



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

PARECER REFERENCIAL n. 00018/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.059436/2018-73

INTERESSADO: MINISTÉRIO DA SAÚDE

ASSUNTOS: SUSPENSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM DECORRÊNCIA DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA - PANDEMIA CORONAVÍRUS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. SUSPENSÃO CONSENSUAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EM FUNÇÃO DAS RESTRIÇÕES À EXECUÇÃO CONTRATUAL DECORRENTES DAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19.

I - a suspensão contratual pode se dar através de três formas: a) unilateralmente pela Administração, b) unilateralmente pelo contratado e c) consensualmente;

II - a Administração Pública detém a prerrogativa administrativa implícita de determinar a suspensão temporária da execução contratual unilateralmente, mesmo sem concordância do particular;

III - o particular apenas detém a prerrogativa de suspensão unilateral quando diante dos inadimplementos contratuais indicados pelos incisos XIV e XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, e mesmo assim, apenas se tais fatos jurídicos não forem caracterizados em período de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra;

IV - no período de calamidade pública decorrente do combate à pandemia do COVID-19, inexistente direito à suspensão contratual unilateral por parte do particular;

V - é possível a suspensão do contrato administrativo de forma consensual, mediante a avaliação de conveniência e oportunidade pela Administração e aceite da empresa contratada;

VI - as hipóteses de alteração consensual previstas pelo inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 devem ser compreendidas como exemplificativas;

VII - como efeito geral da suspensão contratual consensual, temos a prorrogação dos prazos contratuais;

VIII - na hipótese em que a suspensão da execução ocorreu por fato do príncipe ou força maior, em data anterior ao da assinatura do termo, esta data pode ser indicada como termo inicial da suspensão, com reconhecimento retroativo pelo termo aditivo, desde que haja comprovação, nos autos, do impedimento, paralisação ou sustação do contrato, decorrente de fato impeditivo legitimador da prorrogação;

X - Na hipótese de inexistência desta comprovação, o termo inicial da suspensão será o da assinatura do termo aditivo.

Senhor Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde,

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de solicitação para análise de termo aditivo para suspensão dos prazos de execução e vigência do **Contrato Administrativo nº 93/2018**, firmado com a empresa **MONTEIRO E MARTINHO CONSTRUÇÕES EIRELI - ME**, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública decorrente do enfrentamento ao COVID-19.

2. A própria empresa, em virtude das limitações geradas ao exercício de suas atividades, por conta das medidas restritivas tomadas pelas diversas esferas federativas, solicitou a suspensão do prazo conforme Carta anexa (0014071415), o que foi acatado, em respeito às medidas de contingência adotadas pelos Poderes Públicos e buscando evitar descumprimento da execução contratual, em virtude dos acontecimentos atuais.

3. Foi também solicitado que este órgão consultivo avaliasse a possibilidade de emissão de um Parecer Jurídico de **natureza referencial**, considerando a grande quantidade de pedidos de suspensão que estão sendo encaminhadas à CGMAP para os contratos de execução de obras e instalação de equipamentos de infraestrutura, para a implantação de solução de Radioterapia, alguns deles, com o prazo absolutamente exíguo.

4. A solicitação parece adequada, justificando a confecção de uma manifestação referencial sobre o tema, a qual poderá ser utilizada pelas áreas técnicas deste Ministério da Saúde para as suspensão dos prazos de execução e vigência dos contratos administrativos, motivadas por implicações relacionadas ao estado de emergência de saúde pública decorrente do enfrentamento ao COVID-19.

5. Os autos estão instruídos no âmbito do SEI-MS, no qual destacamos os seguintes documentos:

- Carta com pedido de suspensão do contrato pela empresa contratada ([0014071415](#))
- Ofício nº 101/2020/SCTIE/CGPO/SCTIE/MS ([0014071444](#))
- Ofício nº 102/2020/SCTIE/CGPO/SCTIE/MS ([0014071459](#))
- Despacho do fiscal do contrato ([0014071477](#))
- Minuta do termo aditivo ([0014080585](#))
- Nota Informativa 51([0014080605](#))
- Despacho solicitando análise da minuta e avaliação sobre a possibilidade de emissão de Parecer Jurídico de natureza referencial ([0014087945](#))

6. O despacho que solicitou a emissão do parecer referencial, o fez nos seguintes termos:

À DIDEP\CONJUR,

1. Trata-se da solicitação de suspensão dos prazos de execução e vigência do Contrato Administrativo nº 93/2018, firmado com a empresa MONTEIRO E MARTINHO CONSTRUÇÕES EIRELI - ME, **vigente até 21/07/2020**.

2. Assim, conforme acostado na Nota Informativa 51 DICONTE (0014080605), encaminhamos os autos, na urgência que o caso requer, para análise e manifestação quanto à solicitação, em atendimento ao parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/1993.

3. Por fim, solicitamos desse órgão consultivo avaliação sobre a possibilidade de que o Parecer Jurídico em referência seja de **natureza referencial**, considerando a grande quantidade de pedidos de suspensão que estão sendo encaminhadas a esta CGMAP para os contratos de execução de obras e instalação de equipamentos de infraestrutura, para a implantação de solução de Radioterapia, alguns deles, com o prazo absolutamente exíguo.

7. É o sucinto relatório

2. DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

8. O procedimento ordinário para pactuação de termos aditivos aos contratos administrativos envolve a análise prévia da respectiva minuta, pelo órgão de assessoramento jurídico, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

9. No entanto, o elevado número de processos repetitivos versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embarçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figura da Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014

O ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014...".

10. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

11. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

12. A grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado.

13. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art.37, *caput*, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

14. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

15. Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “in abstrato”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

16. Tal iniciativa foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/20143. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alega obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado “envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal”. Segundo o relator, o cerne da questão “diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de ‘manifestação jurídica referencial’, a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida”. Nesse campo, relembrou o relator que a orientação do TCU “tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidenciação da análise integral dos aspectos legais pertinentes”, posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e “a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado”, sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que “o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma”. Acórdão 2674/2014 Plenário, TC 004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

17. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as

orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.

- A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
- a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

18. É o que se passará, agora, a fazer.

2.1 DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS

19. A elaboração de **manifestação jurídica referencial** depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos: **i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e, **ii)** da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que deve-se restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

20. No caso dos autos, tendo em vista a urgência do procedimento, os diversos processos já instaurados e a informada "a grande quantidade de pedidos de suspensão que estão sendo encaminhadas", em função do enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, esta Consultoria Jurídica emitirá o presente parecer para subsidiar a área, promovendo maior celeridade possível nas aquisições.

21. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

2.2 FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

22. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos das minutas dos editais e seus anexos.

23. Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

24. Importante salientar, que o exame dos autos processuais se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos (Conforme Enunciado nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, "A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu

acatamento”).

25. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

26. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

27. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

28. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

3. DA ANÁLISE JURÍDICA

29. A presente análise envolve a pretensão administrativa de suspensão do contrato administrativo, em virtude de fatos jurídicos relacionados com o estado de calamidade pública vivenciado pela sociedade brasileira em função do combate ao COVID-19 (Coronavírus).

30. Como é de conhecimento público, o Brasil está enfrentando uma grave crise em razão da pandemia relacionada ao Coronavírus, com alarmante potencial dano à saúde e à economia.

31. Na tentativa de combater a ampliação abrupta do contágio, o que teria efeitos devastadores, segundo especialistas, em virtude da alta transmissibilidade do referido vírus e sua agravada mortalidade em determinados grupos de risco, diversos representantes dos poderes instituídos, em cada uma das unidades federativas, vêm adotando, com maior ou menor rigor, medidas restritivas para seus cidadãos, muitas delas inspiradas em ações ou omissões identificadas por países afetados anteriormente pela mesma pandemia.

32. Nesta feita, medidas como restrição à circulação de pessoas, à aglomeração, à realização de eventos, à abertura de estabelecimentos, além de recomendações gerais para que os cidadãos fiquem em suas casas, foram feitas por diversas autoridades públicas, muitas vezes com a utilização de prerrogativas possuídas pelo estado para o exercício do poder de polícia e restrição de liberdades individuais.

33. Medidas desta natureza, inclusive, estão sendo apresentadas pelas empresas contratadas como justificativa para o pedido de suspensão do contrato.

34. Embora não seja objetivo desta manifestação detalhar este quadro de ação estatal extraordinária, em sua perspectiva federal, estadual ou municipal, é importante vislumbrar que ações restritivas produzem efeitos nas diversas áreas da atividade econômica, inserindo-se neste ambiente a execução dos contratos e, obviamente, dos contratos

administrativos.

35. Assim, a avaliação sobre a possibilidade de suspensão do contrato administrativo e suas repercussões, bom salientar, não se reduz a uma análise estritamente jurídica, como aqui será pontuado, exigindo também uma avaliação do gestor público sobre aspectos outros, dentre eles relacionados à conveniência e à oportunidade social da suspensão, que em tempos de crise pandêmica como a hoje vivenciada, deve levar em conta preocupações valores basilares que justificam a própria existência do Estado.

4. DA SUSPENSÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

36. Entendemos que a suspensão contratual pode se dar através de três formas:

- a) unilateralmente pela Administração
- b) unilateralmente pelo contratado
- c) consensualmente

37. A opção de qual das formas de suspensão contratual dependerá da situação fática existente e do interesse administrativo envolvido.

4.1 Da suspensão unilateral pela Administração

38. O contrato administrativo é marcado pela existência de um regime jurídico especial, com maior maior incidência das regras de direito público, as quais estabelecem prerrogativas e restrições para a Administração contratante.

39. O contrato administrativo não é um contrato baseado na estrita igualdade jurídica entre as partes. Ele possui aspectos em que a administração pública tem poderes de supremacia sobre o contraente particular e também aspectos em que a ela fica sujeita a restrições especiais, que os particulares, em regra, não tem quando entre si contratam (AMARAL: 2015, P.448)

40. A incidência do regime jurídico de direito administrativo traz algumas características peculiares ao contrato administrativo, já que nele a Administração atua com restrições e com prerrogativas extraordinárias que a colocam em um patamar de superioridade em relação à parte contratada.

41. Embora as prerrogativas extraordinárias fundamentem justas críticas sobre a natureza propriamente contratual, do contrato administrativo, seu regime jurídico, marcado por aspectos de autoritarismo e unilateralismo, não é incompatível com o Estado Democrático de Direito, embora deva ser este unilateralismo temperado pela incidência do princípio da autonomia das vontades, elemento essencial ao conceito de contrato. Neste sentido, Fernando Dias de Menezes Almeida lembra que o simples fato de estar lidando com a categoria jurídica dos contratos, que tem como elemento essencial de sua estrutura o acordo de vontades, já indica uma tendência original à incidência do princípio da autonomia (ALMEIDA: 2012, p. 153).

42. Via de regra, as prerrogativas extraordinárias da Administração, nos contratos administrativos, independem da previsão contratual, pois decorrem da própria Lei. Assim, mesmo que omissa o contrato firmado, cabe a utilização delas em favor do Poder Público. Por conseguinte, o regime jurídico contratual da Lei nº 8.666/93 permite à administração a suspensão do contrato administrativo.

43. Embora não seja a suspensão unilateral indicada expressamente, no texto legal, como uma das

prerrogativas administrativas definidas pelo artigo 58 da Lei nº 8.666/93, ela é implicitamente identificável em seu regime jurídico.

44. Em primeiro, pode ser suscitado que, se a Administração pode alterar unilateralmente o contrato e até rescindi-lo unilateralmente, a suspensão seria uma prerrogativa implícita, nada obstante não estar claramente identificada no artigo 58 do texto legal. Em segundo, é possível identificar trechos da Lei que indicam, mesmo que de forma indireta, esta prerrogativa por parte da Administração.

45. Assim, por exemplo, o parágrafo único do artigo 8º, ao definir que a execução das obras e dos serviços deve se programar em sua totalidade, com previsão de seus custos e considerados os prazos de sua execução, proíbe o retardamento imotivado, mas ressalva dessa proibição as situações de insuficiência financeira ou motivo de ordem técnica. Ora, a ressalva do texto legal deixa claro que, em razão de insuficiência financeira ou diante de motivo de ordem técnica, seria admitida a suspensão (retardamento) da execução contratual. Nesse prumo, inclusive, Niebuhr conclui que, em regra, o contrato deve ser executado dentro dos prazos inicialmente avençados, sem atrasos, interrupções ou suspensões, embora admita-se, excepcionalmente, a diminuição do ritmo de execução ou a própria suspensão do contrato (NIEBUHR: 2011. p.950).

46. Vale também fazer referência aos incisos XIV e XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação

47. A Lei nº 8.666/93, que expressamente prevê como prerrogativa extraordinária a alteração unilateral e a rescisão unilateral do contrato, implicitamente, permite à Administração Pública contratante a suspensão do contrato, mesmo que unilateralmente.

48. Outrossim, o texto legal, notadamente no inciso XIV do artigo 78, deixa clara esta possibilidade, implicitamente admitindo sua adoção unilateral (quando ela será caracterizada como uma prerrogativa extraordinária), ao definir que é possível a suspensão da execução por ordem escrita da Administração.

49. Nesta feita, detém a Administração Pública a prerrogativa administrativa implícita de determinar a suspensão temporária da execução contratual unilateralmente, mesmo sem concordância do particular, nos termos dos dispositivos acima indicados.

50. Obviamente, eventuais danos causados pela suspensão unilateral podem impactar a execução contratual, com repercussões econômicas que exijam indenização, por parte da Administração contratante.

4.2 Da suspensão unilateral pelo particular

51. Noutro diapasão, embora o inciso XIV faça remissão a uma prerrogativa administrativa de suspensão unilateral da execução contratual, pela Administração, admite também a possibilidade de suspensão unilateral por opção do contratado (que pode alternativamente exigir a rescisão judicial do contrato), quando a suspensão unilateral pela Administração ocorrer por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias. Este direito de opção do contratado é possível, inclusive, quando repetidas suspensões com prazos menores totalizarem período superior aos 120 (cento e vinte) dias.

52. Contudo, nos termos do dispositivo, não existirá esse direito do particular contratado de optar unilateralmente pela suspensão de suas obrigações ou buscar a rescisão judicial, quando a suspensão contratual por ordem da Administração decorrer de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

53. No mesmo prumo, nos termos do inciso XV, o particular possui o direito de suspender unilateralmente o contrato (ou buscar a rescisão judicial), quando a Administração atrasar os pagamentos devidos por prazo superior a 90 (noventa) dias.

54. Aqui também, o legislador definiu que não existirá esse direito do particular contratado de optar unilateralmente pela suspensão de suas obrigações ou buscar a rescisão judicial, quando o inadimplemento por mais de 90 (noventa) dias ocorrer em período de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

55. Bom registrar, o particular apenas detém a prerrogativa de suspensão unilateral quando diante dos inadimplementos contratuais indicados pelos incisos XIV e XV, e mesmo assim, apenas se tais fatos jurídicos não forem caracterizados em período de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

56. Nesta feita, em período como o atual, de calamidade pública decorrente do combate à pandemia do COVID-19, inexistente direito à suspensão unilateral por parte do particular contratado, com base nos dois dispositivos acima citados.

57. Outrossim, convém firmar, a suspensão unilateral, sem justa causa e prévia comunicação à Administração, é, inclusive, fato jurídico que legitima a rescisão unilateral pela Administração, nos termos do inciso V do mesmo artigo 78, sem prejuízo da aplicação das demais sanções cabíveis.

4.3 Da suspensão contratual consensual

58. Por fim, há a possibilidade de suspensão contratual consensual. Ela também encontra-se implícita no parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 8.666/93.

59. Outrossim, a suspensão contratual é admitida implicitamente pela natureza contratual da relação jurídica firmada e também pela previsão legal que admite a alteração consensual do contrato administrativo.

60. Pragmaticamente, a suspensão consensual da execução contratual nada mais é do que a alteração das regras inicialmente estabelecidas para o regime de execução contratual, o que legitima a adoção da hipótese de alteração consensual prevista no artigo 65, inciso II, alínea da Lei nº 8.666/93.

61. As hipóteses de alteração consensual previstas pelo inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 devem ser compreendidas como exemplificativas. O elenco apresentado pela Lei não significa que as possibilidades de alteração por acordo entre as partes limitar-se-iam a tais hipóteses descritas neste inciso. Ao revés, a intenção deste elenco é impor que as alterações previstas nessas situações devam ser objeto de trato consensual, não cabendo imposição unilateral por parte da Administração. Sobre o tema trata Jessé Torres Pereira Júnior (2003. P. 657):

“O que o preceito visa a assegurar é o contrário – as quatro situações de mutabilidade referidas nas alíneas somente podem resultar do consenso, vedada a sua imposição unilateral da Administração Não significa dizer que as alterações consensuais se reduzem a essas situações definidas no inciso II; as partes estarão sempre livres para introduzirem no contrato qualquer alteração que resulte de consenso, observados os limites legais.”

62. Quando pactuam mudanças no Instrumento de Medição de Resultados (IMR), nas rotinas contratadas ou mesmo negociam uma redução do aumento que a empresa teria direito por eventual reajuste, as partes estão realizando alterações contratuais consensuais, embora estas não estejam explicitamente previstas no texto legal. Da mesma forma ocorrerá quando for pactuado, consensualmente, a suspensão da execução contratual, em função do período de crise vivenciado com a epidemia do Coronavírus.

63. Diante de situações de crise, a recomposição contratual consensual ou renegociação de seus termos é algo natural ao acordo de vontades, afinal, o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o direito contratual comum.

64. Diante do impacto das medidas restritivas, nas ações de combate ao coronavírus, prejudiciais ou impeditivas à continuidade da execução contratual, as partes podem, legitimamente, acordar a suspensão da execução contratual.

65. Em diversas pretensões contratuais, a suspensão contratual pode se apresentar como a melhor saída para conciliar os interesses das partes contratantes com o interesse coletivos de assimilação e obediência às medidas impostas pelo poder público para redução do contágio da pandemia. A situação atualmente vivenciada no país e no mundo indica uma quebra de paradigma na condução de tratamentos médicos e ações de enfrentamento a epidemias, o que exige flexibilidade nas soluções contratuais.

66. Bom observar, a suspensão consensual pode apresentar-se como a forma mais propícia ao enfrentamento da situação atualmente vivenciada. Isso porque ela permite uma avaliação sobre a conveniência e oportunidade da continuidade da execução do contrato. Por certo, algumas contratações podem e deverão persistir em sua execução, mesmo que com ajustes, até para auxiliar o Poder Público no combate ao COVID-19. Noutro diapasão, há execuções contratuais que não apenas podem ser suspensas, como devem ser, a fim de colaborar com as medidas de redução da incidência de contágio.

67. Em suma, é possível a suspensão do contrato administrativo de forma consensual, mediante a avaliação de conveniência e oportunidade pelo autoridade competente pela gestão contratual e aceite da empresa contratada.

4.4 Dos efeitos decorrentes da suspensão

68. Para fins didáticos, dividiremos os efeitos decorrentes da suspensão em duas espécies: efeitos gerais e efeitos concretos.

69. Em relação aos efeitos concretos, tais como eventuais repercussões econômicas, danos, novos custos contratuais, entre outros, decorrentes da paralisação, deixaremos de analisar neste parecer referencial, por motivos óbvios. Tais efeitos concretos, entre eles repercussões econômicas e problemas gerados pela paralisação, não serão tratados aqui neste parecer referencial, pois a sua incidência exige a avaliação tópica, que deve ser feita de acordo com cada contrato, levando em consideração não apenas os efeitos financeiros em sentido estrito.

70. Noutro prumo, como efeito geral da suspensão contratual, e aqui objeto da análise deste Parecer, temos a

prorrogação dos prazos contratuais.

71. Nos termos do §1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, uma vez suspenso o contrato, em sua retomada será admitida a prorrogação dos prazos:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis. (Grifo nosso)

72. Como é evidente, a crise de saúde pública e as repercussões geradas pelas ações de combate ao COVID-19, com a política de confinamento e as restrições enquadram-se na hipótese de "superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato". Gabriela Pércio destaca que a hipótese do inciso II permite a prorrogação do prazo em razão de eventos que caracterizem caso fortuito, força maior, fato da administração e fato do príncipe, sendo pouco útil a caracterização entre um ou outro conceito, mas sendo importante a impossibilidade de evitar o fato e seus efeitos (PÉRCIO: 2015, p. 125).

73. Além da hipótese prevista no inciso II, que admite as hipóteses de suspensão consensual e unilateral pela Administração, o interesse administrativo de suspender o contrato também legitimaria a subsunção ao inciso III, acima transcrito, na hipótese de suspensão unilateral.

74. Seja na suspensão unilateral ou na consensual do contrato, a sustação da execução traz, como um de seus efeitos, a prorrogação automática do seu cronograma de execução, por igual tempo. Tal regra consta expressa no §5º do artigo 79 da Lei nº 8.666/93:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

(...)

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo. (Grifo nosso)

75. O § 5º do artigo 79 faz referência a uma "prorrogação automática" do cronograma de execução. Isso significa dizer que, ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente, pelo período prejudicado (igual tempo).

76. Interessante perceber, a prorrogação não decorrerá de eventual vontade administrativa, ela será um efeito imediato do impedimento, sustação ou paralisação do contrato.

77. Disso decorre que, em uma situação de calamidade pública como a atual, a suspensão pode ser contada do momento que ocorreu a situação de impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o que não necessariamente se confundirá com a data do termo aditivo. Por isso, é possível imaginar hipóteses em que a sustação da execução contratual decorrerá de fato do príncipe (por exemplo, medida restritiva imposta pelo Poder Público) merecendo a prorrogação de prazo desde este momento, mesmo que transcorram dias ou semanas para a tramitação burocrática do respectivo termo aditivo de suspensão contratual.

78. Na prática, deve ser tomado o devido cuidado para que ocorra a formalização da prorrogação, com justificativa dos motivos que desencadearam a necessidade de suspensão. No atual momento, parece inviável exigir, inclusive, a já definição do novo cronograma de execução contratual, tendo em vista a incerteza sobre o período de enfrentamento deste momento de crise.

79. De qualquer forma, mesmo que não seja providenciada a formalização no tempo mais propício, ou seja, antes do fim do prazo original, convém lembrar que em contratos de escopo, caso não existam motivos para sua rescisão antecipada, sua conclusão se dá apenas com a conclusão do objeto. Neste sentido, o TCU já ponderou que, inexistindo motivos para sua rescisão ou anulação, a extinção do ajuste somente se opera com a conclusão do objeto e o seu recebimento pela Administração, diferentemente dos ajustes por tempo determinado, nos quais o prazo constitui elemento essencial e imprescindível para a consecução ou a eficácia do objeto avençado (TCU. Acórdão 1674/2014-Plenário). Em outro julgado interessante, o Tribunal, embora admitindo que o ideal seja a prorrogação formal antes do término do prazo de vigência, mediante termo aditivo, admitiu que, excepcionalmente e para evitar prejuízo ao interesse público, nos contratos de escopo, mesmo com inércia do agente na formalização tempestiva do devido aditamento contratual, “é possível considerar os períodos de paralisação das obras por iniciativa da Administração contratante como períodos de suspensão da contagem do prazo de vigência do ajuste” (TCU. Acórdão 127/2016 Plenário).

80. Enfim, por expressa determinação da Lei nº 8.666/93, no §5º do artigo 79, caso ocorra impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução deve ser prorrogado, automaticamente, por igual tempo. A expressão “automaticamente” não é desprovida de sentido ou finalidade. Ela define que a prorrogação do cronograma de execução é consequência necessária quando ocorrerem impedimento, paralisação ou sustação do contrato. Em suma, o texto legal confere direito às partes para prorrogação “automática” do cronograma de execução, o que se apresenta como um efeito geral da suspensão consensual.

4.5 Da análise jurídica da minuta de suspensão consensual

81. Em relação à minuta de termo aditivo para suspensão consensual do contato administrativo, cumpre salientar que não há expressos requisitos definidos pelo legislador.

82. Dessa maneira, não há óbice à confecção de uma minuta de conteúdo simples.

83. Em relação à cláusula primeira, que define o objeto, parece-nos importante que seja desde já indicado o momento de suspensão da execução contratual, que pode coincidir com a data da assinatura do termo ou não.

84. Na hipótese em que a suspensão da execução ocorreu de fato do príncipe, em data anterior ao da assinatura do termo, esta data pode ser indicada como termo inicial da suspensão, com reconhecimento retroativo pelo

termo aditivo. Nesse caso, contudo, deverá haver justificativa técnica nos autos, comprovando o impedimento, paralisação ou sustação do contrato, decorrente de fato impeditivo legitimador da prorrogação.

85. Na hipótese de inexistência desta comprovação, o termo inicial da suspensão será o da assinatura do termo aditivo.

86. Em relação à cláusula segunda, dos valores, na hipótese de opção pela suspensão, não haverá, em princípio, alteração dos valores, embora o período de sustação contratual possa, em tese, gerar impactos econômicos, quando do retorno da execução contratual.

87. A cláusula terceira (fundamentação legal) indica o seguinte teor: "A suspensão do contrato por acordo entre a **CONTRATANTE** e a **CONTRATADA** tem seu fundamento no art. 57, § 1º e no art. 78, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93."

88. Esta fundamentação é válida, mas deve ser adotada quando optar-se pela suspensão unilateral, "por ordem da Administração".

89. Na hipótese de suspensão consensual, sugerimos o seguinte texto: A suspensão do contrato por acordo entre a **CONTRATANTE** e a **CONTRATADA** tem seu fundamento no parágrafo único do artigo 8º; art. 57, § 1º; inciso II, do artigo 65 e §5º do artigo 79, todos da Lei nº 8.666/93.

90. Identificamos que há erro de numeração nas cláusulas quarta e quinta (que estão como quinta e sexta). Sugerimos a correção da numeração, mas não identificamos óbices em seu conteúdo propriamente dito.

5. CONCLUSÃO

91. Ante o exposto, primeiramente, convém firmar as seguintes balizas, acerca da possibilidade de suspensão dos contratos administrativos

a) a suspensão contratual pode se dar através de três formas: a) unilateralmente pela Administração, b) unilateralmente pelo contratado e c) consensualmente;

b) a Administração Pública detém a prerrogativa administrativa implícita de determinar a suspensão temporária da execução contratual unilateralmente, mesmo sem concordância do particular;

c) o particular apenas detém a prerrogativa de suspensão unilateral quando diante dos inadimplementos contratuais indicados pelos incisos XIV e XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, e mesmo assim, apenas se tais fatos jurídicos não forem caracterizados em período de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra;

d) no período de calamidade pública decorrente do combate à pandemia do COVID-19, inexistente direito à suspensão contratual unilateral por parte do particular;

e) é possível a suspensão do contrato administrativo de forma consensual, mediante a avaliação de conveniência e oportunidade pela Administração e aceite da empresa contratada;

f) as hipóteses de alteração consensual previstas pelo inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 devem ser compreendidas como exemplificativas;

g) como efeito geral da suspensão contratual consensual, temos a prorrogação dos prazos contratuais;

h) na hipótese em que a suspensão da execução ocorreu por fato do príncipe ou força maior, em data anterior ao da assinatura do termo, esta data pode ser indicada como termo inicial da suspensão, com reconhecimento retroativo pelo termo aditivo, desde que haja comprovação, nos autos, do impedimento, paralisação ou sustação do contrato, decorrente de fato impeditivo legitimador da prorrogação;

i) Na hipótese de inexistência desta comprovação, o termo inicial da suspensão será o da assinatura do termo aditivo.

92. Firmadas tais premissas basilares e atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial, resguardando-se o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, as questões de ordem fática e técnica e as valorações de cunho econômico-financeiro, o procedimento estará apto para a produção de seus regulares efeitos.

93. É necessário que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da presente manifestação, consoante exigência contida no item I da ON. AGU n. 55, de 23 de maio de 2014.

94. Deve, ainda, o Administrador inserir cópia da presente manifestação referencial no SEI-MS, e acostar em cada um dos autos em que se pretender a suspensão do contrato administrativo, em função de reflexos das ações de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

95. Não sendo o caso, a persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo administrativo a esta CGLICI/CONJUR/MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

96. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

97. Além disso, recomenda-se o envio dos autos à Chefe do Serviço de Apoio aos Sistemas de Tramitação de Documentos, para alimentação da página da Consultoria Jurídica e também à Chefe de Gabinete da Consultoria Jurídica, para inserção na página do Ministério da Saúde.

98. Sugere-se o envio dos autos à Subsecretaria de Assuntos Administrativos, para ciência e providências.

À consideração superior.

Brasília, 29 de março de 2020.

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000059436201873 e da chave de acesso d470ea02

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Diego Freitas. Curso de direito Administrativo. Lisboa: Almedina, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratos administrativos: manual para gestores e fiscais. Curitiba: Juruá, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Públicas. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003..

Documento assinado eletronicamente por RONNY CHARLES LOPES DE TORRES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 401102963 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RONNY CHARLES LOPES DE TORRES. Data e Hora: 30-03-2020 12:19. Número de Série: 58639075122848610471040938922. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
