

A GARANTIA EM CONTRATOS EM QUE HAJA ENTREGA DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO, DE ACORDO COM O ART. 56, § 5º, DA LEI DE LICITAÇÕES

SP, 2/3/2012

Conforme estabelece o *caput* do art. 56 da [Lei federal nº 8.666/93](#), a critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia na ocasião da celebração de ajuste quando o objeto da contratação for obras, serviços e compras. Grife-se que tal garantia também poderá ser exigida para fins de participação na licitação, conforme autoriza o art. 31, inc. III da [Lei nº 8.666/93](#), de acordo com as regras fixadas no supramencionado dispositivo legal.

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.

Tem-se sugerido, dessa forma, 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.

Verifica-se, portanto, que a prestação de garantia pelo particular envolve uma questão delicada. Não é por menos que o art. 56, *caput*, da [Lei nº 8.666/93](#), acima delineado, prescreve que 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”.

Atente-se, ainda, que os §§ 1º a 4º do art. 56 do Estatuto federal Licitatório, por sua vez, disciplinam as modalidades de garantia, o seu valor (limite porcentual a ser observado) e as condições em que serão atualizadas e devolvidas.

Especificamente no que pertine ao § 5º do art. 56 da [Lei nº 8.666/93](#), este determina que 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”.

Grife-se que o dispositivo em comento possibilita discussão acerca da faculdade ou não da exigência de garantia correspondente ao valor dos bens, nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração Pública.

Dessa forma ocorre, porquanto na parte final deste dispositivo há referência ao acréscimo do valor dos bens à garantia, possibilitando interpretação no sentido da obrigatoriedade de apresentação dessa garantia na hipótese por ele contemplada.

Ilustrando a situação que a [Lei federal nº 8.666/93](#) deseja tutelar, observa-se a entrega de um trator motonivelador de propriedade do Município para uma construtora, contratada por meio de licitação, destinado a realizar serviços de terraplenagem na ocasião da realização de pavimentação asfáltica das suas ruas e avenidas.

Nesse sentido, grife-se que a Administração Pública contratante deve se cercar de garantias quando da entrega de bens de sua propriedade ao particular, já que tal bem, na posse do contratado, pode sofrer adversidades de toda sorte, como, por exemplo, ser danificado, ou até mesmo ser retirado dessa pessoa, em caso de furto ou roubo do equipamento.

Corroborando o referido entendimento, preleciona o saudoso jurista Diogenes Gasparini, *in verbis*:

“Observe-se que a garantia, prestada em qualquer de suas modalidades, quando exigida, não pode ser superior a 5% do valor do contrato, *ex vi* do § 2º do art. 56 do Estatuto federal Licitatório. Pode, por certo, ser menor, consoante se infere do disposto nesse parágrafo. Não obstante, cremos que não pode ser pequena a ponto de não cumprir sua finalidade. Assim, a garantia, quando exigida, não pode ser fixada em valor irrisório que desvirtue seus fins, tornando-se insuficiente à defesa do interesse público. Foge a esse limite máximo a garantia a ser prestada em favor da Administração Pública contratante quando esta entrega bens de seu patrimônio ao contratado, que ficará seu depositário. Nessas hipóteses, a garantia deverá corresponder aos valores desses bens (art. 56, § 5º), independentemente da garantia de execução do contrato, se exigida. Se esta for exigida, duas serão as garantias que o contratado deverá prestar. A garantia prestada nos termos do § 5º do art. 56 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ao contrário da garantia de execução, que é facultativa, é obrigatória, consoante a literalidade desse parágrafo e o princípio da indisponibili-

dade dos bens, direitos e interesses públicos” (cf. *in Direito Administrativo*, 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 782 e 783) (grifou-se).

Adotando-se o entendimento acima aduzido, portanto, há que se considerar que, no caso de contrato no qual ocorra a entrega de bens pela Administração, será obrigatória – e não facultativa – a exigência de garantia correspondente ao valor de ditos bens.

Sem prejuízo do que asseveramos, grife-se que o posicionamento acima sustentado não é de todo pacífico, existindo entendimento no sentido de considerar tal dispositivo legal inválido. Nesse sentido, ensina Marçal Justen Filho, *in verbis*:

“O § 5º alude, de passagem, a que o contratado ficaria ‘depositário’ dos bens que recebesse da Administração. A regra é inválida. Ainda quando se imponha a integral responsabilidade pelo particular sobre os bens recebidos, isso não o transforma em ‘depositário’ dos mesmos. A relação jurídica entre Administração e particular não é de depósito. As partes não pactuam a transferência dos bens para que o particular deles cuide, no interesse da Administração Pública, obrigando-se a restituí-los tão logo solicitado. A transferência da posse se faz no interesse de ambas as partes para tornar mais fácil ou barata a execução do contrato. O particular receberá os bens e deles se valerá como instrumento de melhor execução de sua prestação. Isso se fará quando, por exemplo, utilizar-se de máquinas ou utensílios públicos. Eventualmente, os bens serão utilizados como matéria-prima para produtos mais elaborados. Como exemplo, pode-se apontar a entrega de leite em pó de propriedade governamental para que os particulares produzam alimentos lácteos. Nenhuma das duas partes têm intenção de realizar contrato de depósito. Não se aplica o regime jurídico correspondente ao depósito. Não se poderia cogitar, por isso, de prisão civil a depositário infiel” (cf. *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2011, p. 721).

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