



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

A consulente argumenta que a exigência da matriz de risco somente configuraria uma obrigatoriedade para os contratos de obras e engenharia licitados sob o regime de contratações semi-integradas e integradas.

É o que importa relatar. Segue o parecer.

Entendo que a melhor interpretação não é a dada pela consulente, mesmo que em compasso com artigo da Consultoria Zênite.

O art. 69, X, da Lei nº 13.303/16 é bem claro no sentido de que **a matriz de riscos é uma cláusula necessária nos contratos disciplinados pela lei**. Não há qualquer outro dispositivo que traga exceção expressa à obrigatoriedade mencionada na referida norma.

O art. 42, § 1º, I, d, da lei das estatais, de fato, prevê que as contratações semi-integradas e integradas serão restritas às obras e serviços de engenharia, devendo o instrumento convocatório conter matriz de risco.

Interpretar que essa previsão expressa de obrigatoriedade da matriz de risco para esse caso específico afastaria a obrigatoriedade para os demais casos é ir muito além do que se permite ao intérprete e aplicador do direito. Da mesma forma que é possível interpretar que não faria sentido inserir tal obrigação no art. 42 se a obrigatoriedade fosse para todo e qualquer caso, também é possível argumentar que o legislador quis reforçar tal obrigatoriedade para os casos específicos que menciona.

Não se pretende, portanto, rever totalmente a conclusão exarada no parecer anterior, mas, diante dos apontamentos da consulente e da dúvida que remanesceu, alguns apontamentos são pertinentes para que se agreguem ao parecer anterior, a fim de que haja maior clareza quanto ao modo de aplicação da norma.

Entende-se que o legislador, no art. 69, trouxe a **regra geral das contratações** da



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

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;

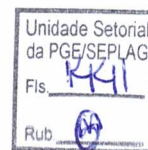
c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Trata-se, portanto, de cláusula que visa a resguardar as partes de eventos supervenientes à assinatura do contrato, que podem impactar no equilíbrio econômico-financeiro da avença; e que trará previsão do estabelecimento de partes do objeto contratado em que haverá liberdade ou não para inovação em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, a fim de que seja possível modificações das soluções inicialmente delineadas no anteprojeto ou projeto básico da licitação.

Trata-se de cláusula bastante importante, por exemplo, em contratos internacionais, em situações de grande maleabilidade mercadológica, em casos em que poderá haver riscos extraordinários decorrentes da possível variação dos preços ou de interferências na execução do objeto pactuado.

Diante do conceito de matriz de risco, a princípio, parece que não há como se exigir que haja matriz de risco, por exemplo, numa contratação direta de papel ofício por uma empresa estatal. Não seria aplicável a previsão a esse caso concreto. Na maioria dos contratos de pronta entrega, sem execução continuada, em que o objeto é comum, de simples caracterização, não se vislumbra sequer a possibilidade da definição da matriz de risco.

Nesses casos, não há dúvida de que a obrigatoriedade da cláusula pode ser



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

podem ser afastadas em um dado caso concreto se afetarem outros interesses protegidos pelo ordenamento jurídico. Aqui, além da absoluta impossibilidade em dados casos, haveria ainda ofensa ao princípio da eficiência em se manter exigência legal que nada acrescenta ao fim colimado pela norma, o que, por consequência, ofenderia os princípios gerais licitatórios (também previstos no art. 31 da Lei nº 13.303/16) da economicidade e da busca pela proposta mais vantajosa levando em consideração o ciclo de vida do objeto.

O conceito de derrotabilidade das normas foi introduzido doutrinariamente por Robert Alexy, quem cunhou a possibilidade (almejadamente justa) de decisões judiciais *contra legem*, quando descreve a estrutura lógica que denomina de redução teleológica, apresentada como procedimento de modificação de uma regra jurídica para os casos em que sua aplicabilidade for tida como indesejada. Para Alexy, é possível afastar o resultado quase matemático das interpretações jurídicas fundamentadas em argumentos semânticos, pela reformulação da regra original, para introduzir uma exceção à sua hipótese de incidência.

O pano de fundo que sustenta a possibilidade de derrotabilidade das regras jurídicas repousa na relação entre princípios e regras.

Em um sistema jurídico de natureza dinâmica, as regras estabelecidas na legislação infraconstitucional não podem ser normas absolutas, ou seja, normas que prevejam uma hipótese de incidência fechada à qual seria impossível admitir exceções. Se a distinção regra/princípio é adotada, então se deve reconhecer que as regras são normas superáveis. Os princípios constituem o material que será empregado na justificação da sua superabilidade. Há duas características dos princípios que são altamente relevantes para a superabilidade. Em primeiro lugar, os princípios, ao contrário das regras, constituem uma institucionalização imperfeita da moral, já que estabelecem apenas um fim ou valor a ser buscado, embora na máxima medida possível. Em segundo lugar, os princípios, tendo em vista o seu caráter axiológico mais acentuado, constituem o fundamento das regras jurídicas.



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