

Título : DIFERENÇA ENTRE GARANTIA CONTRATUAL E GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO À LUZ DA LEI 13.303/2016
Autor : Ladny Soares Rodrigues Silva

DIFERENÇA ENTRE GARANTIA CONTRATUAL E GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO À LUZ DA LEI 13.303/2016

LADNY SOARES RODRIGUES SILVA

Advogada regularmente inscrita na OAB/DF e empregada pública na Superintendência Jurídica de empresa estatal.

Não são raras as solicitações de esclarecimentos pelos licitantes quando da publicação do instrumento convocatório para entender se o seguro garantia será exigido de forma cumulativa com a comprovação do capital social ou patrimônio líquido.

Em geral, quando versa sobre as condições de participação, o edital pode exigir que empresa licitante deverá comprovar que possui capital social ou patrimônio Líquido mínimo na data da apresentação da proposta.

Posteriormente, em outra fase, a licitante que se sagrar vencedora poderá ser obrigada a apresentar, até o pagamento da primeira fatura, o seguro garantia em uma das modalidades previstas no art. 70 da Lei 13.303/2016.

Ocorre que, suscitando a Súmula 275 do Tribunal de Contas da União – TCU que reputa indevida a exigência cumulativa de “capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado”, as eventuais licitantes entendem, muitas vezes, que a prestação da garantia não deveria ser exigida quando o edital já fizer a previsão da demonstração do capital social ou patrimônio líquido mínimo.

Enfrentando a matéria, vale destacar que a exigência de prestação de garantia em uma das modalidades previstas em lei deve estar alocada no edital para quando da celebração do contrato, sendo uma garantia para a sua execução.

Assim o cerne da questão repousa na análise da possibilidade jurídica de cumulação desta condição com a exigência de demonstração de capital social mínimo para preenchimento das condições de habilitação, fase anterior à assinatura do instrumento contratual.

Primeiramente, a garantia de execução, prevista no art. 56 da Lei 8.666/1993 e no art. 70 da Lei 13.303/2016, não se confunde com a garantia de participação, disposta no art. 31 da Lei 8.666/1993, abaixo transcrito. Enquanto a primeira tem lugar quando a contratação já foi concluída, isto é, visa assegurar a entrega daquilo que já fora firmado entre as partes, a outra se destina a comprovar a capacidade financeira da licitante para adimplir com a contratação futura e se enquadra nas exigências de qualificação econômico-financeira:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta

Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

[...]

Verifica-se, também, que a própria Lei 8.666/1993 regulamenta de forma distinta ambos os institutos, limitando a garantia de participação a 1% do valor estimado da contratação e conferindo à garantia de execução o patamar máximo de 5% do valor do contrato.

Noutras palavras, o que é irregular e vedado pelo entendimento da Corte de Contas é a cumulação da garantia de participação com a obrigação de comprovação de patrimônio líquido mínimo, pois ambas possuem a finalidade de demonstrar a qualificação econômico-financeira da licitante, sendo plenamente regular a junção de uma das duas exigências com a garantia de execução contratual.

Corroborando todo exposto, destacamos o seguinte enunciado do Acórdão 2.397/2017 – Plenário do TCU:

Não viola o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 o edital da licitação exigir comprovação de patrimônio líquido mínimo pelo licitante, para fins de qualificação econômico-financeira, concomitantemente com previsão de prestação de garantia contratual (art. 56) pelo contratado. Afronta aquele dispositivo legal a exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo e de garantia de participação na licitação (art. 31, inciso III) como requisitos de habilitação.

No mais, cabe registrar que o regramento da Lei 13.303/2016 sequer dispõe sobre garantia de participação dessa forma. Quando a licitação for regida pela referida Lei é certo que a única modalidade de garantia eventualmente prevista é a de execução do contrato.

Assim, conclui-se que a garantia exigida, com base no art. 70, da Lei 13.303/2016, da licitante vencedora quando do ato da assinatura do contrato se distingue daquela prevista na Lei para comprovação da qualificação econômico-financeira e, por isso, pode ser cumulada com a exigência de capital social mínimo, não se tratando da hipótese de aplicabilidade da Súmula 275 do TCU.

Em suma, entende-se que é possível que o instrumento convocatório possa cumular as imposições acima discriminadas, cabendo às licitantes observar todas as condições de habilitação impostas e devendo prestar, quando necessário, a garantia para execução do contrato.

Face ao exposto, concluiu-se que a garantia contratual prevista no artigo 70 da Lei 13.303/2016 não se confunde com garantia de participação e por isso pode ser cumulada com a exigência de capital social mínimo.

Como citar este texto:

SILVA, Ladny Soares Rodrigues. Diferença entre garantia contratual e garantia de participação à luz da Lei nº 13.303/16. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 24 mar. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.