

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIRETO**

CHRISTIAN CEZAR DOS SANTOS LUZ

**AS GARANTIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONFORME A LEI
8.666/93**

**Porto Alegre
2012**

CHRISTIAN CEZAR DOS SANTOS LUZ

**AS GARANTIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONFORME A LEI
8.666/93**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande
dos Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientadora: Prof^a. Maria Isabel de
Azevedo Souza**

**Porto Alegre
2012**

CHRISTIAN CEZAR DOS SANTOS LUZ

AS GARANTIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONFORME A LEI
8.666/93

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande
dos Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, 12 de novembro de 2012.

Conceito atribuído: A

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Maria Isabel de Azevedo Souza
Orientadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof^ª. Dra. Vivian Josete Pantaleão Caminha
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. William Smith Kaku
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

*Para Raquel, Marianna e Giulianno,
todo o amor e esforço que eu possa
dar.*

AGRADECIMENTOS

Manifesto meus sinceros agradecimentos a todos que de alguma forma contribuíram, não só para este trabalho, mas com longa jornada que se constitui a graduação. Especialmente:

À orientação da Professora Maria Isabel de Azevedo Souza a este Trabalho de Conclusão de Curso;

Às preciosas contribuições do mestrando Mauro Hiane de Moura ao desenvolvimento do trabalho;

Aos professores da graduação da Faculdade de Direito por propiciarem a minha formação e pela sua persistência;

Ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região por facilitar a busca de aprimoramento de seus servidores e aos colegas dessa instituição, pelo apoio e compreensão;

Aos amigos, que trazem a certeza de que nunca é tarde para novos objetivos;

À família, pela soma de erros e acertos que constitui a formação de um ser humano; e

À Deus, por permitir mais uma caminhada e pelos instrumentos para percorrê-la.

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”

JOHN LOCKE

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a aplicação do instituto das garantias nos contratos administrativos, conforme previsão da Lei 8.666/93, verificando suas características, a partir da conceituação de contrato, contrato administrativo e garantia; o posicionamento da doutrina sobre os tipos de garantia previstos na lei: garantia de proposta, garantia adicional e garantia de execução, com enfoque em abordagens divergentes; e a conformidade com os princípios ordenadores das licitações públicas, considerados os expressos no artigo 3º do regulamento de licitações e contratos, a partir do relacionamento de cada princípio com o instituto das garantias previsto na lei.

Palavras-chave: garantia contratual – contrato administrativo – princípios - licitações – administração pública.

ABSTRACT

This paper aims to review the implementation of the institute of guarantees in administrative contracts, as forecast of Law 8.666/93, checking their characteristics, from the conceptualization of contract, administrative contract and guarantees; the positioning of the doctrine on the types of guarantees contained in law, bid guarantee, additional guarantee and performance guarantees, focusing on different approaches; and in compliance with the guiding principles of public bidding, as expressed in Article 3 of the Regulation of bids and contracts, from the relationship of each principle with the institute of guarantees expressed in the law.

Keywords: contractual guarantees - administrative contract – principles – bids – government.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 Contratos Administrativos e Garantias	10
1.1 Contratos	10
1.2 Contratos Administrativos	14
1.3 Garantias	22
2 Garantias na Lei 8.666/93	24
2.1 Garantia de proposta	28
2.1.1 Atualidade do dispositivo	29
2.2 Garantia adicional	32
2.2.1 A problemática da interpretação do § 2º do artigo 48 da Lei	33
2.3 Garantia de execução	43
2.3.1 Adequação da discricionariedade do administrador	45
3 Garantias nos contratos administrativos e os princípios da Lei ...	49
3.1 Compatibilidade dos princípios e garantias	59
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O instituto das garantias, de origem eminentemente privada, não é objeto de demoradas análises da doutrina brasileira, antes é abordado incidentalmente nas relações contratuais ou em relação ao direito das obrigações como contratos em espécie (contratos de seguro e de garantia), o que não conduz a uma análise sobre suas características essenciais.

A apropriação desse instituto para o campo do Direito Público demonstra a intenção do legislador em conferir aos chamados contratos administrativos, aqueles em que a Administração figura como parte, as vantagens da presença de garantias nas avenças, o que resulta em segurança à Administração, sobretudo pelo potencial volume de recursos públicos envolvidos.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, no tocante às licitações, traduzido na norma geral da Lei 8.666/93, o estabelecimento da possibilidade de exigência de garantias nos contratos administrativos, confere à Administração a prerrogativa da exigência dessas salvaguardas como forma de buscar o ressarcimento de eventuais prejuízos ocorridos na execução da avença. Decorre dessa prática, também, uma facilidade na cobrança de multas aplicadas em decorrência de infrações contratuais, pelo abatimento do valor da garantia, o que acaba produzindo um comportamento mais prudente por parte do contratado.

Ocorrem, todavia, discordâncias doutrinárias quanto ao alcance das previsões legais, que devem ser esclarecidas a bem de sua efetiva aplicação e produção de resultados, que são, em última análise, a preservação do interesse público. Exemplo é a forma de cálculo suscitada pelo parágrafo 2º do artigo 48 da Lei 8.666/93, em relação à chamada garantia adicional, a que permite interpretações equivocadas, com reflexo considerável sobre os termos da contratação.

Assim, se buscará respostas às questões levantadas de forma a tentar contribuir a um entendimento e aplicação mais pacíficos do tema.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E GARANTIAS

Os contratos administrativos são uma espécie do gênero contratos, que por algumas peculiaridades assumem caráter próprio no nosso ordenamento jurídico. Já quando se fala em garantia, vários significados podem surgir em relação ao seu uso nas relações contratuais.

Para o desenvolvimento do tema deste trabalho, são necessárias algumas definições, principalmente por se tratarem de conceitos de ampla significação, buscando-se, assim, delimitar o escopo de tratamento das áreas envolvidas e a justificar escolhas metodológicas de adoção de determinados entendimentos.

1.1 Contratos

Contrato é todo acordo de vontade, firmado livremente pelas partes, visando à criação de direitos e deveres recíprocos. Normalmente um contrato é um negócio jurídico bilateral, envolvendo ao menos duas pessoas, e comutativo, originando prestação mútua e equivalente entre as partes. Nesse contexto, essencial à sua constituição é o componente volitivo:

Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral. Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se *ajustam*, num dado momento.¹

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 1. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12.

Um contrato constitui verdadeira lei entre as partes, estipulada consensualmente, como manifestação de liberdade contratual, e dependente de certos requisitos, como objeto lícito, determinado e possível, forma prescrita ou não vedada e capacidade das partes.

Há de se observar, ainda, a função social do contrato como limite ao exercício da liberdade de contratar, e a obrigação à conduta com boa-fé.

Em relação à função social do contrato, observa-se que o contrato é uma instituição típica das relações privadas, nascido da necessidade das relações mercantis, como instrumento de igualdade jurídica e fruto da autonomia da vontade entre os entes negociais. O efeito mais pungente do contrato é fazer a economia funcionar, através do estabelecimento de padrões de conduta, de observância obrigatória às partes, capazes de estabelecer um ambiente favorável às trocas comerciais, típico da sociedade capitalista liberal, como leciona Humberto Theodoro Junior:

Parece intuitivo que onde não há propriedade a riqueza não pode circular e, então, o contrato fica esvaziado da maior função prática. Mas onde a sociedade se constrói e evolui à base da liberdade e da propriedade privada, ao contrato se reserva uma posição de destaque entre os mais influentes instrumentos jurídicos de desenvolvimento.²

Presentemente, contudo, na esteira do novo Código Civil Brasileiro de 2002 – Lei 10.406 de 10/01/2002 – o princípio da função social do contrato, em seu artigo 421³ impõe a mesma como limite e razão da liberdade de contratar, o foco da discussão parece ter passado mais ao fato do contrato ter impacto no meio social, pois “a função social é estabelecida a partir da relação entre o

² THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 14.

³ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

papel o contrato e a relação do instituto com as formas de organização econômico-social.”⁴

Esta nova visão dos contratos, onde sua principal função não mais é a circulação de riquezas, mas também a coesão social, reconhece-se como mais adequada ao espírito da Constituição Federal da República de 1988, que estabelece em seu artigo 1º, como fundamentos da República⁵, valores que se coadunam com essa interpretação, ou, no dizer de Caio Mário:

A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade.

A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. Como princípio novo ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior.⁶

⁴ FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. **EOS Revista jurídica da faculdade de direito/ Faculdade Dom Bosco – Núcleo de pesquisa do curso de direito.** Curitiba: Dom Bosco. V. 3. N.º 5. p. 45-79, 2009, p. 64.

⁵ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (...).”

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 16.

Já a conduta com boa-fé é princípio consagrado na disciplina dos contratos, como “norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim sua função social será atingida.”⁷

Anteriormente, dispositivo do Código Comercial – Lei 556 de 25/06/1850 – com a vigência do novo Código Civil, a boa-fé passou a integrar um diploma que pretendeu a unificação da matéria obrigacional, com a revogação da primeira parte do antigo Código Comercial, como expõe Vera Helena de Mello Franco:

Vale dizer que na base da unificação obrigacional situam-se os princípios já antes acatados no âmbito do direito comercial, tal aquele da boa-fé, ao qual já fazia menção a norma do artigo 131,1 do CCo ou aquela pertinente à integração dos contratos, abrangida na norma do art. 133 do CCo.⁸

Dois princípios basilares dos contratos são o *Lex inter partes*, donde o contrato faz lei entre os contratantes, demanda de segurança do convencionado, e o *pacta sunt servanda*, que é compromisso de observância do estabelecido, de ambas as partes.

Como estrutura destes princípios, os contratos regidos pelo direito privado encontram ampla liberdade de contratar, encontrando limites apenas em algumas disposições de forma e preceitos legais, além de nos princípios acima vistos, como leciona Humberto Theodoro Junior:

Não há, em princípio, obrigação de contratar. As partes têm autonomia ou liberdade de realizar seus negócios jurídicos. Podem ajustar ou não o contrato, segundo suas conveniências pessoais. Mas, uma vez ajustado o contrato, não podem se

⁷ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS. N.º III. p. 105-128, 2005, p. 114.

⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

furtar ao respeito daquilo a que se obrigaram reciprocamente. O contrato passa, então, a comandar, como lei, os interesses negociados livremente entre os contratantes.⁹

1.2 Contratos Administrativos

Até aqui se abordaram características sobre os contratos que se constituem em seus princípios gerais, constituintes de uma teoria geral dos contratos e comuns ao gênero contratual.

Todavia, o tipo de relação que exige para sua realização a idéia de contrato não é exclusivo do mundo das relações privadas. A própria idéia de Administração Pública envolve a relação desta com os administrados e a consecução de atividades para as quais o Estado necessita de terceiros. Daí a exigência da contratação, que “também é frequente e inevitável no relacionamento entre as pessoas de direito público e entre os particulares e os órgãos da administração pública.”¹⁰

Em relação a esta possível identidade das avenças formalizadas pela Administração e as de domínio privado, e da existência de um tipo específico do qual um ente público seja parte, o eminente Professor Marçal Justen Filho a afasta como posição pessoal, ainda que nos seus comentários discorra sobre os entendimentos doutrinários recentes:

Particularmente, adota-se a tese contrária a que o “contrato administrativo” seria uma espécie do gênero “contrato”. É desnecessária e inútil a importação de institutos de direito privado para o direito público. Construções doutrinárias como “obrigação de direito público” e “contrato administrativo” obrigam o jurista a permanentes exercícios de adaptação dos institutos, ressalvas, etc.¹¹

⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 97.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 48.

Em outro sentido, há de se destacar posição inaugurada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que sustentava a inexistência do contrato administrativo, no que foi acompanhado em parte por Celso Antônio Bandeira de Mello, que não reconhece o vínculo contratual com o particular, sobre interesse público, pois que:

Os poderes reconhecidos à Administração nestes “contratos administrativos” parecem-nos que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetível de transação e, pois, de “contratos”.¹²

Assim, este autor entende que como as avenças firmadas pela Administração Pública contêm somente uma pequena parte convencionada, qual seja a parte econômica, sendo que tudo o mais são termos estabelecidos pela Administração de forma unilateral, circunstâncias que, segundo o mesmo “deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos.”¹³ Admitindo, entretanto, que essa posição não encontrou aceitação da doutrina e jurisprudência brasileiras.

Acompanhando a linha dominante da doutrina pátria, Diógenes Gasparini então, bem reconhece o conceito do contrato administrativo tanto nos fatos quanto na lei:

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 619.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 620.

As avenças disciplinadas pelo Direito Administrativo são denominadas contratos administrativos e desses são exemplos os regulados pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. São contratos administrativos porque são assim denominados e regulados por esse diploma legal e porque se valem de cláusulas exorbitantes, requisitos caracterizadores desses ajustes. consoante a melhor doutrina.¹⁴

Contrato administrativo entende-se, pois, como aquele em que a Administração Pública, através de qualquer um de seus entes, é parte, materializando um interesse público, e no qual usa de sua condição para o estabelecimento de cláusulas que expressem sua supremacia na relação.

Assim se pronunciou o pretérito Tribunal Federal de Recursos:

A prevalência do interesse público sobre o privado enseja a admissibilidade de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, enfatizando o predomínio da vontade da Administração na formulação e execução da avença. Entre esse privilégios se insere o de aplicar penalidade contratual, em caso de inadimplência do outro contratante. Aplicada multa contratual em procedimento regular, facultada a defesa do contratante, sua inscrição como dívida ativa da União possibilita a cobrança executiva, cabível a desconstituição do título, em embargos do devedor, se comprovada força maior.¹⁵

Ressalte-se que essa supremacia do interesse público não deve ser entendida como uma norma-princípio, pois normativa e conceitualmente não descreve uma relação de supremacia, até por que “ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados

¹⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 533.

¹⁵ Tribunal Federal de Recursos, RDA 154/174.

consistem em uma parte dos interesses públicos.”¹⁶ Mas esse “princípio” deve ser descrito com referência “a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um ‘princípio abstrato de supremacia’, teríamos regras condicionais concretas de prevalência (variáveis segundo o contexto)”.¹⁷

Entende-se adequada essa visão, conquanto a multiplicidade de relações hoje estabelecidas entre a Administração e os particulares, impõe a necessidade de apreciação individual de eventuais conflitos de interesse, o que melhor condiz com um Estado Democrático de Direito e, tampouco se opõe ao direito positivado em relação aos contratos administrativos, exemplificativa é a lição de Ávila:

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.¹⁸

Desta feita, se percebe que a conceituação de contrato administrativo, além da presença de ente público em um dos pólos, se caracteriza, não pelo uso de uma prerrogativa axiológica, mas pela definição de condições de interesse da administração, previamente à mesma, que encontra suporte no direito positivado, conquanto a Lei 8.666/93 o define e regulamenta, enquadrando-se esses ajustes nos preceitos de direito público.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista eletrônica sobre a reforma do estado – IBDP**. Salvador: IBDP. N.º 11, 2007, p. 28.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.*, p. 29.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.*, p. 29.

Idéia um pouco mais restritiva tem Celso Antônio Bandeira de Mello, até pelo seu entendimento já explanado, do que seja o contrato administrativo, mas interessante pela fundamentação:

(...) pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁹

Percebe-se que a lei vai assumindo papel definidor nesta conceituação, ao que a lei 8666/93 supre com definições que vão conduzindo a um entendimento. Assim, temos que o artigo 6º da lei 8666/93, onde são tratadas as definições necessárias à interpretação da mesma, em seu inciso XV²⁰, discrimina que contratados, para esta lei, são aqueles que assinam contrato, sem ressalvas, com a administração pública, definida esta de forma ampla no inciso XI²¹, assim como o artigo 1º inclui no rol de objeto de contrato administrativo, uma gama de operações que incluem mesmo uma simples aquisição.²²

No mesmo diploma legal temos norma que submete os contratos administrativos aos preceitos de direito público e, supletivamente, à teoria geral dos contratos e às disposições de direito privado.²³ E fechando o arco

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 621.

²⁰ “XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública.”

²¹ “XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;”

²² “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

²³ “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

normativo definidor do contrato administrativo, na lei 8666/93, o artigo 58²⁴, que estabelece cláusulas com prerrogativas à Administração Pública na imposição de condições, responsáveis por certo “desequilíbrio jurídico” entre os contratantes, nas palavras de Theodoro Junior:

(...) porquanto a administração ocupa na relação jurídica uma posição de “supremacia”, que lhe permite impor condições que lhe assegurem prerrogativas que fazem o interesse público sobrepujar os interesses particulares do outro contratante. São as chamadas “cláusulas exorbitantes”, entre as quais se arrola o poder de rescisão unilateral do contrato, não, todavia, sem responsabilizar o Poder Público pela reparação dos prejuízos que o ato acarretar ao outro contratante.²⁵

Defende, todavia, esse autor, que a administração pode atuar como particular, ao formalizar contratos sujeitos apenas às disposições do direito privado, “quando, porém, a administração pratica contratos privados, seu regime deixa de ser o do direito administrativo e passa para o do direito privado”.²⁶ O que não se considera uma interpretação correta na medida em que a norma assim não o define, como visto acima, e pela ressalva expressa no § 3º do artigo 62 do regulamento:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, **no que couber**:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por **norma de direito privado**.(grifo nosso)

²⁴ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; (...)”

²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 97.

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, *Loc. cit.*

Que torna inequívoca a submissão das normas aplicáveis àqueles contratos, às prerrogativas emanadas do artigo 58 da Lei 8.666/93.²⁷ Destarte, parece mais adequado o entendimento expresso na obra de Hely Lopes Meirelles pelos seus atualizadores, de que a participação da administração com prerrogativas na relação negocial, não descaracteriza o contrato ou sua consensualidade, e que a qualificação de contrato público, com a decorrente submissão ao regime do direito público, visa precipuamente o atendimento de interesse público.²⁸ Assim, mesmo nos contratos que parte da doutrina defende como sujeitos às normas do direito privado, há o interesse público, constante da atuação da administração, afastando o conceito de contrato privado da administração, *in verbis*:

Não é o objeto, nem a finalidade ou o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do direito privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como *pressupostos necessários* de toda atuação administrativa. Com efeito, não se pode admitir que a Administração realize contratos sem finalidade pública, ou contra o interesse público. Se isto ocorrer o ajuste será nulo, por desvio de finalidade.²⁹

²⁷ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.”

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 249.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 250.

Sobre o componente consensual do contrato administrativo, esclarecedora é a lição de Lucas Rocha Furtado, para quem a publicização dos termos da licitação e contrato, pela administração através do edital e, a participação dos licitantes, com a escolha da melhor proposta que atenda às exigências, resulta em uma aquisição de bem que decorreu de acordo de vontades, expresso na celebração do contrato que “por meio deste, as partes, em decorrência de seu acordo de vontades, irão obrigar-se uma para com a outra ao cumprimento do que livremente pactuaram.”³⁰

Admite-se, entretanto a existência de contratos, em que a administração seja parte, que estão mais intensamente ligados às normas do direito privado, mas essas exceções também decorrem da lei, já que dentre as normas da 8666/93 se encontram dispositivos neste sentido, em seu artigo 62, §3º e incisos, que ressalva a aplicação de dispositivos anteriores, de prerrogativas e formas, mesmo nos casos de contratos regidos pelas normas de direito privado, como de seguro, financiamento, locação e de serviços públicos (como usuária).³¹ Todavia, acertada a conclusão expressa na obra de Meirelles de que a intenção da lei foi submeter ao *regime de direito público* todos os contratos firmados pela Administração.

Adotar-se-á então, não com a mesma finalidade prática declarada por Furtado³², mas pelo entendimento de sua total aplicabilidade, o conceito de contrato administrativo apresentado pela lei 8.666/93, em seu artigo 2º, parágrafo único, como todo e qualquer ajuste em que figure entidade da administração pública e particular com a conjunção de vontades e obrigações mútuas.³³

³⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 409.

³¹ “§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.”

³² FURTADO, Lucas Rocha. *Op. cit.*, p. 410.

³³ “Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

1.3 Garantias

As garantias são tratadas de forma muito esparsa na doutrina brasileira e, mesmo no Código Civil de 2002, referências são feitas em vários artigos em que sua aplicação é exigida como tutela de direitos,³⁴ sem, contudo, ter sua importância refletida em duntas discussões.

Discute-se, é verdade, as garantias em espécie, ao se tratar dos direitos reais, dos contratos bancários e do contrato típico de garantia e seguro, porém uma conceituação genérica, para um aperfeiçoado entendimento deste instituto, de origem eminentemente privada, mas de ampla aplicação no direito público, torna-se necessário, para uma posterior discussão dos requisitos de sua exigência nos contratos administrativos.

Destaca-se neste cenário, tese doutoral apresentada por Adalberto de Souza Pasqualotto, à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 2005, que buscou uma conceituação genérica das garantias e desenvolveu uma classificação da garantias e a da relação jurídica dela decorrente, para uma visão sistematizada no direito da obrigações.³⁵

O trabalho inicialmente estabelece dois pressupostos para a existência da idéia de garantia, quais sejam o interesse e o risco.

Quanto ao interesse, definido como uma característica humana de causa de agir, que pode se manifestar através de várias dimensões, pessoal, econômica, afetiva e que, quando ligada a resultados de negócios jurídicos, se prestam à tutela pelo direito.³⁶

O pressuposto interesse tem estreita ligação com o conceito de valor, seja subjetivo ou objetivo, ambos protegidos pelo direito, seja através de

³⁴ Rol não exaustivo contém, *p. e.*, os artigos 158, §1º; 163; 300; 333,III; 340; 364; 387; 446; 477 e 498, onde a busca da segurança no negócio jurídico, passa pelo apelo ao mecanismo da garantia, sem contudo existir em todo o diploma consideração genérica sobre a mesma.

³⁵ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. **Garantia no direito das obrigações**: Um ensaio de sistematização. 2005. 269 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2011.

³⁶ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Op. cit.*, P. 10.

responsabilidade objetiva, seja através das indenizações ao valor afetivo. A intensidade do interesse seria tradução da variação subjetiva de valor.³⁷

Já o risco pode ser definido com a possível não concretização de uma situação esperada, ou, em sentido contrário, a efetivação de uma situação indesejada.

Para o Direito o risco é relevante quando sua realização levar ao prejuízo de interesses, bens ou direitos, tutelados. Possibilidade, aliás não afastada do cotidiano, como bem explica Pasqualotto:

Os riscos existem em relação à vida, à saúde, à integridade física e patrimonial. A qualquer momento acontecimentos fortuitos, inclusive atos ilícitos, podem nos causar danos pessoais ou patrimoniais. A essa vulnerabilidade inevitável e inerente ao fato da vida podemos chamar risco natural. Referimo-nos particularmente aos riscos que nos podem atingir.³⁸

Além destes chamados riscos naturais, bem coloca o autor a existência dos riscos sociais, produto da vida em sociedade e das interações entre as pessoas. Os riscos jurídicos, envolvidos nas relações jurídicas ou fruto do exercício de determinadas funções e deveres.³⁹ Por fim, e de interesse à abordagem proposta, aponta a existência dos riscos contratuais, ocasionados por uma das partes, ou ambas, ou mesmo fruto de imprevisto, mas em todos os casos, de ocorrência probabilística e com efeitos atenuados através de instrumentos como os seguros e as garantias acessórias, modalidades do gênero garantia.⁴⁰

Do exame dos pressupostos acima, brota a conceituação de garantia como “remédio jurídico à prevenção de riscos. A garantia constitui-se em uma expectativa substituta para o caso de fracasso ou frustração de uma

³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Op. cit.*, P. 11.

³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Op. cit.*, P. 14.

³⁹ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Op. cit.*, P. 15.

⁴⁰ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Op. cit.*, P. 16.

expectativa originária.”⁴¹ Essa expectativa originária pode ser uma relação jurídica com origem em um negócio jurídico onde a prestação dessa garantia é o objeto mesmo ou parte essencial deste. Independentemente da consecução do risco, ela existe autonomamente, como nos contratos de seguro. Pode ainda ter como causa, uma relação pré-existente, e da qual a garantia será dependente. É o caso das garantias acessórias a contratos, como as que se observam nos contratos administrativos – garantia de execução – de existência vinculada ao contrato de que é cláusula. Em ambas as hipóteses, as garantias são relações jurídicas “que têm por objeto a reparação dos eventuais prejuízos a um interesse exposto a risco”⁴², o que, no caso dos contratos públicos, trata-se do interesse da sociedade.

Entende-se que a opção do legislador de aproveitar o instituto das garantias nos contratos administrativos, via possibilidade de sua exigência nos mesmos, conforme previsão do artigo 56 de Lei 8.666/93, trata-se exatamente de prevenção de danos ao interesse público, seja na proteção ao erário, seja na garantia da entrega de bem ou serviço necessário à efetivação da atividade pública.

2 GARANTIAS NA LEI 8.666/93

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, conforme seu artigo 1º e parágrafo único⁴³, constitui-se em norma geral federal para licitações e contratos da Administração Pública no Brasil, sendo, portanto, cogente a todas as esferas da Administração, direta e indireta, que, em regulamentos próprios não a podem contrariar, conforme leciona Renato Geraldo Mendes.⁴⁴

⁴¹ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Op. cit.*, P. 18.

⁴² PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *Op. cit.*, P. 23.

⁴³ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

⁴⁴ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de licitações e contratos anotada**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 27. Leciona que “A expressão “normas gerais” é o rótulo ou denominação técnico-jurídica que identifica um conjunto de preceitos editados pela união, no exercício de

Buscando a prevenção de um dano, diante da possibilidade real de prejuízo causado por um contratado, ou mesmo na possibilidade de necessária aplicação de multa, com fulcro no artigo 87⁴⁵, inciso II da Lei 8.666/93, a Administração pode fazer uso da exigência de garantias em relação aos contratos administrativos, de forma a se ressarcir através desses valores caucionados à mesma.⁴⁶

Tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, que não é lícito à Administração reter créditos da contratada para se ressarcir ou aplicar multa, conforme voto do Ministro Luiz Fux na apreciação do REsp 633432/Minas Gerais:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93. 2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

competência constitucional, que devem ser observadas pela própria União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cujos conteúdos enunciam prescrições uniformizadoras para os referidos entes políticos. As normas gerais são comandos-diretrizes de âmbito nacional."

⁴⁵ "Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;"

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Op. cit.*, p. 453. Salienta que não existissem as garantias prestadas pelo contratado, à Administração restaria apenas a cobrança judicial de quantias devidas por ressarcimento de dano.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento.

Segundo Diógenes Gasparini, a garantia tem sua exigência facultada à Administração pela lei, e pode ser imposta aos contratados para assegurar a execução das avenças, podendo ser definida como:

(...) toda reserva de bem ou de responsabilidade pessoal com vistas a assegurar a execução do contrato e, conforme o caso, utilizável pelo Poder Público contratante para ressarcir-se de prejuízos causados pelo contratado ou pagar-se de multa que lhe fora aplicada e não satisfeita.⁴⁷

⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 548.

Traz esse diploma, a previsão de três espécies de garantia, a serem vistas nos próximos itens, todas prestadas pelos licitantes ou pelos contratados, nenhuma prestada pela Administração:⁴⁸ garantia de proposta, garantia adicional e garantia de execução⁴⁹. Essa exigência, enquanto faculdade do gestor público, submete à discricionariedade deste a necessidade de resguardar o interesse público frente a um risco de prejuízo.

Segundo Marçal Justen Filho, a Administração procura se cercar de cautelas para evitar o insucesso da contratação, como o estabelecimento de requisitos de habilitação ou a prestação de garantia, que envolve uma questão delicada:

Sob um ângulo, a Administração deve cercar-se de todas as cautelas para evitar prejuízos ao patrimônio público. Isso significa exigir do particular o fornecimento de garantias de indenização de eventuais danos. Portanto, a prestação de garantia é uma vantagem para a Administração.

Sob outro enfoque, porém, a prestação de garantias representa um encargo econômico-financeiro para o particular. Para promover a garantia, é obrigado a desembolsar recursos. Em alguns casos, as dimensões desse encargo podem atingir valores muito elevados. Isso poderia inviabilizar a contratação porque o particular, muito embora em condições de desempenhar suas prestações, não disporia de recursos para arcar com o custo da garantia. Assim, a exigência de garantias vultosas poderia ser instrumento de impedimento à livre participação dos interessados. Como se não bastasse, o particular engloba, na formação de seus custos, os encargos necessários à obtenção da garantia. Sob essa abordagem, a

⁴⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 420.

⁴⁹ A Decisão nº 538/1998 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, relatada pelo Ministro Humberto Souto, determinou que a licitação realizada pela Fundação nacional da Saúde no Rio Grande do Norte, fosse anulada por exigir a prestação de garantia discriminada.

garantia produz malefícios. Tanto reduz o número de licitantes como acarreta elevação dos custos para a Administração.⁵⁰

Importante frisar que a exigência de garantia, em todos os casos, pela obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, fica condicionada à previsão de sua possibilidade no edital e minuta do contrato. Do exame das hipóteses de garantia segundo a lei de licitações e contratos, se abordarão características e peculiaridades dessas, a seguir.

2.1 Garantia de proposta

A Lei 8.666/93 ao estabelecer em seu artigo 27 qual o rol de documentos que podem ser exigidos em sede de habilitação em procedimentos licitatórios, prevê a comprovação de capacidade econômico-financeira pelos licitantes.⁵¹ O artigo 31, ao discriminar que espécies de comprovação econômico-financeiras são exigíveis dos licitantes, distingue, no inciso III⁵², a chamada garantia de proposta.

Por este dispositivo, quando exigido pelo edital, os licitantes devem apresentar a garantia, de até 1% (um por cento) do valor estimado da contratação, como requisito de habilitação. Por previsão do mesmo inciso, é facultado ao licitante a opção de sob qual modalidade prestar o exigido.

Ainda em relação ao artigo 31, seu § 2º limita a exigência dessa modalidade de garantia à licitação para compra com entrega futura, obras e serviços e, ainda, estabelece a alternatividade de exigência desta ou de comprovação de capital ou patrimônio líquido mínimos.⁵³

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 498.

⁵¹ “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
(...)

III - qualificação econômico-financeira;”

⁵² “III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.”

⁵³ “§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou

Esta garantia, a exemplo das características gerais das garantias na Lei 8.666/93, vistas no item anterior, não tem exigibilidade obrigatória pela Administração e, ainda, não está relacionada ao contrato, mas ao procedimento licitatório, ao final do qual é devolvida aos licitantes, excetuado aquele que, tendo sido habilitado e tido proposta classificada, por qualquer razão não mantiver o compromisso de contratar com a Administração.

2.1.1 Dispositivo ainda atual

A previsão desta exigência de habilitação em licitações é muito controversa, havendo autores que pugnam pela sua inconstitucionalidade ou conflito com a própria Lei 8.666/93. Dentre os autores que defendem sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, temos Marçal Justen Filho, conforme expressa nos seus *Comentários*:

Em épocas passadas, era usual a Administração condicionar a habilitação ao depósito de valores ou ao caucionamento de bens. Isso acarretava indevida restrição à participação dos interessados. Consagrou-se, por isso, o princípio de que a habilitação não pode ser condicionada ao pagamento de valores ou cauções, etc. O princípio foi alçado ao nível constitucional. A exigência de 'garantias' para participação na licitação é incompatível com o disposto no art. 37, inc. XXI, da CF/88. Por isso, o inc. III do art. 31 é inconstitucional. Além do mais, não acrescenta qualquer vantagem ou benefício à Administração. Existe, ainda, evidente incompatibilidade entre o inc. III e o espírito da Lei, retratado no art. 32, § 5º.⁵⁴

de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, p. 348.

Considera-se, porém, essa posição como resultado de um esforço argumentativo errôneo, na medida em que o inciso XXI do artigo 37⁵⁵ da Constituição Federal de 1988 coloca nas mãos da Administração a definição de quais são as exigências *indispensáveis ao cumprimento* das obrigações. Além disso, a simples leitura do parágrafo 5º do artigo 32 do regulamento de licitações⁵⁶, deixa claro que a vedação dali emanada é em relação à cobrança de taxas e emolumentos para a habilitação, o que não é o caso da garantia em exame, como bem explica Antônio Carlos Cintra do Amaral ao comentar impugnação a edital que solicitava a prestação de garantia de proposta:

O edital foi impugnado. Alegou o impugnante que a exigência de garantia de cumprimento de proposta conflita com o § 5º do art. 32 da mesma Lei 8.666.

O impugnante confundiu prestar garantia com pagar taxas ou emolumentos. Ao prestar garantia, o licitante não está pagando “ingresso”. Ou seja: ele não presta garantia de cumprimento de proposta **para participar da licitação**, e sim **para não se retirar**, caso venha a ser o vencedor. O que a Lei 8.666 proíbe, no § 5º do art. 32, é a cobrança de alguma importância para que o licitante possa participar da licitação, com exceção do preço do edital, quando solicitado, limitado ao custo da reprodução.⁵⁷ (Grifo no original)

⁵⁵ “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

⁵⁶ “§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.”

⁵⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Comentário 2: Garantia de cumprimento de proposta**. 1º/11/1999. Disponível em < <http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/02.pdf>> Acesso em: 30/11/2012.

Marçal Justen Filho, porém, reconhece que a *rejeição ao dispositivo vem-se atenuando*, em razão de o dispositivo poder *comprovar um mínimo de reconhecimento externo à capacidade econômico-financeira do sujeito*.⁵⁸

Entende ainda o Tribunal de Contas da União que a garantia de proposta trata-se de exigência legítima, desde que, como instrumento de habilitação, seja alternativa à comprovação de Capital Social:

“EXIGÊNCIA CUMULATIVA DE GARANTIA DE PROPOSTA E DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO

240. No edital, em seu parágrafo 68 (fl. 14 do Anexo 21), determina-se que a licitante deve possuir capital social mínimo de R\$ 73.500.000,00 (setenta e três milhões e quinhentos mil reais) ou, no caso de consórcio, R\$ 95.550.000,00 (noventa e cinco milhões, quinhentos e cinquenta mil reais). Ao mesmo tempo, no parágrafo 99 (fl. 18 do Anexo 21), exige-se a apresentação de garantia de proposta no valor referente a 1% do valor da outorga.

241. A exigência simultânea de garantia de proposta e comprovação de capital social fere o disposto no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, in verbis:

‘§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.’ (nosso grifo)

242. Vê-se claramente o caráter alternativo das exigências mencionadas.

243. Nesse sentido, versa ampla jurisprudência do Tribunal a exemplo do Acórdão nº 1664/2003 - 1ª Câmara, das Decisões

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, p. 349.

de nº 681/1998, de nº 581/2000, ambas do Plenário, e dos Acórdãos de nº 808/2003 e de 108/2006, também do Plenário. Nessas oportunidades, defendeu-se que o dispositivo mencionado veda a exigência cumulativa de capital social mínimo e das garantias que cita.

244. Como bem observa o Tribunal, na Decisão 681/1998: ‘(...) ao facultar à Administração as exigências em questão (nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços), o legislador cuidou de fornecer alternativas e não o somatório das hipóteses que indicou. Não resta dúvida que, se assim o fez, foi para evitar que fossem efetuadas imposições demasiadas, que porventura ensejassem a inibição do caráter competitivo do certame.’

245. Note-se, contudo, que, tanto uma quanto outras obrigações constantes do edital, isoladamente, não contrariam norma existente. Quanto ao capital social, os montantes estipulados não ultrapassam 10% do valor dos investimentos a serem realizados pela subconcessionária (R\$ 2.221.806.000,00, dois bilhões, duzentos e vinte e um milhões e oitocentos e seis mil reais), que é igual a R\$ 222.180.600,00 (duzentos e vinte e dois milhões, cento e oitenta mil e seiscentos reais). No que se refere à garantia de proposta, 1% é o valor máximo permitido pelo inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93.

246. Desse modo, pode-se optar por requerer ou o capital social mínimo conforme o parágrafo 68 do edital ou a garantia conforme o parágrafo 99 do mesmo documento, mas é vedado formular as duas exigências simultaneamente.”⁵⁹

2.2 Garantia adicional

Segunda modalidade de garantia prevista na Lei 8.666/93, em seu artigo 48, § 2º, a chamada garantia adicional busca compensar um hipotético aumento de risco à Administração, devido à classificação de uma proposta não

⁵⁹ Acórdão 102/2007 – Plenário. Ministro Relator Augusto Nardes.

necessariamente inexecutável, mas abaixo de certo parâmetro definido em dispositivo anterior, com base no preço orçado pela Administração ou pelas propostas dos demais licitantes, numa forma de presunção de inexecutabilidade.

Trata-se de uma garantia de exigência obrigatória⁶⁰, para os casos em que a proposta classificada for de valor entre 70% (setenta por cento) e 80% (oitenta por cento) da média das propostas maiores que 50% (cinquenta por cento) do valor estimado da contratação, ou do próprio valor estimado se este for maior. Deve ser fornecida na assinatura do contrato e o contratado escolhe sua forma dentre as opções do artigo 56, § 1º da Lei 8.666/93.

Aqui o legislador optou por buscar a definição de executabilidade, e conseqüente necessidade de garantia adicional à administração, nos dados fornecidos pelo mercado para aquele objeto, no procedimento licitatório, o que Marçal Justen Filho chama de critérios objetivos de avaliação da executabilidade:

Os dois parágrafos do art. 48 adotaram presunção de que o meio mais eficiente para apurar a irrisoriedade é recorrer ao valor das próprias propostas apresentadas na licitação. Em vez de recorrer a parâmetros externos à licitação, recorre-se ao próprio âmbito do certame. Adota-se procedimento referível a postulados da estatística, supondo-se que os desvios padrões apurados entre as propostas podem indicar anomalias e autorizam ilações acerca da inviabilidade da execução da proposta.⁶¹

2.2.1 A Problemática da interpretação do § 2º do artigo 48 da Lei 8.666/93

⁶⁰ “A garantia adicional é decorrente da prescrição do § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, revelando ato vinculado. Isto é, se a proposta subsumir-se às condições do supracitado dispositivo, o licitante deve prestar a garantia adicional por ocasião da assinatura do contrato, independentemente de qualquer análise dos agentes administrativos a respeito da conveniência de tal medida. Segundo NIEBUHR, Joel de Menezes, *Op. cit.*, p. 427.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, p. 457.

Em relação ao tema da garantia adicional, existem algumas controvérsias doutrinárias sobre a forma de cálculo do *quantum* desta garantia.

Para um exame adequado do mecanismo de definição dessa garantia, que se propõe uma fórmula de cálculo do valor a ser prestado, é mister apreciarmos o dispositivo anterior, artigo 48 e § 1º, em que a Lei 8.666/93 fornece outro cálculo, este para aferição de inexecutabilidade:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I – (...)

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
- b) valor orçado pela administração.

Pelo exame do dispositivo, percebe-se que a comissão de licitações deve realizar uma série de procedimentos para a verificação de

exequibilidade⁶², a começar pelo cálculo de metade do valor orçado e, em seguida, pela verificação da média aritmética dos valores das propostas que ultrapassaram esses 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Desta verificação se extrai um valor da média das propostas utilizadas, que se deve comparar ao valor orçado mesmo, onde o menor será utilizado nas operações subsequentes. Desse menor valor encontrado, calcula-se 70% (setenta por cento), caso seja a média, e do resultado desta operação, o valor de corte da exequibilidade.

Exemplificativamente, em uma licitação com valor estimado de R\$100 (cem reais), são apresentadas propostas de R\$ 30 (trinta reais), R\$ 36 (trinta e seis reais), R\$ 48 (quarenta e oito reais), R\$ 52 (cinquenta e dois reais), R\$ 62 (sessenta e dois reais) e R\$ 81 (oitenta e um reais). As seguintes operações deverão ser realizadas pela comissão⁶³:

- a) Cálculo de 50 % (cinquenta por cento) do valor estimado de R\$ 100 (cem reais) = R\$ 50 (cinquenta reais);
- b) Cálculo da média das propostas maiores que o encontrado acima, compreendendo $\Sigma(52+62+81)/3= 65$;
- c) Verificação do valor menor entre R\$ 100 (cem reais), item a, e R\$ 65 (sessenta e cinco reais), item b, no caso, R\$ 65 (sessenta e cinco reais);
- d) Cálculo de 70% (setenta por cento) de R\$ 65 (sessenta e cinco reais), resultando R\$ 45,5 (quarenta e cinco reais e cinquenta centavos), que se constitui o corte da inexecuibilidade;
- e) Exclusão das propostas menores que R\$ 45,5 (quarenta e cinco reais e cinquenta centavos) e verificação da proposta classificada em primeiro lugar, no exemplo, a proposta de R\$ 48 (quarenta e oito reais);

⁶² Exemplo semelhante pode ser visto no artigo **Redação da lei de licitações é um primor de confusão**, autoria de Sergio Antunes, no *website* Consultor Jurídico, onde, porém é destacada a diferença de valores, mas não a incoerência de uma das interpretações possíveis. Disponível em < www.conjur.com.br/2009-jun-04/redacao-lei-licitacoes-contratos-primor-confusao2>, Acesso em 30/11/2012.

⁶³ Afora a questão da sistemática de cálculo oriunda da lei, surge o questionamento de se essa aritmética realmente afastaria propostas de risco ou propostas de fornecedores mais eficientes. O legislador se apegou à matemática como definidora de questão que na verdade depende de múltiplos fatores econômicos.

Cabe neste momento a apreciação do § 2º do artigo em tela, que apresenta então a forma de cálculo da garantia adicional:

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

Com a exclusão das propostas de valor menor do que os 70% (setenta por cento) calculados anteriormente, a redação do § 2º acaba por delimitar a incidência da necessidade de garantia adicional para as propostas de valor entre o corte de 70% (setenta por cento) e as de valor até 80% (oitenta por cento). A aparente facilidade das operações acima, todavia, não elide as controvérsias que se seguem sobre em relação a que valor deve ser apurada a diferença da proposta vencedora.

Utilizando dos valores do exemplo anterior, a proposta classificada em primeiro lugar, de R\$ 48 (quarenta e oito reais), enquadra-se na hipótese de exigência de garantia adicional, pois compreende 73,84% (setenta e três vírgula oitenta e quatro por cento) da média das propostas exequíveis, calculada no item "b" anterior.

Fonte de controvérsia é a redação imprecisa do termo "*diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior*", considerando que o parágrafo anterior, § 1º, aparentemente refere-se tanto à apuração da média das propostas exequíveis, como à apuração de 70% (setenta por cento) do valor dessa média.

No primeiro caso, a diferença da proposta apresentada, R\$ 48 (quarenta e oito reais), e a média das propostas exequíveis, de R\$ 65 (sessenta e cinco reais), é de R\$ 17 (dezessete reais). Aqui, é possível imaginar que se a proposta apresentada fosse uma unidade maior, e portanto de menos risco

para a Administração, a diferença seria menor, e menor, portanto, o valor de garantia adicional, o que torna coerente essa opção.

No segundo caso, a diferença entre a proposta de R\$ 48 (quarenta e oito reais) e 70% (setenta por cento) do valor apurado da média das propostas, R\$ 45,50 (quarenta e cinco reais e cinqüenta centavos), seria de R\$ 2,5 (dois reais e cinqüenta centavos). Dessa forma, a imaginar-se uma proposta uma unidade maior, a diferença aumentaria, demonstrando uma incoerência do sistema, por uma proposta de menor risco resultar em uma diferença maior e, logo, maior valor de garantia.

Neste ponto cabe citar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca da forma de cálculo onde, de forma original defende que a diferença aludida no § 2º do artigo 48, deve ser calculada entre a proposta apresentada, que atenda aos requisitos para exigência de garantia adicional, e o limite superior de definição da situação de exigibilidade da mesma, ou seja, 80% (oitenta por cento) do valor médio das propostas exequíveis ou do valor orçado, o que, segundo o exemplo do cálculo anterior, resultaria em valor de garantia menor, caso a proposta fosse uma unidade maior, revelando coerência da proposta:

Se for vencedora proposta incluída nessa faixa, o licitante estará obrigado a promover garantia adicional.

A garantia deverá cobrir a diferença entre o valor da proposta e o limite mínimo de 80%. (...) Ora, somente se pode reputar que o seguro é exigido porque a redução do valor amplia o risco da inexecuibilidade. Daí se extrai que, quanto mais próximo do limite mínimo admissível, tanto maior deverá ser o seguro. O único modo de tornar efetiva a garantia legal é supor que a garantia tem de abranger a diferença entre o valor da proposta e 80% do menor valor apurado segundo o § 1º.

Tal interpretação encontra crítica, que parece acertada, entretanto, em Antônio Carlos Cintra do Amaral, que a expressa nos seguintes termos:

Não posso entender que “o valor resultante do parágrafo anterior”, ou seja, o valor resultante do § 1º do art. 48, seja 80% (oitenta por cento). Simplesmente por que esse valor de 80% (oitenta por cento) somente aparece, na lei, no § 2º do art. 48. No § 1º desse artigo, há menção a três valores, quais sejam o menor valor entre a média aritmética das propostas (a) e o valor orçado pela Administração (b), 70% (setenta por cento) desse valor e 50% (cinquenta por cento) do valor orçado, percentual este último acima do qual as propostas devem ser consideradas para a formação da média. Não existe, nesse § 1º, qualquer menção, explícita ou implícita, aos 80% (oitenta por cento).⁶⁴

Defende este autor que quanto aos dispositivos em análise deve-se adotar a interpretação sistemática, e que assim “verifica-se que a norma do § 2º do art. 56 da Lei 8.666/93 que limita a garantia de execução a 5% (cinco por cento) do valor do contrato é a regra, que somente comporta exceções explícitas.”⁶⁵ Também o princípio da proporcionalidade leva à conclusão da submissão da garantia adicional aos 5% (cinco por cento) ou 10% (dez por cento) do artigo 56, ou se chegaria a situações absurdas onde o valor da garantia adicional seria muitas vezes maior que a garantia básica, ou de execução.

Na mesma linha expressa Joel Niebuhr, calcado também na interpretação sistêmica e no princípio da proporcionalidade, que:

O valor da garantia deve ser apurado sobre a diferença entre o valor resultante do § 1º do artigo 48 e o da proposta. Ou seja, sobre a diferença deve-se calcular o percentual de 5% ou 10%, conforme o caso, a teor do § 2º ou do § 3º do artigo 56 da Lei 8.666/93. O valor da garantia não deve ser literalmente o valor

⁶⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Principais alterações da Lei 8.666/93 – Lei 9.648, de 27.05.1998. In: VERRI JUNIOR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. (Ed.). **Licitações e contratos administrativos: Temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, Cap. IV, p. 85.

⁶⁵ *Idem*. p. 86.

da diferença, porque seria excessivo, rivalizaria com o valor da própria proposta.⁶⁶

Aliás, também há descompasso na posição deste autor frente a Marçal Justen Filho em relação ao alcance e aplicabilidade do dispositivo da garantia adicional em relação ao objeto.

Este entende que as regras dos parágrafos 1º e 2º podem ser incluídas em editais cujo objeto não seja obras e serviços de engenharia, em decorrência do “reconhecimento da natureza da disposição. Como se trata de mera presunção relativa, pode aplicar-se a todos os setores e objetos.”⁶⁷ Aquele posiciona se pela pertinência da garantia adicional “somente às licitações do tipo menor preço para obras e serviços de engenharia, a teor dos supracitados dispositivos.”⁶⁸ Interpretação considerada mais acertada diante do texto da lei e de acordo com entendimento do Tribunal de Contas da União, expresso no Acórdão 363/2007 – Plenário, cujo relator, Ministro Benjamim Zymler:

“(…)Art. 48. Serão desclassificadas:

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (...)

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.” (inciso II com a redação conferida pela Lei n.º 8.883/1994 e § 1º com a redação conferida pela Lei nº 9.648, de 1998).

⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 427.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 459.

⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 426.

Como se verifica, os §§ 1º e 2º não socorrem as licitações de serviços como os de limpeza, pois aplicam-se exclusivamente às obras e serviços de engenharia. (...)"

Já o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em proposta de alteração da Lei 8.666/93, atento à incapacidade, citada por Marçal⁶⁹, de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias, sugere a adoção de texto em que às licitantes autoras de propostas inexeqüíveis seja propiciado demonstrar sua exeqüibilidade ou a comprovar a execução de contrato nos mesmos termos:

Art. 62. A análise das propostas de preços consiste em:

(...)

§ 1º Em relação às propostas inexeqüíveis, a comissão pode:

I – Abrir prazo para que o licitante demonstre, em planilha de custos, a exeqüibilidade dos preços ou a realização de contrato com preço semelhante;

II – Facultar ao licitante a classificação, desde que apresente garantia adicional de até 50% (cinquenta por cento) do valor estimado da contratação.⁷⁰

Quanto a este segundo inciso, ainda que pareça ser medida excepcional, para os casos em que o licitante não comprove as hipóteses do inciso I, considera-se que essa sim tende a um extremo, ao exigir da licitante a disponibilidade de capital necessário a fazer frente a este caucionamento, de até 50% (cinquenta por cento) que, ainda que fosse prestado na forma de fiança bancária ou seguro garantia, impactaria demasiado na vida financeira de algumas empresas. Tal medida implicaria numa diminuição da participação de

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 455.

⁷⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Texto proposto – R – 8666**. Disponível em <<http://www.jacoby.pro.br/licitacao/rl/8666.doc>> Acesso em 28/11/2012.

microempresas e empresas de pequeno porte, o que vai de encontro às inovações recentes do ordenamento jurídico brasileiro.⁷¹

Por fim, é prudente que discussão envolvendo o dispositivo de garantia adicional deva abordar a argumentação construída por Joel de Menezes Niebuhr acerca da inconstitucionalidade do referido dispositivo⁷².

Leciona o autor que um princípio informador essencial das licitações é o da vinculação ao instrumento convocatório⁷³, que tem entre outras funções o esclarecimento aos licitantes das condições da licitação, permitindo uma correta formulação de proposta, expresso na Lei 8.666/93 nos artigos 3º e 41⁷⁴, de estrita observância para a Administração e para os licitantes, como bem coloca Fernanda Marinela:

Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. Tal instrumento é, em regra, o edital, exceto no convite, que é a carta-convite. Assim o edital é dito a lei interna da licitação e deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais e nem menos do que está previsto nele. A liberdade do Administrador, a discricionariedade ampla na elaboração do edital, entretanto, após sua publicação esse ficará estritamente vinculado às suas normas.⁷⁵

⁷¹ Caminho firmemente apontado pela edição da Lei Complementar 123/2006, Estatuto Nacional de Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, com o estabelecimento de uma série de prerrogativas às ME e EPP, como a comprovação posterior da regularidade fiscal, Art. 43, § 1º, e a preferência de desempate em empate ficto, art. 44.

⁷² Inconstitucionalidade por vício formal, segundo Pedro Lenza "(...) o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à "matéria", ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir vício material, (...) nos interessa aqui seu conteúdo." LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

⁷³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 428.

⁷⁴ "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" e "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

⁷⁵ MARINELA, Fernanda. *Op. cit.*, p. 324.

Conjuga aqui a garantia de manutenção das condições efetivas da proposta, exarada do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988,⁷⁶ que teria como espírito a conservação proporcional entre custo e benefícios da proposta, de forma que “a relação entre os custos previstos no instrumento convocatório e os benefícios que o licitante se propõe auferir deve ser mantida.”⁷⁷

Prossegue Niebuhr afirmando que os licitantes, ao formarem suas propostas, não sabem se haverá a necessidade de prestar garantia adicional, já que é do cotejamento aritmético das propostas apresentadas na licitação, que não se conhece antecipadamente, que brotaria a sua exigibilidade, ficando prejudicado o cálculo dos “custos e benefícios da contratação, com impacto sobre a participação de licitantes, a qualidade de produtos ou serviços ofertados e os respectivos preços.”⁷⁸ Diante de tal problemática ou se admite a mitigação da manutenção das condições efetivas da proposta, ou o incremento dos valores apresentados, visando fazer frente ao possível aumento dos custos, na primeira hipótese teríamos prejuízo aos licitantes, na segunda, prejuízo à Administração.

Encerra a argumentação, o autor, propugnando pela inconstitucionalidade da previsão do § 2º do artigo 48 da Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

Dessa sorte, a garantia adicional, prevista no § 2º do artigo 48 da Lei 8.666/93, ofende o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e a proposição constitucional que prescreve a manutenção das **condições efetivas da proposta**, haja vista que gera em desfavor do contratado custo não previsto no instrumento convocatório, sem a respectiva contrapartida da Administração. Em síntese, o § 2º do artigo 48

⁷⁶ “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

⁷⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, *Loc. cit.*

⁷⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 429.

da Lei 8.666/93, que se refere à garantia adicional, por violar a norma expressa no inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, é eivado de inconstitucionalidade.⁷⁹

2.3 Garantia de execução

Essa é a garantia prevista no artigo 56 da Lei 8.666/93⁸⁰, também chamada de garantia básica do contrato, é a mais utilizada e sobre a qual pairam entendimentos pacíficos na doutrina.

Lucas Furtado cita a necessidade de previsão editalícia se a Administração entender a necessidade de exigência desta garantia em contratação, “(...) entendendo necessária a prestação de garantias, a Administração deve fazer constar essa exigência tanto no instrumento convocatório (edital ou convite), quanto no próprio contrato.”⁸¹

“Feita a exigência, cabe ao contratado indicar, segundo seu único interesse, dentre as várias espécies de garantias arroladas por essa lei, qual a que prestará”, discorre Diógenes Gasparini⁸², deixando inequívoca orientação de que a garantia somente ao vencedor da licitação será exigida, para a formalização do contrato.

Também é pacífico o entendimento sobre a escolha de modalidade de garantia ser uma faculdade que cabe ao contratado, conforme expressa Joel Niebuhr: “É importante frisar, de plano, que à Administração não é dado optar por uma das modalidades de garantia e impô-la ao contratado. Quem decide (...) é o contratado, que é livre para escolher aquela que melhor lhe aprover.”⁸³

Assim, a lei faculta à Administração a exigência de garantia, mas coloca como prerrogativa do contratado a opção por uma das formas de prestação previstas no § 1º do artigo 56 da Lei 8.666/93:

⁷⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, *Loc. cit.*

⁸⁰ “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.”

⁸¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Op. cit.*, p. 455.

⁸² GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 549.

⁸³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 422.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Com relação à caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, chama a atenção Fernanda Marinela para a liberação ou restituição após a execução total do contrato, se em dinheiro, atualizado monetariamente. E quando houver o depósito de bens da Administração com o contratado, o valor destes deve ser acrescido ao da garantia.⁸⁴

O seguro garantia “trata-se de garantia oferecida por empresa seguradora em que esta se obriga a completar às próprias custas o objeto do contrato ou a pagar à administração o valor necessário para tanto”⁸⁵, quando chamada a prestar o objeto do seguro por inexecução do contratante. Na fiança, diferentemente, um banco assume a responsabilidade de pagar certo valor à administração na hipótese de inadimplemento do contratado, até o valor afiançado, “também denominada garantia fidejussória, só é aceita, nesse caso, na forma bancária, quando prestada por um banco.”⁸⁶

A lei impõe, ainda, que, via de regra, a garantia pode ser exigida até o limite de 5% (cinco por cento) do valor da contratação⁸⁷ conforme comando do § 2º do artigo 56, todavia o diploma também excepciona hipótese de majoração

⁸⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 418.

⁸⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 519.

⁸⁶ MARINELA, Fernanda. *Op. cit.*, *Loc. cit.*

⁸⁷ “§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.”

desse valor para até 10% (dez por cento), quando envolverem objeto de grande vulto e complexidade, sob parecer técnico aprovado pela autoridade.

Para Marçal, não basta um juízo lógico de incremento do risco pelo vulto ou complexidade do objeto, pois “a Lei impõe a demonstração com dados científicos objetivos das causas que acarretam a exigência da ampliação da garantia.”⁸⁸ Enquanto para Niebuhr, a vultuosidade do objeto deve ser objetivamente apurada com base nos valores exigidos pelo inciso V do artigo 6º do regulamento de licitações⁸⁹, como requisito para o aumento do valor do limite da garantia, o que não dispensa a característica de alta complexidade técnica e o parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente.

2.3.1 Adequação do espaço de discricionariedade da Administração

A Lei 8.666/93, em seu artigo 56, ao definir que *a critério da autoridade competente... poderá ser exigida prestação de garantia*⁹⁰, estabeleceu um amplo espaço decisório à Administração, concedendo à discricionariedade do agente público envolvido a decisão sobre o caso concreto analisado, assim ressalvado por Fernanda Marinela:

Entretanto, trata-se de um poder-dever e não de mera faculdade. O fundamento para a exigência é a proteção do interesse público com o perfeito adimplemento do contrato e o princípio da indisponibilidade desse interesse, que impede que o Poder Público simplesmente deixe de exigí-la.⁹¹

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 500.

⁸⁹ “V - Obras, serviços e compras de grande vulto - aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea “c” do inciso I do art. 23 desta Lei;” enquanto a alínea indicada aponta “c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);” dessa forma, segundo NIEBUHR, obra, serviço e fornecimento de grande vulto são aquelas com custo acima de R\$ 37.500.000,00 (trinta e sete milhões e quinhentos mil reais)

⁹⁰ “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.”

⁹¹ MARINELA, Fernanda. *Op. cit.*, p. 418.

No tocante à discricionariedade, enquanto é poder/dever da administração se cercar dos instrumentos necessários para garantir a consecução dos seus fins e evitar danos ao interesse público, também deve se pautar essa atuação pelos princípios constitucionais da Administração Pública e outros, como o princípio da eficiência, economicidade e competitividade, como bem observou Eros Roberto Grau, que a discricionariedade não constitui um poder titulado pela administração, mas sim um modo de atuação, ao dar cumprimento ao dever/poder de gerir a coisa pública. Para ele a discricionariedade é regrada na lei, fruto do exercício da legalidade, e é limitada pelos princípios, exigindo motivação dos atos (...).⁹²

Aliás, a situação emanada da norma em exame, por sua circunstância, se conforma perfeitamente à situação conceituada por Celso Antônio Bandeira de Mello para o exercício da discricionariedade do administrador:

(...) é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma situação unívoca para a situação vertente.⁹³

No dizer de Marçal, quanto à discricionariedade da exigência: “poderá (deverá) ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária. Quando inexistirem riscos de lesão ao interesse estatal, a Administração não precisará impor a prestação de garantia.”⁹⁴

Assim, entende-se necessário um juízo de ponderação em relação às vantagens e desvantagens envolvidas, deve-se considerar que a exigência de garantias tem custos que oneram o licitante e revertem às propostas, o que

⁹² GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, 1990, p. 41.

⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 973.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 499.

converge à idéia de discricionariedade não como um amplo espaço de decisão do gestor, mas como decisão fundamentada a partir da análise do caso concreto, objeto da contratação, condições do mercado, etc. Cita-se lição de Joel de Menezes Niebuhr, como exemplar:

É palmar que, para casos ordinários, em que não haja a possibilidade de solução de continuidade do serviço público ou para aqueles de valor reduzido, não é imperioso, nem razoável, que as propostas sejam oneradas e a competição minimizada, compelindo os licitantes a apresentarem a garantia. Contudo, noutro delta há casos delicados, que acarretam riscos maiores para a Administração. Nessas hipóteses, não se vislumbra óbice algum em requisitar a garantia contratual básica.

Quer dizer que a discricionariedade do agente administrativo em exigir a garantia contratual básica é limitada e moldada pelos princípios da economicidade e da competitividade. Conquanto a lei confira a ele prerrogativa de exigir a garantia ou não, tais princípios restringem-na às situações de risco, quer em razão de vultoso montante pecuniário, quer por que comprometem a continuidade do serviço público. Se não houver risco, não há justificativa para onerar as propostas e tolher a competição, exigindo a garantia contratual básica.⁹⁵

Compatível com o visto acima, é exposto pelo Ministro do Tribunal de Contas da União, José Jorge de Vasconcelos Lima, no Acórdão 2292/2010 – Plenário:

A Lei n.º 8.666/93, em seu art. 56, confere à Administração a faculdade de exigir nos instrumentos convocatório e contratual a prestação de garantia por parte do contratado, a fim de assegurar a futura execução do contrato. É a chamada garantia contratual, que pode ser prestada mediante uma das

⁹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 422.

modalidades constantes dos incisos do art. 56, § 1º, da Lei de Licitações, conforme a escolha do particular.

Sabe-se que a garantia, em sede de licitação, é o instrumento pelo qual o contratado assegura à Administração o cumprimento da obrigação assumida, motivo pelo qual, sempre que a contratante entender conveniente, poderá exigi-la, devendo o edital prever e disciplinar essa obrigação. Assim, a garantia exigida nos contratos administrativos destina-se a compensar a Administração por eventuais danos provocados pela inexecução total ou parcial, pela execução imperfeita das obrigações contratuais, bem como por prejuízos gerados pelo contratado a terceiros quando da execução do ajuste, conforme reza o seu art. 70.

A Lei n.º 8.666/93 não prevê, expressa e textualmente, que a prestação da garantia é condição indispensável para a assinatura do contrato. Diante deste silêncio legal, poder-se-ia cogitar a viabilidade de primeiro assinar o contrato para somente depois o contratado apresentar a garantia contratual. Porém, não parece que isso conduza a melhor opção.

Esse entendimento contraria a própria finalidade da garantia contratual, pois permite a assunção da obrigação sem a certeza da garantia. O TCU adotou o mesmo raciocínio ao determinar à unidade jurisdicionada que exija a comprovação da prestação da garantia contratual antes da celebração do respectivo termo, em cumprimento ao art. 56 da Lei n.º 8.666/93.

3 GARANTIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS DA LEI 8.666/93.

Os princípios que norteiam as licitações são os da Administração Pública, emanados explícita ou implicitamente da Constituição Federal de 1988, e da legislação infraconstitucional, como aqueles expressos no artigo 3º da Lei 8.666/93⁹⁶, a saber, o da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Procurar-se-á verificar, à luz da principiologia constitucional, a conformidade dos dispositivos de previsão das garantias nos contratos administrativos, com esses princípios ordenadores, cotejando a adequação do instituto a seus fundamentos constitucionais e legais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 37 os princípios a que deve obedecer a Administração Pública, replicados para a lei de licitações e contratos administrativos, com algumas especificidades. Este trabalho buscará essa análise optando por solução semelhante a de Celso Antônio Bandeira de Melo⁹⁷, agregando alguns princípios para análise, por sua significação e sentido em relação ao tema dos contratos administrativos.

Ressalte-se que se considera o regulamento de licitações e contratos um diploma que encerra sentido em si mesmo, conquanto expressa também um rol de princípios que lhe são aplicáveis e é dotado de uma *ratio legis* que

⁹⁶ “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

⁹⁷ “Ao nosso ver, os princípios cardeais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade, b) isonomia, c) publicidade, d) respeito às condições prefixadas no edital; e e) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores. (...) Usamos a denominação de princípios cardeais para referir aqueles que ou lhe são peculiares ou nela apresentam relevo invulgar. Além deles, claro está que a licitação, por ser um instituto de Direito Administrativo, assujeita-se também a todos os outros que informam este ramo jurídico, como, *verbi gratia*, os da legalidade e da moralidade.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 536.

não se opõe aos princípios constitucionais do artigo 37 da Carta Magna⁹⁸ e que conduz a conclusões satisfatórias, como no caso do conceito de contrato administrativo, item 1.2. Expressão dessa racionalidade é a ausência do princípio da eficiência como princípio informador da Lei 8.666/93, já que a efetividade dos demais princípios elencados confere à norma o atingimento de seus objetivos e, logo, da eficiência.

i. Princípio da Isonomia

É da essência mesmo do conceito de licitação, a isonomia, quando produz um procedimento a ser objetivamente relacionado aos interessados, de forma que daí brote o melhor atendimento ao interesse da Administração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação é:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.⁹⁹

Fica evidente, portanto, que a obediência ao princípio da isonomia é o motivo da existência de um regulamento de licitações e contratos que prime pela igualdade de competição, enquanto por um lado a todos os administrados é dispensado o mesmo tratamento, por outro a igualdade de condições permite à Administração a seleção de proposta com base na sua vantajosidade. .

⁹⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 526.

Em relação à exigência de garantias nos contratos administrativos, as duas hipóteses, de garantia adicional e básica, são exigidas apenas ao licitante vencedor, não impactando então na concorrência, e dada a excepcionalidade de sua ocorrência, parece não haver conflito desse dispositivo com o princípio da isonomia. Todavia, considerando a possibilidade de exigência de garantia adicional a um licitante que apresentou proposta abaixo dos parâmetros da lei, porém de inegável vantagem econômica, seria um tratamento diferenciado em relação a outro licitante que se tivesse vencido com proposta mais alta, menos benéfica para a Administração, não tivesse de prestar tal garantia. Apesar desse tratamento desigual, aparentemente, ofender a isonomia, o mesmo decorre da lei, que ainda não teve propugnada sua validade quanto a este aspecto.¹⁰⁰

A exigência da garantia de proposta, enquanto requisito de habilitação, por outro lado, é exigida de todos os licitantes, não ofendendo assim o princípio da isonomia, ainda que se possa discutir sua ofensa à competitividade, conforme discussão já vista.

ii. Princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e Princípio da Eficiência

Da mesma forma, a finalidade da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, e seria ingenuidade crer que a proposta mais vantajosa fosse necessariamente a de menor valor. Isso decorre da necessidade do Estado das mais variadas composições, onde muitas vezes as características do objeto levam à necessidade de bens ou serviços diferenciados. Esse princípio parece ser uma manifestação do Princípio da Eficiência da Administração Pública, aplicado às licitações.

Assim, para um serviço de complexidade máxima, por exemplo, não poderia uma empresa de capacidade baixa ou média se encarregar da execução, sob pena de elevado risco de inexecução contratual. Essa idéia se

¹⁰⁰ A defesa da inconstitucionalidade da garantia adicional de Joel de Menezes Niebuhr se baseia em outro argumento, conforme visto anteriormente.

manifesta na lei de licitações e contratos através da forma de cálculo das propostas inexeqüíveis e pela exigência de garantias ao contratado, que é mecanismo adotado pela Administração para precaver-se contra possíveis danos, e mesmo como forma de selecionar as empresas mais capacitadas do mercado, que na inteligência da lei, teriam como medida de capacidade, a condição de arcar com suas operações, inclusive de garantia.

Decorre dessa sistemática, porém, a discussão já levantada de se esses critérios formais implicariam em uma efetiva seleção de empresas aptas ou se, *contrariou sensu*, afastariam licitantes que estão no mercado e por sua eficiência, ofertam propostas mais baixas.

Em sede de exercício reflexivo, pode-se imaginar como critério alternativo de afastamento de risco à Administração, a adoção de um *cadastro de bons prestadores/fornecedores*, não na forma de comprovação objetiva, a exemplo da regularidade fiscal e tributária, mas através da constituição de verdadeiro banco de dados, disponível à Administração com os parâmetros de contratação e objeto relacionados a empresas. Outra forma seria a adoção do critério sugerido por Jacoby Fernandes¹⁰¹, no qual à licitante de proposta considerada inexeqüível, seria oportunizada a demonstração da composição de sua proposta.

iii. Princípio da Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável

Incluído na redação do artigo 3º pela Lei 12.349/10, esse princípio colore a redação da norma com um objetivo político de fomento à economia nacional. Todavia, ação eminentemente de política econômica, parece ter sido adicionada à redação da lei, para melhor adequação de várias iniciativas governamentais de concessão de preferência a produtos nacionais ou produzidos com parte de tecnologia nacional, como o objeto da Lei 12.349,¹⁰² buscando auto-justificação.

¹⁰¹ No item 2.2.1 deste trabalho.

¹⁰² Normativo que introduziu uma série de alterações em outras leis. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm> Acesso em 30/11/12.

À primeira vista, este princípio não tem relação com o instituto da garantia nos contratos administrativos, todavia, mecanismo dessa citada lei, propicia que a título de promoção do desenvolvimento, se institua margem de preferência de até 25% (vinte e cinco por cento) para produtos e serviços nacionais sobre os importados¹⁰³. A consequência lógica deste mecanismo é o encarecimento de oferta de produtos nacionais quando em competição com importados. Nessa situação, o licitante saberia que seu preço poderia estar majorado em relação ao concorrente, que ainda desfrutaria do direito de preferência. Decorre daí que, todavia, que o cálculo de inexecuibilidade estaria inflacionado, com a exclusão lógica da competição, de propostas que poderiam trazer mais economia ao erário, compatíveis com o mercado mas consideradas de risco, ou excessivamente baixas, quando comparadas a propostas sabidamente e artificialmente menos vantajosas.

Parece que a intuito de estabelecer uma política de incentivo à indústria brasileira, estaria se mitigando uma série de princípios das licitações, como da competição, da proposta mais vantajosa e da isonomia, por exemplo, o que poderia ser perseguido pelo Estado com o uso de outras ferramentas, como a tributária, sem ferir preceitos caros à ordem legal.

iv. Princípio da legalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da legalidade se reveste de significado especial frente à Administração Pública, devido à sua repercussão na atividade administrativa. Enquanto a legalidade para o particular trata de descrever as hipóteses de comportamento indesejado, deixando todo o resto à disposição, para a Administração o princípio da legalidade traduz em que só é permitido o que a lei prediz.

¹⁰³ “Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.”

Para o atendimento a este princípio, cabe à Administração ter seus procedimentos pautados pela previsão normativa, seja por regras ou princípios, assim, a obediência aos princípios da Administração Pública e das licitações também se traduz em obediência à legalidade.

Para esta análise, todavia, basta apreciarmos que as possibilidades de exigência de garantia estão pormenorizadas na Lei 8.666/93, e que, inclusive, mesmo a decisão do agente administrativo em incluir a previsão no instrumento convocatório, não é de livre escolha, como já foi visto, mas deve obedecer a uma análise criteriosa do objeto e das características da contratação, conforme leciona Niebuhr:

Ocorre que os agentes administrativos não atuam com liberdade, para atingir fins que repute convenientes. Ao contrário, eles estão vinculados ao cumprimento do interesse público, uma vez que atuam nos estritos termos da competência que lhes foi atribuída por lei.¹⁰⁴

Na chamada fase interna da licitação, a Administração planeja os procedimentos seguintes, constrói a descrição do objeto e seus requisitos, lista os documentos que serão exigidos, e fornece todas as informações pertinentes à formulação de propostas. Os licitantes devem encontrar todas as informações necessárias para a participação no certame, enquanto a Administração só poderá exigir aquilo que foi previsto no edital, incluindo aí a necessidade de prestação de garantia e seus termos.

É emanado do artigo 41 do regulamento de licitações¹⁰⁵, e obriga a Administração a observar as regras que ela mesma estabeleceu, a fim de evitar irregularidades.

¹⁰⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁵ “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

v. Princípio da Impessoalidade

Implica na proibição de tratamento diferenciado a licitante, segundo Bandeira de Mello “encarece a proscricção de quaisquer favoritismo ou discriminações impertinentes”¹⁰⁶, vedando distinções baseadas em caráter pessoal, que não os critérios relevantes para o fim almejado da licitação.

Assim alertou o TCU no Acórdão do Plenário, 95/2005, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar:

(...) 9.3.1. em consonância com os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, ao contratar empresas prestadoras de serviços, não permita o direcionamento e/ou indicação, por parte de seus servidores, de pessoas, em especial parentes, para trabalharem nessas empresas de forma a evitar situações semelhantes às ocorridas quando da contratação das empresas Stargold Mão de Obra Ltda. e Staf Empreendimentos Ltda., mediante os contratos nºs 70000/2002 e 80000/2002, respectivamente;

De novo que os dispositivos de previsão das garantias estão direcionados para após a fase de seleção da proposta, não há relação pertinente, a não ser que a previsão editalícia deve ser concretizada nos termos ali constantes, independente de qual licitante se sagrar vencedora do certame. Não há, feita a previsão, disposição ao agente administrativo.

vi. Princípio da Moralidade e Probidade Administrativa

A moralidade não é um conceito de significado específico, mas mais conduz à idéia de um comportamento não juridicamente reprovável. Para Marçal, em nenhuma hipótese “a conduta adotada pela Administração ou pelo

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 532.

particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema Jurídico. Sob esse enfoque que se interpretam os princípios da moralidade e da probidade.”¹⁰⁷ Portanto a moralidade do agente administrativo é aquela da lei e do edital, que se constitui lei para o procedimento.

Nesse aspecto, o atendimento ao princípio da legalidade e a vinculação do instituto das garantias ao instrumento convocatório, confere ao mesmo uma existência moral no procedimento de licitação e contratação.

Já a probidade pode ser interpretada como um dever de os agentes administrativos não visarem proveito pessoal, princípio relacionado com a moralidade e fortalecido pela publicidade dos atos.

Parece não haver relação com as garantias contratuais, se atendidos os requisitos principiológicos anteriores.

vii. Princípio da Igualdade

A igualdade é um princípio de dever de agir com isonomia com todos os envolvidos no procedimento licitatório, não permitindo distinções capazes de prejudicar o caráter competitivo, impessoal e isonômico da licitação. Igualdade de competição não obsta, por exemplo, que políticas públicas de fomento, derivadas de lei, não possam propiciar condições diferenciadas a categorias de licitantes, caso observado em relação às pequeno e microempresas, a quem é oferecida oportunidade de desempate por empate ficto com licitantes que não se enquadram nessa categoria.

A relação das garantias exigíveis nos contratos administrativos com este princípio reside na sua previsão antecipada no edital, o que permite a todos licitantes terem conhecimento dos custos da contratação, e assim, formularem suas propostas em pé de igualdade.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 53.

viii. Princípio da Publicidade

Corolário do princípio republicado, a publicidade é requisito de validade dos atos administrativos, excetuados aqueles em que a lei exija sigilo. Segundo Niebuhr “os atos tomados em nome do Estado, inclusive os atos administrativos, são abertos a todos, são públicos.”¹⁰⁸

Para o atendimento deste princípio, a lei exige a publicação oficial dos editais de licitação, e a sua falta, ou a não observância de prazo entre publicação e abertura, resulta em nulidade.

Além disso, todo processo administrativo autuado com finalidade licitatória deve ter sua vista franqueada a todos interessados, em atendimento à regra do § 3º do artigo 3º da Lei 8.666/93: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”

Como já foi visto, a exigência de garantia contratual ou adicional depende de previsão em edital, daí que sua publicidade reveste o dispositivo de validade.

ix. Princípio do Julgamento Objetivo

Princípio que expressa a necessidade de julgar objetivamente as propostas apresentadas, e de planejar adequadamente o procedimento para propiciar a apreciação das propostas de forma menos subjetiva possível.

Bandeira de Mello ressalva que nas licitações de menor preço a obediência ao princípio é facilitada, porém nos certames que trazem a avaliação de critérios diversos, como qualificação, técnica, rendimento, por exemplo, é natural a comparação entre atributos, o que leva a um plano de opiniões pessoais.¹⁰⁹

¹⁰⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 536.

O legislador revelou sua preocupação com este princípio ao expressá-lo no artigo 45 da lei de licitações:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Reafirma o STJ, no acórdão de julgamento do Mandado de Segurança 5289/Distrito Federal, decidido pela Primeira Seção, de relatoria do Ministro Milton Luiz Pereira:

Administrativo. Mandado de Segurança. Licitação. Vinculação ao Edital. Afastamento de Critério Subjetivo na apreciação de Recurso Administrativo. Ilegalidade do Ato Inabilitador de Concorrente. Constituição Federal. Arts. 5º, II, 37 e incs. XXI e LV, 84, III. Lei 6404/76. Lei 8666/93. Lei 8883/94. Lei 8987/95. Súmula 473/STF.

1. Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei 8666/93; art. 14, Lei 8987/95).

Não parece haver relação deste princípio com as exigências de garantias contratuais.

3.1 Compatibilidade dos princípios e garantias

Do exame dos princípios informadores das licitações e contratos administrativos, oriundos da Lei 8.666/93, não foi constatada divergência entre o que apregoa a norma e a realização do dispositivo, de exigência de prestação de garantia contratual para as contratações públicas, nos casos previstos em lei.

Ressalva feita à argumentação construída por Niebuhr acerca da inconstitucionalidade da exigência de garantia adicional, ainda que esta não conflite com os princípios acima verificados, mas por um prejuízo ao princípio da manutenção das condições efetivas da proposta, conforme foi discutido no item 2.2 deste trabalho.

Também a feição que assumem certos dispositivos, como a caracterização da inexequibilidade, que são importantes para a definição da aplicação do instituto das garantias aos contratos administrativos, contém, em sua aplicação, deficiência que devem ter alternativas investigadas, pois de toda a principiologia aplicada às licitações e contratos administrativos, a eficiência, traduzida na seleção da proposta mais vantajosa, parece ser a mais ameaçada pelos efeitos decorrentes de sua aplicação.

Sobre a forma de presunção da inexequibilidade, pode-se citar a deficiência da Administração em aferir o mercado e o desconhecimento de condições específicas que somente em sede de diligência nos procedimentos podem sanar, aliada à possibilidade de uma média de preços exequíveis ser calculada sob a influência de preços que, em tese, pode estar acima dos de mercado, pela preferência admitida com ágio de 25% (vinte e cinco por cento) de produtos e serviços nacionais sobre importados.

Com a continuidade do entendimento da constitucionalidade da garantia adicional, alternativamente, pode-se considerar a proposta formulada por Jacoby Fernandes ou também a de adoção de um cadastro operacional de bons fornecedores, como parâmetro de risco e exequibilidade, conforme já sugerido na discussão sobre os princípios da seleção da proposta mais vantajosa e da eficiência. Outra forma de evitar que a proposta selecionada

pela Administração não seja a mais vantajosa, ofendendo assim a eficiência do procedimento, seria diminuindo ao extremo a possibilidade de exclusão de propostas, que poderiam, por exemplo, terem sua capacidade de execução aferida em comparação ao preço orçado pela própria Administração, a partir de um critério estabelecido em lei, mas sem a influência de outras propostas apresentadas no procedimento licitatório mesmo, passíveis de manipulação.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo enfrenta o desafio cotidiano de buscar entender, explicar, controlar e prestar efetividade a um Estado que apresenta uma multiplicidade de atividade, relações e necessidades.

Enquanto por um lado a Administração atua no sentido de fazer cumprir as obrigações do Estado para com a sociedade, por outro deve buscar o atendimento das próprias demandas do Estado na sua atuação.

Porém onde está a Administração efetuando aquisições e contratações para a efetivação das atividades administrativas, está o uso do erário e em última análise a concretização do interesse público.

Enquanto é inevitável que dentre uma plêiade de negócios jurídicos dos quais a Administração é parte, ocorram problemas operacionais que resultem em inexecução contratual ou mesmo na efetivação de um dano maior ao interesse público, como a interrupção de uma atividade de interesse social, existem mecanismos apropriados, pelos quais a Administração pode procurar diminuir o impacto de um evento indesejado.

Esses mecanismos se constituem nas garantias previstas na Lei 8.666/93, aplicáveis aos contratos administrativos se, por prudência do administrador, for prevista já no procedimento licitatório, e que representam a forma mais ágil de a Administração de ressarcir de prejuízos causados pelo contratado.

A não utilização destes dispositivos pode implicar em que a busca de ressarcimento a prejuízos advindos de contratos públicos seja por via judicial, e sujeita a ritmo diferenciado em relação ao procedimento administrativo de uso de uma garantia prestada.

Considerando que não se percebe contradição entre o uso da garantia contratual e os princípios informadores das licitações e contratos, e que a disciplina deste assunto está bem desenvolvida normativa e doutrinariamente, entende-se que o uso de garantias contratuais pela Administração deveria ser incrementada, com a devida apreciação estatística de quais tipos de objeto são

mais propícios de inexecução contratual, de forma a evitar acréscimo de custos a contratações de objetos e serviços ordinários, mas de prevenir, nos caso de objetos mais complexos, que o Estado arque com a conta da ineficiência de algumas empresas.

Também deve-se buscar o aprimoramento de dispositivos utilizados como critério de aferição de propostas exequíveis ou não, pois diante do exposto, compreende-se como frágil a sistemática, propiciando senão a manipulação, ao menos o comprometimento da capacidade de seleção eficaz das propostas pela Administração.

Assim, tem-se um quadro geral em que a aplicação de garantias nos contratos administrativos está prevista na lei e não ofende aos princípios constitucionais e das licitações, porém alguns mecanismos de sua aplicação podem resultar em agravo aos mesmos. As garantias, como prerrogativa da administração na garantia de seus interesses, podem tangencialmente levar a situações de prejuízo à eficiência do processo, daí a necessidade da busca de alternativas, como as neste trabalho mencionadas.

Por fim, não se objetiva que o Estado aperte um laço econômico restritivo à competição nas licitações, mas que a atuação mais responsável da Administração, baseada nas exigências da Lei, atraia licitantes mais responsáveis e propicie ao conjunto da sociedade uma tutela mais eficiente dos seus interesses e direitos, pois é tanto interesse quanto direito da sociedade que as licitações e o contratos administrativos atendas seus objetivos com a obediência a seus princípios norteadores, mesmo que a exigência de garantias seja necessária para este fim, cumprindo objetivo já vislumbrado em Locke:

A lei, em sua verdadeira noção, não é tanto a limitação, mas a direção de um agente livre e inteligente em seu próprio interesse, e só prescreve visando o bem comum daqueles que lhe são submetidos. (...) De forma que, mesmo que possa ser errada, a finalidade da lei não é abolir ou conter, mas preservar e ampliar a

liberdade. Em todas as situações de seres criados aptos à lei, onde não há lei, não há liberdade.¹¹⁰

¹¹⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. ed. eletrônica disponibilizada pelo Clube do Livro Liberal. § 57, p. 50. Disponível em < http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf> Acesso em 30/11/2012. Ainda que aparente contradição um trabalho na área de Direito Público, em sua conclusão, justificar posicionamento a partir de um autor liberal, teórico do Estado mínimo, deve-se considerar que a definição do Estado e suas funções resta alterada em função do desenvolvimento da própria sociedade, em relação à época do escrito (séc. XVII), apesar de o conceito do respeito, pelo Estado, das liberdades individuais permanecer atual, também se reconhece, contemporaneamente, que o Estado atuar, na medida das suas funções, é garantia de preservação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Comentário 2: Garantia de cumprimento de proposta**. 1º/11/1999. Disponível em <<http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/02.pdf>> Acesso em: 30/11/2012.

_____. **Principais alterações da Lei 8.666/93 – Lei 9.648, de 27.05.1998**. In: VERRI JUNIOR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. (Ed.). **Licitações e contratos administrativos: Temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, Cap. IV.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista eletrônica sobre a reforma do estado – IBDP**. Salvador: IBDP. N.º 11, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 30 nov. 2012.

BRASIL. Lei 556, de 25 de junho de 1850. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htmCompilado.htm> Acesso em 30 nov. 2012.

BRASIL. Lei 8666 de 21 de junho de 1993, **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> Acesso em 30 nov. 2012.

BRASIL. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 30 nov. 2012.

BRASIL. Lei 12349 de 15 de dezembro de 2010. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm> Acesso em 30 nov. 2012.

FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. **EOS Revista jurídica da faculdade de direito/ Faculdade Dom Bosco – Núcleo de pesquisa do curso de direito**. Curitiba: Dom Bosco. V. 3. N.º 5. p. 45-79, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Texto proposto – R – 8666**. Disponível em <<http://www.jacoby.pro.br/licitacao/rl/8666.doc>> Acesso em 28/11/2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS. N.º III. p. 105-128, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. ed. eletrônica disponibilizada pelo Clube do Livro Liberal. § 57, p. 50. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf> Acesso em 30/11/2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de licitações e contratos anotada**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto Souza. **Garantia no direito das obrigações**: Um ensaio de sistematização. 2005. 269 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 1. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.