

GARANTIA DE PROPOSTA, DE 1%, NAS HABILITAÇÕES, E O TCU

Ivan Barbosa Rigolin

(jun/26)

I - Tanto quanto a Lei nº 8.666/93 admitia, a atual lei de licitações, Lei nº 14.133/21, no art. 58 admite a exigência editalícia de *garantia da proposta* (locução tradicional em inglês *bid bond*) nas habilitações das licitações, presenciais ou eletrônicas.

Essa garantia se limita a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação, calculado pela Administração e que consta como anexo do edital. Não pode ultrapassar esse valor percentual, podendo ser inferior.

Essa garantia pode ser prestada em qualquer das modalidades admitidas pelo art. 96, § 1º, da lei de licitações, sejam (I) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; (II) seguro-garantia, ou (III) fiança bancária expedida por financeira autorizada.

As licitações presenciais - como todo e qualquer procedimento presencial dentro do poder público e dos Poderes do Estado - estão rapidamente transitando para a categoria de lembranças do passado, arqueologia administrativa ou registros de museu.

Não apenas estão sendo a cada dia mais evitados e substituídos por procedimentos eletrônicos como em certos casos dão mesmo a impressão de serem *odiados*, por todo o aparato que exigem, e o tempo gasto, e a obrigação de as pessoas se encontrarem e serem cordiais umas com as outras, e serem educadas - tudo o que rapidamente saiu de moda e deu lugar à veneração de telas de computador, com suas senhas, seus *logins*, e os mais rebuscados salamaleques acessíveis apenas por teclados. Mas gente.... não, por favor !..

Assim sendo, o eletrônico traduz o dia de hoje, e com ele os entes públicos se preocupam, ante a indesejável presencialidade, com quase exclusividade.

II - Nessa esteira de eletronização da vida - que ninguém imagina onde vai desovar - o e. Tribunal de Contas da União, no recente Acórdão nº 1128/26, expediu o entendimento de que *é juridicamente válida a exigência, prevista em edital, de apresentação da garantia da proposta (nos termos do art. 58 da Lei nº 14.133/2021) como condição para que os licitantes possam cadastrar suas propostas no sistema eletrônico de licitações.*

A preocupação é mais uma vez *eletrônica*, mas algo mais deve ser historiado sobre o mesmo acórdão, que é interessante.

A justificativa da exigência é, para o Tribunal, 'assegurar a seriedade da proposta e coibir a participação de licitantes “aventureiros” ou de comportamentos oportunistas que fragilizam o certame e comprometem a eficiência administrativa.'

É plausível e de se considerar seriamente, porque são mais que conhecidos os chantagistas e extorquidores profissionais que incessantemente *criam dificuldades para vender facilidades* a licitantes.

Esses crápulas, que jamais ingressam nos certames para vencer porque não têm nenhuma condição para isso, se e quando conseguem obter liminares judiciais suspensivas das licitações passam a visitar os licitantes competitivos e lhes oferecem *retirar a ação*, naturalmente mediante o pagamento do numerário que já anunciam.

É uma sórdida e conhecida indústria, que já rendeu e rende pequenas fortunas aos canalhas que a criaram e administram. Esses canalhas, que andam no arame e vivem na corda bamba, muita vez vendem o almoço para poder jantar, e o edital exigir uma antecipação de 1% do valor que propõem na licitação muita vez já é suficiente para afastá-los do certame, para gáudio de todos os competidores sérios, e de quem mais tenha vergonha na cara.

Nesse sentido a instituição funciona efetivamente como garantia da proposta, título de inspiração norteamericana que na lei anterior (L. 8.666/93) não existia, porém não repete exigências do direito alienígena como de 50% ou até mesmo 100% do valor da proposta, prevista em edital e aplicável a quem vence a licitação e, por algum motivo, acaba não indo celebrar o contrato.

Isso, sim, constitui garantia da proposta, e, respeitosamente, não 1%, valor esse que é já melhor do que inexistir qualquer garantia.

E seja lembrada a seguinte curiosa hipótese: se a exigência da garantia (*bid bond*) é de 100% do valor da proposta, o melhor que pode acontecer ao ente licitador é que alguém preste a garantia e acabe não celebrando o contrato, porque o ente licitador ao invés de pagar aquele valor *ganha o mesmo valor*, sem nada ter despendido ! Sena da loto ! Vai precisar repetir o certame, mas obteve um prêmio extraordinário !

O percentual máximo no Brasil é entretanto o de apenas 1% (um por cento) sobre o valor proposto, porém mesmo assim filtra significativamente o universo dos proponentes, e dele expunge muitos dos bandidos e dos abutres dos negócios públicos.

Essa garantia da proposta se destina, por menos que se queira admitir, a *maus licitantes*, aqueles aventureiros que em dado momento do certame se arrependem da proposta oferecida e tentam evadir-se sem maior consequência.

Se aquela corja tiver de adiantar 1% do que propôs - que poderá perder por execução judicial em caso se não mantiverem a proposta, cf. art. 58, § 3º - por certo pensará duas vezes antes de brincar com a Administração.

III - Importante questão nesse panorama é a de saber em que momento processual da licitação a garantia da proposta deveria ou poderia ser exigida. Dividia-se, ou ainda se divide, a doutrina, como também alguns entes de controle e fiscalização, entre (I) exigir a prestação da garantia apenas após o julgamento das propostas, ou (II) exigi-la apenas do vencedor, antes e como condição para a adjudicação do objeto licitado.

O TCU, porém, ao responder consulta de um órgão público federal, pacificou internamente o entendimento de que a garantia pode ser exigida como requisito de participação no cadastramento da proposta no sistema eletrônico, desde que para tanto tivesse havido a clara e expressa previsão editalícia. Ou seja: o Tribunal considerou legítima essa previsão do edital.

A questão é antiga e não está em absoluto pacificada no país, porque não pode ser um tribunal de contas - ainda que o o influente tribunal federal - o ente que pacifique o direito controvertido, considerando-se que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem esse condão, na medida em que entendimento jurisdicional nenhum pode impedir o ser humano de pensar e de livremente expressar seu entendimento. O que qualquer tribunal pode pacificar é a sua própria jurisprudência, e nada além disso.

Mas seja reiterado que o e. TCU entende que a garantia da proposta pode ser exigida como documento de habilitação, sem cuja prestação o licitante estará inabilitado.

IV - Precisa restar claro, malgrado toda a elaboração legislativa que existiu, que a garantia da proposta, limitada a 1% do valor proposto pelo licitante, *sempre foi e continua sendo facultativamente exigível pelo ente licitador*.

O art. 58 da lei é bastante claro: '*Poderá ser exigida*, no momento de apresentação da proposta (...)', e não se consigna obrigação nenhuma ao ente licitador de que exija essa garantia.

Quem licita exige a garantia *se quiser*, e o fará se entender que o objeto e o valor estimado podem ensejar aventuras de irresponsáveis; porém, se entender que esse risco inexistente ou é desprezível, então não exigirá a garantia da proposta.

Nunca na legislação brasileira o poder público foi obrigado a exigí-la; talvez nas alterações futuras da lei esta atual faculdade se torne obrigação, porém até hoje no Brasil isso nunca ocorreu.

Tenha-se sempre presente que a garantia *de proposta* prevista no art. 58 da lei de licitações jamais se pode confundir com as garantias *de execução do contrato* previstas no art. 96.

São duas instituições distintas, independentes entre si e inconfundíveis por completo. E as garantias previstas no art. 96 não são objeto deste curto artigo, senão como breve menção para permitir o contraste com a garantia da proposta, do art. 58.

Pode ser exigida a garantia da proposta (art. 58) *mais* a garantia *de execução* (art. 96), esta última a ser escolhida pelo contratado dentre as modalidades previstas no art. 96, sem qualquer embaraço de legalidade. Nada existe de irregular no acúmulo de ambas.

Do total conjunto das garantias de execução (art. 96) e da garantia da proposta (art. 58) uma só garantia o ente licitante *tem obrigação de exigir* como requisito do edital: aquela prevista no art. 101 da Lei nº 14.133/21.

É o caso de o contratado, na forma do edital e do contrato, precisar operar máquinas ou equipamentos da própria

Administração licitadora e contratante, e nesse caso o edital precisará exigir caução ou seguro desses equipamentos, para em caso de serem danificados o seguro ressarcir o ente público contratante.

Todas as demais espécies ou modalidades de garantia são facultativamente exigíveis, nada na lei obrigando que o edital as exija.

Não é o só fato de que quase se tornou regra padronizada a exigência de garantia em contratos de obras ou serviços de vulto, que transforma o facultativo em obrigatório. O fato objetivo é que, se o contratado não precisar operar com equipamentos do ente público contratante, então *o edital poderá deixar de exigir qualquer garantia de proposta ou de execução do contrato*.

Nem todo objeto é de execução temerária, e nem sempre o ente licitador precisa se acautelar contra licitantes, e nem todo ramo de negócio e de contratos, nem sempre tudo isso demanda cuidados tais que recomendem exigir-se garantia(s).

O poder público, que licita e contrata diuturnamente desde que existe a Administração pública, sabe, seguramente melhor que o legislador que trabalha sob ar condicionado em Brasília, dos riscos inerentes às contratações que realiza, e por esse motivo a lei ofereceu ao aplicador a descrição de exigir garantia *se e quando* quiser, e no percentual que entender devido dentro do limite legal.

É um *direito legal* do ente licitador o de não exigir garantia(s) para os seus contratos, e não é porque a (grande) maioria dos contratos a(s) exige que esse direito se torna uma obrigação. Não foi por acaso, assim sendo, que a lei - excepcionando-

se na entrega de equipamentos ao contratado para a execução - apenas *facultou* exigir garantia, e a isso não obrigou.