



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PROCESSO Nº PGE2013250541-0
SECRETARIA DA FAZENDA – SEFAZ
SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA – SAF

PARECER Nº PA-NLC-LBC-139/2013

CONSULTA. Garantias contratuais.
Questionamento sobre a possibilidade de recolhimento da “caução em dinheiro de forma parcelada, por meio da retenção em fatura”. Análise dos dispositivos da Lei estadual nº 9.433/05 disciplinadores da matéria.
Modalidades e momento da apresentação da garantia do contrato administrativo.

I – Relatório

Por meio do processo em epígrafe, o Superintendente de Administração Financeira da Secretaria da Fazenda formulou a seguinte consulta a esta Procuradoria Geral do Estado: “A despeito da falta de previsão legal e do risco inerente a esta prática, é possível que a Administração Pública Estadual recolha a caução em dinheiro de forma parcelada, por meio da retenção em fatura?” (fl. 01).

Passo à análise do tema.

II – Garantias previstas na Lei nº 9.433/05

A Lei estadual nº 9.433/05, seguindo as diretrizes traçadas pela Lei federal nº 8.666/93, trata da matéria referente às garantias nos seguintes artigos: 8º XXXV; 79, IV; 97, §2º; 102, III e §2º; 114, I; 126, VI; 136 a 138; 143, II, alínea “a”; 167, X; 168, § 2º, I; 169, III; 192, §§2º e 3º; 208, XVII e XIX¹.

¹ A análise detida de todos esses dispositivos legais encontra-se no livro *Comentários à Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia*¹, que tive a oportunidade de elaborar, em conjunto com a Procuradora Edite Hupsel, e cuja leitura recomendo.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A lei prevê dois tipos de garantias, a garantia de proposta, para participar de licitação, e a garantia do contrato, para assegurar a execução contratual.

II.1 – Garantia da proposta

Iniciando pela análise da garantia da proposta, indico que a Lei nº 9.433/05, no art. 102, inciso III e §2º, admite a possibilidade de ser exigida, no edital de licitação e como documento relativo à qualificação econômico-financeira, uma garantia para participar do certame, devendo ser observadas as modalidades e critérios previstos no art. 136 e o valor máximo limitado a 1% (um por cento) do montante estimado para a licitação (art. 136, §2º).

É importante destacar que, em sendo a licitação realizada na modalidade de pregão, é vedada a exigência de garantia de proposta (art. 114, I, da Lei nº 9.433/05).

A despeito de ter previsão em lei, a garantia para participação em processo licitatório somente pode ser exigida excepcionalmente e desde que devidamente justificada a razoabilidade de sua imposição, para que não venha a se traduzir em uma restrição, injustificada, do universo de licitantes e nem eleve, imotivadamente, os preços das propostas, pois é a própria Administração que, ao final, sempre arca com os custos de todos os itens embutidos na proposta dos licitantes.

A previsão da exigência de garantia para participar de licitação, embora tenha sido incluída no art. 102, em verdade não retrata fato pertinente à qualificação econômico-financeira do interessado em contratar com o Poder Público, parecendo mais destinada à obtenção de propostas sérias do que comprovar a idoneidade econômico-financeira do licitante.

A devolução dessa garantia de participação em licitação deve ocorrer em conformidade com o disposto nos incisos I e II do §7º do art. 136 da Lei nº 9.433/05. Assim, os

Handwritten signature in blue ink.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

licitantes desclassificados e inabilitados a receberão de volta após o resultado da classificação ou da inabilitação. Quanto aos demais, que foram classificados e habilitados, mas que não se lograram vencedores de certame, a devolução deve ocorrer logo após a sua homologação ou o fim de validade da proposta, o que vier a ocorrer primeiro. A devolução ao licitante vencedor será analisada no tópico seguinte.

II.2 – Garantia do contrato

Além da garantia da proposta, a Administração Pública também pode exigir garantia do contrato, como um mecanismo para ser ressarcida, ao menos em parte, dos prejuízos decorrentes da inexecução ou má execução dos contratos pelo contratado.

A exigência dessa garantia do contrato deve constar, previamente, no edital da licitação (art. 79, IV, da Lei nº 9.433/05) e no instrumento contratual (art. 126, VI, da Lei nº 9.433/05), não podendo o adjudicatário ser surpreendido com tal obrigação na fase da contratação.

Quando exigida, em ocorrendo inadimplemento das obrigações contratuais ou imposição de multa, a Administração pode executar a garantia prestada pelo contratado, para se ressarcir dos prejuízos por ele causados (Lei nº 9.433/05, art. 126, VI, c/c 137 e 169, III).

O *caput* do art. 136 da Lei nº 9.433/05 deixa a critério da autoridade competente a exigência de prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. O poder discricionário dessa autoridade deve ser exercido quando da elaboração do edital da licitação, já que a previsão no instrumento convocatório é condição indispensável para a exigência dessa prestação, até por abarcar uma obrigação financeira que deve ser previamente conhecida e mensurada pelo licitante antes da elaboração da sua proposta, bem como em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

RODRIGO



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Ademais, esta discricionariedade somente pode ser exercida nos limites traçados pela própria lei, devendo ser sopesada a razoabilidade, ou não, da exigência, considerando o vulto e/ou a complexidade da contratação, os riscos financeiros oriundos do próprio ajuste e os custos que serão embutidos na proposta dos licitantes.

Nem todos os ajustes necessitam, porém, de prestação de garantia, estando esta vinculada à existência de riscos de prejuízos para a Administração.

A maioria dos contratos de fornecimento prescinde desta prestação, enquanto aqueles que têm como objeto obra, prestação de serviços contínuos ou serviços de grande complexidade técnica dela necessitam.

Em tendo a garantia a finalidade de ressarcir a Administração contratante dos prejuízos advindos do inadimplemento das obrigações pelo contratado, deve ela ser compatível com as obrigações por ele assumidas e, a teor do §2º do art. 136 da Lei nº 9.433/05, limitada a 5% (cinco por cento) do valor efetivo do contrato.

O §3º do art. 136 da Lei nº 9.433/05 possibilita, excepcionalmente, a elevação do percentual para 10% (dez por cento) quando a contratação envolver obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, de alta complexidade técnica e de riscos financeiros consideráveis. A elevação excepcional deste percentual somente é admitida nas contratações nas quais estiverem presentes, cumulativamente, as condições previstas no dispositivo, quais sejam: grande vulto, alta complexidade técnica e riscos financeiros. O ato de fixação do percentual de até 10% (dez por cento) é ato vinculado a parecer técnico sobre a complexidade e os riscos financeiros da contratação.

A fixação dos mencionados limites tem fundamental importância na medida em que a exigência da prestação de garantias exorbitantes terminaria por afrontar o comando constitucional contido no art. 37, inc. XXI, da Lei Maior que, tão somente, permite exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

[Handwritten signature]



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

como, também, por restringir, injustificadamente, o universo dos interessados em contratar com a Administração Pública, devendo haver, portanto, proporcionalidade entre o percentual fixado pela entidade licitante e o vulto e a natureza da obra, do serviço ou da compra.

A garantia da proposta, prestada à ocasião da licitação pelo licitante adjudicatário, pode converter-se em garantia do contrato, devendo, para tanto, ser complementada, como estabelece os §§4º e 5º do art. 136 da Lei nº 9.433/05.

O prazo da garantia deve coincidir com o prazo da execução de contrato. Assim, quando prestada nas modalidades de seguro-garantia e fiança bancária, a prorrogação do ajuste deve ser condicionada à prorrogação dos prazos destas, sob pena de quedar-se a Administração sem qualquer proteção, durante todo o lapso temporal da prorrogação.

No tocante à devolução da garantia, o art. 136, §7º, III, da Lei nº 9.433/05 determina que a devolução da garantia ao contratado somente pode ocorrer após o recebimento definitivo do objeto. Assim, somente após o recebimento definitivo do objeto é que pode ser devolvida a caução prestada em dinheiro ou em títulos da dívida pública e somente à ocasião da terminação do contrato é que deve findar-se o seguro-garantia e a fiança-bancária, pois a garantia deve prevalecer enquanto perdurar o contrato.

Em tendo sido prestada em dinheiro, a Administração contratante deve atualizar monetariamente essa garantia quando da sua devolução, como determina o §6º do art. 136 da Lei nº 9.433/05 e em razão do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por seu turno, a garantia oferecida pelo contratado para assegurar a plena execução contratual encontra-se vinculada à cobertura dos prejuízos causados pelo descumprimento das obrigações contratuais e pelas multas impostas pela Administração, cujo valor deve ser descontado da caução, antes da sua devolução (Lei nº 9.433/05, art. 137).

Handwritten signature in blue ink.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Além disso, as rescisões administrativas por culpa do contratado (com base no art. 167, incisos II a XII) podem gerar, como consequência, a execução da garantia contratual, seguida da cobrança dos valores das multas e das indenizações, na forma do art. 169, III, da Lei nº 9.433/05.

III – Modalidades e momento da apresentação da garantia do contrato administrativo

Embora a exigência da garantia do contrato seja uma faculdade assegurada à Administração Pública contratante, que deve, obrigatoriamente, ser motivada, a escolha da modalidade de garantia a ser prestada é uma prerrogativa, um direito, do adjudicatário/contratado, a teor do disposto no *caput* do art. 56 da Lei federal nº 8.666/93 (norma geral) e por ser um encargo financeiro a ser suportado pelo contratado.

A Administração Pública contratante não pode impor o tipo de garantia que o contratado deve prestar, por ausência de prerrogativa legal para tanto.

Entretanto, o direito de escolha do contratado somente pode recair sobre uma das modalidades de garantia enumeradas nos incisos I a III do §1º do art. 136 da Lei nº 9.433/05 (que corresponde ao §1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93), que são: (I) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, (II) seguro-garantia ou (III) fiança bancária. **Essa enumeração é taxativa e, em razão dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, não comporta inovações.**

Assim, tratando-se de contrato administrativo e não havendo previsão legal de retenção de fatura como modalidade de garantia, não pode a Administração Pública adotar tal conduta, posto ser ilegítima a retenção (de forma única ou parcelada) nas faturas de pagamento do valor correspondente à garantia, por não ter amparo legal e em razão da obrigatoriedade de observância dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

Handwritten signature in blue ink.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

7

No tocante ao momento em que deve ser prestada a garantia do contrato, embora nem a Lei federal nº 8.666/93 e nem a estadual nº 9.433/05 estabeleçam textualmente o momento em que deve ser prestada essa garantia e a Lei nº 9.433/05 e, ao tratar da garantia adicional (art. 97, § 2º) e da complementação da garantia da proposta (art. 136, § 5º), refira-se a “condição para a assinatura do contrato”, o tema merece uma análise contextualizada com a realidade.

Em razão da finalidade a que se destina, efetivamente, **a garantia do contrato deve ser prestada antes do início da execução do contratado**, pois visa assegurar o ressarcimento à Administração de eventuais prejuízos que advenham do descumprimento ou do cumprimento irregular dos compromissos assumidos pelo contratado.

Ocorre que, para obter o seguro-garantia ou a fiança bancária o adjudicatário/contratado deve submeter à análise do agente segurador ou da instituição financeira o instrumento do contrato administrativo que pretende ver segurado ou afiançado.

Vejamos o teor dos arts. 757 e 818 da Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

(...)

Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

Assim, pelo contrato de seguro, o segurador garante que o contratado irá adimplir a obrigação assumida para com a Administração Pública ou, no caso de inadimplemento, que arcará com os custos do valor segurado.

R. 20/08



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Por seu turno, pelo contrato de fiança bancária, o Banco torna-se fiador do contratado e garante satisfazer à Administração Pública contratante pela obrigação assumida pelo contratado, caso este não a cumpra.

Portanto, para emitir a apólice do seguro ou outorgar a carta de fiança, a Seguradora ou o Banco deve analisar não só a capacidade financeira e operacional da empresa que pleiteia o seguro-garantia ou a fiança bancária, mas também os termos do contrato, para sopesar os riscos que terá de assumir no caso de inadimplemento pelo contratado.

Isto posto, como o seguro-garantia e a fiança bancária são acessórios do contrato administrativo (contrato principal) e o contratado, quando optar por uma dessas modalidades, necessita apresentar o contrato administrativo assinado para obter a garantia, entendo que **a garantia, de forma integral, deve ser exigida pela Administração Pública contratante em um momento anterior ao previsto para o início da execução do contratado** e não como condição para a assinatura do contrato.

Assim, deve constar no edital de licitação regras claras dispondo sobre a assinatura do instrumento contratual, a emissão da autorização de prestação de serviço (APS) ou de fornecimento de material (AFM) – quando, então terá início a execução do contrato, e o prazo para que o contratado apresente a garantia. Prazo este que deve ser anterior à data prevista para ao início da execução do contrato, repita-se, até para evitar que, em ocorrendo prejuízos com início da execução contratual, a Administração Pública não fique a descoberto.

Oportuno lembrar que o instrumento convocatório elaborado com base no edital-matriz disponível no site da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (www.pge.ba.gov.br, no campo relativo a minutas de editais-padrão) e decorrente do parecer nº PA-NASC-ALM-LBC-74/2011 (com as alterações procedidas pela Chefia do Núcleo de Licitações e Contratos e pela Procuradora Chefe da Procuradoria Administrativa, bem como por pareceres posteriores) já traz previsão específica sobre a garantia do contrato e, no item 3.2.3 da Seção B – Disposições específicas, estabelece que **“A garantia deverá ser apresentada no prazo máximo de 05**

Handwritten signature



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
 NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

(cinco) dias, contados da assinatura do contrato, devendo ser atualizada periodicamente.”.

Confira-se o inteiro teor desse tópico:

“3.2 Da garantia do contrato:

3.2.1 A prestação de garantia, quando exigida, recairá sobre uma das modalidades previstas no § 1º do art. 136 da Lei Estadual nº 9.433/05.

3.2.2 Não será admitida a existência de cláusulas que restrinjam ou atenuem a responsabilidade do segurador ou fiador, no caso de seguro-garantia ou fiança bancária (art. 136, §1º, II e III da Lei estadual nº 9.433/05).

3.2.3 A garantia deverá ser apresentada no prazo máximo de 05 (cinco) dias, contados da assinatura do contrato, devendo ser atualizada periodicamente.

3.2.4 A garantia, em qualquer das modalidades, responderá pelo inadimplemento das obrigações contratuais e pelas multas impostas, independentemente de outras cominações legais.

3.2.5 A CONTRATADA fica obrigada a repor o valor da garantia quando esta for utilizada e a atualizá-la todas as vezes em que houver alteração do contrato.” (Grifos aditados).

Transcorrido o prazo fixado, caso o contratado não apresente a garantia nos moldes exigidos no edital de licitação e no contrato, caracteriza-se o descumprimento contratual, podendo ser rescindido o contrato, com base no art. 167, III e X, c/c art. 168, I, da Lei nº 9.433/05.

IV – Conclusão

Diante de todo o exposto, a resposta à consulta formulada (“A despeito da falta de previsão legal e do risco inerente a esta prática, é possível que a Administração Pública Estadual recolha a caução em dinheiro de forma parcelada, por meio da retenção em fatura?”) é no sentido de que **não** é possível que a Administração Pública Estadual recolha a caução em dinheiro de forma parcelada, por meio da retenção em fatura, pois tal conduta além de não ter amparo legal, infringe os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os licitantes. Em não tendo o

[Assinatura manuscrita]



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

contratado apresentado a garantia contratual no prazo fixado, a Administração Pública deve rescindir o contrato, com base no art. 167, III e X, c/c art. 168, I, da Lei nº 9.433/05.

É o parecer. S.S.J.

Ao superior exame da i. Procuradora Assistente do Núcleo de Licitações e Contratos, considerando os termos da Ordem de Serviço PGE em vigor.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, Núcleo de Licitações e Contratos, em 29 de abril de 2013.

LEYLA BIANCA CORREIA LIMA DA COSTA
Procuradora do Estado



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO Nº PGE2013250541-0
SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA – SEFAZ
SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA - SAF

DESPACHO

Acolho o bem lançado parecer PA-NLC-LBC-139-2013, da lavra da i. Procuradora Leyla Bianca Correia Lima da Costa, que, à luz da legislação vigente, responde à consulta formulada pela administração no sentido de não ser possível o recolhimento da garantia/caução em dinheiro de forma parcelada, por meio da retenção em fatura, pois tal conduta além de não ter amparo legal, infringe os princípios norteadores da administração pública.

Sigam os autos à secretaria de origem, independentemente de tramitação pelo Gabinete do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, 02 de maio de 2013.

flaveira
ANA CLÁUDIA DE SOUSA OLIVEIRA
Procuradora Assistente