhamento do processo observou o artigo 4º, inciso IV, da Ordem de Serviço Conjunta nº 01/GR/PF-UNIRIO, de 13 de maio de 2014. Os autos deram entrada nesta Procuradoria no dia 04 de dezembro de 2019.

3. A presente manifestação foi elaborada em caráter de **urgência**, nos termos do inciso I, §1º, do art.9º, da Portaria PGF nº526, de 26 de agosto de 2103, e §3º, art.11, da Ordem de Serviço Conjunta nº 01/GR/PF-UNIRIO, de 13 de maio de 2014.

4. Como informado no Relatório nº 00301/2019/SEJUR/PF-UNIRIO/PGF/AGU constam dos autos, no que interessa à análise:

1. Portaria-SEI nº 01, de 02 de janeiro de 2019, que dispõe sobre procedimentos para sub-rogação de contratos administrativos dos HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS DA REDE EBSEH (fls. 01/03);

2. Registros cadastrais pertinente à UG/UASG (fl.04) e ao CNPJ (fl.05);

3. Portaria-SEI nº 634, de 15 de agosto de 2019, que dispõe sobre a nomeação de equipe mínima de governança (fl.06);
4. Contrato de Gestão Especial Gratuita Celebrado entre a UNIRIO e a EBSEH (fls. 07/11), cujo extrato foi publicado no D.O.U., em 08/01/2016 (fl.12);
5. Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 110/2015 celebrado entre o Município do Rio de Janeiro e a UNIRIO, pelo HUGG, para redimensionamento dos procedimentos e valores contratualizados (fls.14/27);
6. Quadro de pessoal próprio, ingresso por concurso público ou processo seletivo simplificado, suficiente à operacionalização da Unidade filiada à EBSEH (fls. 28/46);
7. Nota Técnica abordando a resolução dos condicionantes essencial à transferência da gestão dos contratos (fl.48);
8. Autorização do Colegiado Executivo do HUGG aos contratos a serem sub-rogados (fl.51);
9. Declaração de disponibilidade orçamentária para os processos a serem sub-rogados (fl.53);
10. Autorização do Magnífico Reitor da UNIRIO, Ricardo Silva Carvalho, para o remanejamento de recursos orçamentários decorrentes da contratualização SUS entre a Unidade Gestora (UG) do hospital vinculada à Universidade para a respectiva UG filial EBSEH (fl.56);
11. Autorização para Sub-rogação dos contratos administrativos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) pela Coordenadoria de Gestão da Rede EBSEH (fls. 57/59);
12. Relação de contratos a serem sub-rogados (fl.60). Cotejando esta relação com a constante nas fls.49 e 51, observamos que não foi inserido, nesta lista, o Processo nº 23819.010363/2019-52, que segundo a informação da Administração se encontra em fase de elaboração com a empresa DE SÁ CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, e
13. Autorização da sub-rogação de contratos administrativos do HUGG - UNIRIO pelo Senhor Presidente da EBSEH (fl.62).

É o breve relatório.

II – ANÁLISE JURÍDICA

5. Saliente-se que a presente manifestação se cinge única e exclusivamente aos aspectos jurídicos da cessão de posição contratual/sub-rogação e da minuta de termo aditivo (Anexo I, da Portaria-SEI nº 01, de 02 de janeiro de 2019), não competindo à Procuradoria Federal analisar quaisquer outros aspectos relativos ao mérito do ato administrativo pretendido.

6. 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"). 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.

II.1 - Do Contrato de Gestão com a EBSEH

7. Inicialmente, peço vênias para lançar mão de trechos dos elucidativos Parecer nº 00073/2019/CONSU/PFUF/CG/PGF/AGU, de 19 de agosto de 2019, da lavra do Exmº Procurador Federal, Dr. Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro, e Parecer nº 00283/2019/NLICIT/PFUF/SC/PGF/AGU, de 12 de setembro de 2019, de autoria da Exmª Procuradora Federal, Dra. Alessandra Sgreccia, que analisaram casos semelhantes ao ora enfrentado.

8. A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) foi criada pela Lei nº 12.550/2011, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação, com prazo de duração indeterminado, para a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições 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, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária.

9. Nesse contexto, a EBSERH, para fins de viabilizar o início da execução de suas atividades finalísticas, assinou Contrato de Gestão Especial Gratuita com a Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, Contrato de Gestão nº06/2015 (fls.07/11), como medida necessária à **administração compartilhada** do Hospital Universitário Gaffrée e Guinle - HUGG.

10. O Contrato de Gestão Especial dispõe na Cláusula Sexta sobre as regras que disciplinam a transição contratual, ou seja, consigna a regras que serão aplicadas quando da efetivação da plena gestão pela EBSERH que, em nome próprio, assumirá as obrigações contratuais pactuadas pela UNIRIO, e o Parágrafo Segundo assim dispõe: "**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**". (g.n.).

11. Além disso, o Contrato prevê que "**A CONTRATANTE é a responsável pelas relações jurídicas estabelecidas e mantidas e por eventuais débitos decorrentes dessas relações, até a assunção plena da gestão pela CONTRATADA** (...)" - Cláusula Sexta, Parágrafo Terceiro (g.n.). Portanto, a **sub-rogação** é o meio a ser utilizado para operacionalizar a transferência das obrigações contratuais assumidas pela UNIRIO para a EBSERH, no procedimento administrativo para concretização da gestão plena.

12. Importante ressaltar que a **UNIRIO deve observar as regras para transição** previstas na Cláusula Sexta do Contrato de Gestão Especial, adotando as medidas necessárias para extinção do vínculo contratual e total transferência das obrigações para à EBSERH.

13. Assim sendo, a transferência das obrigações contraídas pela UNIRIO, mediante a assinatura de contratos administrativos (relação na fl.60), e a conseqüente responsabilidade contratual e financeira para a Unidade Gestora **HUGG/EBSERH**, mediante sub-rogação dos contratos que se fizerem necessários à manutenção dos serviços prestados ao HUGG, **constitui etapa do processo para gestão plena do referido hospital universitário**.

14. Para tanto, recomenda-se a utilização de termo aditivo para sub-rogação contratual, observando-se os requisitos legais, com fundamento no art. 58, I, da Lei nº 8.666/1993, como medida necessária à plena gestão dos contratos administrativos vigentes, para a manutenção dos serviços essenciais ao funcionamento das unidades hospitalares administradas pela EBSERH, "evitando a descontinuidade do atendimento ao cidadão e do desenvolvimento do ensino e da pesquisa" - art. 2º, Portaria SEI nº 01/2019.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - Modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

15. Importa observar que o art. 58, inciso I, da Lei nº 8.666/93 confere à Administração a prerrogativa genérica de alteração unilateral dos contratos administrativos, de forma a melhor adequá-los ao interesse público tutelado, denominada de "competências anômalas" da Administração. Sobre o tema, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

"A Administração dispõe de um poder jurídico, que lhe é outorgado não no interesse próprio - mas para melhor realizar um interesse indisponível.

Verificados os pressupostos normativos, a Administração tem o dever de intervir no contrato e introduzir as modificações necessárias e adequadas à consecução dos interesses fundamentais."

16. Oportuno ressaltar que a Lei nº 9.784/1999, em seu art. 50, consigna que os atos administrativos devem ser motivados, autorizando a utilização da motivação *aliunde* ou *per relationem*, **que consiste na motivação do ato mediante referência a motivação de ato anterior, que passará a fazer parte integrante do ato que está sendo praticado.** É a mera referência, no ato que está sendo praticado, à sua concordância com ato já existente.

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato." (g.n.)

17. Para as situações enquadradas no teor desta manifestação jurídica, **sugere-se** à UNIRIO/HUGG que utilize o art. 50, §1º, da Lei nº 9.784/1999 (motivação *aliunde*) como fundamento legal para motivação dos atos a serem praticados, adotando as razões deste Parecer nos demais processos administrativos para sub-rogação contratual (relação na fl.60), prestigiando os princípios da eficiência, economicidade e celeridade.

18. Assim, para as situações fáticas que se enquadrem na presente situação, ou seja, no caso de realização de termo aditivo para sub-rogação, como medida necessária à plena gestão dos contratos administrativos vigentes, para a manutenção dos serviços essenciais ao funcionamento do HUGG, nos termos do Contrato de Gestão nº06/2015 e da Portaria SEI nº 01, de 02 de janeiro de 2019, não há necessidade de encaminhamento dos processos para análise e manifestação jurídica, **salvo** a existência de dúvida jurídica específica, observada a forma prevista na OSC nº 01/2014.

II.2 - Manifestação Jurídica Referencial: Contornos Jurídicos

19. A Superintendência do Hospital Universitário Gaffrée e Guinle - HUGG/UNIRIO encaminhou os autos (fl.64) *"...,em caráter de urgência, solicitando um Parecer Referencial para sub-rogação dos contratos administrativos do Hospital Universitário Gaffrée e Guinle para filial Ebserh, uma vez que, os recursos já estão sendo depositados na Unidade Gestora filial Ebserh e constam hoje com R\$5.995.043,41 (cinco milhões novecentos e noventa e cinco mil e quarenta e três reais e quarenta e um centavos) que precisam ser executados até 31 de dezembro de 2019, pois casos esses contratos não sejam sub rogados, perderemos esse orçamento para o ano de 2019, impactando no desenvolvimento das atividades do HUGG."*

20. Considerando o volume de contratos em vigor no HUGG/UNIRIO a elaboração de **manifestação jurídica referencial** é a mais eficiente para que a administração do HUGG/UNIRIO opere a transferência de seus contratos à EBSERH, firmando instrumento de sub-rogação, dependendo da concordância das empresas contratadas (Art.4º,§2º,IV da Portaria SEI nº 01/2019), de modo que a posição contratual pode ser efetivamente cedida à EBSERH sem quaisquer embaraços e, mormente, sem risco de solução de continuidade de serviços e fornecimentos.

21. Diante dessa estratégia, e a fim de evitar que todos os termos aditivos programados tenham que ser submetidos à análise desta Procuradoria Federal junto a UNIRIO 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 ADOGADO-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. (Grifei)

22. 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.

23. 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 HUGG/UNIRIO à EBSEH, independentemente do objeto de cada contrato.

24. 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 EBSEH poderá, nos termos do art. 22 do Decreto nº 7.892/2013, aderir às atas gerenciadas pelo HUGG/UNIRIO a fim de que firme, em nome próprio, os contratos delas derivados.

II.3 - Objeto do Referencial: Aditivo de Cessão de Posição Contratual

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

26. Tecnicamente, trata-se, aí, de negócio jurídico denominado ***cessão de posição contratual***, sobre o qual versa a doutrina, *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)"

27. Colhe-se do repositório de jurisprudência da Corte de Contas da União o seguinte entendimento acerca do instituto da sub-rogação:

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).*

28. Nos termos consignados acima, vê-se que essa operação é compreendida como ato de negociação, que deriva imediatamente da lei, cf. art. 13, da Lei nº 12.550/2011, que autoriza as

instituições públicas federais de ensino a ceder à EBSE RH bens e direitos necessários à execução do contrato de que trata o art. 6º, que, por sua vez, permite que a EBSE RH preste serviços relacionados às suas competências mediante contrato com as instituições federais de ensino ou instituições congêneres, respeitado o princípio da autonomia universitária.

II.3.1 - Implicações De Sua Incidência Nos Contratos Administrativos

29. Em outra oportunidade, pronunciou-se o TCU acerca da incidência desse instituto:
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. (Grifos meus).

30. **O caso analisado pela Corte não possui relação direta com estes 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.

31. Sobre o tema, ao dissertar acerca do art. 78, inciso VI, o Professor MARÇAL JUSTEN FILHO 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."

32. Incursionando no tema com mais entonação, arremata o doutrinador:

"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."

33. No caso dos contratos firmados pela UNIRIO, essa operação encontra fundamento legal no acima mencionado 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.*"

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

35. **Em síntese:** A narrativa até aqui esposada em nada modifica o contexto que autoriza a sub-rogação. Primeiro, 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; segundo, 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.

II.3.2 - Sub-rogação Dos Contratos Em Razão Da Assunção Plena Da Gestão Pela EBSEH: Necessidade De Formalização Por Termo Aditivo.

36. 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 a ser sub-rogado, 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.

37. 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.

38. Quanto à aplicação sincrética desses elementos de estirpe privada aos contratos administrativos, e tendo em mente o que preconiza o art. 54 da LLC, conclui-se que os contratos envolvendo a administração, em sentido amplo, não estão desarraigados das concepções gerais de direito privado sobre a matéria.

39. Isso não significa, porém, que inexistam requisitos a serem observados pela administração. O primeiro desses requisitos decorre da própria Lei nº 8.666/93, que exige a formalização de negócios como este por meio de contrato ou aditamento, conforme seu art. 60, e sua publicação resumida na imprensa oficial, nos termos do seu art. 61, parágrafo único.

40. 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:

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.

41. 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 nº 01, de 02 de janeiro de 2019, e que prevê, inclusive, os termos da minuta de termo aditivo a ser utilizada na concretização da cessão/sub-rogação. Feitos esses registros, cumpre examinar a minuta padrão de efetivação sub-rogação pela UNIRIO em favor da EBSEH.

II.3.3 - Análise In Concreto: Pressupostos De Regularidade e Extensão De Eficácia

42. 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.

43. Passa-se, agora, à análise dos pressupostos de regularidade: O **primeiro requisito** a ser verificado em todo e qualquer aditivo é a observância da Orientação Normativa AGU nº 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.

43.1. Isso significa que toda a instrução relativa ao aditivo deve ser forjada no mesmo processo que deu origem ao contrato, contendo todas as peças, de forma escrita e em vernáculo, a teor do que também preleciona o Capítulo VIII da Lei nº 9.784/1999, que trata Da Forma, Tempo e Lugar Dos Atos Do Processo.

44. 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. 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.

45. O **terceiro requisito** abarca política de governança pública exigida da Sede da EBSEH e que, apesar de não vincular à UNIRIO, deve ser observada pelos prepostos da futura filial no HUGG/UNIRIO. Falo aqui do art. 5º, I, da Portaria - SEI nº 01, de 02 de janeiro de 2019 (fl.01v) que estabelece a necessidade de prévia manifestação do Colegiado Executivo da unidade hospitalar acerca da conveniência em trespassar o contrato à filial.

46. O **quarto requisito** é diligenciar se a manifestação jurídica desta Procuradoria Federal continha algum obstáculo à consecução do objeto quando se analisou o instrumento convocatório ou o procedimento de contratação direta. Significa que a administração deve registrar nos autos que o prosseguimento da contratação não contém vício de origem, em razão de algum posicionamento externado por esta Procuradoria Federal, que acarrete omissão à avença que se pretende aditar.

47. O **quinto requisito** (art. 5º, II, da Portaria - SEI nº 01) é política de governança da Sede da EBSEH e diz respeito à regularidade da execução contratual, de modo a evitar que assumam 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. Recomenda-se à administração emitir uma Declaração de Regularidade da Execução Contratual, que inclua as parcelas financeiras sub-rogadas para satisfazer essa etapa de verificação.

47.1. 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, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

48. O **sexto requisito** (art. 5º, III, da Portaria - SEI nº 01) 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 Lei nº 8.666/93. Deve constar dos autos:

- 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.

48.1. 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. 7º da 10.520/2002 e art. 87 da Lei nº 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.

48.2. 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 nº 10.520/2002.

48.3. 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.

48.4. É que tal condição, por si só, não implica impossibilidade de formalização da avença, à luz da interpretação dada ao art. 6º e ss. da Lei nº 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 nº 02/2010/SLTI/MPOG, inclusive, prevê em seu art. 3º, §4º, I, incluído pela Instrução Normativa nº 4, de 15 de outubro de 2013:

[...]

Constatao-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;

[...]

48.5. 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.

49. O **sétimo requisito** é a assinatura do Termo Aditivo da sub-rogação pelos representantes legais da UNIRIO, da Contratada, e da filial da EBSEH, cf. art. 6º da Portaria - SEI nº 01 ("*A transferência da gestão contratual deverá ser formalizada por intermédio de termo de sub-rogação, conforme modelo constante no Anexo I desta Portaria SEI, assinado pelos representantes da contratante originária, da empresa contratada e da filial da Ebserh*").

50. O **oitavo requisito** (art. 5º, IV da Portaria - SEI nº 01); 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 HUGG/UNIRIO e assumiu obrigações nele contidas ou inseridas em termo de referência ou projeto básico.

50.1. A obrigação do art. 6º da Portaria - SEI nº 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.**

50.2. Nessa esteira, cumpre 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 haverá justo motivo para suplementar a instrução com a peça a que alude o art. 5º, IV, da Portaria SEI nº 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 HUGG/UNIRIO, a fim de garantir observância à mencionada Portaria.

51. O **nono requisito** é a demonstração de capacidade orçamentária e financeira da filial assumir a obrigação, com a indicação dos recursos orçamentários. Nada obstante a isso e considerando o disposto no art. 8º da Lei nº 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. 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 Lei nº 8.666/93.

52. O **décimo requisito** é a subscrição do Termo Aditivo com assinatura da Superintendência e de outro membro do Colegiado Executivo (art. 6º, § único, da Portaria - SEI nº 01/2019).

53. Considero 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. 3º, §2º, da Portaria - SEI nº 01/2019, o que deverá ser executado pelo Hospital em momento oportuno, tal como a publicação do aditivo na imprensa oficial.

II.3.3 - Análise da Minuta de Adesão (Padrão Ebserh)

54. Finalmente, no tocante à minuta de termo aditivo do anexo I da Portaria - SEI nº 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 UNIRIO manifestado no contrato de gestão, pelo que nada há a recomendar.

III - CONCLUSÃO

55. Em estado de acordo, entendo que esta PF-UNIRIO, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal vinculada à Advocacia-Geral da União, restrita aos aspectos jurídico-legais do caso em apreço, pode **OPINAR** pela possibilidade jurídica de aprovação da minuta do Termo Aditivo para as **cessões de posição contratual** à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, para efeito do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, sem submissão dos respectivos autos ao exame e parecer individual *in concreto* desta Procuradoria Federal, dos contratos (relação na fl.60), consoante autorizado pela Orientação Normativa nº 55/2014, do Advogado-Geral da União, condicionada a observância dos itens **17, 18, 23 e 24** deste Parecer.

56. Em cada um dos processos dos contratos (relação na fl.60), individualmente, a administração deverá realizar o procedimento previsto nos itens **43 a 52** deste Parecer, para atestar a conformidade de cada caso concreto ao objeto de incidência aqui tratado, e fazer uso de um Atestado de Conformidade com base nas recomendações expostas acima.

57. 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.

É o parecer, de caráter opinativo.

À sua consideração superior.

Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2019.

EDSON LUIZ DAMASCENO DE SOUZA
PROCURADOR FEDERAL DA AGU.

IV - DESPACHO

58. Trata-se de Parecer Referencial elaborado com intuito de dispensar futuras análises individualizadas da minuta de termo aditivo visando à formalização da sub-rogação dos contratos da UNIRIO para a EBSEH (filial), em razão da adesão ao contrato de gestão hospitalar a ser executado por esta empresa pública., para efeito do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, consoante autorizado pela Orientação Normativa nº 55/2014, do Advogado-Geral da União e Portaria PGF nº. 262/2017.

59. Realizada a análise jurídica, aprovo o PARECER n. 298/2019/SEJUR/PFUNIRIO/PGF/AGU, em sua integralidade, nos termos da Portaria AGU °. 1.399/09.

60. Ao apoio administrativos para que:

a) disponibilize-se o presente ato na página da Procuradoria Federal Junto à UNIRIO, no site da AGU.

b) encaminhe-se ao Departamento de Consultoria da PGF, nos termos do art. 4º da Portaria PGF nº. 262/2017.

61. De acordo com o previsto na Orientação Normativa n. 55/2014 da Advocacia-Geral da União, cumpre-me observar que - por se tratar de manifestação jurídica referencial - está dispensada a análise individualizada dos casos que guardem relação inequívoca e direta com a interpretação estabelecida, condicionada ao atesto da área técnica.

63. Ao consulente para conhecimento e aplicação do item 27 da Orientação Normativa nº 55/2014, do Advogado-Geral da União, ressaltando mais uma vez que está dispensada a análise individualizada, desde que a área técnica ateste de forma expressa que o caso concreto se amolda aos termos desta manifestação jurídica.

ARMSTRON DA SILVA CEDRIM AZEVEDO
PROCURADOR FEDERAL
CHEFE PF/UNIRIO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23819010999201902 e da chave de acesso 949a71d5

Notas:

1. **a)** *Manifestação das partes; b)* *disponibilidade orçamentária; c)* *condições de habilitação; d)* *consulta aos sistemas de penalidades e impedimentos; e)* *outros.*

2. JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

3. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria das Obrigações e Contratos. 4.ed. São Paulo: Atlas, p. 359.

4. TCU. Acórdão n. 981/2017. Órgão julgador: Plenário. Relatora: Min. Ana Arraes.

5. Acórdão TCU nº2.052/2016 - Plenário. Relator: Min. Raimundo Carreiro.

6. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1284.

7. JUSTEN FILHO. Op. cit., p. 1290.

8. VENOSA. Op. cit., p. 359-372.