

A POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE GARANTIA CONTRATUAL NOS AJUSTES DECORRENTES DAS LICITAÇÕES PROCESSADAS POR PREGÃO

SP, 28/1/2013

Com o objetivo de assegurar a execução plena do objeto contratado, tem-se que o [Estatuto federal Licitatório](#) autoriza o administrador público a que exija garantias dos proponentes. Nesse sentido, tem-se que tais garantias poderão ser apresentadas na ocasião da licitação, por todos os proponentes, bem como no momento da celebração do ajuste, apenas pelo particular adjudicatário, na forma do disposto no art. 31, inc. III, e no art. 56 da norma *supra*, respectivamente, desde que assim exigidas pelo ato convocatório.

Assim, na fase interna da licitação, deve a Administração Pública licitadora, por meio da autoridade competente, avaliar a necessidade ou não de se exigir a prestação de garantia para fins de licitação e contratação, que poderá ser pautada, dentre outros elementos, no vulto da prestação, em sua complexidade, na natureza do objeto, entre outros critérios avaliados e devidamente justificados caso a caso.

Não se pode deixar de advertir, contudo, que a exigência dessa garantia poderá, não raras vezes, caracterizar-se restritiva do caráter competitivo da licitação, de maneira a não só reduzir, inevitavelmente, o número de licitantes participantes no certame como também, e especialmente, por refletir um encargo econômico-financeiro para o particular nos valores propostos.

É por tal razão que a exigência de garantia de participação é rechaçada pela doutrina já que, conforme ensina Marçal Justen Filho, “não acrescenta qualquer vantagem ou benefício à Administração” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 479). Logo, nos dizeres do jurista Jessé Torres Pereira Junior, “(...) a exigência somente terá sentido se necessária ao adequado cumprimento do contrato, o que vincula a discricção da autoridade” (*Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 640).

Nesse sentido, tem-se sugerido que a Administração Pública promotora da licitação restrinja a exigência de garantia para licitação ou contratação aos objetos que, pela sua natureza, peculiaridades e complexidades, ensejem de fato a necessidade de uma maior segurança em relação à execução do contrato.

No que tange à exigência de garantia contratual, não se observam críticas a tal expediente, dada a natureza de proteger a Administração de eventuais prejuízos verificados na ocasião da execução do objeto do contrato. As-

sim, permite-se que a contratante desconte o valor da multa da garantia prestada *ex vi* dos arts. 86, § 6º, e 87, §1º.

No âmbito do pregão, todavia, tendo em vista que tal modalidade objetiva dar celeridade às contratações públicas, bem como reduzir as formalidades verificadas na Lei de Licitações, sabiamente foi vedada a exigência de garantia para fins de licitação, conforme se verifica no art. 5º, inc. I, da [Lei federal nº 10.520/02](#), fato festejado pela doutrina.

A esse respeito, cite-se o entendimento do mestre Marçal Justen Filho, *in verbis*:

“A garantia da proposta, prevista no art. 31, inc. III, da Lei nº 8.666/93, configura exigência que dificulta o acesso ao certame e não se traduz em maior vantagem para a Administração. Na vida prática, é quase impossível encontrar algum caso em que essa garantia tenha sido aproveitada pela Administração para algum fim. (...) Vedar sua exigência merece, por decorrência, aplausos por parte de todos” (*Pregão – comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 222).

Grife-se, todavia, que a proibição de ser exigida a garantia constante do art. 5º, inc. I, da [Lei do Pregão](#) restringe-se apenas àquela exigida para fins de licitação. Logo, a garantia contratual pode, como deve, ser exigida do vencedor da licitação, caso o escopo do objeto contratado assim requeira, devendo ela ser apresentada pelo particular na ocasião da contratação e na forma do previsto no edital.

Nesse sentido, verifica-se ser impertinente ampliar a vedação constante do art. 5º, inc. I, da [Lei do Pregão](#), que proíbe tão somente a exigência de garantia de proposta, sendo silente em relação à garantia contratual, disciplinada no art. 56 da [Lei de Licitações](#). Ademais, as normas de exceção ou de proibição demandam sempre interpretação restritiva, não comportando, desta feita, ampliação.

Corroborando nossa assertiva, ensina o jurista Jair Eduardo Santana, *in verbis*:

“No pregão não é admitida a exigência de *garantia de proposta* por previsão feita pelo art. 5º, inc. I, da Lei do Pregão. Importante lembrar que este tipo de garantia é permitido em outras modalidades licitatórias e implica em condições para a participação no certame, conforme está previsto no art. 30, inc. III, da Lei nº 8.666/93. Particularmente, pensamos indevida a previsão legal que permite se exija do licitante *garantir proposta*. A Constituição Federal não permite o procedimento, que é prática corriqueira na Administração Pública pátria.

A *garantia de contrato* é permitida no pregão – está prevista no art. 56 da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária. Está limitada a 5% do valor

estimado da contratação e pode ser caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária. Uma vez estipulada, torna-se condição para efetivação do contrato” (*Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços; manual de implantação, operacionalização e controle*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 287).

Logo, ainda que a exigência de garantia para fins de licitação seja proibida no âmbito do pregão, como acima se verificou, com o objetivo de afastar o insucesso da contratação, é lícito à Administração licitante exigir no ato convocatório que o vencedor da licitação processada pela modalidade pregão preste a devida garantia contratual, na forma do disposto no art. 56 da [Lei federal nº 8.666/93](#).

Por Aniello dos Reis Parziale – Advogado, membro do Corpo Jurídico da NDJ