



PROCESSO Nº: 2023007479

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Educação.

OBJETO/ASSUNTO: Apostilamento.

PARECER Nº 294/2023/GAB/PGM

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ADITIVO CONTRATUAL. SUBSTITUIÇÃO DO CNPJ DA MATRIZ PELO DA FILIAL. POSSIBILIDADE DESDE QUE CUMPRIDAS AS RECOMENDAÇÕES. POSSIBILIDADE DE REPERCUSSÃO FINANCEIRA CONTRATUAL.

1. RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Contrato nº 03/2023 realizado pela Secretaria da Educação, de forma emergencial, para execução de serviços de transporte público escolar da zona rural, visando o atendimento dos alunos matriculados na rede pública municipal.

Trata-se de consulta sobre a possibilidade de cabimento de termo aditivo para alteração do CNPJ da empresa matriz para o da filial.

Destaca-se aqui a seguinte documentação:

- Contrato nº 03/2023 assinado em 05 de fevereiro de 2023 (fls. 168-181);
- Solicitação de Ação Corretiva nº 011/2023/SETCI/CGM/GAB (fls. 471-474);
- Minuta de termo aditivo (fls. 491-493)

É o sucinto relatório.

2. DO ADITIVO CONTRATUAL.

Diferentemente do Direito Privado, a alteração contratual não denota rompimento aos princípios aplicáveis ao Direito Administrativo. É reflexo da Supremacia do



interesse público, que autoriza à Administração a realização de algumas alterações contratuais com o fim de se garantir a supremacia do Interesse Público e a boa prestação de seus serviços.

No entanto, para que sejam possíveis alterações contratuais, é exigido que a Administração evidencie a superveniência de motivo justificador e demonstre a necessidade da alteração. Não se admitindo alteração radical ou que acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação ou isonomia.

Pois bem. Existem dois tipos de alterações contratuais que podem ocorrer unilateralmente pela administração: as qualitativas e as quantitativas. Estão previstas nas alíneas "a" e "b", respectivamente, do inciso I do artigo 65 da Lei 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (grifos nossos).

Quanto às possíveis alterações, usualmente a doutrina as classifica em quantitativas ou qualitativas:

a) nas alterações quantitativas modifica-se a dimensão do objeto, isto é, o objeto que inicialmente era previsto em determinada quantidade, onde será adquirido em menores ou maiores quantias.

b) Por outro lado, a alteração qualitativa não implica em alteração do objeto inicialmente contratado, nem na sua natureza nem na sua dimensão, mas implica tão somente em mudanças no projeto ou especificações, de modo a viabilizar a entrega do mesmo objeto contratual.

As alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificações do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão



de obras, serviços ou insumos, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação.

DO CABIMENTO DO APOSTILAMENTO.

Dispõe o parágrafo 8º, do artigo 65 da Lei 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, **não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila**, dispensando a celebração de aditamento.

A alteração contratual cujo objeto seja cláusula essencial, configurando mudança de condições básicas da relação jurídica constituída, se dá por meio de termo aditivo, instrumento que deve conter formalidades semelhantes às do contrato original, e por isso ser devidamente publicado, no caso de contrato firmado com entes públicos.

Como a alteração necessária ao contrato em epígrafe não resulta em mudança de condições essenciais estabelecidas (tais como preço, modo de execução de serviço, prazos, direitos das partes etc.), verifica-se a desnecessidade de redigir termo aditivo formal, sendo possível a realização de Apostilamento.

Este, por sua vez, é uma anotação simples no próprio contrato firmado, sem formalidades exageradas e, no caso do referido contrato, deve apenas conter a indicação da nova fonte de recursos que serão utilizados para o adimplemento da obrigação contratual contraída. Nesse sentido, a fim de fundamentar o uso do Apostilamento, cita-se Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União:

As alterações decorrentes de reajustes previstos no próprio contrato devem ser formalizadas mediante simples apostilamento, conforme art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666, de 1993, evitando a utilização de aditamentos contratuais para esse fim. (Acórdão nº 976/2005 – Plenário)



A apostila constitui instrumento dirigido a instituir modificações mais simples no bojo do contrato, as quais, inclusive, decorrem das próprias cláusulas condições firmadas entre as partes por meio dos dispositivos contratuais.

Diferentemente do aditivo, o apostilamento não precisa ser publicado na imprensa oficial, nos termos do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Outra característica da apostila que não há necessidade da assinatura do contratado ou sua anuência, bastando seu conhecimento, que se faz pela remessa de uma de suas vias, permanecendo outra juntada ao contrato. Ademais, usa-se a apostila para alterações de menor relevância sobre as quais órgão poderá decidir independentemente da anuência do contratado.

3. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE ADITIVO.

O Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica compreende as informações cadastrais das entidades de interesse das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.470, de 30 de maio de 2014, o qual dispõe sobre o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica.

Ao pesquisar a possibilidade de alteração de CNPJ na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, é possível encontrar alguns apontamentos sobre a questão no Acórdão 1.573/2008-Plenário, Ministro Relator Aroldo Cedraz.

Uma das ocorrências detectadas nesse acórdão diz respeito à cláusula primeira do 8º Termo Aditivo, firmado em 1/7/2004 ao contrato nº 21.0103.2003, para que o faturamento dos serviços contratados junto a matriz da Microlínea Comércio e Serviços em Informática Ltda., CNPJ nº 68.428572/0001-00, ocorresse pela filial dessa empresa, 68.428.572/0002-90, situação que de fato já vinha ocorrendo em meses anteriores a essa alteração contratual.

Diante de tal ocorrência, os envolvidos foram chamados a apresentarem justificativas, pois aquele termo aditivo configuraria subcontratação total do objeto, subcontratação essa que não era prevista nem na minuta do contrato constante da licitação



nem na avença original, fato esse que se constitui em motivo para rescisão unilateral do contrato pela administração, conforme reza o art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/1993.

A Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro — Secex/RJ[1] analisou as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis e assim concluiu:

197. As razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis demonstram que efetivamente ocorreu uma falha nos procedimentos adotados pela Escritório Estadual de São Paulo, uma vez que somente em maio de 2004 foi constatado que desde de outubro de 2001 o faturamento vinha sendo feito pela filial e não pela matriz da empresa que assinara o contrato.

198. É preciso ponderar, contudo, que, uma vez que tomaram ciência do problema, os responsáveis do Escritório de São Paulo não se quedaram inertes, tendo solicitado e seguido as orientações da administração central da empresa. Ademais, solicitaram, à época, a alteração do sistema de pagamentos a fim de evitar ocorrências semelhantes (fls. 38/39, Anexo 12).

199. Assim, em que pese a celebração do termo aditivo permitindo a alteração do CNPJ para fins de faturamento possa caracterizar subcontratação total do contrato - que era não permitida no presente caso - entendemos que não houve a intenção de fazê-lo, nem tampouco de burlar o cumprimento da exigência constitucional de que as contratadas pelo poder público estejam em situação regular junto ao fisco e à previdência social. Conseqüentemente, não identificamos conduta culposa ou dolosa merecedora de apenação por parte do TCU.

200. Trata-se a nosso ver, de falha de procedimento e dos controles internos da empresa, para o que julgamos pertinente apenas a propositura de determinação destinada a evitar ocorrências semelhantes.

Conclusão

201. As alegações apresentadas pelos responsáveis lograram justificar o faturamento dos serviços contratados junto a matriz da Microlinea Comércio e Serviços em Informática Ltda., CNPJ nº 68.428572/0001-00, pela filial dessa empresa, CNPJ 68.428.572/0002-90.

202. Por todo o exposto, propomos sejam aceitas as razões de justificativa apresentadas pela Srª Neusa Leo Koberstein e pelo Sr. José Luiz Visconti.



203. Outrossim, propomos seja determinado à Dataprev que abstenha-se de efetuar pagamentos de notas fiscais emitidas por estabelecimento de CNPJ diferente daquele constante do contrato ou autorização de fornecimento, sob pena de caracterizar subcontratação total, ocorrência que, quando não prevista nem na minuta do contrato constante da licitação nem na avença original, constitui em motivo para rescisão unilateral do contrato pela administração, conforme reza o art. 78, inciso VI da Lei 8.666/93.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, acordaram (deliberação nº 1.573, do ano de 2008) em determinar à Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – Dataprev, com fundamento no art. 43, I, da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 250, II, do Regimento Interno desse Tribunal, que:

9.5.6, abstenha-se de efetuar pagamentos de notas fiscais emitidas por estabelecimento de CNPJ diferente daquele constante do contrato ou autorização de fornecimento, exceto quando se tratar de subcontratação autorizada pela Administração, nos termos da minuta do contrato constante da licitação e do art. 72 da Lei 8.666/1993, uma vez que tal prática pode constituir motivo para rescisão unilateral do contrato pela administração, conforme reza o art. 78, inciso VI, do citado diploma legal;

Em outra oportunidade, a Corte de Contas da União realizou levantamento de auditoria na Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás (Acórdão nº 1.945/2007-Plenário, Min. Relator Aroldo Cedraz), onde ficou delimitado no Voto do Ministro Relator o seguinte entendimento:

15. O referido Aditivo, firmado em contrato celebrado entre a Petrobras e a empresa Metroval Controle de Fluidos Ltda. e UTC Engenharia, teve por objeto “a cessão, pela matriz UTC Engenharia S. A., São Paulo, CNPJ nº 44.023.661/001-08, dos direitos e obrigações do Contrato original, à filial UTC Engenharia S. A., Macaé/RJ, CNPJ nº 44.023.661/0081-92”.

16. As justificativas apresentadas assinalaram que “nenhum prejuízo é imposto à Petrobras, uma vez que a matriz cedente permanece solidariamente responsável pelo cumprimento das obrigações contratuais, de acordo com a Cláusula Segunda do Aditivo”, que ora se transcreve:



Cláusula Segunda – Solidariedade

2.1 - Em função da cessão que ora se opera, fica estabelecida a solidariedade da matriz UTC Engenharia S.A., São Paulo, CNPJ nº 44.023.661/0001-08, no que reporta ao integral cumprimento das obrigações ora assumidas, pela filia UTC Engenharia S.A., Macaé/RJ, CNPJ nº 44.023.661/0081-92, no Contrato 160.2.001.04-8”

17. Tal alegação não corresponde, contudo, à verdade dos fatos. **Esqueceu-se o responsável de mencionar as questões tributárias inerentes à referida cessão, em face da alteração das alíquotas diferenciadas de ICMS aplicáveis aos diferentes estados da federação.**

(...)

22. Claro está, portanto, que a alteração pleiteada importava em modificação da equação econômico-financeira inicialmente pactuada, em desfavor da Petrobras, com o que não concordava o setor jurídico.

23. Todavia, em novo parecer, formulado três meses depois, o mesmo setor jurídico concluiu de forma diversa, assinalando que:

“(...) com espeque nos princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva, sem agressão ao princípio da economicidade, ser possível o acatamento do pleito da contratada, alterando-se o seu domicílio para fins de fornecimento de materiais, sem que se exija da mesma o desconto referente ao Difal de ICMS que será assumido pela Companhia, o qual, aliás, será objeto de compensação futura.”

24. As novas conclusões a que chegou o setor jurídico da Petrobras em nenhum momento afastaram o juízo de mérito formulado pelo setor financeiro e tributário no sentido de que a alteração operaria em desfavor da Petrobras.

25. É inegável, portanto, em que pese o último parecer do setor jurídico, que a Petrobras assumiu ônus que não lhe seria devido.



26. Vale observar que não se analisa, nesta oportunidade, a decisão da Petrobras de alterar ou não o contrato original de forma a atender ao pleito da Metroval e alterar o endereço da Ultratec. O que está em análise é a falta de justificativa plausível para a retroatividade do Aditivo celebrado, mormente em face da existência de determinação deste Tribunal em sentido contrário.

Grifou-se.

Diante desses entendimentos do Tribunal de Contas da União, claro está que a alteração do CNPJ provoca fortes repercussões na esfera tributária e no campo da personalidade contratual.

Embora matriz e filial constituam estabelecimentos empresariais de uma mesma pessoa jurídica, para fins tributários o legislador as diferenciou, considerando cada um deles um domicílio tributário (art. 127, II, CTN). A alteração do estabelecimento executor das obrigações contratuais, portanto, gera reflexos na verificação do requisito de habilitação contido no art. 29, III, da Lei de Licitações, que exige documentos que comprovem a regularidade fiscal do estabelecimento responsável pela execução do contrato, ao determinar que o requisito seja cumprido através do domicílio da licitante que prestará os serviços (matriz ou filial).

Neste cenário, portanto, desponta como fator preponderante na análise da regularidade da conduta da contratada, conforme o momento em que solicitada a substituição, e como medida protetiva importante da higidez do procedimento licitatório realizado, o exame acurado das justificativas apresentadas pela empresa solicitante da alteração, sendo certo que não devem ser aceitas justificativas calcadas em dificuldades de regularização fiscal do estabelecimento.

Decerto, nas hipóteses em que solicitada a substituição do estabelecimento executor, desde que fundado em fato superveniente, basta que haja a comprovação da regularidade fiscal do estabelecimento que assumirá as obrigações contratuais naquele momento.



Desse modo, para além da comprovação da regularidade fiscal do estabelecimento substituto (filial ou matriz) no momento em que submetido o pedido, a alteração do executor contratual deve atender às seguintes premissas:

- 1) O pedido deve ser devidamente motivado e fundado em fato superveniente ao certame ou ao início da execução contratual, conforme o caso;
- 2) A mudança não pode acarretar aumento da carga tributária a ser suportada pela Administração;
- 3) Deve ser promovida a revisão dos valores pactuados e a alteração na planilha de custos caso a substituição gere diminuição das despesas da empresa contratada;
- 4) Deve ser formalizada mediante termo aditivo ao contrato apenas quando houver alteração da carga tributária, seja para inserção de cláusula no contrato que evite majoração do ônus financeiro do Estado, seja para promover a redução dos custos contratuais;
- 5) Quando não ensejar repercussão financeira, deve ser promovida por mero apostilamento.

4. CONCLUSÃO

Isto posto, pelas razões retro expedidas, abstraindo-se de qualquer fundamentação técnica acerca do objeto, bem como sobre a conveniência da Administração Pública, entende-se pela, entende-se pela possibilidade de alteração de CNPJ da matriz pelo da filial, mediante termo aditivo, ante o princípio da unicidade, desde que se verifiquem existência de regularidade fiscal e habilitação jurídica da filial, nos mesmos termos exigidos no edital de licitação para a matriz, bem como da apólice de seguro e que não implique - fraude à lei para atingimento de objetivo diverso do avençado.

Ratifica-se as recomendações exaradas pelo Controle Interno às folhas 472-475, em destaque a necessidade de planilha de composição de custos própria para fins de glosa.


Por fim, recomenda-se a abertura de processo de licitação para que seja



possível a adjudicação e a homologação do certame pelas vias ordinárias antes do término da presente contratação emergencial.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO MUNICÍPIO DE PALMAS, aos 26 (vinte e seis)
dias do mês de Abril de 2023.


Yasmin Moura Barreto
Assessora Executiva


MAURO JOSÉ RIBAS
Procurador-Geral do Município