



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE NACIONAL DE SUBSTITUIÇÕES NAS PROCURADORIAS FEDERAIS DAS IFES
NÚCLEO DE MATÉRIA MEIO

PARECER n. 00178/2023/NUMM/ENS-IFES/PGF/AGU

NUP: 23223.000503/2023-61

INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS - IFSUDESTE MG

ASSUNTOS: DEMAIS HIPÓTESES DE DISPENSA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CESSÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. RESTRIÇÕES, FORMALIDADES E CAUTELAS. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO DO OBJETO CONTRATUAL PELA EMPRESA CONTRATADA. TERMO ADITIVO, APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

I- RELATÓRIO

1. Trata-se de processo que tem por objeto a celebração de termo aditivo ao cujo objeto é o exame de **minuta de termo aditivo, nos moldes da Normativa SEGES/ME nº 53, de 8 de Julho de 2020 e Instrução Normativa SEGES/ME Nº 42, de 19 de abril de 2021 (MINUTA nº 235/2023 REICOOCONTR, 408129).**

3. É o relatório. Passo a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

4. Registre-se, inicialmente, que a questão já foi objeto de análise no **PARECER n.º 31/2019/DECOR/CGU/AGU**, aprovado e publicado pela Presidência da República, sobre a possibilidade de cessão de direitos de crédito oriundos de contratos administrativos (Parecer JL – 01, de 18 de maio de 2020), ao qual fazemos remissão no **NUP 01200.004711/2014-73** e que servirá de base para a emissão da presente análise.

5. Assim dispõe o Código Civil sobre a cessão de crédito:

TÍTULO II

Da Transmissão das Obrigações

CAPÍTULO I

Da Cessão de Crédito

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.

Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

Art. 289. O cessionário de crédito hipotecário tem o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel.

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.

Art. 291. Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido.

Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

Art. 293. Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.

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.

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

Art. 298. O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.

6. Com efeito, importa compreender que só cedente (credor) e cessionário (terceiro na relação obrigacional originária) participam efetivamente da cessão de crédito, mas a notificação do cedido (devedor) é exigida para permitir a produção de efeitos do negócio jurídico. Mais adiante será enfatizado que a cessão de crédito decorrente de contrato administrativo não obedece a essa regra geral sobre o começo da eficácia da cessão, posto que o início da produção de seus efeitos acontece a partir da celebração do termo aditivo ao contrato, com a observância das formalidades previstas no parágrafo único do art. 61 da Lei n.º 8.666/93, em atenção às peculiaridades do regime de direito público.

7. Dito isto, o PARECER n.º 31/2019/DECOR/CGU/AGU em seus argumentos aponta pela plena possibilidade de cessão de crédito decorrente de contrato administrativo celebrado pela Administração Pública. Senão vejamos:

A cessão de crédito oriundo de contrato administrativo é compatível com o Direito Público. No entanto, algumas peculiaridades impostas pelo ordenamento administrativo devem ser respeitadas e isso será examinado em capítulo próprio.

Alguns não aceitam a utilização no instituto na seara administrativa em razão de uma suposta violação ao princípio da legalidade. Para eles, uma vez que a cessão de crédito não está expressamente prevista na Lei n.º 8.666/93 nem em norma específica de Direito Administrativo, seria inviável pretender que a cessão recaia sobre crédito relativo a contrato administrativo.

Entretanto, tal raciocínio não está correto, pois o ordenamento jurídico positivo trata da cessão de crédito. As normas de Direito Civil cuidam minuciosamente do tema e completam o Direito Administrativo (arts. 286 a 298 do Código Civil).

Neste momento, convém destacar a inafastável comunicação entre os ramos jurídicos, que permite essa complementariedade entre os Direitos Público e Privado. É precisa a lição de José dos Santos Carvalho Filho ao rechaçar análise isolada do Direito:

O estudo moderno do Direito não mais comporta a análise isolada e estanque de um ramo jurídico. Na verdade, o Direito é um só; são as relações jurídicas que podem ter diferente natureza. Assim, embora de forma sucinta, é cabível indicar algumas linhas em que o Direito Administrativo se tangencia com outras disciplinas jurídicas.

No entanto, antes de serem indicados os pontos de contato entre as disciplinas, vale a pena relembrar um assunto sempre comentado: a antiga classificação romana, que admitia, como dois grandes ramos jurídicos, o Direito Público e o Direito Privado. Tal classificação está hoje

jurídico.

O princípio da legalidade não é desrespeitado na medida em que a base legal para a realização da cessão de crédito é o próprio Código Civil.

Na verdade, atualmente a legalidade vem sendo compreendida como juridicidade, conforme anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "É necessário, por fim, entender o princípio da legalidade em seu sentido amplo, ou como princípio de juridicidade, como denominou Merkl, ou seja, não apenas à lei formal, mas a todo o Direito".

Utilizar leis civis para cuidar de contrato de cessão que tem como objeto crédito oriundo de contrato administrativo, nos termos autorizados pelo art. 54 da Lei n.º 8.666/93, retrata, sem dúvida, obediência ao princípio da juridicidade.

Não é razoável exigir que o disciplinamento de todos os negócios jurídicos seja reproduzido em normas próprias para a Administração Pública. O conceito do contrato de compra e venda e os contornos do contrato de mandato, por exemplo, estão no Código Civil, mas tais pactos não deixam de produzir efeitos no Direito Público.

A disciplina da cessão de crédito inscrita, sobretudo, nos arts. 286 a 298 do Código Civil, é suficiente e isso não impede que sejam feitas adaptações pontuais em casos nos quais o regime de direito público obrigue uma solução diferenciada.

Se a cessão de crédito fosse mesmo indesejada em todos os casos e incompatível com o Direito Público, o legislador teria produzido norma expressa vedando tal negócio. Porém, isso não foi feito!

No momento em que o princípio da juridicidade ganha cada vez mais destaque, parece inapropriado cobrar que a aplicação de cada instituto no Direito Administrativo tenha uma base legal específica, desconsiderando a reconhecida unicidade do Direito. Não cabe afastar instituto compatível com o regime jurídico administrativo quando já existe o disciplinamento básico dele nas normas jurídicas civis.

Desse modo, as peculiaridades do contrato administrativo não impedem a cessão de crédito em quaisquer circunstâncias. E, quando possível a cessão de crédito, será exigida a observância de determinadas especificidades, cautelas e formalidades inerentes ao regime público.

VII – A cessão de crédito oriundo de contrato administrativo diante do art. 63 da Lei n.º 4.320/64 e do art. 44 do Decreto n.º 93.872/86

Há quem sustente que o art. 63 da Lei n.º 4.320/64 e o art. 44 do Decreto n.º 93.872/86 vedam a cessão de crédito relativo a contrato administrativo.

Eis o que estabelecem as referidas normas:

Lei n.º 4.320/64 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.

§ 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 n.º 93.872/86

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.

Contudo, exame dos preceitos citados acima revela que seus comandos não proíbem que a cessão realizada entre particulares recaia sobre créditos decorrentes de contrato administrativo.

Não se enxerga nas fases da realização da despesa pública impedimento para a cessão de crédito.

No caso de cessão do crédito, há uma substituição da figura do credor. O contratado continua a manter o vínculo jurídico com a Administração e a ser o responsável pela execução do contrato, porém deixa de ser credor dos valores desembolsados pela Administração, que passam a ser destinados ao cessionário (terceiro na relação contratual). Ocorrendo, assim, uma alteração na forma de pagamento em razão de fato superveniente à celebração do contrato administrativo.

O termo credor não deve ser tomado como sinônimo de contratado. Na maioria das vezes, o credor será o contratado. Mas nem sempre isso acontecerá. Se credor só pudesse ser entendido como contratado, qualquer alteração subjetiva superveniente seria proibida, o que não é verdade.

De fato, a regra geral é entender o credor como o contratado. Entretanto, não se pode afastar a possibilidade de uma alteração superveniente decorrente de cessão de crédito, por exemplo. Consumada a cessão de crédito, faria todo o sentido a aplicação do art. 63, § 1.º, III, da Lei n.º 4.320/64 para a determinação do sujeito "a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação".

Ocorrida a formalização da cessão de crédito, a cedida (Administração contratante) não deverá pagar mais ao cedente (contratado), mas sim ao cessionário (terceiro). E o exato momento do início da produção dos efeitos da cessão no âmbito administrativo será explicitado em linhas futuras. Sendo certo que a liquidação na forma do art. 63 da Lei n.º 4.320/64 servirá para identificar esse novo beneficiário dos pagamentos.

Um outro exemplo que fortalece a tese ora sustentada diz respeito à utilização dos institutos da conta vinculada e do pagamento direto previstos atualmente na Instrução Normativa SEGES/MP n.º 5, de 25/05/2017.

Se é admitido até mesmo o pagamento direto aos empregados da contratada em certas circunstâncias (art. 65, parágrafo único, da referida Instrução Normativa SEGES/MP n.º 5/2017) e não se enxerga afronta às normas financeiras nessa hipótese, como se poderia impedir a cessão de crédito com fundamento em interpretação questionável do art. 63 da Lei n.º 4.320/64 e do art. 44 do Decreto n.º 93.872/86?

Esta Consultoria-Geral da União já atestou a juridicidade desses mencionados mecanismos diferenciados de pagamento e incentivou sua utilização no Parecer n.º 73/2013/DECOR/CGU/AGU, aprovado em 10/12/2013 pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União:

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO DO TRABALHO. LICITAÇÕES E CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS A CARGO DA EMPRESA INTERPOSTA. JULGAMENTO DA ADC Nº 16/DF E NOVA REDAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 331, DA SÚMULA DO EG. TST. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA IN ELIGENDO OU IN VIGILANDO. LICITUDE DOS INSTITUTOS DA CONTA VINCULADA E DO PAGAMENTO DIRETO, PRECONIZADOS NO ART. 19-A, DA IN SLTI/MP Nº 2/2008. MECANISMOS QUE CONTRIBUEM PARA AFASTAR A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES. DETERMINAÇÕES CONTIDAS NO ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU – PLENÁRIO. PREVISÃO OBRIGATÓRIA NOS EDITAIS E CONTRATOS. MEDIDAS A SEREM ADOTADAS PELAS UNIDADES CONSULTIVAS DA AGU JUNTO A SEUS ASSESSORADOS PARA EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO FULCRADA NO REFERIDO ENTENDIMENTO SUMULADO. I – Em face do decidido no julgamento da ADC nº 16/DF e da nova redação conferida ao Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, é atualmente necessário que se comprove a culpa in eligendo

ou in vigilando do Poder Público para que se possa responsabilizá-lo subsidiariamente pelo inadimplemento de verbas trabalhistas a cargo de empresa de terceirização de mão-de-obra por ele contratada;II – Constituem mecanismos lícitos e aptos a contribuir sobremaneira para o afastamento da sobredita responsabilidade subsidiária no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional os institutos da conta vinculada e do pagamento direto, hospedados no art. 19-A, I e IV, da IN SLTI/MP nº 2/2008, considerando-se, por isso mesmo, imprescindível sua expressa previsão nos editais e contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada;III – Visando a evitar que a União e seus entes sejam condenados com fulcro no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, as unidades consultivas da AGU deverão orientar seus assessorados a observar rigorosamente os ditames da IN SLTI/MP nº 2/2008 e as determinações expedidas no Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário, não só realizando efetiva fiscalização da execução dos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada, mas também documentando todos os atos praticados no exercício desse dever-poder, e, em conjunto com as unidades contenciosas, realizar encontros em que seja esclarecida a necessidade de elidir a responsabilização trabalhista subsidiária do ente público e apresentados os meios adequados para alcançar esse propósito.

Assim, as referências legais e regulamentares a credor devem ser entendidas como real ou atual credor, e não somente a credor originário. Como a cessão de crédito provoca uma alteração na forma de pagamento, é requerida uma liquidação para se chegar ao nome do novo detentor do *status* de credor.

A doutrina enfatiza que a liquidação nos termos do art. 63 da Lei n.º 4.320/64 serve para definir o credor. Até esse momento, o credor deverá ser identificado.

Regis Fernandes de Oliveira enfatiza que a liquidação confirma o exato nome do credor a partir da base documental existente:

Segue-se a liquidação, que consiste na verificação do direito do credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do crédito (art. 63 da Lei 4.320/1964). Examinam-se a origem do crédito, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar. A origem encontra-se no contrato ou na nota de empenho ou nota fiscal. Tal ato nada cria, é simples verificação da legalidade e da obediência às formalidades legais. Estando tudo em ordem, emite-se a ordem de pagamento, que é o 'despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga' (art. 64). A partir daí há a mera formalidade de emissão do cheque para pagamento ou ordem de transferência de saldo para a conta do credor.

Tathiane Piscitelli acentua a necessidade de que a Administração pague à pessoa correta (credor atual, real) e a vinculação entre a liquidação e a efetiva prestação do serviço ou entrega do bem:

Após o empenho e a emissão da nota respectiva, a despesa será objeto de liquidação, a qual consiste na verificação do direito adquirido pelo credor de receber a quantia empenhada e na segunda etapa da execução orçamentária. Tal verificação tomará em conta os documentos e os títulos que comprovam a realização da despesa e, assim, o crédito ao qual o credor faz jus. O que se pretende, nos termos do artigo 63, § 1.º, é apurar: (i) a origem e o objeto do que se deve pagar, (ii) a importância exata a pagar e (iii) a quem se deve pagar para extinguir a obrigação. Trata-se de garantir que a Administração vá pagar os valores certos à pessoa certa e em razão do motivo previamente estabelecido na nota de empenho. Na hipótese de fornecimento de bens ou serviços prestados, a liquidação será realizada a partir do contrato, da nota de empenho e dos comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, de acordo com o que determina o § 2.º do artigo 63. De acordo com Sérgio Assoni Filho, em comentários à Lei 4.320/1964, a liquidação está vinculada ao implemento de uma condição: 'a concreta prestação do serviço ou o efetivo fornecimento do bem, tanto nos moldes da avença que deu causa ao nascimento da relação obrigacional quanto em conformidade com o que dispõe a legislação vigente'. Apenas diante do implemento da condição e, pois, da existência efetiva da prestação do serviço ou fornecimento de bem, é que surge o direito de recebimento da importância liquidada e, assim, a possibilidade de exigência do pagamento pelo credor. Realizada a liquidação, cumprido está o requisito para que a despesa seja paga. Porém, antes do pagamento em si, deverá haver a emissão

de uma ordem de pagamento, realizada pelos serviços de contabilidade, nos termos do artigo 64 da Lei 4.320/1964. Após, apenas, é que o pagamento será feito (...)

Ricardo Lobo Torres apresenta as fases da realização da despesa pública e também destaca que a liquidação faz a identificação do credor:

A realização da despesa passa por três fases distintas: o empenho, a liquidação e o pagamento. (...)

Empenho da despesa é o ato pelo qual se reserva, do total da dotação orçamentária, a quantia necessária ao pagamento. Permite à Administração realizar posteriormente o pagamento e garante ao credor a existência da verba necessária ao fornecimento ou ao cumprimento de responsabilidades contratuais. A lei torna necessária a expedição de nota de empenho para cada despesa, salvo quando há empenho global (por exemplo, nas despesas de pessoal). É vedada a realização de despesa sem prévio empenho, o que significa que o empenho antecede a compra e a prestação do serviço.

Liquidação da despesa é o estágio seguinte. A Administração verifica o direito adquirido pelo credor, tendo por base os documentos comprobatórios dos respectivos títulos. Examina se houve a entrega dos bens adquiridos ou a realização da obra, a ver da sua adequação aos termos da licitação prévia. Calcula a importância exata a pagar e identifica o credor. Durante a liquidação torna-se indispensável, portanto, o confronto entre o contrato, a nota de empenho e os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.

Pagamento é o momento final da realização da despesa pública. Efetuam-no as tesourarias e os estabelecimentos bancários autorizados. Mas precede-o a ordem de pagamento, que é o despacho proferido pelo ordenador da despesa (...)

Desse modo, parece razoável compreender que as normas constantes do art. 63 da Lei n.º 4.320/64 e do art. 44 do Decreto n.º 93.872/86 referem-se ao real credor, eis que a efetivação de negócio jurídico lícito como a cessão de crédito, por exemplo, altera a forma de pagamento inicialmente pactuada e o credor originário (contratado e cedente) deve dar lugar ao credor atual (cessionário).

A execução do objeto contratado, não custa lembrar, continuará sob a responsabilidade da contratada, pois a cessão não afeta os termos e as condições pactuados.

VIII – Afastamento do art. 78, VI, da Lei n.º 8.666/93 em razão da distinção entre cessão de crédito e cessão de posição contratual

Outro argumento dos que rejeitam a cessão de crédito proveniente de contrato administrativo é a possível afronta ao inciso VI do art. 78 da Lei n.º 8.666/93, que assim dispõe:

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;

O citado preceito diz respeito à cessão de posição contratual, também conhecida como cessão de contrato. Não trata de cessão de crédito.

A fim de confirmar o que é dito, deve-se observar a distinção necessária entre cessão de crédito e cessão de posição contratual (ou cessão de contrato).

A diferença entre a cessão de crédito e a cessão da posição contratual é fundamental para compreender com exatidão o tema ora estudado. A primeira gera a transferência da posição na relação obrigacional, ou seja, a posição de credor. Já a segunda resulta na alteração da posição contratual como um todo.

Para Sílvio de Salvo Venosa, a cessão de crédito é definida nos seguintes termos:

A cessão de crédito enfoca a substituição, por ato entre vivos, da figura do credor. (...)

Na cessão de crédito, o cedente é aquele que aliena o crédito; o cessionário, o que adquire. O cedido é o devedor, a quem incumbe cumprir a obrigação. Como veremos, a cessão de crédito não é totalmente alheia ao cedido.

A cessão de crédito é, pois, um negócio jurídico pelo qual o credor transfere a um terceiro seu direito. O negócio jurídico tem feição nitidamente contratual.

A cessão de crédito é assim conceituada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A cessão de crédito consiste em um negócio jurídico por meio do qual o credor (cedente) transmite total ou parcialmente o seu crédito a um terceiro (cessionário), mantendo-se a relação obrigacional primitiva com o mesmo devedor (cedido).

Em geral, é negócio jurídico oneroso, pactuado com propósito lucrativo, embora nada obste a transmissão gratuita do crédito. (...)

Vale destacar que é desnecessário o consentimento prévio do devedor para que ocorra a cessão, ou seja, o sujeito passivo não tem o direito de impedir a transmissão do crédito, muito embora a sua notificação seja exigida para que o negócio produza os efeitos desejados (...)

Já a cessão de posição contratual possui contornos distintos, conforme demonstram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A cessão de contrato ou de posição contratual é instituto jurídico conhecido da doutrina, que, surpreendentemente, não mereceu a devida atenção no Código Civil de 2002.

Diferentemente do que ocorre na cessão de crédito ou de débito, neste caso, o cedente transfere a sua própria posição contratual (compreendendo créditos e débitos) a um terceiro (cessionário), que passará a substituí-lo na relação jurídica originária.

(...)

Note-se que parte respeitável da doutrina, adepta da teoria atomística, fragmentava a análise científica do instituto sob exame, para concluir que, em verdade, a cessão da posição contratual não seria mais do que um plexo de cessões múltiplas – de crédito e débito –, conjugadas, carecedoras de autonomia jurídica.

Não concordamos com esse entendimento.

Quando, em um determinado contrato (imagine uma promessa irrevogável de compra e venda), uma das partes cede a sua posição contratual, o faz de forma integrada, não havendo, pois, a intenção de transmitir, separadamente, débitos e créditos.

Por isso, entendemos assistir razão aos adeptos da teoria unitária, defendida por juristas de escol (PONTES DE MIRANDA, SILVIO RODRIGUES, ANTUNES VARELA,

SÍLVIO VENOSA, dentre outros), segundo a qual a cessão de contrato opera a transferência da posição contratual como um todo, sem que se possa identificar a fragmentação (ou atomização) dos elementos jurídicos componentes da posição contratual.

Maria Helena Diniz apresenta interessantes considerações sobre a cessão de contrato e explicita a obrigatoriedade de anuência do cedido:

Apesar de não ser regulamentada pelo direito brasileiro, a cessão de contrato tem existência jurídica como negócio jurídico inominado, por decorrer do princípio da autonomia negocial, pois desde que os contraentes tenham capacidade, sendo lícito e possível o objeto e não recorrendo a forma proibida legalmente, as partes poderão estipular o que quiserem. Além disso, é preciso lembrar que, se a cessão de crédito e a de débito são permitidas, não há por que vedar a cessão do contrato, já que se do contrato defluem créditos e débitos para os interessados, que os podem transmitir separadamente, não há razão para que não tenham o direito de os transferir no todo. Portanto, na cessão de contrato transmitem-se ao cessionário não só os direitos, mas também as obrigações do cedente.

A cessão de contrato é, segundo Silvio Rodrigues, a transferência da inteira posição ativa e passiva, do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída. Logo, haverá, na verdade, uma transferência de titularidade jurídica contratual, sem que se altere o teor do contrato; ter-se-á somente uma substituição subjetiva no contrato ativa e passivamente (CC, arts. 286 e 299, aplicados analogicamente ante a LINDB, art. 4.º).

(...) O cedente transfere, portanto, sua posição contratual na íntegra a um terceiro (cessionário), que o substituirá na relação jurídica, havendo anuência expressa do cedido. (...)

Sílvio de Salvo Venosa esclarece que a cessão de posição contratual implica a transferência de todo um complexo contratual e também reforça a necessidade de concordância do cedido:

É indiscutível que a cessão de posição contratual é negócio jurídico e tem também características 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). 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. (...)

(...)

A cessão de posição contratual, de fato, possui como objeto (e é no objeto que devemos procurar a distinção) a substituição de uma das partes no contrato, o qual objetivamente permanecerá o mesmo. Há uma posição jurídica global que é transferida. (...)

Como se vê, as distinções entre os dois institutos são nítidas e a doutrina enfatiza isso.

Orlando Gomes apontou com exatidão as diferenças entre cessão de crédito e cessão de contrato:

(...) Cessão de crédito e cessão de contrato distinguem-se pelos seguintes traços:

a) na cessão de contrato, transferem-se todos os elementos ativos e passivos correspondentes, num contrato bilateral, à posição da parte cedente; na cessão de crédito, transferem-se apenas os elementos ativos, que se separam, a fim de que o cessionário os aproprie;

b) na cessão de contrato, não ocorre apenas a substituição de um sujeito por outro, como se dá, no lado ativo, na cessão de crédito; o cessionário assume os direitos e obrigações do cedente, que se lhe transmitem globalmente por efeito do negócio único que estipularam; na cessão de crédito, o contrato básico só se modifica subjetivamente pela transmissão dos direitos pertinentes a uma parte, a qual, não obstante, continua vinculada ao cumprimento da obrigação correspondente à sua posição contratual;

c) a cessão de contrato só é logicamente possível nos contratos bilaterais; nos contratos unilaterais, a cessão ou é de crédito ou de débito;

d) para a cessão de contrato ser viável, é preciso que as prestações não tenham sido completamente satisfeitas pelos contratantes; para a cessão de crédito, é indiferente que o contrato tenha sido executado por uma das partes;

e) na cessão de contrato, é indispensável a cooperação jurídica do contratante cedido; sem seu consentimento, não se opera; na cessão de crédito, não se exige a aquiescência do *debitor cessus*; pode ser feita contra a sua vontade, bastando seja notificado.

Guilherme Couto de Castro também destaca as distinções entre os citados institutos: "a cessão de crédito não se confunde com a cessão de contrato. A primeira designa a transferência da posição de credor. Diferente é a realidade da cessão contratual, na qual são transferidos, indiscriminadamente, direitos e obrigações, vale dizer, o cedente transmitirá a sua posição contratual."

Carlos Roberto Gonçalves segue a mesma linha:

(...) não se confunde a cessão de crédito, igualmente, com cessão de contrato, que abrange a transferência de todos os direitos e obrigações. A primeira restringe-se exclusivamente à transferência de determinados direitos. Enquanto, na cessão de contrato, transferem-se todos os elementos ativos e passivos correspondentes, num contrato bilateral, à posição da parte cedente, na cessão de crédito, transferem-se apenas os elementos ativos, que se separam, a fim de que o cessionário os aproprie.

Esclarecidos os conceitos e as distinções entre os negócios jurídicos em foco, deve-se agora afirmar que o art. 78, VI, da Lei n.º 8.666/93 cuida da cessão de posição contratual (cessão de contrato).

O art. 78, VI, da Lei n.º 8.666/93 trata de situações que geram a modificação do executor do contrato administrativo. Já a cessão de crédito não faz com que o cedente deixe o contrato administrativo.

Nesse sentido, são as lições de Marçal Justen Filho ao apontar o exato campo de incidência do inciso VI do art. 78:

9) A questão do câmbio subjetivo na contratação administrativa (inc. VI)

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

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

(...)

9.5) Cessão da posição contratual

A cessão ou transferência, parcial ou total, corresponde à substituição do contratante [refere-se ao negócio jurídico da cessão do contrato], por outro. O cessionário assume a situação de contratado, investindo-se no *status* contratual ocupado pelo cedente, tal como antes aludido.

Com efeito, o inciso VI do art. 78 da Lei n.º 8.666/93 refere-se à cessão da posição contratual ou cessão de contrato, ou seja, quando o cessionário assume o lugar do cedente no contrato administrativo, algo bem diferente da cessão de crédito.

Cabe salientar, ainda, que a cessão de crédito não viola o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3.º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93), pois o cessionário não assume o lugar do licitante vencedor posteriormente contratado.

No caso ora analisado, a cessão de crédito não coloca o cessionário na posição contratual do cedente (contratado). Desse modo, inviável buscar no art. 78, VI, da Lei n.º 8.666/93 fundamento para rechaçar a cessão de crédito.

Mais uma vez é bom sublinhar que não haverá substituição do cedente pelo cessionário na execução do contrato. O cedente (contratado) continuará prestando seus serviços normalmente à contratante (cedida). Após a notificação sobre a cessão de crédito e a formalização da alteração sobre a forma de pagamento, a Administração deixará de pagar diretamente ao cedente (contratado) e passará a pagar ao cessionário (terceiro).

Inexistindo alteração da empresa executora do contrato administrativo, também sucumbe o argumento de afronta ao caráter *intuitu personae* das contratações públicas.

8. Contudo, não se pode olvidar que o edital ou o contrato pode conter regra proibindo a cessão. Tal fato está amparado no art. 286 do Código Civil ("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") e também na posição preponderante conferida à Administração nos contratos administrativos.

9. Nesse sentido, é útil verificar as lições de José dos Santos Carvalho Filho sobre a supremacia da Administração em relação ao contratado:

2. A Posição Preponderante da Administração

Os contratos privados em geral traduzem um conjunto de direitos e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não há supremacia de uma sobre a outra, e esse nivelamento está presente durante todo o curso do ajuste.

O mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso é explicável pelo fato de que eles visam alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último.

Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia em relação ao contratado. (...)

10. Ademais, não se pode aceitar que a cessão de crédito comprometa a boa execução contratual. Isso é essencial. O interesse público não pode ser olvidado.

11. Outro aspecto a ser abordado diz respeito ao momento exato do início da produção dos efeitos da cessão de crédito em sede administrativa.

12. Eis o teor do art. 89, da Lei n.º 14.133/2021:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

13. Depreende-se da leitura do dispositivo que alteração da forma de pagamento em razão de fato superveniente à celebração do contrato administrativo impõe a assinatura de termo aditivo em cumprimento ao art. 124, II, "c", da Lei n.º14.133/2021 . E esse termo aditivo firmado entre a Administração e a contratada obedecerá às formalidades previstas no art. 89 acima transcrito, bem como sua publicação conforme exigidos no PARECER n.º 31/2019/DECOR/CGU/AGU:

Sendo assim, não é a notificação exigida pelo art. 290 do Código Civil que determina a observância da cessão na seara administrativa. Como visto, é necessário mais para que o negócio celebrado entre particulares determine a alteração da forma de pagamento de um contrato administrativo: a celebração do termo aditivo e a obediência às formalidades constantes do art. 61, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93.

14. Outrossim, julga-se prudente exigir do cessionário certidões de regularidade fiscal e trabalhista ao longo de toda a cessão para que seja dificultada qualquer tentativa de utilizar o instituto da cessão de crédito com finalidade ilícita. Essa medida também parece útil para evitar contratempus na execução contratual.

13. Nesse mesmo sentido, outra providência que deve ser adotada pela Administração se refere à certificação de que a cessionária não se encontra impedida de licitar.

14. Tal comprovação é exigida ordinariamente da empresa contratada e, por tudo o que foi dito até aqui, se sabe que a cessionária não ingressa no contrato administrativo por força da cessão de crédito. No entanto, a exigência se justifica pela dificuldade adicional imposta àqueles que poderiam tentar usar a cessão de crédito como meio de superar as graves penalidades citadas acima. Acredita-se que conluios e fraudes poderiam ser inviabilizados com a adoção da medida sugerida.

15. Evidentemente, a cessão de crédito não exonera a empresa contratada (cedente) de continuar mantendo as condições de habilitação e qualificação.

III- CONCLUSÃO

16. Ante o exposto, em sintonia com o posicionamento adotado NO PARECER n.º 31/2019/DECOR/CGU/AGU compreende-se que:

a) a cessão de crédito decorrente de contrato administrativo é juridicamente viável, desde que não seja vedada pelo edital ou contrato, sendo portanto possível a celebração do termo aditivo 001, haja vista sua previsão expressa no item 5.5 do contrato 019/2023.

b) devem ser atualizadas as certidões de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista também por parte da cessionária, bem como a certificação de que a cessionária não se encontra impedida de licitar;

17. Deste modo, aprovo com ressalvas a minuta do Termo Aditivo 001 do Contrato 019/2023, condicionando-a, tão somente, à atualização das certidões conforme item 16, "b" deste parecer.

À consideração superior.

Manaus, 20 de junho de 2023.

REGINA MELO CAVALCANTI
Procuradora-Chefe Substituta PF/IFAM

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23223000503202361 e da chave de acesso 256a0d8b



Documento assinado eletronicamente por REGINA MELO CAVALCANTI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1203956483 e chave de acesso 256a0d8b no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): REGINA MELO CAVALCANTI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-06-2023 11:38. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
