

Paulo José Ribeiro Alves

Bacharel em Direito; Pós-Graduado em Direito Administrativo Contemporâneo; Mestrando em Ciências Jurídicas (Master of Legal Science) com concentração em Riscos e Compliance pela Ambra University (Florida/EUA); Servidor de carreira do Superior Tribunal de Justiça, titular da unidade de Auditoria Operacional e de Governança do Conselho da Justiça Federal; Palestrante e Instrutor em Gestão Pública, Governança, Gestão de Riscos e Auditoria Governamental.

Lindineide Oliveira Cardoso

Bacharel em Direito; Pós-Graduada em Direito Processual Civil; Pós-Graduada em Licitações e Contratos. Servidora de carreira do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, atualmente cedida ao Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas; Chefe da Seção de Gestão de Contratos do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas; Palestrante e Instrutora em Gestão e Fiscalização de Contratos Públicos.

Gerenciamento e Alocação de Riscos à luz da Medida Provisória nº 1.026 de 6 de janeiro de 2021

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil a imunização de cerca de 210 milhões de pessoas representa um desafio em termos de logística, uma vez que a imunização em massa da população envolve um esforço conjunto de todas as esferas para que a vida possa ser retomada com alguma normalidade.

Para que isso ocorra, o Governo Federal lançou, através do Ministério da Saúde, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19¹, com o objetivo de instrumentalizar ação coordenada de logística para aquisição, armazenamento, transporte e distribuição de insumos, imunizantes e outros artigos necessários à vacinação.

Nessa lógica, foi publicada, no último dia 06 de janeiro, a Medida Provisória nº 1.026/2021, que “dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e

¹ Disponível em https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao_versao_eletronica-1.pdf

serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos destinados à vacinação contra a Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19”.

A MP estabelece, entre outras medidas, a presunção absoluta de situação de emergência, permite a dispensa de licitação para as aquisições relativas à imunização, celebração de contratos com cláusulas especiais, se indispensáveis para a aquisição dos imunizantes, tais como o pagamento antecipado com perda do valor, possibilidade de cláusula de confidencialidade e dispensa de dispositivos que penalizem as empresas contratadas, transparência ativa para todas as aquisições, utilização do sistema de registro de preços, prioridade na análise pelos órgãos de controle interno, e regras mais flexíveis para os contratos.

Além disso nos termos do art. 5º da nova Medida Provisória, será obrigatória a previsão de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado, na hipótese de aquisições e contratos de valores superiores a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais); já em contratos de montante inferior a este, a MP determina o gerenciamento de riscos da contratação somente durante a fase de gestão do contrato.

Nas linhas a seguir, lançamos um breve olhar sobre o gerenciamento e alocação de riscos presentes no artigo 5º da Medida Provisória nº 1.026 de 06 de janeiro de 2021. Utilizamos como ponto de partida o fim da vigência das Leis 13.979/2020 e 14.065/2020, trilhando através do *déjà-vu*² de algumas regras já experimentadas pela extinta legislação que implantou o que se convencionou denominar “Direito Administrativo da Emergência”, demonstramos que, em meio a antigos institutos, sobeja uma novidade.

Ao final, evidenciamos que, em meio a um incipiente sistema de gerenciamento de riscos das aquisições, cumpre-nos a maximização da eficiência econômica e funcional dos contratos necessários às aquisições voltadas à imunização em massa da população, o que se dá, invariavelmente, por meio da alocação dos riscos (que se materializa nas cláusulas contratuais e na Matriz de Alocação de Riscos) e do gerenciamento dos riscos (que se materializa por meio do Mapa de Riscos) - tudo isso nos exatos termos do referido artigo 5º da primeira Medida Provisória de 2021.

² *Déjà-vu* é quando nós vemos ou sentimos algo pela primeira vez e temos a sensação de já ter visto ou experimentado aquela sensação anteriormente.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO:

Sabemos que a Administração Pública é regida pelo Princípio da Legalidade Estrita, segundo o qual o agente público só pode fazer aquilo que a lei determina ou permite, referindo-nos aqui aos atos administrativos vinculados e discricionários respectivamente. Assim, o agente público dependerá da edição de normativos que orientem a sua atuação. Não é diferente quando tratamos da implementação de políticas públicas, sendo estas a concretização do papel do Estado, como gestor da coisa pública e responsável por conhecer e perseguir o interesse do cidadão-cliente. De forma mais específica e atual, nos referimos às políticas de enfrentamento à Covid-19, enfermidade que tem assolado não apenas o nosso país, mas todo o mundo.

No Brasil, mais especificamente, o Ministério da Saúde, por meio da Coordenação Geral do Programa Nacional de Imunizações e do Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis da Secretaria de Vigilância em Saúde, elaborou e publicou, em dezembro de 2020, o já mencionado **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19**, como medida adicional de resposta ao enfrentamento da doença. Com o seu foco no imunizante, o documento é destinado aos responsáveis pela gestão da operacionalização e monitoramento da vacinação nas instâncias federal, estadual, distrital, regional e municipal, servindo-lhe como instrumento de Governança para avaliar, direcionar e monitorar a fase subsequente do enfrentamento ao vírus.

Para que se concretize, o plano dependerá de uma logística ampla e complexa a fim de que o imunizante chegue a todos os brasileiros, considerando-se, ainda, a priorização dos denominados grupos de riscos cuja urgência se atrela ao elevado risco de morte dos que assim são classificados. E como é cediço, para que os órgãos e entidades responsáveis pela vacinação recebam os insumos de saúde necessários, lançarão mão de procedimentos inerentes às contratações públicas, cuja norma reitora continua sendo a Lei 8.666/1993, uma vez que o Projeto de Lei nº 4.253/2020 ainda depende da sanção presidencial para entrar em vigor. Mas a já cansada Lei de Licitações fornece meios procedimentais para que as contratações sejam realizadas com a celeridade que o caso concreto demanda dos gestores federais, estaduais, distritais e municipais? A resposta, já conhecida de todos, é ratificada pelo fato de, durante o ano de 2020, terem sido editadas leis e medidas provisórias para regular a matéria além das normas gerais de licitações e contratos, no

que foi denominado como o “Direito Administrativo da Emergência”, trazendo em seu bojo diversas regras que simplificaram e agilizaram as contratações públicas, com o propósito de atender às demandas tempestivamente.

Dentre as principais alterações normativas, vemos a criação de uma nova hipótese de contratação direta por dispensa, atrelada ao enfrentamento da Covid-19. Conforme definido na Lei 13.979/2020 seria dispensável a licitação para as contratações de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. Dessa forma, a citada lei criou nova hipótese de dispensa de licitação para além das previstas no rol taxativo do art. 24 da Lei 8.666/1993. Ora, a regra constitucional, prevista no art. 37, inciso XXI, é que *as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação*. Por isso, houve a necessidade da edição de um arcabouço normativo-jurídico no qual pudessem estar fundamentadas todas as contratações que tivessem como objeto os serviços e insumos necessários ao combate da doença em procedimento sumário e suficientemente célere.

Ocorre, no entanto, que as normas possuíam caráter provisório, estando atreladas à vigência do Decreto Legislativo nº 6/2020, ato normativo que reconhecia o Estado de Calamidade Pública decorrente da pandemia, mas que tinha como prazo cabal o dia 31 de dezembro de 2020. Após a mencionada data, houve a revogação automática de todas as normas que tinham a calamidade como sustentáculo. Tal situação verificou-se quanto à já citada Lei 13.979/2020 e quanto à Lei 14.065/2020 que, além de alterar dispositivos da primeira, autorizou o pagamento antecipado, ampliou o valor das dispensas de licitação e permitiu o uso do Regime Diferenciado de Contratação em outras hipóteses para além da daquelas previstas na Lei 12.462/2011, sua norma reitora original.

Por conseguinte, verificando-se a permanente necessidade da realização de contratações céleres para prover a logística das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 e revogadas as normas que embasavam o procedimento sumário até então utilizado pelos órgãos e entidades, foi editada a Medida Provisória nº 1.026 de 6 de janeiro do corrente ano.

3. ANTIGOS INSTITUTOS E UMA NOVIDADE:

A primeira observação que precisamos fazer é que a Medida Provisória nº 1.026/2021 trouxe novamente uma hipótese normativa de afastamento da obrigação constitucional de licitar,

estabelecendo a contratação direta por dispensa de licitação para enfrentamento da Covid-19. Mas fica evidente, já no preâmbulo da MP, que houve uma redução do seu escopo quando comparada com as normas anteriores:

Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos **destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.** (grifo nosso)

Não se trata mais de uma norma que aborda todas as frentes e fases de enfrentamento à Covid-19 como faziam suas antecessoras. Do excerto citado, verifica-se que a norma foca no imunizante. Mas não versará apenas sobre as vacinas e sim de todas as demais contratações que estejam direta ou indiretamente relacionadas à viabilização da vacinação. Seringas – hoje tema de diversas notícias nas mídias – são típico exemplo de insumo relacionado ao imunizante que pode (e por sua urgência, deve) ser adquirido através do regramento determinado pela MP. As soluções de TIC, comunicação social e publicitárias necessárias à vacinação são outros objetos que podem ser contratados por intermédio dos procedimentos definidos na medida provisória. Até mesmo reformas que precisarem ser realizadas nos hospitais e postos de saúde para adaptar sua estrutura às peculiaridades inerentes à vacinação podem ser enquadradas no escopo do normativo, além dos treinamentos que serão realizados para os profissionais de saúde e outros agentes públicos envolvidos na vacinação.

Nesse sentido, citamos a literalidade do seu art. 2º:

Art. 2º Fica a administração pública direta e indireta autorizada a celebrar contratos ou outros instrumentos congêneres, com dispensa de licitação, para:

I - a aquisição de vacinas e de insumos destinados a vacinação contra a covid-19, inclusive antes do registro sanitário ou da autorização temporária de uso emergencial;

II - a contratação de bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária, treinamentos e outros bens e serviços necessários a implementação da vacinação contra a covid-19.

Mas não podemos deixar de mencionar a ressalva trazida no § 1º do mesmo dispositivo, onde o legislador traz o alerta de que a mitigação da rigidez procedimental que a medida provisória traz não isenta o agente público do órgão contratante de instruir processo administrativo para demonstrar tecnicamente as justificativas para a opção de contratação, além de fundamentar a

escolha do fornecedor e do preço praticado. Este, por sinal, já era o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme é possível verificar do Acórdão TCU nº 1.130/2019 – 1ª Câmara:

Nas contratações diretas fundadas em emergência (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), cabe ao gestor demonstrar a impossibilidade de esperar o tempo necessário à realização de procedimento licitatório, em face de risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas e bens públicos ou particulares, além de justificar a escolha do fornecedor e o preço pactuado.

As contratações públicas, sejam elas realizadas por meio de licitação, sejam elas realizadas com o afastamento do certame, são verdadeiras sequências de atos administrativos, cabendo ao gestor motivá-los, conforme preceitua o art. 50 da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo). Nesse sentido, e para melhor ilustrar o raciocínio supra, cita-se o recentíssimo Acórdão TCU nº 4.051/2020 – Plenário, onde a Corte de Contas, debruçada sobre caso concreto, concluiu que:

(...) a pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação realizada junto a empresas no âmbito do procedimento de contratação emergencial (...) não se encontra acompanhada de informações sobre os procedimentos realizados para identificação e seleção dos fornecedores escolhidos para serem consultados, o que viola **o princípio da motivação dos atos administrativos**; (grifo nosso)

No que toca especificamente à Pesquisa de Preços, o art. 7º da Instrução Normativa SEGES nº 73/2020 reforça tal entendimento. Ainda que o *caput* fale em inexigibilidade, o § 4º informa que as regras ora apresentadas serão aplicadas também a algumas hipóteses de dispensa, dentre as quais a contratação emergencial. O dispositivo determina que o respectivo processo de contratação deve ser instruído com a *justificativa de que o preço ofertado à administração é condizente com o praticado pelo mercado*, para em seu § 1º apontar ainda que os critérios utilizados para tanto devem ser *devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente*.

A Medida Provisória nº 1.026/2021, no entanto, não inova em boa parte de seu texto.

Inicialmente, o normativo trata em seu art. 4º do afastamento da obrigatoriedade de elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para bens e serviços comuns, regra que já era prevista na Lei 13.979/2020. Normas distintas, mas o mesmo objetivo: reduzir os elementos da fase interna, onde se consubstancia o planejamento da contratação, para tornar célere o procedimento. Além disso, presume-se que não há motivo, quando tratamos de bens e serviços

comuns, para maiores complexidades na comparação e escolha da solução, especialmente quando falamos de uma norma de escopo reduzido.

Na realidade, caberá, na fase de planejamento, apenas a elaboração de Projeto Básico/Termo de Referência Simplificado, conforme preceitua o art. 6º da medida provisória, em repetição ao que constava da Lei 13.979/2021. Neste ponto, por sua clareza, cabe mencionar a Cartilha “Termo de Referência ou Projeto Básico Simplificado para enfrentamento da COVID-19 - Teoria e Prática³” de autoria dos signatários do presente artigo, em parceria com os professores Daniel Almeida e Jamil Manasfi, e lançada logo após a edição da revogada norma. O documento ora citado e o raciocínio desenvolvido no presente artigo têm em comum a compreensão de que, *na elaboração do Termo de Referência ou Projeto básico (...) a nova lei privilegiou a simplicidade dos atos, que devem ser praticados sem maiores detalhamentos e regras*. E ainda:

A Administração Pública encontra-se diante de situação cuja magnitude impõe não apenas uma atuação célere para adquirir insumos e serviços voltados ao combate da pandemia, mas também a atuação de agentes de elevada capacidade gerencial para que não se descuide de seus princípios e regras ao tempo em que se atinja a *mens legis* de desburocratização dos procedimentos de contratação para enfrentamento da emergência em saúde pública.

O mesmo se dirá dos requisitos de habilitação na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, conforme o art. 7º da Medida Provisória nº 1.026/2021. A autoridade competente poderá, excepcionalmente e mediante robusta justificativa acostada aos respectivos autos administrativos, dispensar um ou mais requisitos de habilitação nestes casos. E ainda que a situação se configure - restrição de fornecedores ou de prestadores de serviços - o gestor público não poderá prescindir da prova de regularidade trabalhista, da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos, e da proibição de contratar pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social. Cabe mencionar, todavia, que, quando se fala na dispensa de um ou mais requisitos de habilitação, mais uma vez não há novidade, pois a revogada Lei 13.979/2020 já trazia tal previsão em seu art. 4º-F.

³ Disponível em

<http://www.licitacaocontrato.com.br/coronavirus/artigosCoronavirus/Cartilha%20Gerenciamento%20de%20Riscos%20-%20Jamil,%20Lindineide%20e%20Paulo.pdf>
<https://www.sgpsolucoes.com.br/artigos/artigo-termo-de-referencia-ou-projeto-basico-simplificado-para-enfrentamento-do-covid-19-conforme-lei-nr-139792020.pdf>

O Pregão Express, por sua vez, também resistiu às mudanças normativas e migrou da Lei 13.979/2020 para o art. 8º da medida provisória. A nomenclatura foi dada pelo brilhante professor Anderson Pedra que, comentando a lei no artigo “Pregão Express versus Contratação Direta”, publicado no Portal Sollicita⁴, assim dispôs:

Contudo, o art. 4º-G, introduzido pela MP 926/2020, trouxe a possibilidade da utilização de pregão (eletrônico ou presencial) com os prazos procedimentais reduzidos pela metade quando o “objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei”. **Trata-se, na essência, de um pregão mais célere, um pregão express.** (grifo nosso)

De igual maneira, o aceite obrigatório de acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até 50% do valor inicial atualizado do contrato, anteriormente previsto no art. 4º-I da lei revogada, hoje encontra-se abarcado na MP, em seu art. 9º. Por oportuno, cabe recordar que, de acordo com a Lei 8.666/1993, *o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25%*. Objetiva-se dar flexibilidade à contratação haja vista a imprevisibilidade da demanda estatal decorrente de dois fatores: a capacidade de fornecimento do mercado e o avanço (ou retrocesso) da enfermidade em nosso país. Mesma razão pela qual o art. 10 da Medida Provisória nº 1.026/2021 amplia as hipóteses de adesão tardia, por parte da Administração Pública Federal, a atas de registro de preços, permitindo participação em ARP gerenciada por órgão ou entidade, estadual, distrital ou municipal.

O pagamento antecipado também foi perpetuado na medida provisória, uma vez que se mostrou extremamente útil à operacionalização das contratações e à interação com um mercado fornecedor extremamente demandado, garantindo, por vezes, o fornecimento ou a prestação do serviço. De acordo com o art. 12 da MP 1.026/2021, o contrato ou instrumento congêneres pode prever cláusula especial que o estabeleça desde que se mostre condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço. Todavia o texto normativo não para por aí, e traz informação deveras relevante: é permitido o estabelecimento do pagamento antecipado, **inclusive com a possibilidade de perda do valor pago antecipadamente**. Verifica-se, neste ponto, que o apetite a riscos da Administração Pública mostrou-se ainda mais elevado quando comparado com a previsão posta na revogada Lei 14.065/2020. Naquele normativo a Administração deveria, em

⁴ Disponível em https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16050&n=preg%C3%A3o-express-versus-contrata%C3%A7%C3%A3o-direta

todos os casos, *exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente (...) desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução*. Por sua vez, na medida provisória, tal exigência só se aplicará quando restar comprovado que o fornecedor do bem ou prestador do serviço agiu com dolo ou culpa exclusiva, inteligência dos §§ 3º e 5º do art. 12 da MP.

A grande novidade da Medida Provisória nº 1.026/2021 está prevista em seu art. 5º quando estabelece a obrigatoriedade de elaboração da Matriz de Alocação de Riscos entre contratado e contratante para contratações superiores ao valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), assunto que abordaremos detidamente a seguir.

4. A GESTÃO DE RISCOS NA NOVA MEDIDA PROVISÓRIA

4.1 Da (não)estruturação de política de gestão de riscos

Uma das mais importantes tarefas da atualidade é definir a priorização dos riscos e fazer com que a organização adote uma cultura de prevenção, redução e mitigação desses riscos.

É indubitável que o fomento a essa cultura é atividade que carece do apoio da alta administração respaldada por estruturas de Governança que favoreçam a implantação de uma efetiva política de gestão de riscos. Por esse ângulo, deve-se considerar que o estabelecimento de tal política é de uma amplitude muito maior que a mera previsão contratual para que se elabore uma matriz de riscos. Além disso, é fato que a elaboração da referida matriz de riscos ocasionalmente confunde-se com o conceito mais amplo, porém a ela relacionado, qual seja, o de gestão de riscos.

Nessa Seara, Castro (2019, p.149) explica-nos que:

"O Decreto 8.420/2015 prevê expressamente um processo de gestão de riscos estruturado (política de gestão de riscos) e não apenas a necessidade do estabelecimento de uma matriz de riscos. Essa afirmação é fundamental para que, desde já, possa-se fixar

a abrangência temática de *risk assessment*⁵, uma vez que no novo contexto de governança corporativa não se admitirá que a gestão institucional esteja desconectada da análise de riscos, ao contrário, dela deverá se servir para a tomada de decisões”.

Sabemos que, no Brasil, a maioria das organizações públicas e privadas não se desincumbiram da adoção, na prática, de mecanismos aptos à implantação e manutenção do constante gerenciamento dos riscos envolvidos em suas atividades ou, mais especificamente, em seus processos de aquisições. Todavia, a manutenção de um processo de gerenciamento de riscos eficiente é condição necessária para o sucesso da organização, sendo, a matriz de riscos e o mapa de riscos instrumentos que consubstanciam, em termos práticos, essa cultura.

4.2 Da Matriz de Alocação de Riscos e do Mapa de Riscos na Medida Provisória nº 1.026/2021

Dito isso, podemos afirmar que a nova MP, para além do dever de gerir riscos estabelecido no bojo da Lei 13.979/2020 e obrigatório durante a fase de execução contratual, como já mencionado, inova ao trazer a obrigatoriedade de que o processo administrativo destinado às aquisições necessárias à imunização contra o coronavírus, contenha, em seu bojo, “matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado” para aquelas aquisições que superem o valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

Assim estabelece o caput do art. 5º:

Art. 5º Será **obrigatória a previsão de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado**, na hipótese de aquisições e contratos acima de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais). (grifo nosso)

Dessa forma, a nova legislação deixa a cargo dos responsáveis pela elaboração do contrato a alocação dos riscos, imputando-os à parte que mais tenha condições de suportar, tratar ou mitigar os prejuízos decorrentes do evento. Nesse aspecto, é salutar traçar uma linha evolutiva de nossa

⁵ Processo de avaliação de riscos (*risk assessment*): processo global de identificação de riscos, análise de riscos e avaliação de riscos. <http://www.iso31000qsp.org/2009/07/processo-de-avaliacao-de-riscos-risk.html>

legislação, demonstrando que, apenas gradativamente priorizou-se a alocação de risco entre os contratantes. Vejamos:

1. Lei Geral de Licitação (Lei 8.666/1993) - excetuando-se o que se convencionou chamar de álea ordinária, o contratado é, via de regra, alheio a todo e qualquer risco;
2. Lei das Concessões (Lei 8.987/1995) - de forma diversa à LGL o uso da expressão “por sua conta e risco” (incisos I, II e III, do art. 2º) parecia imputar ao concessionário uma série de riscos decorrentes de suas escolhas, o que certamente implicaria em reflexos na tarifa a ser paga pelos usuários, situação que levou a doutrina a sopesar a expressão;
3. Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004) - supera a expressão genérica da lei de concessões e apresenta critérios mais claros, estabelecendo o dever de “repartição objetiva de riscos entre as partes, inclusive daqueles referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Assim, a repartição de riscos se dá através de disposições contratuais que fixem o conjunto de ônus e bônus de cada parte, através da implantação e cumprimento de matriz de riscos específica para cada contrato.
4. Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) - estabelece a obrigatoriedade de que o instrumento convocatório seja acompanhado de matriz de riscos, caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos.

Ainda versando sobre a utilização da matriz de riscos, é nosso dever mencionar que o Projeto de Lei da Nova Lei de Licitações (PL nº 4.253/2020), a exemplo da linha evolutiva acima mencionada, também contempla matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, ao instituir:

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º **A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante**, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso ocorra durante a execução contratual. (grifo nosso)

Assim, e não por acaso, o 5º da MP nº 1.026/2021, cuidou de maximizar a eficiência econômica do contrato ao determinar que sejam **obrigatoriamente** definidos os riscos a serem suportados por cada contratante, através de ações que possibilitem sua correta mensuração e transferência, em contratações de alta materialidade.

Em termos pragmáticos, a alocação dos riscos deve ocorrer previamente, por meio de cláusulas contratuais que permitam a clara delimitação e compartilhamento de responsabilidades, de forma a possibilitar que o seu proprietário (o dono do risco) adote medidas tendentes a evitar ou mitigar os efeitos do evento.

Oportuno ressaltar que a nova medida provisória apresenta em sua base algumas precauções necessárias à minimização de possíveis impactos negativos, tais como: a prestação de garantias, a contratação de seguros, o estabelecimento de cláusulas tais como o pagamento antecipado com perda de valor, a inclusão de hipóteses de não penalização da contratada, e, inclusive, a possibilidade de estabelecimento de condições outras indispensáveis para obter o bem e assegurar a prestação do serviço (art.12 da MP nº 1.026/2021).

É fato que a MP possibilitará um número amplo de aquisições, todas voltadas à imunização da população, de sorte que, como já ocorreu em outros trabalhos de nossa autoria, para melhor compreensão do tema, apresentamos modelo simplificado de Matriz de Riscos, cuja base foi o Contrato nº 05/2021, celebrado entre o Departamento de Logística em Saúde - DLOG, da Secretaria Executiva - SE do Ministério da Saúde – MS e a Fundação Butantan, no valor de R\$ 2.677.200.000,00 (dois bilhões, seiscentos e setenta e sete milhões duzentos mil reais), que tem por objeto a aquisição de VACINA ADSORVIDA COVID – 19 (INATIVADA), CONTRA O SARS COV-2, SUSPENSÃO INJETÁVEL, conforme especificações estabelecidas no Termo de Referência e na proposta final, objeto do Processo nº 25000.002031/2021-69⁶:

Risco	Consequência	Medidas Mitigadoras	Alocação (preferencial)
Atrasos causados por demora no registro ou autorização para uso emergencial junto à ANVISA	Atraso na execução do contrato Atraso no pagamento	Estabelecimento de cláusula contratual prevendo sanções administrativas - Cláusula Décima Terceira - Das	Contratada

⁶ EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 1/2021 - UASG 250005 - <https://www.in.gov.br/web/dou/-/extrato-de-dispensa-de-licitacao-n-1/2021-uasg-250005-298044776>

		Sanções Administrativas	
Atraso no cronograma de produção/fornecimento (item 2 do contrato)	Alteração do cronograma	Cláusula contratual prevendo a possibilidade de prorrogação do cronograma, inclusive incumbindo à CONTRATANTE se manifestar quanto ao impacto da alteração e o aceite ou não da nova proposta, de acordo com o interesse da Administração (item 2.2 do contrato)	Contratada e Contratante
Risco de inadimplência do contratante	Interrupção da execução do contrato	Estabelecimento de cláusula que vede a interrupção da execução do contrato, salvo nos casos expressamente previsto em lei (item 15.1 do contrato)	Contratada - até 90 (noventa) dias. Após esse prazo, o risco de não dispor mais da contratação compete à Contratante
Risco de inadimplência do contratado	Não fornecimento dos imunizantes	Cláusula contratual estabelecendo garantia de execução - A Cláusula Sétima - Da Garantia de Execução, estabelece que: <i>Não haverá garantia contratual da execução</i> ⁷ . Estabelecimento de cláusula contratual prevendo sanções administrativas - Cláusula Décima Terceira - Das Sanções Administrativas	Contratante
Aumento/Redução da demanda	Necessidade alteração contratual para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato	Previsão de de montante de alteração (acréscimo/redução) contratual - Cláusula Nona- Das Alterações	Contratada

⁷ Os autores entendem que o contratante optou por aplicar o art. 12 da MP 1.026/2021 que estabelece:

Art. 12. O contrato ou o instrumento congênere para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, firmados antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço: I - o eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado; II - hipóteses de não penalização da contratada; e III - **outras condições indispensáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço**.(grifo nosso)

Cumpra destacar que, por expressa determinação legal⁸, o recebimento de material de valor superior a R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) será confiado a uma comissão de, no mínimo, três membros, regra que deve ser estritamente considerada para todas as contratações realizadas com fundamento na Medida Provisória nº 1.026, de 6 de janeiro de 2021, que ultrapassem mencionada quantia.

Tomando por base a matriz supracitada, consideramos didático e oportuno explicar no que consiste cada uma de suas colunas.

- a) **RISCO:** é todo evento futuro e incerto que, vindo a ocorrer, pode impedir ou retardar o atingimento dos objetivos que se busca gerir. No presente caso, os objetivos são a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a efetiva e completa execução contratual. Todos os riscos relevantes devem ser identificados, sendo importante esclarecer que relevantes são os riscos cuja probabilidade de ocorrência e impacto nos objetivos sejam elevados, superando, dessa forma, o apetite a riscos do órgão ou entidade. Uma vez mensurado o nível de cada risco, a lista dos eventos relevantes deverá ser posta na matriz.
- b) **CONSEQUÊNCIA:** identificar as consequências consiste em descrever os efeitos da concretização do evento futuro e incerto - risco. O gestor deverá fazer a seguinte reflexão: “se o risco se concretizar...”. Cabe salientar que cada risco poderá ter inúmeras consequências e listar cada uma delas será crucial visto que, para cada consequência, será elaborado o respectivo controle preventivo ou corretivo que buscará manter ou recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade da execução contratual.
- c) **MEDIDA MITIGADORA:** dentro do contexto de Gestão de Riscos, são as estruturas e medidas postas em prática para trazer os riscos inerentes a um nível aceitável. Na Matriz de Alocação de Riscos, as medidas mitigadoras buscarão reduzir a probabilidade de ocorrência do evento ou reduzir os seus impactos nos objetivos. Como dito anteriormente, estão intrinsecamente relacionadas às consequências identificadas anteriormente, devendo ser práticas e executáveis.

⁸ Consoante previsão do § 8º do Art. 15, c/c inciso II, do art. 73 da Lei 8.666/1993

- d) **ALOCAÇÃO**: todo risco tem um proprietário a quem caberá gerenciar o risco. Nas contratações dois são os possíveis “donos” do risco: contratante e contratado. Por vezes, ambos. Dessa forma, para cada medida risco identificado, com suas respectivas medidas mitigadoras, caberá identificar se contratante ou contratado (ou os dois) serão responsáveis pela implementação dos controles ou até mesmo por assumi-los quando não for possível a definição de medidas mitigadoras.

Importa esclarecer que, por vezes, teremos a definição legal do proprietário do risco, ou seja, aquele a quem o risco será alocado. É o caso do perdimento dos valores pagos antecipadamente, citado na própria MP. Por sua natureza e diante da literalidade do art. 12 da norma, o risco será alocado ao contratante que, como dito anteriormente, só poderá demandar o ressarcimento dos valores pagos de forma antecipada caso reste comprovado o dolo ou a culpa exclusiva do contratado. Cabe ainda lembrar que a elaboração da Matriz de Alocação de Riscos só é obrigatória para contratações de valores superiores a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), mas nada impede que o gestor responsável por contratações cujo objeto esteja aquém de tal limite, adote medidas tendentes a salvaguardar o interesse público, alocando estrategicamente os riscos entre contratante e contratada.

De outra sorte, para contratos de valores inferiores ao estabelecido no *caput* do art. 5º a MP estabelece a possibilidade de exigência do gerenciamento de riscos durante a fase de gestão contratual. Repetindo regra estabelecida na Lei 13.979/2020, determina que:

Parágrafo único. Em contrato cujo valor seja inferior ao previsto no *caput*, **o gerenciamento de riscos da contratação poderá ser exigido somente durante a gestão do contrato.** (grifo nosso)

Trata-se, neste instante, de designação para gerenciamento através da elaboração de Mapa de Riscos, uma vez que “o gerenciamento de riscos materializa-se através do documento Mapa de Riscos”⁹. Atribuição que, *in casu*, compete ao agente responsável por acompanhar e fiscalizar a entrega dos bens e/ou a execução do contrato.

⁹ Definição presente no art. 26 da IN 05/2017 - SEGES/MPOG

Para que o gerenciamento estabelecido pela medida provisória seja efetivo e garanta o alcance dos resultados esperados ao longo da execução do contrato, o Mapa de Riscos deve ser atualizado após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

Vale ressaltar que o acompanhamento através da fiscalização não exclui nem reduz a responsabilidade da contratada, inclusive perante terceiros, por qualquer irregularidade, ainda que resultante de imperfeições técnicas ou vícios redibitórios, e, na ocorrência desta, não implica em corresponsabilidade da Administração ou de seus agentes, em conformidade com o art. 70 da Lei 8.666/1993.

5. CONCLUSÃO

O “Direito Administrativo da Emergência” revolucionou a maneira como são realizadas as contratações públicas, introduzindo no ordenamento jurídico regramentos que, por conta das circunstâncias, reduziram drasticamente as burocracias - aqui compreendidas como controles - buscando dar celeridade à entrega dos insumos, equipamentos, obras e serviços necessários ao enfrentamento da Covid-19. Por consequência, expôs os órgãos e entidades a riscos outrora irrelevantes. O abandono quase completo à rigidez procedimental da Lei 8.666/1993 demonstrou o elevado apetite a riscos da Administração Pública na condução das políticas públicas de enfrentamento à pandemia. A razão era simples, clara e inquestionável: salvar vidas.

Mas a consecução do já citado Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19, fase seguinte do enfrentamento à pandemia, carecia de regulamentação para que a sua logística fosse provida pelos agentes públicos responsáveis. Por isso, foi editada a Medida Provisória nº 1.026/2021 que tem o seu escopo reduzido ao imunizante, simplificando procedimentos através da replicação das normas provisórias revogadas que tinham como sustentáculo o Estado de Calamidade Pública reconhecido pelo Decreto-Legislativo nº 6/2020. Os olhares mais atentos perceberam que, ao longo do ano passado, muitos institutos e instrumentos que serão abarcados pela Nova Lei de Licitações - PL nº 4.253/2020 - já foram apresentados aos gestores através das leis, medidas provisórias e decretos.

Coube à primeira medida provisória de 2021, no entanto, revelar novo instrumento para a persecução do interesse público na área de licitações e contratos: a Matriz de Alocação de Riscos.

Ainda que, na norma, a obrigatoriedade de elaboração da matriz esteja restrita a contratações de valores altíssimos, maior parte delas realizadas de forma centralizada, serviu para iniciar a difusão dessa importante ferramenta de manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Conclui-se, portanto, que onde há objetivos, há riscos, mas nem sempre onde há riscos, há controles. Ainda assim, mesmo que o apetite a riscos da Administração seja elevadíssimo, como nas contratações em período de pandemia, na gestão da *res publica* alguns controles são imprescindíveis. Precisamos compreender que o bem ou valor gerido não pertence a quem o maneja e que, no contexto público, o risco não é pessoal, mas coletivo. E neste ponto não nos referimos apenas às contratações, mas aos mais diversos processos de trabalho, atividades e objetivos da Administração Pública. Mas esta é uma conversa para outra oportunidade.

6. REFERÊNCIAS

_____. BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, p. 8269, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de jan. de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. BRASIL. Lei nº 11.079, de dez. 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília:2004. Disponível em: Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. BRASIL. Lei nº 12.462, de agosto 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília:2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm 13 jan. 2021. Acesso em 12 jan.2021.

_____. BRASIL. Lei nº 13.303, de jun. 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília:2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, Brasília, DF, 7 fev. 2020.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm.
Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. BRASIL. Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF, 1 out. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14065.htm Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. BRASIL. Medida Provisória nº 1.026, de 6 de janeiro de 2021. Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.. Brasília, DF, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.026-de-6-de-janeiro-de-2021-297929846>. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União: seção 1, p. 90, Brasília, DF, 26 maio 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-ainformacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão Instrução Normativa nº 73, de 05 de agosto de 2020. Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União: seção 1, p. 19, Brasília, DF, 06 ago

2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-73-de-5-de-agosto-de-2020-270711836>. Acesso em: 13 jan. 2021.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Miró Ziliotto, Mirela. Compliance nas Contratações Públicas: Exigência e Critérios Normativos (p. 150). Fórum Ltda. Edição do Kindle.