

GARANTIAS CONTRATUAIS

Ivan Barbosa Rigolin

(jul/24)

I – Foca-se agora o tema das *garantias* que a lei de licitações *obriga* ou *permite* exigir do contratado, nas licitações ou nas contratações diretas que realize.

O assunto é antigo e generalizado pelo mundo institucionalizado inteiro. Natural que assim seja, porque, lidando-se com dinheiro público que remunera os contratos, não cabe ao poder público permitir periclitarem o negócio por vicissitudes que o contratado acarrete pela sua execução (ou inexecução), sem que uma garantia ou um seguro as indenize ou repare.

No Brasil, para não exagerar na retrocessão, já a Lei paulista nº 89, de 27 de dezembro de 1.972, previa, ainda que *au vol d'oiseau*, a garantia do contrato. Essa lei foi o esteio confessado do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1.986 - a primeira lei de abrangência nacional sobre licitações e contratos, com suas *normas gerais bem delimitadas* -, cujo art. 46 permitia ao ente público exigir garantia dos contratados, dentro das modalidades que especificava.

Seguiu-se a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, que mais extensamente, no art. 56, cuidou do tema das garantias, detalhando melhor o assunto, e permaneceu em vigor por 30 anos. Agora temos a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2.021, que muito

mais extensamente disciplina a matéria das garantias contratuais, que entretanto e como no passado nem sempre é obrigatória, como se passa a examinar.

II – Reza sobre o tema a atual lei de licitações brasileira, no Capítulo II (*Das garantias*) do Título III (*Dos contratos administrativos*):

DAS GARANTIAS

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

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

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

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

IV - título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total.

§ 2º Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração.

§ 3º O edital fixará prazo mínimo de 1 (um) mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação da garantia pelo contratado

quando optar pela modalidade prevista no inciso II do § 1º deste artigo.

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Art. 98. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Parágrafo único. Nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subseqüentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais previstos no **caput** deste artigo.

Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no

art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

Art. 100. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

Art. 101. Nos casos de contratos que impliquem a entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, o valor desses bens deverá ser acrescido ao valor da garantia.

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;

b) acompanhar a execução do contrato principal;

c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;

d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Comentam-se estes artigos.

III – O art. 96 abre o Capítulo quase copiando por inteiro a regra anterior, e informando que a autoridade licitadora *poderá* – facultativamente portanto, e não obrigatoriamente – incluir no edital a exigência de prestação de garantia pelo contratado, em alguma das modalidades que o artigo especifica, à livre escolha do contratado.

Antes de se as examinar, o propósito da garantia, pelo que se lê do art. 97, *caput*, é assegurar o fiel cumprimento do contrato pelo contratado, incluindo-se o pagamento de eventuais multas aplicadas, prejuízos apurados e indenizações que se tornem devidas.

Em inglês a essa ideia se denomina *wishful thinking*, ou seja pensamento positivo, desejo de que aconteça, vocação. Sim, porque bem ou mal nada assegura que a garantia irá efetivamente dar conta da integralidade dos danos e dos prejuízos que o contratado venha a acarretar ao ente público que o contratou; mas ao menos direciona-se a essa finalidade.

As modalidades de garantia admitidas são quatro: § 1º, inc. I) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública em sistema autorizado pelo Banco Central; inc. II) seguro-garantia; inc. III) fiança bancária, e inc. IV) título de capitalização pago à vista, com

resgate pelo total. O contratado escolhe a quem bem quiser, não cabendo ao edital exigir nenhuma em específico.

As que tenham validade deverão manter vigente a validade por toda a execução do contrato, renovando-a se vencer no curso da execução, a não ser no caso (art. 96, §2º) de o ente contratante suspender a execução concomitantemente (ou perto disso) ao fim da validade, e a revalidação, ou o endosso da apólice de seguro se for o caso, somente será obrigatório(a) a partir da retomada da execução por ordem da Administração.

Pelo § 3º, se a garantia escolhida for o seguro-garantia o vencedor da licitação terá no mínimo um mês (conforme edital), contado da homologação do certame e anteriormente à sua contratação, para demonstrar a prestação da garantia, se for o caso endossando a respectiva apólice. Isso é condição para a contratação, e se não for atendida pelo vencedor tal significará o descumprimento da obrigação assumida pela simples participação no certame.

Compreende-se o prazo em face do custo do seguro-garantia para o vencedor (prêmio da seguradora), o qual jamais poderia ser obrigado a garantir o ente público sem a eminência de sua contratação.

IV – O art. 97 informa o que o objetivo do seguro-garantia é assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, porém esse é o objetivo de toda e qualquer modalidade de garantia, e não apenas do seguro. Garantia não serve para outro fim senão o de tentar assegurar o cumprimento do contrato, ou então o ressarcimento

do prejuízo que o descumprimento acarrete ao poder público contratante.

O inc. I do art. 97 fixa que a vigência da apólice de seguro será igual ou superior à do contrato, e deverá acompanhar as modificações acaso ocorridas na vigência do contrato, por endosso da seguradora.

Natural que assim seja: de prazo igual ao prazo contratual, nem maior porque o contratado não deve ser obrigado a pagar prêmio por um seguro que vá além da sua obrigação temporal, nem menor porque se não cobrir toda a vigência do contrato será uma garantia *capenga*, ou de *pé-quebrado*, o que não faz sentido.

Em sendo modificada a vigência, o seguro precisará cobrir o novo período, pena de descumprimento pelo contratado de obrigação legal e contratual.

O inc. II separa a eficácia do seguro-garantia do fato de estar pago ou não pelo contratado que o apresentou como garantia ao ente contratante: quem contratou o seguro que o pague corretamente, e o seu inadimplemento não prejudica a obrigação que o contratado assumiu ante o ente público que o contratou. Algo como *o problema é seu, meu filho*.

O parágrafo único deste art. 97 admite a substituição da apólice de seguro-garantia por outra modalidade de garantia a) na data do aniversário ou da renovação da apólice; b) se nenhum período da execução do contrato fique descoberto; c) desde que mantidas todas as coberturas originais da apólice, e d) desde que se trate de contrato de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços.

Tudo é lógico e compreensível, apenas não se atinando como o motivo por quê apenas em contratos continuados ou de fornecimento a lei abriu esta ensanча ao contratado, de substituir uma garantia por outra. A nosso ver qualquer contrato deveria permitir a substituição, porque não se enxerga razão para a especificação.

E, também, considerando-se que o contratado opta por qualquer modalidade ao início, por que apenas o seguro-garantia pode ser substituído, e não outra modalidade ?

*There are more things in Heaven and Earth,
Horatio, than are dreamt of in your philosophy ...* e na nossa também, divino bardo.

V – O art. 98 não inova o direito anterior. A garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, a essa altura já conhecido. Poderá ainda, em caso de julgado particularmente complexo ou arriscado o contrato, ser elevada até 10% (dez por cento) do valor contratual – vai da justificativa, e o percentual deve constar já do edital.

O parágrafo único é obra de quem francamente nada tinha de melhor a fazer. Antes não tivesse feito nada, porque o parágrafo não faz sentido.

Informa que é o valor anual do contrato a base para a fixação dos percentuais de até 5 ou 10%, constantes do *caput*. Ora, que valor poderia ser senão aquele, que é o único até então existente, e a única base para se valorarem quaisquer ônus ou encargos do contrato ? O custo da perfuração de um poço de petróleo na

amazônia ? O custo do trem-bala da Praça da Sé até Campinas ? Seriam 5% ou 10% *de quê*, por tudo que é sagrado ?.. A parvoíce é acachapante.

O art. 99 deu um passo em direção ao direito saxônico, cuja *performance bond* chega a 100% do valor do contrato assinado: o contratado não o executou, o ente contratante recebe o seguro no valor de 100% do valor do contrato, valor esse que pagaria ao contratado em caso de adimplemento da obrigação. Não deve existir melhor negócio na face da Terra para o contratante público, mas o Brasil ainda não chegou a esse ponto.

Nos contratos de obras ou serviços de engenharia *de grande vulto* (ver o conceito na lei, art. 6º, inc. XXII) a garantia exigível pode montar até a 30% (trinta por cento) do valor do inicial do contrato, se houver a retomada do objeto pelo ente contratante, ou seja se este assumir a execução ao invés do contratado.

Naturalmente o edital deverá clara e minuciosamente indicar essa condição, que se não é crua e realista como nos 100% do direito norteamericano ao menos já é melhor que os 10% máximos tradicionais.

VI – Pelo art. 100, que pouco inova o direito anterior, o ente contratante deve devolver ao contratado a garantia prestada, após a execução correta do contrato ou a sua extinção devida ao contratante.

Se tiver sido em dinheiro na devolução corrigir-se-á monetariamente o valor, por índice que na melhor técnica deve constar expressamente do edital – e que por favor esse índice não

seja negativo, como vez que outra acontece com alguns índices oficiais, tão realísticos quanto o chupa-cabras, a mula sem cabeça ou o simpático ET de Varginha, Minas Gerais.

Já se indagou sobre devolução parcelada da garantia, na medida da execução do contrato, porém por absoluta falta de previsão legal a ideia durou pouco. Há de ser integral, e nas condições da lei.

VII – Um pouco diferente da regra anterior, este art. 101 estabelece que se pelo contrato o contratante tiver de entregar bens à custódia do contratado – para que como depositário os utilize na execução -, então ao valor da garantia deve ser acrescido o valor desses bens, do momento em que a garantia é prestada.

É algo publicisticamente necessário pelo princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, porém que sem dúvida poderá ser pesado para o contratado, e até por isso esta previsão do edital deve estar bastante clara, de modo a não ensejar surpresas a ninguém.

Em caso de sobramento total ou parcial dos bens o valor servirá para indenizar o ente público contratante, sendo de supor que o prejuízo nunca será maior que o valor depositado, ou de outro modo o cálculo do valor dos bens foi errado.

O valor dos bens deve ser devolvido – a nosso ver sem correção, porque (I) não prevista em lei e porque (II) existe contínua depreciação do valor dos bens - juntamente com a garantia acaso prestada em dinheiro, esta, sim, corrigida.

Encerra o Capítulo o art. 102, curiosa e bem engendrada inovação ao direito anterior.

Licitando obras e serviços de engenharia o edital poderá, em exceção à livre elegibilidade da modalidade de garantia pelo licitante, (I) exigir seguro-garantia, e (II) estabelecer a obrigação para a seguradora de assumir o contrato no pé em que o contratado, inadimplente, abandonou a execução (*caput*).

Seguem os incisos e alíneas, de uma obviedade bovina, a estabelecer que a seguradora, ocorrendo a inadimplência do contratado, deverá assinar o contrato como interveniente anuente quanto ao que restar por executar, e pelo inc. I do artigo tem direito a a) livre acesso às instalações e ao palco de execução; b) acompanhar a execução; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil que existir, e d) requerer esclarecimentos e informações ao responsável técnico pela obra ou o serviço – e naturalmente *obter* essas informações. Tal seria se algum desses direitos elementares lhe fosse negado, após ter assumido o contrato ...

Pelo inc. II do artigo os empenhos serão em nome da seguradora que assumiu o contrato – e eis outra obviedade embaraçosa: como poderiam ser emitidos empenhos em nome do inadimplente contratado que abandonou o contrato ? Mas, como se afirma em direito, mesmo o óbvio precisa estar escrito.

E o inc. III desde logo autoriza a seguradora a subcontratar total ou parcialmente a execução, o que se deve dar na forma da lei de licitações quanto à ‘habilitação’ do(s) subcontratado(s) mas que independe de autorização administrativa, ante a prevalente autorização legal.

Natural que assim seja, porque de uma seguradora não se deve esperar muita proficiência com britadeiras, pás-carregadeiras ou ruidosos caminhões de cimento. Uma coisa é lidar com cálculos financeiros, encargos e tabelas, e outra bem diversa é trabalhar com construção civil e com serviços de engenharia.

E o parágrafo único fecha o artigo com duas previsões para o caso de o contratado deixar de executar a avença:

I) se ela executar o contrato estará livre de pagar a garantia indicada na apólice. Poderia ser diferente ?;

II) se ela não contratar, ou se não executar o que afinal contratou, deverá pagar a totalidade da importância da apólice de seguro firmada. Também parece forçado.

É mais do que evidente que as seguradoras – as que ainda não o fazem - passarão a verificar cuidadosamente se lhes convém segurar contratados nas licitações que previrem o que este art. 102 estabelece, ou seja: a responsabilidade operacional superveniente e ocasional das seguradoras, que lhes advirá com a só inadimplência, total ou parcial, pelo contratado quanto à execução do pacto.

Trata-se de algo que nunca existiu em nosso direito, a exigir portanto a atenção e a cautela ínsitas nas coisas novas, sobretudo no campo obrigacional. Não é obrigatória para o edital a previsão do art. 102, mas é de imaginar que será intensamente exercitada.

A ideia é boa e proveitosa para a Administração, porém haverá de ser prestigiada pela iniciativa privada – seguradoras – apenas debaixo da plena consciência do que lhes

pode ensejar e representar. Imagina-se que exista um sem-número de seguradoras que não queiram nem sequer ouvir falar deste art. 102, e que passarão longe de qualquer licitação que o inclua ou prestigie.