



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
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. 00686/2016/PFUFSC/PGF/AGU

NUP: 23080.074774/2014-33

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

ASSUNTOS: FORMAÇÃO DE ATA DE REGISTRO DE PREÇO MEDIANTE PREGÃO

EMENTA: Universidade Federal de Santa Catarina. Hospital Universitário. Alteração de contratos visando à cessão de posição contratual à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH. Exame e aprovação de minutas de termos aditivos para prever a possibilidade de cessão e, depois, se for o caso, para efetivá-la. Recomendações. Extensão dos efeitos do parecer a casos idênticos, nos termos da Orientação Normativa nº 55/2014 da AGU - manifestação jurídica referencial.

Sr. Diretor-Geral do Hospital Universitário,

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 - HU/UFSC para a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH.
2. Constam dos autos, no que interessa à análise:
 - a) Contrato nº 02/2016, de prestação de serviços de esterilização, tomado como referência para análise da matéria (fls. 167-172);
 - b) Minuta de termo aditivo ao referido contrato, que versa sobre a inclusão de cláusula a possibilitar futura cessão de posição contratual (fls. 179-180);
 - c) Lista de contratos que serão cedidos/sub-rogados à EBSEH (fls. 182-185);
 - d) Pedido de elaboração de manifestação jurídica referencial, formulado pela administração do nosocômio (fls. 186).
3. Acostados à presente peça, seguem, ainda: cópia do contrato de gestão firmado entre UFSC e EBSEH; cópia da Portaria EBSEH nº 72/2013; minuta de termo de sub-rogação (anexo da Portaria EBSEH nº 72/2013); e cópia do estatuto da EBSEH.
4. É o breve relatório. Passa-se à análise.

II – Dos contornos jurídicos do presente opinativo

5. Conquanto o processo em epígrafe diga respeito, apenas, ao Contrato nº 02/2016 (fls. 167-172), de prestação de serviços de esterilização no HU/UFSC, o assunto aqui tratado, a partir da minuta de termo aditivo de fls. 179-180, afeta também cerca de 50 (cinquenta) outros contratos titularizados pela UFSC e administrados pelo HU/UFSC (fls. 182-185). É que a administração da UFSC firmou, em março do corrente ano, “contrato de gestão especial gratuita” com a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, identificado como “Contrato nº 26/2016” (cópia em anexo), que tem como objeto:

[...] 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 [...].

6. 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 [EBSERH], 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.

7. Considerando o teor da minuta de termo aditivo apresentada às fls. 179-180, bem como o despacho de fls. 181, vê-se que a administração do HU/UFSC pretende, ora, com a transição ainda em curso, preparar a transferência de seus contratos à EBSERH, firmando, desde logo, com fornecedores e prestadores de serviço, termo aditivo a incluir cláusula autorizadora nos respectivos contratos. Uma vez colhido, pois, esse compromisso das empresas contratadas, a posição contratual poderá ser efetivamente cedida à EBSERH em momento oportuno sem quaisquer embaraços e, mormente, sem risco de solução de continuidade de serviços e fornecimentos.

8. 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, senão veja-se:

O ADVOGADO-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.

9. 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.

10. 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 previsão ou efetiva cessão da posição contratual do HU/UFSC à EBSERH, independentemente do objeto envolvido.

11. 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 EBSERH 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.

III – Da cessão de posição contratual do HU/UFSC para EBSERH

12. Conforme acima anotado, o contrato de gestão firmado entre UFSC e EBSERH 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 EBSERH, com manutenção de todas as disposições contratuais.

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

14. 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 EBSEHR, no âmbito e durante a vigência do contrato de que trata o art. 6º, bens e direitos necessários à sua execução.

15. 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.

16. Por outro lado, aplica-se-lhe o art. 54 da Lei nº 8.666/93 combinado com art. 425 do Código Civil, 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.

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

18. 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 seus arts. 60 e 116, e sua publicação resumida na imprensa oficial, nos termos do seu art. 61, parágrafo único. 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 (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria das Obrigações e Contratos. 4.ed. São Paulo: Atlas, p. 359-372).

19. Caso o fornecedor ou prestador de serviços se negue a assinar o termo aditivo, a administração deverá adotar as providências visando à realização de nova licitação enquanto aguarda o esgotamento do respectivo prazo de vigência.

20. 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 nº 72/2013 da EBSEHR, disponível no Diário Oficial da União, e que prevê, inclusive, os termos da minuta de termo aditivo a ser utilizada na concretização da cessão/sub-rogação.

21. Feitos esses registros, cumpre examinar e aprovar duas minutas de termo aditivo: a primeira, confeccionada pela UFSC (fls. 179-180) a fim de colher o compromisso do fornecedor e deixar preparada, desde logo, a cessão; a segunda, prevista em anexo da precitada portaria da EBSEHR, a regular, entre esta e a UFSC, os termos da efetiva transferência do contrato.

IV – Análise das minutas de termo aditivo

22. Primeiramente, em relação à **minuta juntada às fls. 179-180 destes autos**, que visa, apenas, autorizar futura cessão de posição contratual, recomenda-se à administração que siga a orientação prestada conforme resposta ao Memorando n. 17/DA/HU/2016, nos termos abaixo:

Cláusula Primeira

1. A CONTRATADA faculta ao CONTRATANTE ceder a posição contratual deste (substituição de parte, com sub-rogação total de direitos e obrigações) à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares EBSEHR, nos termos do contrato UFSC EBSEHR nº 25/2016, publicado no Diário

Oficial da União (DOU) de 21/03/2016, Seção 3, fl. 56 e da Portaria MEC-EBSERH nº 72, de 9 de dezembro de 2013, publicada no DOU de 18/02/2014, Seção 1, fl. 9, que estabelece as diretrizes dos procedimentos para assunção da gestão dos contratos administrativos essenciais ao funcionamento dos Hospitais Universitários Federais sob a gestão da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares EBSEH.

2. A cessão da posição contratual de que trata esta cláusula:

(a) ocorrerá por meio de termo aditivo próprio com participação da EBSEH e

(b) não implicará modificação, a menos que haja aditamento do contrato original e nas condições que ele preveja, do projeto ou das especificações, do valor contratual, do regime de execução da obra ou serviço ou o modo de fornecimento, da forma de pagamento ou do cronograma financeiro fixado ou do regime jurídico da contratação.

3. A partir da vigência cessão de posição contratual (sub-rogação) de que trata essa cláusula, nos termos do parágrafo 2(a), a atual CONTRATANTE será excluída da relação contratual e ficará exonerada de todas as obrigações decorrentes do contrato.

Ainda, que inclua no preâmbulo do contrato o seguinte considerando:

O presente termo aditivo, motivado pelo contrato de gestão UFSC/EBSEH nº 25/2016, publicado no Diário Oficial da União em 21/03/2016, encontra amparo legal no artigo 13 da Lei Federal nº 12.550/2011, bem como no art. 54 da Lei Federal nº 8.666/93 c/c art. 425 do Código Civil.

23. Feitas essas alterações e, em se tratando de outros processos, as adaptações pertinentes à identificação das partes e numeração dos contratos a que disserem respeito, entende-se que a administração poderá firmar a minuta em análise com segurança.

24. Vale lembrar, ainda, que futuras alterações de programação orçamentária poderão ser realizadas, senão pelo termo aditivo a ser firmado com a EBSEH, por simples apostilamento, conforme previsto no art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93.

25. Finalmente, no tocante à **minuta de termo aditivo do anexo II da Portaria EBSEH nº 72/2013** (em anexo), 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.

26. 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.

V - Conclusão

27. Ante todo o exposto, e no caso a que se refere especificamente a presente manifestação, desde que demonstrado nos respectivos autos o acolhimento de todas as orientações acima exaradas, 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 nº 8.666/93, a assinatura das minutas de termos aditivos aqui tratadas visando à previsão e, depois, 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 nº 55, do Advogado-Geral da União.

28. Quaisquer modificações de relevância jurídica nas minutas utilizadas como referência ou na legislação de regência deverão suscitar exame por parte desta casa, perdendo efeito a presente aprovação.

29. A Administração deverá, ainda, adequar ao objeto deste parecer o modelo de atestado de conformidade constante dos autos do Processo Digital nº 23080.043371/2015-23, que trata de outros pareceres referenciais, fazendo a juntada, nestes e naqueles autos, da minuta padrão de termos aditivos de prorrogação de prazo de vigência, confeccionada e utilizada pela Administração até a presente data.

30. 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.

31. É o parecer, de caráter opinativo.

Florianópolis, 4 de novembro de 2016.

Juliano Scherner Rossi
Procurador-Chefe

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23080074774201433 e da chave de acesso 6ce40dad