



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
CÂMARA PERMANENTE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

PARECER n. 00002/2017/CPLC/PGF/AGU

NUP: 01200.004711/2014-73

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA E INOVAÇÃO - MCTI

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO. DA APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. NOVA VISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CESSÃO DE CRÉDITO. NATUREZA. AUSÊNCIA DE NORMAS QUE IMPEÇAM A CESSÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO E TERMO ADITIVO COMO CONDIÇÕES DE EFICÁCIA. CESSÃO DE CRÉDITO NÃO IMPORTA ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO DO CONTRATO. DISTINÇÃO ENTRE INSTITUTOS. NEGOCIAÇÃO DO CRÉDITO NÃO SE CONFUNDE COM ALTERAÇÃO SUBJETIVA VEDADA. DA Oponibilidade de exceções pessoais. CESSÃO DE CRÉDITO COMO CONTRATO DE RISCO. PECULIARIDADE DO PAGAMENTO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE CRÉDITOS PELA ADMINISTRAÇÃO.

I. O Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito pela perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado (Ministro Gilmar Mendes na ADI 1923 MC).

II. Quando a Lei foca o setor privado como parâmetro, tem a intenção de que o gestor, procurando ser eficiente na busca do atendimento ao interesse público, avalie e utilize opções negociais realizadas pelo setor privado e permitidas pelo regime jurídico dos contratos administrativos (Ronny Charles e Michele Marry)

III. A cessão de crédito é o negócio jurídico bilateral pelo qual o credor transfere a terceiro a sua posição patrimonial na relação obrigacional, sem que com isto se crie uma nova situação jurídica (art. 286 do Código Civil), pois seu objeto remanesce intacto, abrangendo ainda todos os seus acessórios, como juros e cláusula penal (art. 287 do Código Civil).

IV. A regra é a cedibilidade do crédito, sendo a incredibilidade a exceção.

V. Não há nenhuma vedação legal expressa na Lei de Licitações e Contratos a respeito da cessão de créditos decorrentes de contratos administrativos, que, pelo contrário, manda aplicar a teoria geral dos contratos nas contratações públicas, além de constar previsões expressas a respeito da possibilidade de se utilizar de meio de pagamento típicos das contratações privadas.

VI. Os dispositivos legais não fixam que o pagamento somente pode ser feito em favor do contratado originariamente, uma vez que, antes de efetivar a remuneração do contratado, deve ser apurado se houve a efetiva prestação do serviço, e "a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação" (art. 63, § 1o, III, Lei nº 4320, de 1964), e o pagamento deve ser feito "para crédito em conta bancária do credor, no banco por ele indicado" (art. 44, Decreto 93.872, de 1986).

VII. Considerando as peculiaridades das contratações públicas, é adequado que seja aditado o contrato administrativo para a efetivação da cessão de

crédito, não bastando que a Administração seja notificada, considerando a alteração na forma de pagamento, conforme consta a alínea "c", do inc. II, do art. 65, da LLC

VIII. Não há base jurídica para se afirmar que a cessão de crédito importaria prejuízo à contratação, pois é o mesmo que dizer que o instituto da cessão é em si ilícito, o que é um absurdo. Não se pode presumir a má-fé das partes que firmam um contrato administrativo, nem que haverá necessariamente a utilização da cessão de crédito para fins escuso.

IX. A vedação constante do inc. VI do art. 78 da Lei de Licitações não abrange a cessão de crédito, que não se confunde com a subcontratação nem com a cessão de posição contratual.

X. A cessão que se refere o inc. VI do art. 78 da LLC diz respeito à transferência do contrato com a entrega integral do objeto a terceira pessoa, deixando a antiga contratada de fazer parte da relação contratual com a Administração, com a retirada do sujeito que originalmente disputou e foi o vencedor do certame, alterando a posição subjetiva no negócio jurídico (Marçal Justen Filho).

XI. Pela cessão de crédito não é alterada a natureza da obrigação, mantendo as defesas (exceções) pessoais de que o devedor disporia contra o credor primitivo.

XII. Cedido o crédito decorrente da contratação administrativa, o regime jurídico do pagamento do crédito permanecerá inalterado, devendo ser seguida a normatização dos pagamentos da administração pública.

XIII. O art. 294 do Código Civil estabelece o momento oportuno para que o cedido manifeste as exceções ou defesas que tinha contra o cedente, que vem a ser o momento em que veio a ter conhecimento da cessão, que não pode ser aplicado nas contratações públicas, considerando que antes de ser efetuado o pagamento, deve ser apurado se foi praticado algum dano pelo contratado a ser ressarcido, bem como se os encargos trabalhistas estão saldados.

XIV. O adquirente do crédito deve, previamente ao ajuste da operação de crédito, verificar certeza e origem do crédito, bem como validade do negócio originário, e, no caso de contrato administrativo, estar ciente das peculiaridades da forma de pagamento, que não será alterado pelo negócio de cessão.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Cuida-se de manifestação da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos - CPLC, órgão integrante do Departamento de Consultoria, cujos objetivos e competências são estabelecidos pelo art. 36, § 1º, da Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016, nos seguintes termos:

Art. 36, § 1º As Câmaras Permanentes têm o objetivo de aperfeiçoar as teses jurídicas relacionadas às atividades de consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais, bem como discutir questões jurídicas relevantes afetas à referidas atividades, competindo-lhes, no âmbito de sua atuação temática, devendo para tanto:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal;

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. No parecer ora em apreço trataremos da possibilidade da cessão dos créditos decorrentes do contrato administrativo por parte do contratado, considerando a divergência sobre a matéria no âmbito dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União.

4. Consta dos presentes autos virtuais o Parecer n. 00239/2015/CONJUR-MCTI/CGU/AGU da CONJUR do MCTI, que concluiu pela possibilidade de que seja efetuada a cessão de crédito do contrato administrativo, mais especificamente a cessão fiduciária de crédito da contratada para o Banco de Brasília, tendo formulado as seguintes orientações:

- a) é preciso que o instrumento de cessão seja juntado nos autos, a fim de que o órgão federal assessorado possa confirmar os termos desse negócio e ter segurança de que o pagamento será feito na forma devida e para quem de direito;
- b) cabe ao órgão federal assessorado elaborar documento que vise dar formalmente ciência da cessão às partes celebrantes;
- c) o crédito devido será aquele resultante da contraprestação prevista no contrato administrativo, descontadas eventuais multas, glosas e prejuízos causados pela empresa contratada à Administração. Além disso, a cessão não prejudica os pagamentos que devem ser feitos em conta vinculada, conforme disposto na Instrução Normativa SLTI/MP nº 02/2008

5. No referido parecer, consta interessante resenha a respeito dos entendimentos favoráveis e contrários à possibilidade de cessão de crédito constantes em diversas manifestações de órgãos de consultoria da AGU, conforme consta do parágrafo 76 e da nota de rodapé n. 18 do Parecer n. 00239/2015/CONJUR-MCTI/CGU/AGU, nos seguintes termos respectivamente:

Soma-se a isso o fato de que órgãos de assessoria jurídica da Advocacia-Geral da União também já tiveram oportunidade de se manifestar pela validade da cessão, a exemplo da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário (Parecer nº 517/2013/CGPCLC/CONJUR-MDA/CGU/AGU), da Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal da Bahia (Parecer nº 130/2012-PF/IFBA), da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal Fluminense (Parecer AGU/PF/UFRJ nº 283/2012-CJ) e da Procuradoria Federal junto à Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (Parecer nº 123/PGF/PF/UNILAB/2013).

Saliente-se que, por outro lado, alguns órgãos da AGU se manifestaram pela impossibilidade jurídica da cessão de crédito dos contratos administrativos. São eles: o Núcleo de Assessoramento Jurídico em Alagoas (Parecer VLS/NAJ/CGU/AGU/AL nº 387/2010-DPF), a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Integração Nacional (Parecer CONJUR/MI nº 1539/2009), a Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro (Parecer nº 4.575/2011/SCPS/CJU-RJ/CGU/AGU), a Procuradoria Federal Especializada junto à FUNASA (Nota nº 019/2013/PGF/PFE/SUEST/FUNASA/PA), a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Nota nº 321/2012/PRG-ANP/PGF/AGU) e a Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de Goiás (Parecer nº 137/2012-AGU-PGF-PF-UFG/BP). Um caso curioso se refere à Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Cidades (Parecer nº 462/2012/CONJUR-MCIDADES/CGU/AGU), que, apesar de ter se manifestado pela legalidade da cessão, optou por orientar o gestor a não dar validade à cessão, tendo em vista entendimentos fixados por outros órgãos da AGU (alguns dos quais citados acima) e, principalmente, os precedentes do TCU (também citados no texto). Em face dessa divergência interna de entendimentos, iremos ao final deste parecer propor que a matéria seja encaminhada para o departamento responsável pela uniformização de manifestações jurídicas da AGU

6. Cabe registrar a manifestação da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, que, apesar de concordar com a possibilidade de cessão de crédito decorrente de contrato administrativo, seria necessário termo aditivo ao contrato para efetivar a cessão do crédito, considerando o disposto no art. 65, II, da Lei n. 8666, de 1993, que exige o respeito aos termos do contrato firmado (parecer nº 1586-4.3.17/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU - NUP: 03110.26049/2014-47).

7. As principais objeções à cessão de crédito de corrente de contrato administrativo foram assim resumidas no parecer nº 00239/2015/CONJUR-MCTI/CGU/AGU :

- a) não existe previsão legal específica sobre a cessão de crédito dos contratos administrativos, de sorte que a sua aceitação violaria o princípio da legalidade estrita no sentido de que à Administração somente é lícito fazer aquilo que esteja previsto em lei;
- b) o art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e o art. 44 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, proibiriam a cessão de crédito, na medida em que dispõem que os pagamentos realizados pela Administração Pública devem ser feitos em conta bancária do credor;

- c) a cessão de crédito estaria vedada pelo inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93;
- d) a cessão de crédito seria incompatível com o regime de direito público, sobretudo com a natureza personalíssima (intuitu personae) dos contratos administrativos; e
- e) A cessão de crédito poderia causar prejuízos à execução contratual, à satisfação do interesse público ou, ainda, servir de simulação a negócios escusos praticados em conluio pela empresa contratada e pelo terceiro cessionário (a exemplo de fraude a credores).

- 8. Como se trata de matéria controvertida, a CPLC foi instada a se manifestar sobre o tema.
- 9. Esse é o quadro.

1. DA APLICAÇÃO DE INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. NOVA VISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

10. A presente controvérsia diz respeito à possibilidade de ser utilizado típico instituto de direito privado nos contratos administrativos, devendo ser enfrentado o cabimento de cessão de crédito nas relações contratuais com a Administração Pública.

11. Cumpre ter em mente que o contrato não pode ser considerado instituto onde o particular exerce suas atividades livre de qualquer intervenção estatal, ao passo que também não há como se sustentar que a atividade estatal deve ser pautada, unicamente, na subordinação do indivíduo.

12. Levando-se em consideração que o contrato individualista não mais atendia aos anseios da sociedade, foi preciso adaptá-lo para que a vontade de determinados setores sociais vulneráveis fosse, no mínimo, considerada. Houve questionamentos sobre o discurso individualista, deixando-se de abordar o negócio jurídico apenas como meio de declaração da liberdade. Passa-se a falar em um instrumento de realização de interesses privados, em que a sua característica diferenciadora deixa de ser a liberdade do sujeito, passa a ser a função que desempenha, a sua aptidão a produzir dados efeitos. (LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati. *A superação da dicotomia direito público e direito privado: uma proposta coerente com a constitucionalização do direito civil*. In *Direito civil constitucional organização CONPEDI/UFS*; Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 62).

13. Guillermo Andrés Muñoz descreve, afastando a divisão entre o direito público e privado, porque tais dogmas sofrem, na atualidade, violenta crise e conclui que é muito difícil sustentar a romana contraposição entre o direito público e privado, calcada na ideia de um Estado regulado por princípios especiais e opostos aos do direito privado (MUÑOZ, Guillermo Andrés. *Revista de Direito Público*, 91/19-27).

14. Por sua vez, Marcos Juruena Villela Souto, entende que o contrato administrativo vai abeberar-se na fonte do direito privado, mais precisamente na teoria geral dos contratos, para captar seus elementos essenciais aos quais vai justapor suas prerrogativas que lhe marcam as características (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & Contratos Administrativos*, ADOAS, Esplanada, 2ª edição, I/170).

15. O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito pela perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado (STF - voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1923 MC, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, informativo 474).

16. É preciso analisar o direito a partir de novos enfoques superadores da velha dicotomia público/privado, conforme as lições de Günther Teubner, cita do pelo Ministro Gilmar Mendes (op. cit, loc. cit.), que merece ser colacionado:

Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as idéias de uma fusão de aspectos públicos e privados. **Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição.** Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito. (TEUBNER, Günther. *Após a privatização: conflitos de discurso no Direito Privado*. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. de Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: Unimep; 2005, p. 237)

17. Ainda segundo as lições de Günther Teubner, o contrato deve ser compreendido não como uma relação entre pessoas, mas entre textos, entre discursos jurídicos, econômicos, tecnológicos etc. Eis as palavras do mestre alemão, lembrado pelo Ministro Gilmar Mendes (STF - voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1923 MC, *cit.*):

Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte fórmula epigramática: "o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que dá e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois 'produtos' ou 'criações'). Essas ipsisíma verba são **uma nova versão da teoria do contrato relacional (relational contracting), que entende o contrato não mais como um mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa.** De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal de intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente antiindividualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço da compatibilidade entre vários projetos discursivos - entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica. Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direito privado contemporâneo, que necessita de transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global. (TEUBNER, Günther. *Mundos contratuais: o Direito na fragmentação de regimes de private governance*. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. de Jürgen Völker Dittbemer. Piracicaba: Unimep; 2005, p. 271-272, g.n.)

18. Esses são os novos pressupostos de análise de um direito privado publicizado e constitucionalizado, e de um direito público submetido a racionalidades próprias dos discursos do direito privado (STF - voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1923 MC, *cit.*).

19. A Lei de Licitações e Contratos, por sua vez, determina no art. 54, *caput*, que serão aplicados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado aos contratos administrativos, servindo o Código Civil como base conceitual para a Lei de Licitações e Contratos, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 54. 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.

20. Considerando que aos contratos administrativos é aplicável a teoria geral dos contratos e, mesmo sendo um instituto jurídico com características próprias e inconfundíveis, as contratações públicas não podem ser vistas de forma isolada dos demais diplomas legislativos, em particular do Código Civil, na medida em que os sistemas de contratação pública e privada não são antagônicos, e sim se influenciam reciprocamente, o que leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada dessas plúrimas fontes legislativas convergentes, conforme a teoria do diálogo das fontes (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: 2008, p. 87-88).

21. Além da previsão geral do art. 54 da LLC, há previsões específicas sobre a utilização de meio típicos das negociações privadas nas contratações públicas, permitindo com que o gestor se valha de meios próprios do mercado, conforme consta da LLC, em seu art. 15, III:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

III - submeter-se às condições de aquisição e **pagamento** semelhantes às do **setor privado**; (g.n.)

22. Previsão semelhante consta da Lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Lei 12.462, de 2011, com o seguinte teor:

Art. 4o Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de **pagamento compatíveis com as condições do setor privado**, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014) (g.n.)

23. O objetivo de tais dispositivos é trazer para o setor público o que é utilizado pelo setor privado, para otimizar seus contratos. Quando a Lei foca o setor privado como parâmetro, tem a intenção de que o gestor, procurando ser eficiente na busca do atendimento ao interesse público, avalie e utilize opções negociais realizadas pelo setor privado e permitidas pelo regime jurídico dos contratos administrativos (CHARLES, Ronny; MARRY, Michele. *RDC – Regime Diferenciado de Contratações*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 40).

24. Dessa forma, não deve causar estranheza que o fato de serem utilizados nas contratações públicas típicos institutos das negociações privadas, como forma de facilitar as negociações entre a Administração e o contrato.

25. Com base nessas premissas, passamos a analisar a possibilidade de cessão de crédito do contrato administrativo.

2. II – CESSÃO DE CRÉDITO. NATUREZA. AUSÊNCIA DE NORMAS QUE IMPEÇAM A CESSÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO E TERMO ADITIVO COMO CONDIÇÕES DE EFICÁCIA.

26. O crédito é uma fonte de circulação de riquezas. Cuida-se de bem incorpóreo, de conteúdo econômico, passível de tráfico jurídico. O crédito é um elemento inserido no patrimônio do credor, suscetível de transmissão, tal como qualquer bem jurídico (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, volume 2, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 327-8).

27. O crédito já representa um elemento atual do patrimônio do credor, este já detém o direito subjetivo ao crédito desde o tempo da constituição válida do negócio jurídico, apenas não poderá exercer a sua pretensão contra o devedor, pois carece de exigibilidade. É, assim, um valor patrimonial realizável pelo interessado, antes mesmo de atingir o seu vencimento, em função da simples expectativa, mais ou menos segura, da futura realização da prestação (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 328).

28. O direito de crédito é, pois, renunciável, onerável, hereditável e, em particular, alienável (gratuita ou onerosamente). Afinal, o valor patrimonial do crédito de que o credor pode dispor antes mesmo do vencimento da obrigação, deriva da expectativa de seu cumprimento ou execução, assegurada pelo patrimônio do devedor (*idem*).

29. A espécie de transmissão de obrigação que interessa ao presente parecer é a cessão de crédito, que está disciplinada nos arts. 286 a 298 do Código Civil.

30. A cessão de crédito é o negócio jurídico bilateral pelo qual o credor transfere a terceiro a sua posição patrimonial na relação obrigacional, sem que com isto se crie uma nova situação jurídica (art. 286 do Código Civil), pois seu objeto remanesce intacto, abrangendo ainda todos os seus acessórios, como juros e cláusula penal (art. 287 do Código Civil).

31. A cessão de crédito é uma forma de alienação, já que a alienação é a transferência de um direito a outrem por ato volitivo do seu titular e a cessão tem esse caráter duplo, de perda e de aquisição de um direito, no que toca ao seu titular. É uma forma de sucessão da titularidade de uma relação obrigacional (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011, p. 466).

32. Note-se que não há alteração no contrato originariamente firmado, tendo apenas a parte credora transferido para terceiro o seu direito de crédito com a devedora, que efetuará o pagamento em favor da pessoa indicada pelo credor.

33. Quanto à natureza do crédito, ressalvados os casos em que há vedação legal ou contratual, qualquer crédito pode ser objeto de cessão de direito, esteja ele vencido ou não, conforme enuncia o art. 286 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

34. A regra é a cedibilidade do crédito, sendo a incredibilidade a exceção. A incredibilidade significa a impossibilidade legal, de jure e de facto, de determinado bem ou direito poder ser objeto de cessão. Entram nessa categoria os bens fora do comércio bem como os intransmissíveis (e.g. crédito de alimentos). O fundamento da incredibilidade é a impossibilidade de esses bens e direitos serem alienados ou onerados pelo cedente. Se não os pode alienar ou onerar, não os pode ceder, porque cessão é espécie de alienação, quer dizer, de transferência de titularidade, de translação de propriedade. A incredibilidade do crédito pode decorrer da natureza do vínculo obrigacional de

que ele deriva, da lei ou de convenção celebrada entre as partes, quais sejam, credor e devedor (pactum de non cedendo) (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011, p. 467).

35. Interessante é a lição de Flávio Tartuce, que bem delineou as regras relativas à cessão de crédito decorrentes do mencionado art. 286 que, pela sua precisão merece ser transcrita:

1ª regra: Não é possível ceder o crédito em alguns casos, em decorrência de vedação legal como, por exemplo, na obrigação de alimentos (art. 1.707 do CC) e nos casos envolvendo os direitos da personalidade (art. 11 do CC).

2ª regra: Essa impossibilidade de cessão pode constar de instrumento obrigacional, o que também gera a obrigação incessível. De qualquer forma, deve-se concluir que se a cláusula de impossibilidade de cessão contrariar preceito de ordem pública não poderá prevalecer em virtude da aplicação do princípio da função social dos contratos e das obrigações, que limita a autonomia privada, em sua eficácia interna, entre as partes contratantes (art. 421 do CC).

3ª regra: Essa cláusula proibitiva não pode ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação, o que está em sintonia com a valorização da eticidade, um dos baluartes do atual Código. Isso ressalta a tese pela qual a boa-fé objetiva é princípio de ordem pública, conforme o Enunciado n. 363 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.”. (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. São Paulo: Método, 2012. p. 381).

36. Com efeito, não há nenhuma vedação legal expressa na LLC a respeito da cessão de créditos decorrentes de contratos administrativos, que, pelo contrário, manda aplicar a teoria geral dos contratos nas contratações públicas, além de constar previsões expressas a respeito da possibilidade de se utilizar de meio de pagamento típicos das contratações privadas.

37. Não obstante, cumpre registrar a opinião de que a vedação à cessão de crédito nos contratos administrativos decorreria da previsão do art. 63 da Lei nº 4320, de 1964, e do art. 44 do Decreto nº 93.872, de 1986, que assim dispõem:

Lei nº 4.320, de 1964:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. (g.n.)

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Decreto nº 93.872, de 1986:

Art. 44. O pagamento de despesa será feito mediante saque contra o agente financeiro, **para crédito em conta bancária do credor, no banco por ele indicado**, podendo o agente financeiro fazer o pagamento em espécie, quando autorizado. (g.n.)

38. Com todas as vênias, percebe-se que não há uma vedação expressa nos referidos dispositivos a respeito da cessão de crédito, uma vez que tratam da procedimento para execução orçamentária.

39. No contrato administrativo, diferente do que ocorre com as contratações privadas, a mera entrega do bem ou a prestação do serviço não induz a aceitação por parte da Administração, que fica suspensa até a concretização do recebimento definitivo, que se processará mediante exames, testes e verificações, podendo ainda haver a rejeição do objeto contratado caso não atenda às previsões do contrato, conforme arts. 73 e 76 da LLC, que merecem ser colacionados:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;

b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 3º O prazo a que se refere a alínea "b" do inciso I deste artigo não poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.

§ 4º Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação a que se refere este artigo não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à Administração nos 15 (quinze) dias anteriores à exaustão dos mesmos.

(...)

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

40. A regra é que o fornecedor de bens, o prestador de serviços, ou o construtor somente recebam o pagamento da Administração após **procedimento de execução de despesa orçamentária**.

41. Não decorre dos referidos dispositivos que o pagamento somente pode ser feito em favor do contratado originariamente, uma vez que, antes de efetivar a remuneração do contratado, deve ser apurado se houve a efetiva prestação do serviço, e "a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação" (art. 63, § 1º, III, Lei nº 4320, de 1964), e o pagamento deve ser feito "para crédito em conta bancária do credor, no banco por ele indicado" (art. 44, Decreto 93.872, de 1986).

42. Assim, para que seja efetivado o pagamento, deve ser apurado quem é o credor, que pode ser tanto o contratado como um terceiro por ele indicado.

43. Para efetivar a cessão de crédito é necessária a notificação do devedor da transferência. Sem tal comunicação, haverá a ineficácia da cessão de crédito, sendo regular o pagamento junto ao devedor primitivo, conforme o art. 290 do Código Civil:

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

44. Assim, concretizada a notificação ao devedor pelo representante legal da empresa cedente, o pagamento será feito ao adquirente do crédito (cessionário), e não ao antigo credor (cedente).

45. A notificação não objetiva a obtenção do consentimento do devedor, mas o simples conhecimento, pois ele sofrerá os efeitos da cessão do crédito. A vontade do cedido não integra o negócio jurídico da cessão, até mesmo pelo fato de o devedor não ter interesse juridicamente. A notificação vincula o devedor cedido ao concessionário, impedindo que pague ao credor primitivo. Se assim o fizer após a ciência da cessão, pagará mal e, por tanto, duas vezes (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 338).

46. Apesar disso, não obstante não haja alteração contratual, considerando as peculiaridades das contratações públicas, é adequado que seja aditado o contrato administrativo para a efetivação da cessão de crédito, não bastando que a Administração seja notificada, considerando a alteração na forma de pagamento, conforme consta a alínea "c", do inc. II, do art. 65, da LLC:

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

(...)

II - por acordo das partes:(...)

c) quando necessária a **modificação da forma de pagamento**, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; (g.n.)

47. Essa é uma providência necessária para dar eficácia plena ao negócio jurídico, levando em conta que haverá alteração no procedimento de execução da despesa pública, em especial no empenho inicialmente efetuado.

48. Feita a cessão de crédito, a Administração irá aferir se o contrato foi efetivamente cumprido e se não há nada a ser indenizado e, certificado que não há pendências, pode efetuar o pagamento ao cessionário que tenha notificado a Administração, como se estivesse pagando ao contratado originariamente.

49. Tais fundamentos demonstram que não há base jurídica para se afirmar que a cessão de crédito importaria prejuízo à contratação, pois é o mesmo que dizer que o instituto da cessão é em si ilícito, o que é um absurdo. Não se pode presumir a má-fé das partes que firmam um contrato administrativo, nem que haverá necessariamente a utilização da cessão de crédito para fins escusos.

50. É preciso registrar que os poucos julgados do E. Tribunal de Contas da União a respeito da cessão de crédito não consta, com todas as vênias, uma análise aprofundada da matéria, tendo apenas entendido que a vedação decorre do art. 44 do Decreto nº 93.872, de 1986, que gera uma natureza peculiar do crédito decorrente do contrato administrativo, conforme excerto abaixo colacionado:

Relativamente à validade da cessão de créditos, entendemos que ocorreu descumprimento do art. 44 do Decreto nº 93.872/86 [...]. **Entendemos que não existe previsão legal que autorize a cessão de créditos decorrentes do adimplemento de contratos administrativos.** Conforme preceitua o art. 1.065 do Código Civil, 'o credor pode ceder seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor'. Logo, considerando que a lei veda a cessão de tais créditos, opinamos pela prática de ilegalidade da autoridade que autorizou o levantamento dos créditos da Construtora Ikal Ltda. pela Banco OK. [...] entendemos que **a natureza das despesas públicas, e seu procedimento próprio de liquidação e pagamento previstos na Lei nº 4.320/64, não autorizam a cessão de crédito nos moldes ajustados pela Construtora e pelo Banco.** (g.n.)(Decisão nº 831/2000, Rel. Min. Walton Alencar, Plenário, sessão em 04.10.2000. No mesmo sentido: Acórdão nº 984/2004-P e Acórdão nº 93/2006-P)

51. As decisões do E. TCU merecem todo o respeito e consideração, sendo verdadeiros guias para a Administração Pública.

52. Não obstante, a Advocacia-Geral da União não pode ser furtar de seu papel de fixar a interpretação da Constituição e das Leis do país, de modo a orientar os gestores públicos (art. 11, inc. III da Lei Complementar 73, de 1993), em especial o de realizar estudos para o aprofundamento de questões jurídicas ou para fins de uniformização de entendimentos (art. 11, inc. IV da Lei Complementar 73, de 1993; art. 37, inc. X da Lei 13.327, de 2016).

53. Note-se que não houve o enfrentamento nos julgados do TCU a respeito da aplicação das normas da teoria geral dos contratos nas contratações públicas, nem que o art. 44 do Decreto nº 93.872, de 1986, não condiciona o pagamento ao contratado, disciplinando apenas que a Administração deve apurar quem é o credor.

54. Conforme será visto em tópico próprio neste parecer, a cessão de crédito não altera a natureza da obrigação cedida, sendo do cessionário o risco adquirir o crédito.

55. Creio que é chegado o momento de evoluirmos na interpretação da matéria, permitindo um maior diálogo entre as contratações administrativas e os institutos privados, sem que haja qualquer ilegalidade em tal expediente.

3. CESSÃO DE CRÉDITO NÃO IMPORTA ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO DO CONTRATO. DISTINÇÃO ENTRE INSTITUTOS. NEGOCIAÇÃO DO CRÉDITO NÃO SE CONFUNDE COM ALTERAÇÃO SUBJETIVA VEDADA:

56. Destaco outra argumentação contrária à cessão de crédito nos contratos administrativos é de que haveria violação ao caráter personalíssimo do contrato administrativo, em violação ao disposto no inc. IV do art. 78 da LLC.

57. Tal posicionamento parece confundir os institutos da subcontratação, cessão de posição contratual e cessão de crédito.

58. Com efeito, o contrato administrativo é, em regra, por sua natureza, pessoal, daí porque, cumprindo preceito constitucional, através da licitação, a Administração Pública examina a capacidade e a idoneidade da contratada (art. 27 da LLC), cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante, conforme constam do art. 72 e do inc. VI do art. 78 da LLC, nos seguintes termos:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

59. Na subcontratação, a contratada continua a responder pelo avençado perante a Administração, transferindo a terceiro apenas a execução do objeto subcontratado, ao passo que na hipótese de cessão ou transferência a contratada, na condição de cedente, transfere sua posição a terceiro que assume todos os seus direitos e deveres consignados no termo contratual.

60. Dessa forma, a cessão que se refere o inc. VI do art. 78 da LLC diz respeito à transferência do contrato com a entrega integral do objeto a terceira pessoa, deixando a antiga contratada de fazer parte da relação contratual com a Administração, com a retirada do sujeito que originalmente disputou e foi o vencedor do certame, alterando a posição subjetiva no negócio jurídico (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: RT, 2014, p. 1096).

61. Tal situação enseja o que a doutrina denomina de cessão de posição contratual (idem).

62. O tema é visto com propriedade por Sílvio de Salvo Venosa que prefere a terminologia “cessão de posição contratual” ao invés de “cessão de contrato”. Na cessão de posição contratual não se transfere apenas o objeto do contrato, mas toda uma gama de direitos e obrigações que exsurtem da relação contratual.

63. O referido mestre ensina que quem transfere sua posição contratual a um terceiro não transfere unicamente o bem de vida almejado em referido contrato, mas transfere também (e talvez o que é mais valioso que o próprio objeto imediato do contrato) toda aquela gama de esforços iniciais, as marchas e contramarchas das primeiras tratativas e, por vezes, um verdadeiro “know-how” que aquele contrato custou. Por isso, vemos na transferência da posição contratual um “plus” em relação ao próprio objeto do contrato, um valor agregado; quiçá, certo privilégio pelo acesso a determinado bem, que só a posição de contratante, em determinada situação, confere (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 310).

64. Assim, certo se afirmar que são transferidos ao cessionário todo o complexo de direitos e obrigações provenientes do contrato, se verificando quando o contrato-base é transferido, com anuência do cedido, transpassando-se para o cessionário todos os direitos e obrigações dele resultantes (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm. 2014, p. 363).

65. Há, portanto, sempre dois contratos, o contrato-base e o contrato-instrumento, sendo o primeiro o negócio gerador dos efeitos cuja transmissão se pretende e, o segundo, o negócio por via do qual esses efeitos são transmitidos ao terceiro.

66. A cessão de posição contratual possui natureza jurídica própria, não sendo uma sucessão de cessão de crédito com assunção de dívida. Na cessão de crédito verifica-se uma substituição do credor, remanescendo inalterada a posição do devedor, que doravante terá de oferecer o pagamento ao novo credor. Na assunção de dívida, o que se transfere ao terceiro é a posição passiva da relação obrigacional, que não sofre qualquer alteração em seu conteúdo (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 362).

67. Na cessão de posição contratual o fenômeno é mais complexo e rico, pois implica na transferência da unidade orgânica da situação ocupada pelo cedente, possuindo natureza jurídica unitária, importando a faculdade concedida a qualquer dos contratantes de transmitir sua própria posição contratual, envolvendo a cessão de um complexo unitário de poderes próprios do titular da obrigação, inserindo-se também direitos e obrigações, ou seja, créditos e débitos (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, loc. cit).

68. Assim, a vedação constante do inc. VI do art. 78 da LLC é para a cessão de posição contratual sem previsão no edital ou no contrato, e não para a simples cessão de crédito, institutos que não se confundem.

69. Na cessão de crédito a execução do contrato administrativo permanece inalterada, havendo apenas a transferência do pagamento que seria feito ao contratado para o cessionário.

70. O crédito do contratado pertence a ele, não cabendo ao contratante de qualquer forma dispor ou causar restrições a algo que integra o patrimônio do particular.

71. Assim, não há que se falar em violação ao caráter pessoal do contrato administrativo pela cessão de crédito, que não está vedada pelo disposto no inc. VI do art. 78 da LLC, não devendo ser confundida com subcontratação nem com a cessão de posição contratual.

4. DA Oponibilidade de Exceções Pessoais. Cessão de Crédito como Contrato de Risco. Peculiaridade do Pagamento nos Contratos Administrativos. Possibilidade de Retenção de Créditos pela Administração.

72. Pela cessão de crédito não é alterada a natureza da obrigação, mantendo as defesas (exceções) pessoais de que o devedor disporia contra o credor primitivo, conforme consta do art. 294 do Código Civil:

Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

73. Merece destaque o alerta feito pelo saudoso Caio Mário da Silva Pereira de que "a cessão não ultrapassa o conteúdo do próprio crédito, dizendo-se que ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que tem - *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*" (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Vol. II, 20ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, pág. 366; STJ - REsp 780.774/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008).

74. Dessa ideia decorre, como consequência lógica, que a inexistência do crédito, ou a sua existência em valor menor que o declarado no ato de cessão, não podem se convalidar pela sucessão em seu polo ativo. Na cessão, sustenta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (op. cit., pág. 376), "o crédito transfere-se com todos os vícios ou todas as vantagens". Ou seja, tal negócio jurídico "não atinge a obrigação transferida, e mantém inalterada sua substância" (op. loc. cit.). Tanto que, no ato de transferência, o credor primitivo pode se responsabilizar, perante o devedor, pela existência da dívida ("*veritas nominis*"), bem como pela solvência do devedor ("*bonitas nominis*") (Cf. STJ - REsp 780.774/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008).

75. Uma vez cedido o crédito decorrente da contratação administrativa, o regime jurídico do pagamento do crédito permanecerá inalterado, devendo ser seguida a normatização dos pagamentos da administração pública, não se aplicando em sua integralidade o art. 294 do CC, que prevê que, uma vez realizada a notificação, nasce ao cedido o direito de opor ao cessionário as exceções que tinha contra o cedente.

76. Perceba que o diploma civil estabelece o momento oportuno para que o cedido manifeste as exceções ou defesas que tinha contra o cedente, que vem a ser o momento em que veio a ter conhecimento da cessão, que não pode ser aplicado nas contratações públicas, considerando que antes de ser efetuado o pagamento, deve ser apurado se foi praticado algum dano pelo contratado a ser ressarcido, bem como se os encargos trabalhistas estão saldados ou se lhe foi aplicada alguma penalidade.

77. Com efeito, os créditos do contratado podem ser eventualmente retidos pela administração no caso de apuração de eventual prejuízo praticado pelo contratado, conforme previsto no inc. IV do art. 80 da LLC, nos seguintes termos:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

(...)

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

78. Note-se que o inc. IV do art. 80 da LLC é uma medida acautelatória, que visa a compensação entre os créditos da Administração em decorrência dos prejuízos causados pelo contratado, com os créditos que este tem a receber, na pendência da apuração do inadimplemento. A própria necessidade de obediência ao princípio do contraditório acarreta uma maior delonga. Se o particular dispusesse de créditos ainda por receber, os prazos para pagamento deles se esgotariam muito antes de exaurido o procedimento administrativo de apuração das perdas e danos. A Administração teria o dever de liquidar os créditos pendentes do particular, sem efetuar a compensação, o que é um contrassenso, considerando as incertezas de não se encontrar bens da contratada para ressarcir o erário (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: RT, 2014, p. 1129).

79. Por isso, a rescisão do contrato por ato imputável ao particular acarreta a suspensão de sua faculdade de exigir o pagamento por créditos pendentes. Somente se tornará exigível o pagamento após liquidadas as perdas e danos e na medida em que os créditos do particular ultrapassam os seus débitos (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1130), não se aplicando no caso da Administração o previsto no art. 377 do Código Civil, que assim reza:

Art. 377. O devedor que, notificado, nada opõe à cessão que o credor faz a terceiros dos seus direitos, não pode opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão lhe não tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha contra o cedente.

80. Registre-se que, por força do art. 86, § 3º da LLC, as multas eventualmente aplicadas ao contratado poderão ser descontados dos pagamentos devidos pela Administração, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

(...)

§ 3o Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

81. Outra situação em que o crédito do contratado é utilizado é na satisfação dos encargos trabalhistas nos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra.

82. A Câmara Permanente de Licitações e Contratos elaborou o Parecer nº 01/2016 CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, que entendeu pela possibilidade de retenção do pagamento no caso de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, com a seguinte conclusão:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU nº 100/2016:

(...)

IV -É LEGAL A RETENÇÃO PARCIAL DE VALORES DEVIDOS À PRESTADORA DE SERVIÇOS CONTINUADOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, PARA FAZER FRENTE AO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS, AINDA QUE NÃO REITERADO, PODENDO A ADMINISTRAÇÃO EFETUAR O PAGAMENTO DIRETO AOS TRABALHADORES, MESMO NOS CASOS EM QUE NÃO HOUVER PREVISÃO CONTRATUAL.

83. Esse posicionamento decorre do entendimento do STJ no sentido de que, por força da possibilidade de responsabilidade subsidiária, o Poder Público pode adotar qualquer medida acauteladora em face da contratada, a fim de se resguardar, conforme o julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS.

IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE.

1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1241862/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

84. Percebe-se que a cessão de crédito é em si um contrato de risco, sendo da essência desse negócio a possibilidade de haver restrições incidentes sobre o crédito cedido.

85. O adquirente do crédito deve, previamente ao ajuste da operação de crédito, verificar a certeza e origem do crédito, bem como a validade do negócio originário, e, no caso de contrato administrativo, estar ciente das peculiaridades da forma de pagamento, que não será alterado pelo negócio de cessão.

86. Dessa forma, diferente do que ocorre com as cessões de créditos regidos exclusivamente pelo Código Civil, quando se tratar de cessão envolvendo a execução de contrato administrativo, mesmo havendo a notificação da cessão de crédito, o pagamento está condicionado à aferição da ausência de prejuízos à Administração e de penalidades ao particular contratado, além da insubsistência de passivo trabalhista, e essas exceções pessoais serão opostas ao cessionário quando do pagamento, e não quando da notificação.

5. CONCLUSÃO:

87. Pelo exposto, deve-se concluir que:

- a) é possível efetivar a cessão de créditos decorrentes de contrato administrativo, devendo ser observadas as peculiaridades do regime de execução de despesa orçamentária da Administração Pública;
- b) feita a cessão de crédito, a Administração pode efetuar o pagamento ao cessionário, como se estivesse pagando ao contratado originariamente;
- c) é adequado que seja aditado o contrato administrativo para a efetivação da cessão de crédito, não bastando que a Administração seja notificada, considerando a alteração na forma de pagamento, conforme consta a alínea "c", do inc. II, do art. 65, da Lei 8666, de 1993.
- d) não há base jurídica para se afirmar que a cessão de crédito importaria prejuízo à contratação. Não se pode presumir a má-fé das partes que firmam um contrato administrativo, nem que haverá necessariamente a utilização da cessão de crédito para fins escusos;
- e) não há que se falar em violação ao caráter pessoal do contrato administrativo pela cessão de crédito, que não está vedada pelo disposto no inc. VI do art. 78 da Lei 8.666, de 1993, não devendo ser confundida com subcontratação nem com a cessão de posição contratual;
- f) diferente do que ocorre com as cessões de créditos regidos exclusivamente pelo Código Civil, quando se tratar de cessão envolvendo a execução de contrato administrativo, mesmo havendo a notificação da cessão de crédito, o pagamento está condicionado à aferição ausência de prejuízos à Administração e de penalidades ao particular contratado, além da insubsistência de passivo trabalhista, e essas exceções pessoais serão opostas ao cessionário quando do pagamento, e não quando da notificação.

À consideração superior.

Brasília, de _____ de 2017.

(assinado eletronicamente)

DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMÃO
PROCURADOR FEDERAL
Relator

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016).

(assinado eletronicamente)

ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO
PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)

ANA CAROLINA DE SÁ DANTAS
PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)

BRAULIO GOMES MENDES DINIZ
PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)

CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS
PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

GABRIELLA CARVALHO DA COSTA
PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)

PAULO RIOS MATOS ROCHA
PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)
RENATA CEDRAZ RAMOS FELZEMBURG
PROCURADORA FEDERAL

(assinado eletronicamente)
RÔMULO GABRIEL MORAES LUNELLI
PROCURADOR FEDERAL

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, ____ de _____ de 2017.

(assinado eletronicamente)
RICARDO NAGAO
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº ____/2017/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, ____ de _____ de 2017.

(assinado eletronicamente)
CLESO JOSÉ DA FONSECA FILHO
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº ____/2017

I. É POSSÍVEL EFETIVAR A CESSÃO DE CRÉDITOS DECORRENTES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO, DEVENDO SER OBSERVADAS AS PECULIARIDADES DO REGIME DE EXECUÇÃO DE DESPESA ORÇAMENTÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA;

II. FEITA A CESSÃO DE CRÉDITO, A ADMINISTRAÇÃO PODE EFETUAR O PAGAMENTO AO CESSIONÁRIO, COMO SE ESTIVESSE PAGANDO AO CONTRATADO ORIGINARIAMENTE;

III. É ADEQUADO QUE SEJA ADITADO O CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA A EFETIVAÇÃO DA CESSÃO DE CRÉDITO, NÃO BASTANDO QUE A ADMINISTRAÇÃO SEJA NOTIFICADA, CONSIDERANDO A ALTERAÇÃO NA FORMA DE PAGAMENTO, CONFORME CONSTA A ALÍNEA "C", DO INC. II, DO ART. 65, DA LEI 8666, DE 1993;

IV. NÃO HÁ BASE JURÍDICA PARA SE AFIRMAR QUE A CESSÃO DE CRÉDITO IMPORTARIA PREJUÍZO À CONTRATAÇÃO. NÃO SE PODE PRESUMIR A MÁ-FÉ DAS PARTES QUE FIRMAM UM CONTRATO ADMINISTRATIVO, NEM QUE HAVERÁ NECESSARIAMENTE A UTILIZAÇÃO DA CESSÃO DE CRÉDITO PARA FINS ESCUSOS;

V. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM VIOLAÇÃO AO CARÁTER PESSOAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO PELA CESSÃO DE CRÉDITO, QUE NÃO ESTÁ VEDADA PELO DISPOSTO NO INC. VI DO ART. 78 DA LEI 8.666, DE 1993, NÃO DEVENDO SER CONFUNDIDA COM SUBCONTRATAÇÃO NEM COM A CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL;

VI. DIFERENTE DO QUE OCORRE COM AS CESSÕES DE CRÉDITOS REGIDOS EXCLUSIVAMENTE PELO CÓDIGO CIVIL, QUANDO SE TRATAR DE CESSÃO ENVOLVENDO A EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO, MESMO HAVENDO A NOTIFICAÇÃO DA CESSÃO DE CRÉDITO, O PAGAMENTO ESTÁ CONDICIONADO À AFERIÇÃO AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS À ADMINISTRAÇÃO E DE PENALIDADES AO PARTICULAR CONTRATADO, ALÉM DA INSUBSISTÊNCIA

DE PASSIVO TRABALHISTA, E ESSAS EXCEÇÕES PESSOAIS SERÃO OPOSTAS AO CESSIONÁRIO QUANDO DO PAGAMENTO, E NÃO QUANDO DA NOTIFICAÇÃO.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01200004711201473 e da chave de acesso 708337b2

Documento assinado eletronicamente por RICARDO NAGAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RICARDO NAGAO. Data e Hora: 04-05-2017 13:58. Número de Série: 6153190302174487978. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por RENATA CEDRAZ RAMOS FELZEMBURG, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATA CEDRAZ RAMOS FELZEMBURG. Data e Hora: 31-03-2017 11:04. Número de Série: 13580643. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS. Data e Hora: 30-03-2017 16:44. Número de Série: 13162133. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por BRAULIO GOMES MENDES DINIZ, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRAULIO GOMES MENDES DINIZ. Data e Hora: 31-03-2017 08:38. Número de Série: 4583795772288137846. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMAO. Data e Hora: 30-03-2017 16:25. Número de Série: 13145642. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por ANA CAROLINA DE SA DANTAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANA CAROLINA DE SA DANTAS. Data e Hora: 30-03-2017 18:02. Número de Série: 212388856557661779. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por GABRIELLA CARVALHO DA COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GABRIELLA CARVALHO DA COSTA. Data e Hora: 31-03-2017 10:34. Número de Série: 2940005098800936016. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por PAULO RIOS MATOS ROCHA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO RIOS MATOS ROCHA. Data e Hora: 30-03-2017 17:54. Número de Série: 13158826. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 26600870 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO. Data e Hora: 30-03-2017 16:51. Número de Série: 946436539421373422. Emissor: AC CAIXA PF v2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADOR-GERAL FEDERAL
ED. SEDE I - SETOR DE AUTARQUIAS SUL - QUADRA 3 - LOTE 5/6, ED. MULTI BRASIL CORPORATE -
BRASÍLIA-DF - CEP 70.070-030

DESPACHO n. 00096/2017/PGF/AGU

NUP: 01200.004711/2014-73

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA E INOVAÇÃO - MCTI

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Aprovo o PARECER Nº 02 /2017/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a seguinte

Conclusão:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 132 2017

- I. É POSSÍVEL EFETIVAR A CESSÃO DE CRÉDITOS DECORRENTES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO, DEVENDO SER OBSERVADAS AS PECULIARIDADES DO REGIME DE EXECUÇÃO DE DESPESA ORÇAMENTÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA;
- II. FEITA A CESSÃO DE CRÉDITO, A ADMINISTRAÇÃO PODE EFETUAR O PAGAMENTO AO CESSIONÁRIO, COMO SE ESTIVESSE PAGANDO AO CONTRATADO ORIGINARIAMENTE;
- III. É ADEQUADO QUE SEJA ADITADO O CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA A EFETIVAÇÃO DA CESSÃO DE CRÉDITO, NÃO BASTANDO QUE A ADMINISTRAÇÃO SEJA NOTIFICADA, CONSIDERANDO A ALTERAÇÃO NA FORMA DE PAGAMENTO, CONFORME CONSTA A ALÍNEA "C", DO INC. II, DO ART. 65, DA LEI 8666, DE 1993;
- IV. NÃO HÁ BASE JURÍDICA PARA SE AFIRMAR QUE A CESSÃO DE CRÉDITO IMPORTARIA PREJUÍZO À CONTRATAÇÃO. NÃO SE PODE PRESUMIR A MÁ-FÉ DAS PARTES QUE FIRMAM UM CONTRATO ADMINISTRATIVO, NEM QUE HAVERÁ NECESSARIAMENTE A UTILIZAÇÃO DA CESSÃO DE CRÉDITO PARA FINS ESCUSOS;
- V. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM VIOLAÇÃO AO CARÁTER PESSOAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO PELA CESSÃO DE CRÉDITO, QUE NÃO ESTÁ VEDADA PELO DISPOSTO NO INC. VI DO ART. 78 DA LEI 8.666, DE 1993, NÃO DEVENDO SER CONFUNDIDA COM SUBCONTRATAÇÃO NEM COM A CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL;
- VI. DIFERENTE DO QUE OCORRE COM AS CESSÕES DE CRÉDITOS REGIDOS EXCLUSIVAMENTE PELO CÓDIGO CIVIL, QUANDO SE TRATAR DE CESSÃO ENVOLVENDO A EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO, MESMO HAVENDO A NOTIFICAÇÃO DA CESSÃO DE CRÉDITO, O PAGAMENTO ESTÁ CONDICIONADO À AFERIÇÃO A AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS À ADMINISTRAÇÃO E DE PENALIDADES AO PARTICULAR CONTRATADO, ALÉM DA INSUBSISTÊNCIA DE PASSIVO TRABALHISTA, E ESSAS EXCEÇÕES PESSOAIS SERÃO OPOSTAS AO CESSIONÁRIO QUANDO DO PAGAMENTO, E NÃO QUANDO DA NOTIFICAÇÃO.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 04 de maio de 2017.

CLESO JOSÉ DA FONSECA FILHO
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01200004711201473 e da chave de acesso 708337b2

Documento assinado eletronicamente por CLESO JOSE DA FONSECA FILHO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 40982118 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CLESO JOSE DA FONSECA FILHO. Data e Hora: 04-05-2017 18:24. Número de Série: 2907619593618764399520288320794804449. Emissor: AC OAB G2.
