

Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

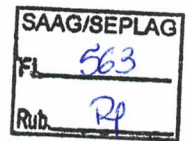
Processo n.º 311093/2019
Origem Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
Assunto Análise das alterações feitas na minuta do edital e Ata de Registro de Preço e inclusão de nova minuta de contrato após o Parecer Jurídico n.º 2.403/SGAC/PGE/2021
Parecer n.º 2.861/SGAC/PGE/2021
Local e Data Cuiabá/MT, 11/10/2021
Procurador Leonardo Vieira de Souza

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. ALTERAÇÕES NA MINUTA DE EDITAL E ATA DE REGISTRO DE PREÇO APÓS O PARECER N.º 2.403/SGAC/PGE/2021. INCLUSÃO DE NOVA MINUTA DE CONTRATO PARA ATENDER À POSSIBILIDADE DE ADESÃO CARONA POR EMPRESAS ESTATAIS. LEI N.º 13.303/2016. ALTERAÇÃO DO DECRETO N.º 840/17. NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA OBRIGATÓRIA PREVISTA EM LEI. POSSIBILIDADE JURÍDICA. RECOMENDAÇÕES DE CONFORMIDADE.

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo encaminhado pela Secretaria Adjunta de Aquisições Governamentais a fim de que esta Unidade Setorial da Subprocuradoria-Geral de Aquisições e Contratos emita parecer acerca das alterações realizadas na minuta de edital, minuta da ata de registro de preço e acerca da inclusão de nova minuta de contrato elaborada para atender à possibilidade de adesão carona por empresas estatais, tendo em vista a inclusão do parágrafo único no art. 138-A do Decreto n.º 840/17, com a seguinte redação:

Art. 138-A Os regulamentos das empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso, deverão prever a possibilidade de adesão carona nas licitações realizadas pela administração direta, autárquica ou fundacional. *(Acrescentado pelo Dec. 219/19)*



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

estatais incluída neste procedimento.

Este é o relatório. Passo a opinar.

2. DOS LIMITES E ALCANCE DO PARECER JURÍDICO

Cumprindo delinear os limites e o alcance da atuação desta consultoria jurídica, tem-se que o parecer jurídico exarado pela Procuradoria-Geral do Estado veicula opinião estritamente jurídica, desvinculada dos aspectos técnicos que envolvam a presente demanda, a exemplo de informações, documentos, especificações técnicas, justificativas, e valores, os quais são presumidamente legítimos e verdadeiros, em razão, inclusive, dos princípios da especialização e da segregação de funções, regentes da atuação administrativa.

O parecer, portanto, é ato administrativo formal opinativo exarado em prol da segurança jurídica da autoridade assessorada, a quem incumbe tomar a decisão final dentro da margem de discricionariedade conferida pela lei.

3. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

3.1. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA MINUTA DO EDITAL E DA ATA DE REGISTRO DE PREÇO: PREVISÃO QUE SE ADEQUA À EXIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 138-A DO DECRETO Nº 840/17 – RECOMENDAÇÃO DE ALTERAÇÃO DO TEXTO PARA MELHOR COMUNICAÇÃO

A possibilidade de adesão por empresas estatais às atas de registro de preços da administração direta em Mato Grosso foi assim regulamentada pela alteração recentemente promovida no Decreto nº 840/17:

Art. 138-A Os regulamentos das empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso, deverão prever a possibilidade de adesão carona nas licitações realizadas pela administração direta, autárquica ou fundacional. *(Acrescentado pelo Dec. 219/19)*

Parágrafo único O procedimento para formação das atas de



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Essa é a previsão na minuta da ata:

III. Atendendo a alteração do Decreto Estadual nº 840/2017, registra-se a possibilidade de adesão carona por Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias.

- a) As Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias deverão quando da realização da adesão, adotar a Minuta do Contrato II, Anexo VIII, da presente licitação, realizando as alterações condizentes à peculiaridade de suas demandas e atendimento da Lei nº 13.303/2016.
- b) Demais procedimentos de contratação, exigidos na Lei nº 13.303/2016 e nos Regulamentos próprios das Estatais (Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias), são de responsabilidade exclusiva destas.

Sugere-se sejam promovidas alterações em ambos para fazer constar as seguintes informações:

1. a norma específica do Decreto nº 840/17, qual seja, o art. 138-A, parágrafo único;
2. a menção à expressão "empresas estatais de Mato Grosso", como consta no decreto, em vez da especificação das "empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias";
3. a previsão expressa de que a possibilidade de adesão carona às atas da administração direta, para as estatais mato-grossenses, também se condiciona à previsão em seus regulamentos;
4. a previsão expressa no sentido de que o procedimento licitatório e de gerenciamento da ata de registro de preços mantém-se regido pelas normas do edital de licitação, sem qualquer alteração, de modo que as alterações adaptativas ao regime das estatais aplica-se somente no âmbito da respectiva contratação, conforme minuta específica anexa ao edital.



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Analisando a Seção I, do Capítulo II, da lei de regência, verifica-se que os contratos decorrentes de contratações públicas que envolvam empresas estatais serão regulados pela citada lei e pelos preceitos de direito privado, devendo-se especial atenção ao disposto nos requisitos obrigatórios elencados nos artigos 68 e 69 da Lei nº 13.303/2016:

Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;

V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;

VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;

VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;

VIII - a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor;

IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;

X - matriz de riscos.”

Deste modo, os requisitos mínimos para a elaboração da minuta de contrato encontram-se dispostos nos incisos do art. 69 da citada lei, bem como dos demais regramentos estabelecidos nos artigos 70 a 84, a serem observados quando da elaboração das minutas de contrato. Desta feita, a análise quanto a observância, ou não, estão listados na Tabela abaixo, tendo por base a minuta juntada às fls. 1.404-1420, não sendo listados na relação os artigos 73-75 e 79-80 por não se aplicarem ao caso dos autos, senão vejamos:



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

trata da **matriz de risco**, definida no art. 42, inciso X e suas alíneas da própria Lei nº 13.303/2016, tem-se que se trata de cláusula que deverá constar em toda e qualquer contratação que envolva empresas públicas e as sociedades de economia mista, *in verbis*:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
 - b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, **em obrigações de resultado**, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
 - c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, **em obrigações de meio**, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.”
- (Destaquei)

Depreende-se que a lei visa a mitigar uma gestão de risco, focando seus esforços em agir de forma antecipada, planejando e detectando quais os riscos que se pretende dirimir, visto que são inúmeros os riscos da administração, sejam eles de natureza contábil, financeira, jurídica, social, dentre outros.

Salienta-se que esse mecanismo permite aos licitantes interessados



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

com diferentes metodologias ou tecnologias;

[...]

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: [...]"

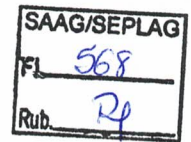
Deste modo, o disposto no *caput* do art. 81, nos seus incisos e parágrafos, não se aplica ao caso dos autos visto que o objeto descrito no item 2.1 do edital não se refere a obras ou serviços de engenharia. Deste modo, a cláusula décima primeira do contrato deve ser ajustada para fazer referência ao art. 72 da Lei nº 13.303/2016 e, subsidiariamente, ao disposto na Lei nº 8.666/93.

Diante do exposto, **recomenda-se** seja alterada a referência feita no item 11.1 da cláusula décima primeira da minuta do contrato, diante da não correspondência do art. 81 ao objeto previsto no pregão, por não se tratar de obras e serviços de engenharia.

➤ **SEÇÃO III – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

Quanto às sanções administrativas, disciplinadas na Seção III do Capítulo II da Lei nº 13.303/2016, e analisando os itens da cláusula décima segunda da minuta do contrato, verifica-se que foram observados todos os regramentos passíveis de serem aplicáveis ao caso dos autos.

In casu, o art. 82 determina que os contratos deverão conter cláusulas com sanções administrativas para os casos de atraso injustificado na execução do contrato, sendo esta exigência atendida no item 12.3 da minuta, por sua vez as hipóteses de sanções previstas no art. 83 são contempladas nos itens 12.3 e 12.4 da minuta.



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Processo nº: 311093/2019 **PGE net 2020.02.008528**

Origem/Interessado Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Assunto: Consulta acerca da possibilidade de reanálise do Parecer nº 2.861/SGAC/PGE/2021, no ponto em que se exigiu que a presença da matriz de risco fosse cláusula obrigatória nas minutas de contratos das empresas estatais

Parecer nº 3.070/SGAC/PGE/2021

Data: 26/10/2021

Procurador: Leonardo Vieira de Souza

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. LEI Nº 13.303/16. EMPRESAS ESTATAIS. MATRIZ DE RISCO COMO CLÁUSULA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. CONSULTA SOBRE REVISÃO DE PARECER ANTERIOR. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS E CONCLUSÕES DO PARECER. AGREGAÇÃO DE NOVOS FUNDAMENTOS. MATRIZ DE RISCO COMO CLÁUSULA OBRIGATÓRIA QUE SOMENTE PODE SER AFASTADA COM JUSTIFICATIVA DO ADMINISTRADOR DIANTE DO CASO CONCRETO. ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE OU INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO AO OBJETO DA CONTRATAÇÃO.

Cuida-se de pedido de reanálise do Parecer nº 2.861/SGAC/PGE/2021, no ponto em que se exigiu que a presença da matriz de risco fosse cláusula obrigatória nas minutas de contratos das empresas estatais, nos casos em que se permitiu a adesão carona por estatais às atas de registro de preços da administração direta.



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

lei das estatais. E, na regra geral, previu-se a matriz de risco como cláusula necessária nos contratos disciplinados pela Lei nº 13.303/16. Por outro lado, o art. 42, § 1º, I, d, traz **previsão específica sobre as contratações semi-integradas e integradas**, e coloca a matriz de risco como elemento que deve se encaixar necessariamente nesses casos, o que, decerto, é extraído da natureza dessas contratações, já tendo o legislador previsto a necessária aplicabilidade da matriz de risco àqueles casos regulados.

A conclusão acima enunciada fica ainda mais precisa quando se observa que o art. 42, § 3º, da norma em referência, ainda traz mais uma menção à matriz de risco, demonstrando novamente que visa à regulamentação específica dos casos ali tratados, quais sejam, os das contratações integradas ou semi-integradas. O citado dispositivo, então, prevê que, “nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”. Mais uma vez, há especificação da aplicação da cláusula obrigatória da matriz de risco no caso específico regulado pelo dispositivo legal.

Para que se avance no que se tem pela melhor interpretação da norma, é preciso trazer algumas linhas a respeito do que é a matriz de risco. O art. 42, X, da Lei nº 13.303/16 traz a seguinte definição legal:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

(...)

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato,



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

superada, por absoluta impropriedade ou inaplicabilidade no caso concreto. Isso, de todo modo, não poderia ser definido pelo legislador aprioristicamente, restando ao gestor tal demonstração nos casos concretos que a ele são submetidos. Essa análise será sempre técnica e deverá guardar relação com o objeto pactuado e sua forma de execução.

Nessas situações, em que claramente não é cabível o estabelecimento de matriz de risco, deve o administrador, portanto, realizar a justificativa adequada no respectivo processo de contratação para não fazer constar tal cláusula no edital e no contrato. Veja que a conclusão que ora se extrai é distinta da sugerida pela consulente. A regra é que conste a matriz de risco, pois essa é uma exigência legal; excepcionalmente (por mais que isso não represente um diminuto número de casos) é que haverá o afastamento da necessidade da matriz de risco, o que deverá ser demonstrado pelo administrador no caso concreto, indicando a **absoluta impossibilidade, inviabilidade, inadequação ou ineficiência na definição de matriz de risco**, em atenção ao que se pretende contratar.

Portanto, a obrigatoriedade da matriz de risco pode ser afastada em cada caso concreto, se for descabida ou inaplicável diante da realidade da contratação que se busca realizar. Isso demandará, em cada caso, justificativa do administrador. Não é caso, no entanto, de alteração das conclusões manifestadas anteriormente por esta Procuradoria, **exceto quanto à expressão da possibilidade desse abrandamento da obrigatoriedade no caso concreto, se a cláusula definida como obrigatória pela lei for totalmente inaplicável ou descabida na situação analisada.**

Veja que, a princípio, seria possível asseverar que esta interpretação aqui proposta também vai muito além do que consta na norma, já que a norma também não traz as exceções elencadas. Aqui, no entanto, aplica-se a ideia de **derrotabilidade** das normas, ocasião em que, apesar de se manterem constitucionais e aplicáveis de um modo geral,



Governo do Estado de Mato Grosso
PGE - Procuradoria Geral do Estado

Analisemos essas características com um pouco mais de detalhe.

A despeito da desnecessidade de tanto aprofundamento assim sobre o assunto, esses conceitos certamente auxiliam no esclarecimento do que aqui se defende.

Pelo exposto, opino pela manutenção dos fundamentos e conclusões do Parecer nº 2.861/SGAC/PGE/2021, a ele agregando os fundamentos acima expostos e a conclusão de que a matriz de risco deve constar nos editais e contratos das empresas estatais, podendo tal regra ser excepcionada diante do caso concreto e desde que haja justificativa para tanto por parte do administrador, especialmente nos casos de absoluta impossibilidade, inviabilidade, inadequação ou ineficiência na definição de matriz de risco em relação com o que se pretende contratar.

É o parecer, à superior apreciação.

Leonardo Vieira de Souza
Procurador do Estado