

Nota Técnica 01

Garantias Fidejussórias

**Coordenador da Pesquisa:
Pericles Gonçalves Filho**

MANIFESTAÇÃO

No âmbito da parceria desenvolvida entre o Instituto de Inovação em Seguros e Resseguros (“IISR”) e a Escola de Direito do Rio de Janeiro – FGV Direito Rio para realização de pesquisas envolvendo o setor de seguros, discute-se noticiário veiculado na imprensa acerca do oferecimento de *garantia fidejussória* por empresa interessada em fornecer ao Ministério da Saúde a vacina indiana Covaxin¹.

Sob uma perspectiva jurídico-regulatória, algumas reflexões podem ser desenvolvidas de maneira objetiva.

O art. 37, inc. XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, permite sejam formuladas pela lei “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Nesse diapasão, tanto o art. 56 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 quanto o art. 96, § 1º, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 preveem que a autoridade competente poderá exigir a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, cabendo ao contratado optar por uma das seguintes modalidades: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; II - seguro-garantia; III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.²

Marçal Justen filho identifica aqui uma questão delicada. Se por um lado a prestação de garantia representa um mecanismo adicional para mitigar os riscos de insucesso e assegurar a execução do contrato (evitando-se, assim, prejuízos ao patrimônio público), por outro lado ela pode elevar demasiadamente os valores envolvidos, com o potencial de reduzir o número de licitantes e até mesmo inviabilizar a contratação pretendida. Segundo o autor, a lei adotou “uma solução de compromisso entre diversas possibilidades”³ ao permitir a exigência de garantia, ao mesmo tempo em que remeteu ao juízo discricionário da Administração a decisão quanto à sua efetiva previsão no caso concreto. “Deverá [a garantia] 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”.⁴

¹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/07/ministerio-da-saude-planejou-dispensar-garantia-na-compra-da-covaxin-antes-de-aceitar-fianca-irregular.shtml>. Acesso em 8 dez 2021.

² De acordo com o art. 193, II, da Lei nº 14.133, a Lei 8.666 será revogada após decorridos 2 (dois) anos da publicação daquela.

³ JUSTEN FILHO Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 824.

⁴ Id.

O ponto que interessa destacar é que o juízo discricionário da Administração limita-se à decisão de exigir, ou não, a prestação de garantia. Entendendo pela sua necessidade no caso concreto, deverá a Administração prever no edital e no contrato que caberá ao contratado optar por uma daquelas três modalidades expressamente previstas na lei. Seguem-se daí duas consequências específicas:

- (i) A Administração não pode impor modalidade específica de garantia, sob pena de praticar ato que restringe o processo licitatório, conforme já restou decidido pelo Tribunal de Contas da União;⁵ e
- (ii) A Administração não pode admitir modalidade de garantia fora das opções veiculadas na lei, pois se trata de rol taxativo.

Discricionariedade, não custa lembrar, é liberdade de agir nos limites da lei, que, no caso, já se encarregou de delimitar as modalidades de garantia que podem ser admitidas na contratação pública.

Neste ponto, é importante destacar que a Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021, que permite a aquisição, com dispensa de licitação, de vacinas e de insumos destinados à vacinação contra a covid-19, não criou um regime especial àquele previsto tanto na Lei 8.666/93 quanto na Lei 14.133/21. Muito pelo contrário. A Lei 14.124/21 reforçou o aludido regime ao estipular que, na contratação de fornecedor exclusivo de bem ou serviço, torna-se “obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.⁶

Dessa forma, conclui-se que a Administração não pode admitir o oferecimento, pelo particular, de qualquer modalidade de garantia fidejussória, como por exemplo a fiança (art. 818 e seguintes do Código Civil), dada a ausência de previsão legal nesse sentido.

⁵ Conforme Decisão 538/1998 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, nos autos do processo 600.176/1998-3. DOU de 25/08/1998.

⁶ É o que dispõe o § 4º, do art. 2º da lei: “Na hipótese de que trata o § 3º deste artigo, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), que não poderá exceder 10% (dez por cento) do valor do contrato.” Também no inc. II, do § 6º, do art. 12 a lei tornou a referendar as modalidades de garantia previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “§ 6º Sem prejuízo do disposto no § 5º deste artigo, a administração pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco do inadimplemento contratual, tais como: II - a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto”.



*INSTITUTO DE INOVAÇÃO
EM SEGUROS E RESSEGUROS*

