

Dawison Barcelos
Ronny Charles Lopes de Torres

LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS EMPRESAS ESTATAIS

**Regime licitatório e
contratual da Lei 13.303/2016**

2024

4^o revista
atualizada
edição ampliada

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DOS CONTRATOS

Em relação aos contratos, há profunda alteração no regime jurídico proposto pela Lei nº 13.303/2016. Embora tenha faltado inventividade ao legislador, em relação ao texto que regula os contratos das estatais (já que foram "colados" diversos fragmentos da Lei nº 8.666/1993, às vezes de forma irrefletida ou pouco técnica), houve uma mudança substancial, relacionada ao regime jurídico contratual.

Nos contratos administrativos decorrentes da Lei nº 8.666/1993 (e também da Lei nº 14.133/2021), há forte incidência do direito público, o que gera características peculiares. Assim, o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração prerrogativas que a colocam em um patamar de relativa superioridade na relação contratual formada.

A figura do contrato administrativo e sobretudo a concepção tradicionalmente dada a ele contrasta com a própria lógica contratual, pela problematização relativa ao choque entre o público e o privado, entre a prevalência do interesse administrativo e a natureza do contrato como instrumento de alocação de riscos e regulação de obrigações. Conforme bem indica Guilherme Carvalho e Sousa, esta característica do contrato, "como figura típica do direito privado, guarda, sob determinadas nuances, dificuldade de compatibilização com as potestades da Administração Pública"¹. Explica o autor:

1. SOUSA, Guilherme Carvalho e. Contratos: formalização, alteração, responsabilidade, subcontratação. *In*: NORONHA, João Otavio De; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. Estatuto Jurídico Das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 301.

Há, na Doutrina estrangeira, uma manifesta dificuldade consensual quanto à figura do contrato administrativo. O tema, decerto, é o espelho de toda problematização do público *versus* privado, porquanto o contrato, como figura típica do direito privado, guarda, sob determinadas nuances, dificuldade de compatibilização com as potestades da Administração Pública. Ao fim e ao cabo, indaga-se sobre ser o contrato administrativo um contrato propriamente dito ou mais se afeiçoa à figura do ato administrativo.

De toda essa problemática na conceituação do contrato, surgem dificuldades que passam a se apresentar em vários países, tudo na tentativa de solucionar a possível obscuridade em torno do tema. Para tanto, basta ver a teoria do fisco da Alemanha; doutrina dos atos de autoridade e ato de gestão na França; atuação do estado como poder ou como pessoa jurídica na Espanha; e a distinção entre *proprietary capacity* e *governmental capacity* nos países do *common law*².

Pois bem, de forma diversa do preconizado pela Lei nº 8.666/93, que estabelecia uma relação contratual "verticalizada", na qual a Administração Pública detém diversas prerrogativas extraordinárias ou extravagantes, na Lei das estatais, a relação contratual sofre certa "horizontalização", uma vez que boa parte das prerrogativas extraordinárias são deixadas de lado.

Assim, se no contrato administrativo decorrente da Lei nº 8.666/1993, a estatal poderia gozar de prerrogativas como rescisão unilateral, alteração unilateral do contrato e ocupação provisória, no contrato submetido ao regime da Lei das estatais essas prerrogativas inexistem. Da mesma forma, a Lei nº 13.303/2016 não justifica regras draconianas como a prevista no inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, que apenas admite a suspensão da prestação da atividade contratada, pelo contratado, em caso de atraso de pagamento por parte da Administração, quando este atraso superar o limite de 90 (noventa) dias!

Esta mudança, que parece singela, muda todo o pano de fundo das relações contratuais firmadas pelas estatais. Embora as redações dos dispositivos pareçam semelhantes, como ao tratar sobre alterações contratuais, eles pressupõem uma relação mais equilibrada, na qual, por exemplo, as alterações contratuais devem ser consensuais.

2. SOUSA, Guilherme Carvalho e. Contratos: formalização, alteração, responsabilidade, subcontratação. *In*: NORONHA, João Otavio De; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. Estatuto Jurídico Das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 302.

Esta maior horizontalização, com a retirada de boa parte das prerrogativas extraordinárias, possui efeitos positivos, mas também impõe desafios.

Como efeito positivo, podemos citar a redução de riscos para o fornecedor, já que a possibilidade de alteração, supressão ou mesmo acréscimo unilateral são fatores que podem repercutir na análise econômica que o licitante deve fazer para elaboração de sua proposta. Esta redução de risco pode, logicamente, induzir a uma redução de custos na contratação, porque evitam contingências que podem afetar a precificação das propostas por licitantes responsáveis.

Por outro lado, a ausência de certas prerrogativas extraordinárias exige maior planejamento e cuidado no estabelecimento de cláusulas contratuais, para que sejam devidamente definidas as obrigações, prevenidos os riscos e estabelecidos os efeitos do descumprimento obrigacional.

Vale registrar interessante entendimento defendido por Christianne Stroppa, segundo a qual, embora o regime contratual típico definido pela Lei nº 13.303/2016 seja diferente do previsto na Lei nº 8.666/93, notadamente pela quase inexistência de cláusulas exorbitantes (prerrogativas extraordinárias), seria admissível que as estatais prestadoras de serviço público, que não atuassem em regime concorrencial, adotassem uma maior incidência do regime público em suas contratações, formalizando contratos "atípicos", com cláusulas exorbitantes, tendo por base a própria Constituição e a tutela ao serviço público prestado, quando essas prerrogativas extraordinárias forem necessárias³.

De qualquer forma, embora em menor grau do que identificado na Lei nº 8.666/1993, há incidência parcial do regime jurídico de direito público, nos contratos lastreados na Lei nº 13.303/2016. De acordo com seu artigo 68, seus contratos regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto na referida Lei e pelos preceitos de direito privado.

3. STROPPIA, Christianne de Carvalho. O regime jurídico dos contratos das empresas estatais prestadoras de serviços públicos na Lei de Responsabilidade das Estatais – Lei Nº 13.303/2016. Tese. Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo. 2020. P. 175/176.

27.1. DAS CLÁUSULAS NECESSÁRIAS

De forma assemelhada ao estatuído pelo artigo 55 da Lei nº 8.666/1993, a Lei das estatais, em seu artigo 69, estabeleceu um rol de cláusulas necessárias, notadamente as seguintes:

- o objeto e seus elementos característicos;
- o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;
- as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;
- os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;
- os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;
- a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor;
- a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;
- matriz de riscos.

Há pouca novidade em comparação ao texto definido pela Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 55⁴.

4. Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I – o objeto e seus elementos característicos;
- II – o regime de execução ou a forma de fornecimento;

Podem ser destacadas a referência expressa à necessidade de regramento dos casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos e a matriz de riscos, tratados adiante.

O §1º do artigo 69, que exigia, nos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive quando domiciliadas em território estrangeiro, cláusula que declarasse competente o foro da sede da estatal e de suas respectivas subsidiárias, para dirimir qualquer questão contratual, foi vetado.

A razão do veto fundamentou-se no argumento de que "a obrigatoriedade imposta pelo dispositivo poderia prejudicar a competitividade das empresas e sua atuação concorrencial com o setor privado". Argumentou-se ainda, para justificar o veto, que "a Constituição sujeita as estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, o que torna o dispositivo inapto à sanção".

27.2. DAS CLÁUSULAS DE RESCISÃO E MECANISMOS DE ALTERAÇÃO

Uma vez que inexistirá a prerrogativa extraordinária de rescisão unilateral pela estatal, é fundamental que o contrato contenha boa regulação das obrigações contratuais, mapeando os riscos de inadimplemento e definindo os ilícitos contratuais justificadores da rescisão.

-
- III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
 - IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
 - V – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
 - VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
 - VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
 - VIII – os casos de rescisão;
 - IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
 - X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
 - XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
 - XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
 - XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Definidas tais normas e lançadas na minuta contratual confeccionada como anexo do edital, essas regras poderão ser objeto de impugnação pelos licitantes, caso descambem para a arbitrariedade ou se apresentem draconianas.

Na hipótese em que os licitantes deixem de impugnar tais regras, participando da licitação e assinando o contrato, tal disciplinamento passa a ser consensual e regulará a ulterior relação contratual. Assim, ocorrendo o fato jurídico disciplinado pelo contrato, assinado pelas partes, dar-se-á o efeito resultante também da disposição contratual.

Neste prumo, definindo o contrato que determinado inadimplemento gera a rescisão contratual, sua ocorrência trará como efeito o direito subjetivo da parte de, mesmo unilateralmente, exigir esta rescisão, nos termos consensualmente estabelecidos entre as partes.

É equivocado imaginar que, diante de uma irregularidade praticada pela parte contratada, a estatal apenas poderia rescindir ou considerar rescindido o contrato se o fornecedor contratado concordasse com o término da relação. Obviamente, alguns dos efeitos da rescisão poderão exigir judicialização, mesmo que por parte da estatal, mas isso não impede a conclusão de que ela pode, unilateralmente, tomar a decisão de considerar rescindida a relação contratual, desde que o faça nos estritos limites definidos pelo contrato acordado pelas partes.

Por outro lado, o fornecedor também terá o mesmo direito, o que torna imperioso que o licitante faça uma séria análise da minuta do instrumento contratual, impugnando cláusulas draconianas, desvirtuadas ou que prejudiquem a competitividade ou tragam potencial prejuízo à execução contratual. Restando silente, em princípio, haverá a presunção de concordância com a regra contratual.

27.3. DA MATRIZ DE RISCOS

No antigo regime da Lei nº 8.666/1993, era comum o estabelecimento de regimes de execução contratual em que o projeto básico, confeccionado previamente à licitação, definia não apenas os elementos que caracterizavam a obra ou serviço de engenharia, como também já estabelecia as soluções escolhidas, metodologias, serviços a executar, informações e subsídios necessários.

Nessa lógica tradicional, costumou-se firmar relações contratuais em que o Poder Público contratante assume os riscos relacionados à execução,

mesmo em relação a fatos imprevisíveis ou previsíveis, com consequências incalculáveis.

Esta absorção de responsabilidades pela administração contratante nem sempre se apresenta como uma opção eficiente, do ponto de vista econômico. Desde outrora, defendíamos que o contrato (mesmo o administrativo) "pode ser um instrumento de alocação de riscos, inclusive em relação à álea extraordinária, para ganho de eficiência econômica, na relação contratual"⁵, como na situação em que determinado risco, relacionado a caso fortuito, pode ser previsto contratualmente como responsabilidade do contratado (que poderá utilizar instrumentos, como seguros, para cobrir tal risco).

Pois bem, a matriz de riscos é uma cláusula contratual (que pode ser materializada em um anexo ao contrato) em que há alocação de riscos entre as partes contratantes. Como bem asseverou Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, "a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não de valor"⁶. Assim, sendo possível, é vantajoso alocar riscos à parte contratual que puder lidar com eles a um custo mais baixo, evitando-os ou mitigando os prejuízos decorrentes.

Conforme lembram Rodrigo Pironti e Fernando Menegat, os riscos não devem ser alocados de forma aleatória pelo Poder Público, mas, ao contrário, "devem ser alocados de forma racional e eficiente, de acordo com a maior ou menor capacidade de cada um dos parceiros de mitigá-los"⁷.

Marcelo Bruto, em excelente artigo publicado em obra produzida em homenagem ao jurista Jacoby Fernandes, identifica padrões de alocação de riscos, de acordo com a eficiência econômica da parte contratual, para lidar com eles. Vale a transcrição de trecho de seu escrito:

Variação de custos de mão-de-obra e insumos – melhor controlados pelo contratado;

-
5. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações comentadas*. 9ª. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. P. 740.
 6. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada; fundamentos econômico-jurídicos*. 1. Ed. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros, 2010. p. 120.
 7. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MENEGAT, Fernando. *Matriz de risco nas contratações das estatais e o rompimento da "teoria das áleas" no direito administrativo*. In REIS, Luciano Elias (Org.); JUNIOR, Laerzio Chiesorin (Org.). *Lei das Empresas Estatais: responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento econômico nacional*. Curitiba: OAB, 2017.

Inflação – contratado tem pouco controle sobre as taxas de inflação, motivo pelo qual tem se mantido as cláusulas de reajuste como mecanismos mitigadores. Porém, é possível que, num cenário em que as taxas de inflação no país sejam menores e mais previsíveis, atribua-se ao contratado o dever de prever para contratos com prazos menores a expectativa de inflação;

Câmbio – em geral, admite-se que a melhor alocação é para o setor privado, que pode mitigar os riscos correspondentes, inclusive com contratos de hedge. Ressalvem-se casos em que, diante de imperfeições no mercado e do impacto da variação cambial, inclusive por ausência de hedge de longo prazo, seja necessária a assunção de risco para viabilizar a contratação;

Caso Fortuito e Força Maior – Quando seguráveis, melhor atribuição é ao parceiro privado, uma vez que a Administração pode externalizar os custos mediante tributação. Quando não seguráveis, Administração absorve, pois privado não tem qualquer governabilidade.

Fato do Príncipe e Fatos da Administração – Administração em geral assume. Porém, algumas atribuições tradicionalmente assumidas pela Administração têm sido repassadas ao contratado, como partes da desapropriação e licenciamento. Nesses casos, é possível a alocação de risco ao contratado, contudo, tem-se questionado o repasse desses riscos diante da baixa governabilidade dos contratados sobre o Poder Judiciário e sobre o Licenciamento. Um caminho que tem sido adotado em algumas concessões, em relação a desapropriações, é o compartilhamento de risco entre as partes.

Projeto e Construção – atribuição ao particular, que tem mecanismos gerenciais e de seguros para mitigá-los (...) Entretanto, essa possibilidade, como regra geral, pode contrariar as diretrizes acima, já que o particular detém mecanismos gerenciais para minimizar seus impactos, pode segurar esses riscos e não pode externalizar para terceiros, como o Estado pode. Por fim, a manutenção desse risco sob a gestão privada, como se tem feito nas contratações integradas e nas PPPs, reduz custos de transação ao não alterar riscos que naturalmente já são do particular, como o de projeto. De toda forma, é uma ponderação que deve ser feita em cada caso, considerando inclusive o nível de risco em questão, que pode inviabilizar a contratação acaso alocado integralmente ao contratado⁸.

8. BRUTO, Marcelo. Apontamentos sobre Contratação Integrada do RDC. In TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

De qualquer forma, importa frisar que a alocação de risco não é algo estanque, podendo sofrer alteração de acordo com as nuances ou as necessidades que se apresentem a partir do objeto licitado, pois o contrato é, justamente, o instrumento hábil para distribuir os riscos dele decorrentes⁹.

A "matriz de riscos" cumpre essa função, enquanto cláusula contratual, servindo à definição de riscos relacionados a determinadas atividades abrangidas pela contratação e os titulares responsáveis. Essas informações objetivam melhor definição dos riscos e a obtenção de maior eficiência econômica na contratação.

A adoção da matriz de riscos foi enfatizada pelo TCU, quando da aprovação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). No Acórdão n° 1.510/2013, o Plenário do Tribunal decidiu que a matriz de risco é elemento essencial e obrigatório, devendo constar nas licitações que adotem o anteprojeto de engenharia. O TCU apontou que a matriz de riscos é o instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também é essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes¹⁰.

Em outro Acórdão, de n° 1.465/2013, o Tribunal de Contas da União, em trecho de voto proferido pelo Ministro-Relator José Múcio Monteiro, reiterou a necessidade da apresentação de matriz de riscos pela Administração, lembrando que, embora existam questões (riscos) imprevisíveis, deve o documento tentar definir, da forma mais clara possível, a responsabilidade pelos acontecimentos que a experiência permite antecipar¹¹.

Convém ainda frisar que a Lei federal n° 13.303/2016 pontuou outras funções para a matriz de riscos, além da alocação dos riscos contratuais de repercussão econômica, quais sejam: a definição das frações do objeto em que haverá liberdade e daquelas em que não haverá liberdade para que a contratada inove em soluções para a contratação, notadamente nos regimes contratação integrada e contratação semi-integrada.

Nessa linha, o legislador a definiu (art. 42, inc. X) como cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora

9. TORRES, Ronny Charles Lopes de. MARRY, Michelle. Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 126.

10. TCU. Acórdão n° 1510/2013, Plenário.

11. TCU. Acórdão n° 1.465/2013, Plenário.

do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, indicando que a matriz de riscos deve conter, no mínimo, as seguintes informações:

- a. listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b. estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c. estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Quando do planejamento da contratação, deve a estatal definir precisamente as frações que permitirão inovações (e as que não permitirão) por parte dos futuros contratados, para que os licitantes, municiados desses dados, possam avaliar esta possibilidade, quando da participação da licitação e apresentação de suas propostas.

Por fim, convém registrar que a Lei das estatais expressamente veda a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada. Outrossim, o §3º do art. 42 exige que, nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante sejam necessariamente alocados como de sua responsabilidade, na matriz de riscos.

Nada obstante a indicação de obrigatoriedade nesses dois regimes de execução, convém frisar que a adoção de matriz de riscos é possível também nos demais regimes de execução, como instrumento de aperfeiçoamento do contrato e eficiente alocação dos riscos da contratação.

Nessa linha, inclusive, o Tribunal de Contas da União já entendeu ser "recomendável a utilização de matriz de riscos em contratações derivadas da Lei 13.303/2016 (Lei das *Estatais*) que envolvam incertezas significativas, ainda que sob regime de empreitada por preço global, por se tratar de elemento que

agrega segurança jurídica aos contratos"¹². Em sentido semelhante, o TCU entendeu que, para as estatais, seria "obrigatória cláusula dispondo sobre a matriz de riscos nos contratos de obras e serviços de engenharia, independentemente do regime de execução", tendo em vista a necessidade de "garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual e de forma a definir as condições para eventual assinatura de termo aditivo"¹³.

Na verdade, a matriz de riscos deve ser compreendida como um instrumento de aperfeiçoamento contratual, que já era admitido, inclusive, sob o regime da Lei nº 8.666/93, para fins de uma melhor alocação dos riscos contratuais e com isso definição mais clara dos fatos passíveis de revisão econômica do contrato (reequilíbrio econômico), tornando mais claras as condições de execução do objeto, para os licitantes, e mitigando disputas durante a execução contratual.

27.4. DAS GARANTIAS

A Lei nº 13.303/2016 possui um regramento sobre garantias contratuais muito assemelhado ao outrora estabelecido pela Lei nº 8.666/1993¹⁴. Trata-se

12. TCU. Acórdão 2616/2020, Plenário. Auditoria, Relator Ministro Vital do Rêgo.

13. TCU. Acórdão 4551/2020, Plenário. Auditoria, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho.

14. Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II – seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III – fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2º A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

de uma lamentável constatação, já que é ressabido que o regime de garantias contratuais definido pela Lei Geral de Licitações não atende à necessidade atual das contratações públicas.

Vale a transcrição do artigo 70 da Lei nº 13.303/2016:

Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

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

I – caução em dinheiro;

II – seguro-garantia;

III – fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o *caput* não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas, ressalvado o previsto no § 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia previsto no § 2º poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese do inciso I do § 1º deste artigo.

Talvez a maior diferença entre o regime de garantias contratuais previsto pela Lei das estatais, em comparação com o regime da Lei nº 8.666/1993 seja a bem-vinda ausência da possibilidade de caução em títulos da dívida pública.

Contudo, permanece a ideia de que o contratado detém o direito de opção sobre qual das modalidades prefere adotar, bem como manteve-se ainda o percentual máximo ordinário de 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato, e o percentual máximo extraordinário de 10% (dez por cento), para "obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados".

Como a Lei não indica o que seria "grande vulto", parece possível aplicar-se, por integração analógica, a regra da Lei nº 8.666/1993, que classifica como de grande vulto as contratações cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido para adotar-se a modalidade concorrência, nas licitações de obras e serviços de engenharia.

Não se deve confundir a garantia contratual, aqui tratada, com a garantia de proposta. A garantia contratual objetiva proteger a Administração de eventuais insucessos na contratação e é apresentada após a definição do licitante vencedor, enquanto a garantia de proposta funciona como requisito de habilitação, sendo exigida ainda na licitação.

A exigência de garantia não é radicalmente necessária, mas se trata de faculdade que pode ser utilizada, nos limites legais, de acordo com a peculiaridade de cada caso. Se, de um lado, a exigência de garantia significa cautela da Administração, tentando evitar que a contratação reste frustrada em sua execução, por outro lado, em determinadas situações, a exigência de garantia pode implicar tolhimento da competitividade, implicando na inviabilidade de participação de interessados que, embora possuam capacidade de oferecer o objeto pretendido pelo Poder Público, encontram óbice, empecilho ou desestímulo ao atendimento da exigência.

27.4.1. Das modalidades de garantias

O legislador indicou três modalidades de garantias, a saber: caução em dinheiro, seguro-garantia e fiança bancária.

A caução é uma modalidade, em princípio, mais onerosa, pois, optando pela caução em dinheiro, o contratado depositará um valor que servirá como resguardo para eventual inadimplemento contratual.

A fiança exigida pela Lei, assim como ocorreu na Lei nº 8.666/1993, possui uma peculiaridade, pois também na Lei das estatais esta espécie de garantia deve ser ofertada a partir de relação jurídica firmada entre o contratado e uma instituição bancária.

Na fiança bancária, a instituição bancária é fiadora das responsabilidades assumidas pelo Contratado. Na outorga de uma carta de fiança, o Banco leva em consideração a capacidade econômica financeira da empresa, ou seja, a sua capacidade de poder ressarcir-lo em caso de inadimplência. Segundo o TCU, é irregular a prestação de garantia contratual na modalidade fiança bancária, emitida por empresa que não seja instituição financeira autorizada a operar pelo Banco Central do Brasil¹⁵.

15. TCU. Acórdão nº 2784/19 – Plenário.

Já o seguro-garantia é uma modalidade que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de: processos administrativos; processos judiciais, inclusive execuções fiscais; parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; e regulamentos administrativos¹⁶.

Com o seguro-garantia, objetiva-se transferir para o particular, eventual risco de inadimplência por parte do contratado. Isso porque a seguradora irá garantir eventual sinistro, perante o segurado. Também por conta disso, no Seguro Garantia, a Seguradora analisa não apenas aspectos da saúde econômico-financeira da empresa, mas a sua capacidade operacional para o objeto do contrato, sendo relevante, inclusive, sua experiência em contratos semelhantes e o próprio edital licitatório.

Uma espécie de seguro-garantia existente no mercado é o seguro de performance (*performance bond*) ou "garantia do executante construtor". Nele, a seguradora pode assumir a responsabilidade pela conclusão do empreendimento, se a contratada falhar neste objetivo. Outro modelo interessante é o seguro de garantia de proposta (*bid bond*), em que a seguradora fica responsável por determinado montante, se a empreiteira renegar o contrato¹⁷.

O "performance bond" permite que a seguradora, diante do inadimplemento do contratado, perante a Administração, possa optar por responsabilizar-se pela continuidade da obra, através de terceiros, ao invés do ordinário pagamento da indenização.

Embora já existente esse tipo de cobertura no mercado, há empecilhos à utilização do "performance bond" em contratos firmados pelas estatais. A possibilidade de escolha, pelo contratado, da forma de garantia a ser apresentada e o reduzido percentual máximo definido pelo legislador podem dificultar sua exigência, ao menos como garantia contratual, nos termos do artigo 70 da Lei nº 13.303/2016.

16. Circular SUSEP 477/2013.

17. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 9ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 651

27.4.2. Dos percentuais definidos pelo legislador

Os percentuais indicados pela Lei são considerados reduzidos, como patamar máximo de cobertura, em relação a obras mais complexas ou grandes empreendimentos.

Como paralelo, convém registrar que, em países como Estados Unidos e Canadá, as licitações chegam a admitir o seguro-garantia com percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato, enquanto alguns países da Europa, como França e Itália, já admitem seguros de performance de até 100% (cem por cento) do valor¹⁸.

Outrossim, mesmo dentro dos reduzidos percentuais admitidos pela Lei nº 13.303/2016, impõe perceber que, quando necessária a exigência de garantia, cabe ao administrador estipular um percentual que atenda ao acautelamento do gestor, sem, contudo, gerar um pesado encargo que comprometa, desnecessariamente, o interesse na contratação.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA¹⁹

- ▶ Para o cálculo do montante a ser apresentado como garantia adicional, a expressão "valor resultante do parágrafo anterior", constante do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993, corresponde ao menor valor entre os referidos nas alíneas "a" (média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração) e "b" (valor orçado pela Administração) do § 1º, sem aplicação do percentual de 70% mencionado neste dispositivo. (TCU. Acórdão nº 2503/18 – Plenário).
- ▶ Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal podem aceitar apólice de seguro – apresentada por empresa vencedora de certame licitatório para garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato – que contenha cláusula que exclua de cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção que tenham sido provocados pelo segurado ou seu representante, seja isoladamente, seja em concurso com o tomador ou seu representante. Por outro lado, devem recusar apólice de seguro que contenha cláusula que exclua de cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção que tenham sido provocados exclusivamente pelo tomador ou seu representante, sem o concurso do segurado ou seu representante. (TCU. Acórdão nº 1216/19 – Plenário).

18. FIÚZA, Eduardo P. S. Licitações E Governança De Contratos: A Visão Dos Economistas. 2009. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuza.pdf

19. Vide nota de rodapé nº 38.

27.5. DA VIGÊNCIA DOS CONTRATOS

Em relação à vigência contratual, houve grande avanço por parte da Lei nº 13.303/2016, quando comparado seu regime com o da Lei nº 8.666/1993.

Vale a leitura do artigo 71 da referida Lei das estatais:

Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

I – para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II – nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado.

Embora curto, o texto proporciona grande mudança na lógica tradicional de estabelecimento de vigência das contratações das estatais.

Em primeiro, convém ressaltar que o prazo ordinário de vigência foi estabelecido em cinco anos, diferenciando-se, e muito, da vigência atrelada aos créditos orçamentários, nos moldes outrora firmados pelo artigo 57 da Lei nº 8.666/1993²⁰!

Além do prazo ordinário de cinco anos, o legislador indicou ainda a possibilidade de que este patamar seja ultrapassado em duas hipóteses:

- projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

20. Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III – (Vetado).

IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V – às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.