



GARANTIAS EM LICITAÇÕES E EXIGENCIA DE EIA/RIMA

A Lei de Licitações prevê três espécies de garantias, todas a serem prestadas pelos licitantes ou contratados perante a Administração contratante.

1. A primeira modalidade de garantia é prevista no inciso III do art. 31 da Lei de Licitações, conhecida como **garantia da proposta**, exigida para fins de habilitação.
2. A segunda, prevista no art. 48, § 2º, é a **garantia adicional**, a qual se destina a caucionar a proposta, oferecida por licitante, que teve sua exequibilidade questionada em razão de intrincada conta matemática que representa verdadeiro “presente de grego” do legislador aos gestores públicos.

Essa garantia, segundo se depreende dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se destina àqueles licitantes que, ainda que tenham oferecido propostas consideradas exequíveis, estas estão muito próximas do limite para a inexecuibilidade, constatado por meio da matemática determinada no dispositivo em voga, necessitando, portanto, oferecer uma segurança de que suas propostas são realmente idôneas.

3. **Por fim, a terceira espécie é a garantia de execução contratual ou garantia contratual básica, prevista no art. 56 da Lei de Licitações.**

...

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Ensina Dora Maria de Oliveira Ramos:

“A exigência de prestação de garantia objetiva assegurar que o contratado efetivamente cumpra as obrigações contratuais assumidas, tornando possível à Administração a rápida reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento.”

“Segundo o art. 56 da Lei de Licitações, “a critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida a prestação de garantia nas contratações”.

Do dispositivo, fácil perceber que a exigência de garantia recai sobre a **decisão discricionária do administrador**, sendo que, em se optando pela sua utilização, deverá ser prevista no instrumento convocatório, isso em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. A opção do legislador em deixar a cargo do administrador, **diante da análise de conveniência e oportunidade**, decidir caso a caso quando exigir a prestação da garantia justifica-se no fato de que nem sempre essa medida representará um benefício para a Administração.

A **Circular SUSEP nº 232** de junho de 2003 que trata das apólices do seguro-garantia, define essa modalidade de garantia como o **“seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações**



assumidas pelo tomador no contrato principal, conforme os termos da apólice.” Ciente dessas características, a Lei 8.666/93, ao prever a garantia contratual básica, o fez no capítulo referente aos contratos, sendo que em seu art. 55, VI, a elege, quando exigida em edital, como cláusula necessária dos contratos. Diante desses argumentos, o que se pretende demonstrar é que o seguro-garantia e a fiança bancária se apresentam na forma de um contrato acessório, cujo objeto é a segurança do contrato principal, no caso o contrato administrativo. Logo, a formalização – diga-se, a existência jurídica – do contrato administrativo é pressuposto para a celebração dos contratos de garantia.

Em face disso, parece pertinente e lógico admitir a apresentação dessas modalidades de garantia após a assinatura do contrato administrativo que se pretende assegurar. Em atenção à comentada realidade de mercado, o próprio TCU flexibilizou a tendência em exigir a prestação das garantias, em especial fiança bancária e seguro-garantia, antes da assinatura do ajuste.

Na oportunidade a Corte de Contas, no Acórdão nº 361/2007 – Plenário, acatou as justificativas referentes à prestação de garantia pelo contratado posteriormente à assinatura do contrato com a Administração. Segue trechos da decisão:

“[RELATÓRIO]

b.4) as garantias exigidas na assinatura dos Contratos nº 01.0528.2004 e 21.0118.2004, somente foram prestadas pela (...) e pela (...) em 29/09/2004 e em meados de novembro de 2004, em desacordo com as Cláusulas Décima Terceira e Décima Segunda, respectivamente.

19.1 Razões de justificativas do Sr. (...)

19.1.1 À exceção da alínea ‘b.4)’, os argumentos expendidos por esse responsável são os mesmos dos responsáveis do item anterior.

19.1.2 Em relação à alínea ‘b.4)’, apresenta o responsável as seguintes justificativas:

- 1. I) tendo em vista não existir, na Lei 8.666/93, previsão de quando deverá ser apresentada a garantia contratual, e considerando a prática bancária de só conceder fiança ou seguro à vista do contrato assinado, foi permitido às empresas apresentarem suas garantias até o primeiro pagamento, condicionando quaisquer pagamentos a tal apresentação;*
- 2. II) os contratos atuais já contemplam tal sistemática;*

III) não houve utilização de tais garantias ante a perfeita execução dos contratos.

(...)

19.2.2 Quanto ao alegado em relação à alínea ‘b.4)’, sou da opinião que há razoabilidade nas ponderações oferecidas no sentido de oferecer prazo para o contratado apresentar as garantias contratuais exigidas.



19.2.3 Apesar de existir cláusula determinando que a prestação das garantias fosse concomitante à celebração da avença, entendo que a liberalidade adotada pela Dataprev de conceder reduzido prazo para tal prestação não prejudicou a finalidade dessas garantias nem se constituiu em vantagem indevida para as contratadas em detrimento de terceiros, até mesmo porque a contratação foi realizada com dispensa de licitação.

19.2.4 Assim sendo, cumpre acatar as razões de justificativas apresentadas pelo responsável relativamente à alínea 'b.4)'.

(...)

[Voto do Ministro Relator]

1. Quanto ao mérito, manifesto-me de acordo com a análise promovida pela Unidade Técnica no sentido de considerar parcialmente procedente a presente representação, tendo em vista que restou comprovada parte dos fatos denunciados pela representante. Assim acolho a proposta formulada pela Secex/RJ no sentido de:
 2. a) considerar revel o Sr. José Jairo Ferreira Cabral;
 3. b) acolher as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis a seguir identificados, vez que lograram descaracterizar as irregularidades inicialmente apontadas:

(...)

b.5) (...) e as garantias exigidas na assinatura dos Contratos nº 01.0528.2004 e 21.0118.2004, somente foram prestadas pela GLS e pela Conbrás em 29/09/2004 e em meados de novembro de 2004, em desacordo com as Cláusulas Décima Terceira e Décima Segunda, respectivamente.);

1. c) reverter em proveito do Sr. José Jairo Ferreira Cabral as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. José Roberto Borges da Rocha Leão para as ocorrências destacadas no subitem acima.” ((negritos de ora)

Após, o Tribunal de Contas da União assentou o entendimento por meio do seu Manual de Licitações e Contratos:

“Segundo visto anteriormente (no título “Garantia de Participação”), garantia de contrato geralmente só é feita por instituições financeiras após assinatura do termo. Assim, é muito importante que conste do edital e do contrato prazo suficiente para que o futuro contratado possa apresentar o documento de garantia exigido.”[5]

Observe, ainda, que o TCU, a despeito de permitir a apresentação das garantias após a assinatura do contrato, recomenda que a Administração estabeleça prazo razoável para que isso seja feito pelo contratado, evitando que tal obrigação fique ao alvitre do particular prolongando o seu cumprimento por tempo indeterminado, causando, aí sim, insegurança ao contrato. Deve-se lembrar, ademais, **que a exigência de garantia é decisão de mérito discricionário e, como já comentado, o Administrador deve optar dentro dos limites legais**



por aquela opção que melhor atenda ao interesse público. A nosso ver, a discricionariedade, no que se refere às garantias, não se limita à decisão de fazer ou não tal exigência, também recaindo sobre a decisão acerca do momento que deverá o particular prestar tal garantia, se antes ou após a assinatura da avença, já que a Lei não o faz.

A interpretação atribuída à norma deve ser aquela que compatibilize a persecução do interesse público, representado no aumento do número de licitantes e, conseqüentemente, no aumento da competitividade (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93), com o resguardo do direito dos licitantes em optar pela apresentação da garantia que melhor lhes aprouver, sem que, ao final disso, se verifique prejuízo à segurança da execução do contrato.

Em síntese, poderá a Administração estipular em edital prazo para a apresentação da garantia em momento posterior à assinatura do contrato e antes da emissão da ordem de serviço, marco de início da execução do contrato, sob pena de rescisão unilateral em caso de descumprimento de tal obrigação.

Feitas essas considerações, poder-se-ia questionar tal procedimento quando se tratar da contratação de serviços de natureza contínua, prevista no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93. Nessa hipótese, nos parece que a solução não se afasta da lógica até o momento defendida.

Veja que o art. 56, § 2º, dispõe que a garantia terá seus valores atualizados nas mesmas condições do contrato principal. Ou seja, no caso de qualquer alteração do valor contratual, como no caso da atualização para fins de prorrogação, a garantia seguirá a mesma sorte.

Dessa feita, ao se prorrogar a duração da vigência dos contratos de natureza continuada, a garantia deverá ser renovada pela contratada. (Aplicável ao caso sob análise, o valor devido que não foi retido, dever ser pago imediatamente com a devida correção em sentido amplo)

Sendo a prorrogação formalizada por termo aditivo, segue-se a mesma sistemática anteriormente apresentada, devendo a Administração conceder prazo para que a contratada renove sua fiança bancária ou seguro-garantia junto às instituições financeiras ou seguradoras, mediante a apresentação do termo aditivo assinado. A apresentação da garantia deverá ocorrer anteriormente à emissão de nova ordem de serviço pela Administração, sob pena de não prorrogação do contrato. Então, ao final deste parecer, a conclusão é de que em atenção às práticas de mercado realizadas pelas instituições financeiras e seguradoras, deve a Administração permitir a apresentação das garantias, em especial fiança bancária e seguro-garantia após a assinatura do contrato administrativo. Isso se justifica ao se analisar a natureza da garantia como sendo a de um contrato acessório, cuja existência depende do contrato administrativo.

Além disso, a apresentação da garantia é uma obrigação contratual e não do procedimento licitatório, logo deverá ser exigida após a assinatura do termo entre Administração e particular.

É importante que a Administração estabeleça prazo razoável para a apresentação da garantia pelo particular, contado da data da assinatura do contrato, suficiente para viabilizar as garantias junto às instituições financeiras ou seguradoras, porém não estendido o suficiente a



ponto de causar a insegurança da execução do contrato. A sugestão é que a apresentação da garantia deva ocorrer antes da emissão da ordem de serviço pela Administração Pública.

Desta forma, **tratando-se de uma obrigação contratual e de suma importância, cujo descumprimento torna inconveniente o prosseguimento do ajuste, vindo o particular a inadimplir tal obrigação a Administração deverá rescindir unilateralmente o contrato administrativo. Tal consequência também pode ser abarcada por previsão editalícia prevendo-se que o não cumprimento dessa obrigação gera inexecução total do contrato passível de rescisão unilateral.**

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, resta cristalino e indiscutível ante imperativo legal, jurídico e princípio lógico, além de ser norma inafastável pactuada no edital/contrato entre as partes que todo o período **deve estar 'coberto' contra sinistros por quaisquer das modalidades previstas na lei e no contrato.** Como está formalizada expressamente em documento formal a escolha da contratada pela modalidade.

www.vigilantesdagestao.org.br