

Garantia da proposta e garantia da execução nas parcerias público-privadas

Cristiana Corrêa Conde Faldini¹

Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado²

Luciana R. Laurenza Saldanha Gasparini³

Sumário: 1. Introdução; 2. Garantia da proposta; 3. Garantia da execução; 3.1. Objetivos; 3.2. Limites de valor; 3.3. Prazo de validade e variação de valor ao longo do tempo; 4. Modalidades de garantia nos contratos de parceria público-privada (PPP); 4.1. Caução em dinheiro e títulos da dívida pública; 4.2. Seguro-garantia; 4.3. Fiança bancária; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

A garantia da proposta e a garantia da execução são institutos já conhecidos e disciplinados nas Leis federais n^os 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões).

Há tempos, portanto, a exigência de garantias nas licitações e contratos administrativos é indispensável para viabilizar o integral cumpri-

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

3 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e em Administração Pública, pela Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas – EAESP/FGV.

mento dos projetos e contratos que a Administração Pública pretende viabilizar por meio da iniciativa privada.

Nem sempre, contudo, o tema encontra reconhecimento dessa natureza, presenciando-se, muitas vezes, itens e cláusulas replicados nos diversos contratos e editais publicados pela Administração Pública, sem a necessária análise individualizada de cada situação concreta.

A garantia da proposta, na sistemática da Lei nº 8.666/93, é exigência inserida na fase de habilitação, para a qualificação econômico-financeira dos licitantes, e destina-se, primordialmente, a garantir a consistência das propostas formuladas de forma a afastar participantes aventureiros⁴.

Nas licitações objetivando a celebração de contratos em regime de parceria público-privada (PPP), a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei de PPPs), determina a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 no tema da garantia da proposta. A interpretação literal do artigo, portanto, leva ao entendimento de que essa garantia integra o rol de documentos de habilitação⁵, o que, como se verá adiante, admite procedimento diverso.

A garantia da execução, por sua vez, guarda pertinência com a necessidade do Poder Concedente obter a adequada execução do contrato firmado, e a previsão de sua exigência no contrato também vem expressa na Lei de PPPs, conforme previsto no artigo 5º, VIII, que a vincula aos ônus e riscos envolvidos.

Há peculiaridades concernentes à natureza e duração da obra ou serviço que se pretende contratar, que devem guardar correlação direta com as modalidades e especificidades das garantias exigidas, especialmente no que se refere à execução do contrato, sem, contudo, diminuir a importância das garantias exigidas para a proposta.

A Lei de PPPs trouxe um novo modelo de contratação para a Administração Pública, especialmente para a participação privada em obras

4 Para Marçal Justen Filho a garantia da proposta é incompatível com o tratamento constitucional dado à licitação, uma vez que cria indevida restrição à participação dos interessados. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012., p. 547.

5 Lei nº 11.079/2004. “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;”

e serviços de infraestrutura. Essa nova roupagem exige um novo olhar no tema da qualificação econômico-financeira, bem como no tema, mais especificamente falando, da garantia da execução, em razão, principalmente, do volume de investimento envolvido em contratos dessa natureza.

Num genuíno projeto de parceria público-privada, em que o objeto é predicado pela complexidade dos trabalhos e vultosos investimentos envolvidos, o tema ganha especial relevância, a fim de se preservar características inerentes ao princípio licitatório, quais sejam, alto grau de competitividade e isonomia entre os interessados e potenciais licitantes.

Em razão desse vulto e alto nível de comprometimento das partes contratantes, os projetos de parceria público-privada exigem, inclusive, que o Poder Público também preste garantias, como bem sintetiza CARLOS ARI SUNDFELD:

“A característica central das concessões administrativas e patrocinadas que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir.”⁶

O presente estudo busca assim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, delinear os aspectos gerais, com algum grau de detalhamento, que se mostraram relevantes ou controvertidos, em relação às garantias prestadas pelo setor privado, para as licitações e contratos de parceria público-privada.

2. Garantia da proposta

2.1. Limite e validade

Como dito, a Lei nº 11.079/04 autorizou, nas licitações de PPP, a exigência de garantia da proposta (*bid bond*) observado o limite disposto no art. 31, inc. III, da Lei nº 8.666/93.

⁶ Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas, in *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Malheiros, 2007. p. 23.

O citado dispositivo estabelece como limite para a garantia da proposta 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. A existência desses limitadores se impõe como forma de impedir a restrição à competição com a exigência de níveis de garantia desarrazoados.

A dificuldade reside na definição do que seja “valor do contrato”. A interpretação poderia levar tanto ao valor total das receitas estimadas do concessionário, como também ao valor previsto do investimento do concessionário, pelo termo do contrato.

Nos editais publicados pelo Estado de São Paulo⁷ a garantia da proposta tem sido calculada sobre o montante do investimento estimado para o concessionário e está expressa em valor absoluto nos documentos convocatórios aos certames. Isso porque o valor, caso se optasse por considerar também o valor das receitas a serem auferidas como base para o cálculo do valor da garantia, esta alcançaria níveis muito elevados e poderia afastar eventuais interessados.

Maurício Portugal bem conclui que “o razoável nesse ponto é encontrar o menor valor que desestimule o descumprimento das obrigações que decorrem da participação na licitação, sem que a emissão das garantias se configure em barreira desnecessária no procedimento licitatório.”⁸

Os certames envolvendo as contratações na modelagem de PPP em geral envolvem altos valores e afetam diversos interesses dentro do mercado. Assim, não é rara a existência de demandas judiciais que podem alongar o procedimento para além do planejado.

Por essa razão é recomendável a aposição de prazo de validade para a garantia da proposta, com previsão de renovação.

Esse formato tem sido adotado na maioria dos editais de licitação dos projetos de PPP já publicados no âmbito do Estado de São Paulo, como

7 Essa foi a prática adotada para elaboração dos editais para as seguintes concorrências: (i) concessão administrativa, para a prestação de serviços de operação, manutenção e expansão do sistema de reservatórios de controle de cheias da bacia hidrográfica do alto tietê, recuperação e modernização dos reservatórios existentes e construção de novos reservatórios; (ii) concessão patrocinada para implantação e operação do sistema de metrô – Linha 6; e (iii) concessão administrativa para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais em três complexos hospitalares no Estado de São Paulo.

8 RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPP's: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo, Atlas. 2011, p. 32/33.

a (i) concessão administrativa para gestão, operação e manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura existente, da indústria farmacêutica de Américo Brasiliense – Ifab, de titularidade da fundação para o remédio popular “Chopin Tavares de Lima” – Furp e (ii) concessão administrativa, para a prestação de serviços de operação, manutenção e expansão do sistema de reservatórios de controle de cheias da bacia hidrográfica do alto tietê, recuperação e modernização dos reservatórios existentes e construção de novos reservatórios.

Nas concorrências indicadas acima, exigiu-se prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias de validade para a garantia da proposta, com previsão de renovação e, caso decorrido mais de 1 (um) ano a partir a publicação dos editais, deverá incidir atualização pelo IPC-Fipe para os valores dados em garantia.

Diferentemente, no Edital de Concorrência nº 001/2013 da Secretaria da Saúde, que objetiva a construção e prestação de serviços de gestão de três complexos hospitalares, não foi definido prazo mínimo de validade, mas há cláusula expressa no sentido de que a garantia da proposta deverá estar válida até o momento da assinatura do contrato, pois a partir desse momento, será substituída pela garantia da execução contratual.

2.2. Apresentação e execução

Uma questão de relevância é a que concerne ao momento de análise da garantia da proposta apresentada pelos licitantes. Na lógica estabelecida pela Lei nº 8.666/93 (e que pode ser adotada para as licitações de PPP) a garantia da proposta integra os documentos de habilitação, que devem ser os primeiros a serem examinados. Assim, caso o licitante não ofereça garantia válida ou suficiente, deverá ser inabilitado, sem prejuízo ao certame.

Na mesma linha, nos procedimentos em que seja adotada a pré-qualificação, a garantia da proposta deve integrar a documentação relativa à pré-qualificação⁹.

⁹ Maurício Portugal chama atenção para cautela de se evitar a separação entre os documentos para pré-qualificação e os documentos relativos à proposta. De acordo com o autor, “ao separar o momento de entrega desses dois conjuntos de documentos, a Administração permite que os participantes da licitação conheçam o exato universo daqueles que apresentarão a proposta, antes que essas propostas sejam definidas. Ora, especialmente se esse universo for reduzido,

A dúvida surge quando se elege o procedimento com *inversão de fases*, em que o julgamento da proposta precede ao exame da habilitação, conforme autorizado pelo art. 13 da Lei nº 11.079/04. Nessas hipóteses, embora não haja expressa previsão legal, a solução razoável é que haja previsão no edital de entrega de envelope apartado com a garantia da proposta, a ser examinado antes da abertura dos envelopes correspondentes à proposta.

Dessa forma, preserva-se a razão de ser da garantia da proposta, na medida em que não faria nenhum sentido sua análise após o exame das propostas, o que vulneraria a posição da Administração.

Por prestar-se a assegurar a seriedade da participação do licitante em dado certame, a garantia da proposta poderá ser executada sempre que houver descumprimento de condições previstas no edital, constatação de ilicitudes ou fraudes durante o processo licitatório ou descumprimento de exigências feitas pela Comissão de Licitação.

Todavia, a importância dessa garantia revela-se ainda mais latente nas licitações de PPP, quando o licitante vencedor recusa-se a assinar o contrato. Nessa hipótese, os demais participantes poderão escolher entre assinar ou não o contrato nas mesmas condições do primeiro colocado, o que poderá colocar a perder todo o empenho do Poder Público na estruturação do projeto.

Sobre o tema, vale a ponderação de Maurício Portugal a seguir reproduzida:

“Cremos ser crucial, independentemente da assinatura ou não do contrato por outros participantes, a execução integral, nesses casos, independentemente de apuração de eventuais danos materiais ao Poder Público, da garantia de proposta do participante que ganhou a licitação, mas se negou indevidamente a assinar o contrato. O risco que ele coloca o Poder Público e todo o processo de licitação e implantação do projeto e o interesse público de gerar o incentivo para que todas as propostas em licitações sejam sérias e exequíveis justifica a execução do valor integral

cria-se nesse momento espaço para a ocorrência de conluios.” RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP's: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

da garantia de proposta do vencedor da licitação que se negue a assinar o contrato.”

O autor defende, ainda, a execução da garantia da proposta, nos procedimentos em que haja inversão de fases entre proposta e habilitação, por inabilitação do proponente “desde que essa possibilidade seja expressamente prevista no edital”.¹⁰ O receio é de que o participante da licitação, conhecedor de sua inabilitação, pratique atos atentatórios à seriedade do procedimento licitatório.

Não obstante a legitimidade da preocupação, especialmente em licitações de PPP, cujo planejamento demanda alto investimento de tempo e dinheiro, a execução da garantia da proposta nessa situação pode significar uma sanção desarrazoada e em desconexão com a hipótese normativa que a fundamenta, alcançando atos não sancionáveis.

Isso porque o não atendimento estrito das condições de habilitação de um licitante pode se dar por inúmeras razões que variam conforme o objeto do certame e não necessariamente implica ausência de seriedade da proposta ou da participação da empresa. Assim, a execução da garantia da proposta por inabilitação só seria cabida em casos extremos, quando demonstrada a má-fé do licitante, que, manifestamente inabilitado, pratique atos que atentem contra a licitação.

3. Garantia da execução

3.1. Objetivos

Antes de adentrar nos aspectos específicos das garantias prestadas para a execução dos contratos de parcerias público-privadas, é importante entender a finalidade das exigências, ou seja, o objetivo da inclusão dessa obrigação ao parceiro privado.

De um lado, a exigência de garantias para a execução dos contratos reduz o risco de crédito implicado no recebimento pela Administração Pública de multas por descumprimento da avença.

¹⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPP's: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo, Atlas. 2011, p. 27.

De outro, assegura diretamente o recebimento dos valores relativos às multas e demais penalidades financeiras que vierem a ser aplicadas por descumprimento do contrato, afirmação que permite antever, desde logo, uma relação de proporcionalidade entre os valores envolvidos no contrato e o montante de garantias exigidas.

Em consequência, constitui incentivo para cumprimento adequado do contrato, em razão dos efeitos financeiros indesejáveis decorrentes do inadimplemento.

Há, como preceituou ADILSON ABREU DALLARI¹¹ em parecer proferido para caso concreto, diferentes ordens e finalidades de garantias, lição aplicável aos contratos de parcerias público-privada:

“Em primeiro lugar, dado que a empresa ou consórcio vencedor da concorrência deverá constituir uma empresa especificamente destinada a operar o complexo de obras e serviços concedidos (uma SPC – *special purpose company* – que seria a verdadeira concessionária), cuidou-se de assegurar a saúde financeira dessa futura empresa, motivo pelo qual o edital exige uma garantia de integralização do capital subscrito. (...)

Em segundo lugar, como o concessionário deve efetuar o pagamento de determinadas quantias ao concedente, consta do item 11.3 do edital a previsão de garantia desses valores. Esta garantia destina-se a cobrir eventuais inadimplências no tocante a tais pagamentos. Trata-se de **garantia relacionada à parte econômica do contrato**.

Em terceiro lugar, o item 13.1 cuida de coisa diversa, qual seja, a “garantia específica do exato e pontual cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO, relacionados com o desenvolvimento das atividades abrangidas pela EXPLORAÇÃO DA CONCESSÃO”. Trata-se de **garantia diretamente relacionada com a parte dita regulamentar do contrato**, referida ao complexo de obras e serviços delegados. O item 13.3. fixa esta garantia em 10% (dez por cento) do valor do contrato.”

Em quarto lugar, dada a possibilidade da contratação pela Concessionária (a futura empresa) de serviços de terceiros para exe-

¹¹ *Concessão de serviço público. Garantias exigíveis dos proponentes. Legislação aplicável. In: RTDP, 16/1996, P.85.*

cutar algumas funções, o item 13.8. estipula que estes terceiros deverão oferecer garantias à concessionária. Não se trata, pois, de ônus da Concessionária, mas, sim, de terceiros.

(...)

Em síntese, as únicas garantias que representam ônus para a Concessionária são duas: aquela referente ao pagamento das importâncias devidas ao concedente e, a outra, de garantia da execução do contrato.” (grifamos)

Não obstante o autor do parecer examinado tenha abordado o tema da possibilidade de cumulação das garantias econômicas do contrato com as garantias relacionadas com a parte regulamentar do contrato, releva para o exame em questão, o estabelecimento de duas ordens de garantias a serem prestadas pelo privado.

Nos contratos de parcerias público-privadas, pode-se falar em dois conjuntos de garantias exigidas para a execução do contrato, classificados de acordo com a natureza da parcela do objeto a que se relacionam.

Assim, fala-se nas garantias de desempenho contratual (fase operacional), que conforma um conjunto chamado de *performance bond*, exigido a partir do início da operação e ao longo do cumprimento do contrato.

Além desse, tem-se também como indispensável o conjunto de garantias nomeado de *completion guarantee*, que se destinam a garantir o término das obras e fabricação ou compra e instalação de equipamentos. Somente faz sentido essa exigência, na linha de preservar a isonomia entre os possíveis interessados, nos projetos que demandam investimento inicial para obras, fabricação e montagem de equipamentos.

Não é incomum, como dito, em razão da diversidade de naturezas das obrigações que visam a garantir, que seja exigida uma combinação desses universos de garantias. É dizer, há casos de obras que ocorrem ao longo da execução do contrato, fazendo sentido que as garantias referentes a elas sejam estendidas para esse período também.

No que concerne às modalidades de garantia propriamente ditas, importante fazer remissão ao item 4 desse trabalho, que abordou a natureza e objeto das modalidades de garantia exigíveis dos privados, comuns aos temas da proposta e da execução do contrato.

3.2. Limites de valor

Tendo sido ventilada a importância de guardar proporcionalidade entre as garantias exigidas para a execução do contrato e objeto que se pretende tutelar, passa-se a tratar dos limites de valor passíveis de serem impostos ao privado para aquela finalidade.

A limitação desses valores visa, precipuamente, a evitar restrição à licitação, permitindo, ao mesmo tempo, assegurar ao poder público contratante o adequado cumprimento do contrato.

É dizer:

“Limite razoável de garantia será aquele ditado pela proporção entre os riscos, o vulto e a duração do contrato e as garantias efetivamente exigidas. Razoabilidade e proporcionalidade são conceitos que se implicam reciprocamente...”¹²

E ainda, de acordo com LEONARDO COELHO RIBEIRO e LUIZ EDUARDO LESSA SILVA, “a fixação do percentual da garantia à execução deverá considerar os aspectos peculiares do caso concreto, em geral ligados à complexidade técnica do projeto, ao porte econômico do empreendimento e aos riscos inerentes à sua execução.”¹³

Nota-se, assim, que nos contratos de parceria público-privada os aspectos dos riscos envolvidos na execução do contrato devem ser analisados detidamente, com exame e projeções de ordem técnica, pois essa medida interfere, diretamente, na oneração dos custos do privado, dito que é fator que integra a equação que estabelece as garantias a serem prestadas para a execução das obras e serviços envolvidos.

Além disso, pode ensejar ofensa ao princípio da isonomia, configurando em critério de exclusão indireta de potenciais interessados, o que é melhor abordado por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO¹⁴:

12 DALLARI, Adilson Abreu Dallari. *Concessão de serviço público. Garantias exigíveis dos proponentes. Legislação aplicável*. In: RTDP, 16/1996, p. 91.

13 *Alteração da garantia à execução do contrato de concessão ferroviária*. In: RDPE, Belo Horizonte, Fórum, out/dez 2011, p. 141

14 Comentários à lei de PPP. *Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 143.

“As regras sobre exigência de garantias de execução de contratos administrativos no Brasil têm marcada preocupação em evitar a criação de barreiras de entrada nas licitações. Por exemplo, um contrato que requeira, desnecessariamente, garantias as quais, dado seu valor, só poderiam ser oferecidas por empresas de grande porte. Para evitar a concorrência desse tipo de situação, a Lei nº 8.666/93, no seu artigo 56, restringe o valor das garantias de execução do contrato.

Dentre a legislação vigente para os contratos administrativos em geral, pode-se falar em 3 (três) limites aplicáveis: (i) a regra geral prevista para os contratos regidos pela Lei nº 8.666/93; (ii) as disposições constantes da Lei nº 8.987/95; e (iii) as regras aplicáveis aos contratos de parceria público-privadas, com base na Lei nº 11.079/2004.

De acordo com a regra geral do art. 56, §2º, Lei nº 8.666/93, a exigência de garantias para a execução do contrato fica a critério da autoridade competente¹⁵, limitada, contudo, a 5% (cinco por cento) daquele valor, exceto nos contratos de grande vulto, para os quais o limite é ampliado para 10% (dez por cento), conforme disposto no §3º, do mesmo dispositivo legal:

“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.

§ 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 § 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)

15 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual . Licitações. Contratos administrativos*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2004, p. 349.

§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.”

Aos contratos regidos pela Lei nº 8.987/95, aplica-se o disposto no art. 18, que ora se reproduz:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, *no que couber*, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Nota-se, assim, a possibilidade da garantia exigida para as obras atreladas ao contrato exceder o limite de 10% (dez por cento) estabelecido para os contratos de grande vulto, acima referidos, razão pela qual é imperioso verificar, no caso concreto, qual o valor razoável a se exigir a título de garantia para a execução do avençado.

Na Lei nº 11.079/2004, é o art. 5º que conduz a análise do tema, sendo necessário tratar das modalidades de parceria público-privada em separado.

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os *limites dos §§ 3o e 5o do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;* (grifos nossos)

Assim, na concessão patrocinada há expressa remissão à Lei nº 8.987/95 (art. 3º, §1º e 5º, VIII, Lei 11079/2004), aplicando-se, nessa linha, os limites previstos no art. 18, inciso XV, tratados no item anterior.

Para a concessão administrativa, portanto, aplica-se a norma geral dos §§ 3º e 5º, do art. 56, da Lei nº 8.666/93, também já referido.

O que se discute, para essa modalidade de parceria público-privada, é a aplicabilidade, ou não, do § 2º, do art. 56, da Lei nº 8.666/93, não obstante o inciso VIII, do art. 5º, da Lei nº 11.079/2004, se reporte apenas ao § 3º daquele dispositivo, bem como a possibilidade de estender às concessões administrativas o disposto na Lei nº 8.987/95, quanto ao limite das garantias para a execução do contrato.

No art. 3º, *caput*, da Lei nº 11.079/2004, foi feita expressa indicação dos dispositivos da Lei nº 8.987/95 que se aplicam às concessões administrativas, enquanto que no §1º houve remissão geral à aplicabilidade da chamada Lei de Concessões comuns para as concessões patrocinadas.¹⁶

Embora MAURICIO PORTUGAL e LUCAS NAVARRO PRADO entendam que as disposições da Lei nº 8.987/95 também seriam aplicáveis, na medida em que as remissões diretas não excluiriam as subsidiárias¹⁷, parece recomendável fiar-se ao entendimento de que se a Lei de PPP se remeteu expressamente ao § 3º, estabelecendo garantia no valor de até 10% do valor do contrato (o que, nesse caso, se transmuta para valor do *investimento*), portanto, esse deve ser o limite aplicável às contratações na modalidade de concessão administrativa.

Outro ponto relevante para a questão, que impacta indiretamente no valor das garantias exigidas, pertine à definição do conceito de *obra* para fins, por exemplo, de definição da base de cálculo passível de ser extraída do art. 18 da Lei nº 8.987/95, supracitado.

A dúvida pertine a adotar conceito abrangente ou restritivo do que seria obra, a fim de limitar o valor máximo passível de ser exigido como garantia de execução. Parece também boa prática, baseado em situações

16 “Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.”

17 *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 143

concretas, que o conceito abrangente de obra se prestaria a atender a finalidade da norma, ou seja, considerar todos os investimentos realizados para tanto, incluindo não só compra, mas também o valor de instalação de equipamentos, quando exigir serviços de engenharia.

Assim, para as concessões patrocinadas pode-se impor, para o valor pertinente à obra que precede o serviço, garantia específica, excedendo o percentual de 10% (dez por cento), enquanto que para as concessões administrativas, a exigência de garantia fica adstrita àquele limite.

A casuística, no entanto, parece se amoldar bem aos limites tratados. Para a contratação da concessão patrocinada para implantação e operação da Linha 6 do Metrô de São Paulo, o Estado estabeleceu, como garantia, o valor correspondente a 5% do valor do investimento do empreendimento.

3.3. Prazo de validade e variação de valor ao longo do tempo

O prazo de validade das garantias exigidas deve constar expressamente do contrato firmado, assim como também deve estar cotejada a necessidade de renovação ao longo da concessão.

Normalmente, a contratação das garantias é feita com prazo de validade de 01 (um) ano, com renovação 30 dias antes do vencimento, o que permite, de certa forma, controlar o excessivo encarecimento do custo da garantia, que, ao fim e ao cabo, acaba repassado ao Poder Público contratante, no mais das vezes, embutido no valor oferecido para a contraprestação.

O valor das garantias pode variar durante a vigência da concessão, podendo-se cogitar até mesmo da supressão dessa exigência, desde que, intuitivamente falando, haja apresentação de motivação técnica, no mais das vezes, necessária para demonstrar que aquela conduta beneficia a prestação adequada do serviço público, objeto do contrato, concretizando, de forma efetiva, o interesse público.¹⁸

18 RIBEIRO, Leonardo Coelho Ribeiro. SILVA, Luiz Eduardo Lessa. *Alteração da garantia à execução do contrato de concessão ferroviária*. In: RDPE, Belo Horizonte, Fórum. out/dez 2011, p. 145.

Esse aspecto demonstra a “necessidade de parecer técnico justificativo do montante das garantias e da sua aprovação pela autoridade competente. Esse parecer tem, entre outros, o objetivo de justificar o montante da garantia requerida, de maneira a evitar que a exigência de garantias desnecessárias crie barreiras à competição.”¹⁹

Num contrato de parceria público-privada, parece mais crível que o interesse público conviva harmonicamente com uma sistemática de redução proporcional das garantias exigidas, estabelecida de acordo com os investimentos e graus de riscos do privado.

A propósito do fluxo de investimentos do parceiro privado em contratos envolvendo grandes obras, tem-se que no início da obra (fase em que o fluxo de caixa, em geral, é negativo e o comprometimento com investimentos é consistente) é recomendável que o valor da garantia seja alto. Já durante a fase operacional, pode-se planejar uma redução das garantias exigidas.

Na fase final da concessão, por sua vez, pode ser necessário que as garantias voltem a ser maiores, para assegurar a reversão dos bens em condições adequadas (havendo bens reversíveis).

Por fim, após a extinção do contrato, pode-se cogitar que a garantia se estenda por determinado período para assegurar possíveis faltas²⁰, desaconselhando-se a utilização de modalidades que tenham sua validade atrelada à vigência do contrato principal, tais como fiança bancária ou seguro garantia.

Ciente, portanto, que a exigência de garantias deve guardar relação de pertinência com a curva de investimentos, tem-se a importante tarefa de modular os custos do privado, cuja oneração excessiva eleva o custo do contrato e, como efeito nocivo, encarece a contratação para o Poder Público.

19 RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 145.

20 P. ex., no caso da licitação para contratação da concessão administrativa para gestão, operação e manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura existente, da indústria farmacêutica de Américo Brasiliense – Ifab, de titularidade da fundação para o remédio popular “Chopin Tavares de Lima” – Furp, há previsão de manutenção das garantias por 120 dias após o prazo da concessão.

Também por isso, não obstante possa parecer, numa primeira análise, que a orientação privilegia a esfera de interesses do privado, deve-se considerar sempre a possibilidade de liberação gradual das garantias, de acordo com a execução do contrato, estabelecendo-se marcos. Essa providência poderá gerar efeito mais benéfico ao Poder Público do que ao parceiro privado, na medida em que reduzirá os custos do mesmo, viabilizando o repasse dessa vantagem à contraprestação.

Como exemplo dessa boa prática, o recente edital, publicado para contratação de concessão patrocinada para a Linha 6 do Metrô, prevê que a garantia será gradualmente liberada na proporção de 1/19 (um dezenove avos) por ano durante a execução da FASE II, limitada sua restituição até o montante de 50% (cinquenta por cento) do valor inicialmente indicado. O valor remanescente ficará retido até a assinatura do Termo Definitivo de Devolução do Serviço.

Em razão das consequências adversas que podem decorrer do manejo desproporcional ou excessivamente rigoroso do tema das garantias, é medida recomendável que as exigências postas nos casos concretos sejam precedidas de pareceres técnicos correspondentes, a fim de motivar o montante dessa ordem imposto ao privado e garantir o princípio da isonomia, exteriorizado na legítima competição instaurada com a licitação.

A questão da variação das garantias ao longo do tempo, também se mostra relevante em face dos financiamentos tomados pelo privado. É dizer, com a superação de etapas (em especial as etapas de complexidade de construção) há redução do risco de crédito, o que deveria reduzir o valor desse custo, propiciando condições de financiamento (ou refinanciamento) mais vantajosas, o que ainda não se mostra factível nos contratos de parceria público-privadas celebrados no Brasil.

No caso brasileiro, e isso consta ser uma peculiaridade, “o BNDES não realiza operações de refinanciamento dos projetos para refletir a queda do seu risco decorrente do sucesso da sua implantação.”²¹

A propósito do tema, SAULO KRICHANÃ RODRIGUES tece as seguintes observações:

21 RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 152.

“O segundo pecado mortal, diz respeito ao conceito operacional de PROJECT FINANCE não adotado pelos bancos financiadores das concessões: o BNDES (assim com a CEF e o BB) durante o período de formação dos ativos (CAPEX) exige dos sócios da SPE Concessionária da PPP as Garantias Corporativas (CORPORATE FINANCE) até que os ativos formados sejam afinal fruíveis para que os Parceiros Privados possam prestar os serviços (OPEX) previstos e passem a receber do Parceiro Público as contraprestações a que fazem jus.

E que deveriam substituir as garantias do parceiro privado (PROJECT FINANCE).

Essa retenção das garantias onera as contraprestações pagas pelos entes federados de duas formas: diretamente, o custo dos empréstimos-ponte tomados antes da aprovação do crédito oficial – cujo prazo de análise e aprovação é, aliás, demasiadamente longo – e indiretamente, o custo de retenção das garantias após a fruição é precificado nos cálculos da contraprestação estimada pelos parceiros privados nas PPP.

Ou seja, embora exista o Fundo Garantidor para ancorar as contraprestações públicas, a retenção das garantias privadas (que diminui a capacidade de alavancagem em outras PPP e concessões) e o custo dos empréstimos ponte acaba sendo bancada (*sic*) pelo parceiro público, o que onera as operações concessionadas.”²²

A não redução proporcional das garantias exigidas, somada à possibilidade de retenção dessas garantias e de pagamentos, pode onerar excessivamente o parceiro privado com reflexos no valor da contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente.

4. Modalidades de garantia nos contratos de parceria público-privada (PPP)

As modalidades de garantia aplicáveis aos contratos de PPP são as mesmas previstas para outros contratos administrativos, encontrando-

22 Os sete pecados capitais que oneram as PPP nos Estados e Municípios. *In sítio: www.pppbrasil.com.br. Consulta em 15/10/2013*

-se listadas no §1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam: *caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária*.

A redação, atribuída ao art. 56 da Lei nº 8.666/1993, confere discricionariedade à Administração para, em cada caso, estabelecer a exigência de garantias no instrumento convocatório, observadas as modalidades previstas em seu §1º. Nos contratos de PPP, contudo, os elevados montantes envolvidos e o longo prazo de vigência, de certo modo, acabam funcionando como limitador à margem de escolha das autoridades públicas, exigindo cuidado especial em relação à previsão de garantias.

A Administração deverá cercar-se de cautela, buscando aconselhamento técnico especializado, a fim de que as garantias previstas efetivamente possam assegurar que o parceiro privado cumpra regularmente suas obrigações contratuais. No entanto, há que se buscar um equilíbrio, a fim de que a exigência de garantias não atue em prejuízo da competitividade do certame. Outro possível efeito negativo, que deve ser sopesado para o adequado dimensionamento das garantias, é que, evidentemente, estas representarão um custo para o contratante, que será considerado e repassado na formulação de sua proposta.

Relevante observar que, embora o *caput* do art. 56 da Lei nº 8.666/93 atribua discricionariedade à Administração para decidir sobre a exigência de garantia, o §1º do citado dispositivo, ao tratar das modalidades de garantia, atribuiu a possibilidade de escolha ao contratado²³. De se perquirir, portanto, como deve ser interpretada a discricionariedade administrativa na definição da garantia da proposta e da garantia da execução nas parcerias público-privadas, conciliando a possibilidade de escolha do contratado e as características dos contratos de PPPs.

Ao analisar o conteúdo do §1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993, embora não sob o enfoque de contratos de PPP, mas sim de contratos

²³ Vale destacar a redação atribuída ao §1º do artigo 56 da Lei nº 8.666/1993, *verbis*:

Art. 56 (...)

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

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;

II – seguro garantia;

III – fiança bancária. (grifos nossos)

administrativos em geral, JOEL DE MENEZES NIEBUHR frisa que “à Administração não é dado optar por uma das modalidades de garantia e impô-la ao contratado. Quem decide sobre a modalidade de garantia é o contratado, que é livre para escolher aquela que melhor lhe aprouver”²⁴.

Em sentido análogo, com objetivo de evitar restrição à competitividade, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) tem vedado a restrição das exigências de prestação de garantias, tendo em vista a faculdade oferecida aos licitantes de optar pelas modalidades capituladas no art. 56, §1º, da Lei nº 8.666/1993²⁵.

Em relação aos contratos de PPP, contudo, a interpretação do dispositivo deve compatibilizar a possibilidade de escolha do licitante e o interesse público na ampliação da competitividade na licitação, com o não menos relevante interesse público em assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas pelo parceiro privado; o que somente poderá ocorrer, se a Administração tiver condições técnicas de valorar adequadamente as garantias oferecidas. Nesse sentido, há que se compreender que a discricionariedade da Administração em relação à exigência de garantias abarca a viabilidade de fixar critérios, no edital, para aceitabilidade das modalidades arroladas no art. 56, §1º da Lei nº 8.666/1993, como, por exemplo, perfil de crédito dos bancos e seguradoras emissores de garantia, na hipótese, respectivamente, de fiança bancária e seguro-garantia.

Em reforço ao que ora se afirma, cabe observar que a própria Lei nº 11.079/2004 alterou a redação do art. 56, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, para acrescentar, em relação aos títulos da dívida pública, a exigência de que tenham 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. A mudança redacional objetivou coibir o oferecimento em garantia dos chamados “títulos podres”, que não possuem valor de mercado definido; ressaltando a preocupação com a solidez das garantias nas parcerias público-privadas.

Em seus comentários à Lei de PPP, MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO observam que o direito de escolha da

²⁴ *Licitação pública e contrato administrativo*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 680.

²⁵ AC-0088-02/08-2, sessão de 12/2/08.

modalidade de garantia pelo parceiro privado somente pode ser exercido dentro de condições estabelecidas no edital de licitação “porque é condição do seu exercício a existência tanto das regras para utilização de cada uma das formas de prestação da garantia quanto de estrutura técnica que assista à Administração Pública na análise da regularidade de tais garantias”²⁶.

Os autores ponderam, ainda, acerca do conteúdo do art. 56 da Lei nº 8.666/1993 e da fixação de condições para oferta de garantia pelos licitantes, que

“Enquanto o *caput* do art. 56 da Lei 8.666/1993 deixa claro que é uma faculdade da autoridade contratante exigir a garantia de proposta, seu §1º dá a entender que seria direito do participante da licitação a escolha da forma de prestação de garantia. Contudo, é prática há muito aceita a de o edital, a título de disciplinar o procedimento para a prestação das garantias, definir quais as formas aceitáveis de garantia no caso concreto, à vista da capacidade e da conveniência de a Administração receber e analisar as garantias. Por exemplo, não é incomum que os editais excluam a prestação de caução em dinheiro ou em títulos públicos pelas dificuldades da Administração de, respectivamente, receber o depósito (o que teria que ser feito antes da entrega dos documentos e mediante abertura de conta bancária para tanto) ou avaliar a autenticidade, validade e liquidez dos títulos públicos oferecidos. Perceba-se que o art. 26 da Lei de PPP alterou o §1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993, exigindo que os títulos públicos a serem recebidos como garantia de contrato ou de proposta sejam títulos escriturais, registrados em sistema de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil. Exige ainda que tais títulos sejam avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda. Mesmo quando se trata da recepção de fiança bancária ou de seguro-garantia, isso não se faz sem alguma preparação. A melhor prática para assegurar a isonomia de condições entre os seguros e fianças obtidos pelos li-

26 RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 282.

citantes é que os editais tragam, entre seus anexos, os modelos de apólice de seguro-garantia e de contrato de fiança bancária, que uniformizam, assim, as condições da garantia.”²⁷ (grifos nossos)

Concluem, por fim, que o razoável “é encontrar o menor valor que desestime o descumprimento das obrigações que decorrem da participação na licitação, sem que a emissão das garantias se configure em barreira de entrada no procedimento licitatório”²⁸.

Em síntese, portanto, reconhece-se a existência de discricionariedade administrativa no estabelecimento, em edital, das condições relativas à garantia da proposta e à garantia da execução, havendo que se buscar um equilíbrio para assegurar o cumprimento das obrigações do parceiro privado, evitando-se restrição excessiva que desestime a participação no certame. A possibilidade de escolha do licitante quanto às modalidades de garantia não impede que sejam fixadas regras no edital, à luz das circunstâncias específicas e da maior adequação ao caso concreto.

4.1. Caução em dinheiro e títulos públicos (art. 56, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993)

A maior dificuldade, habitualmente apontada em relação aos títulos públicos, relaciona-se à sua avaliação pela Administração. Diante disso é que, conforme já afirmado no item precedente, a Lei de PPP incumbiu-se de alterar a redação do art. 56, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 para condicionar a aceitabilidade dos títulos públicos à sua emissão sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e à avaliação pelos seus valores econômicos, ou seja, pelo valor de mercado, conforme definido pelo Ministério da Fazenda.

A alteração legislativa objetiva evitar que sejam apresentados em garantia títulos com baixo valor de mercado, adotando-se critérios questionáveis para atualização monetária de seu valor de face.

27 RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 281-282.

28 RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 283.

Ainda assim, Maurício Portugal Ribeiro reconhece possíveis dificuldades técnicas na avaliação de títulos públicos, admitindo, por essa razão, a legalidade da Administração excluir sua aceitação como garantia²⁹. Alternativamente, caso se opte por aceitá-los, o autor considera viável que os editais de licitação e minutas de contrato enumerem as séries exatas que poderão ser apresentadas para garantia da proposta ou da execução do contrato³⁰.

Uma possível dificuldade relativa à garantia mediante caução em dinheiro refere-se ao recebimento do depósito pela Administração, o que, conforme adverte Ribeiro, teria que ocorrer antes da entrega dos documentos dos licitantes e mediante a abertura de conta bancária³¹.

Essa espécie de circunstância motivou representação ao TCU, formulada pela Secretaria de Fiscalização de Obras, a respeito de possível irregularidade no edital-padrão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, que possui cláusula contendo a exigência do recolhimento da garantia prevista no inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/1993, antes da data da abertura das propostas. O Tribunal considerou não haver ilegalidade na previsão do aludido recolhimento antecipado e a respectiva comprovação inserida no envelope de habilitação, tendo em vista que, para que os licitantes sejam capazes de comprovar o recolhimento da garantia, faz-se necessário que, antecipadamente, recolham seus valores junto a uma agência bancária ou entidade financeira, conforme a modalidade de garantia. Em consequência, não seria possível que o recolhimento ocorresse simultaneamente à comprovação, que ocorre no momento da análise dos documentos inseridos no envelope de habilitação.

O TCU recomendou ao Dnit, porém, que procurasse “aperfeiçoar a sistemática para o recolhimento da garantia prevista no art. 31, III, da Lei nº 8.666/1993, verificando a possibilidade de se adotar o recebimento da garantia em conta-corrente indicada pelo órgão (quando a interes-

29 RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPP's: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo, Atlas. 2011, p. 133.

30 RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 439.

31 RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP. Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 282.

sada optar por recolher em espécie), além de permitir o recebimento dos próprios comprovantes de seguro-fiança ou fiança bancária no envelope de habilitação, sem necessidade de emissão de guia por setor específico da entidade”.³²

4.2. Seguro-garantia (art. 56, §1º, II, da Lei nº 8.666/1993)

O seguro-garantia é uma das modalidades mais frequentemente utilizadas, ao lado da fiança bancária. Com relação a essas duas modalidades, um aspecto relevante a ser observado é o perfil de crédito, ou *rating*, das instituições que emitem as garantias; respectivamente, seguradoras ou bancos.

Considerando os elevados valores envolvidos em contratos de PPP, pode haver risco de que a Administração venha a enfrentar dificuldades, caso necessite executar tais garantias, ainda que tanto bancos quanto seguradoras estejam sujeitos a regulação e fiscalização. Nesse sentido, Maurício Portugal Ribeiro sugere que o edital de licitação fixe *rating* de crédito mínimo da instituição que conceda a garantia³³.

O autor faz referência à jurisprudência do TCU que proibiu a previsão em edital da exigência de que os participantes de licitações de PPP e concessões apresentassem carta de banco de “primeira linha” para assegurar a viabilidade da proposta, entendendo, o Tribunal, que a expressão seria subjetiva.

Não obstante a aludida jurisprudência, consideramos que a recomendação formulada por Ribeiro é pertinente e poderá ser prevista adotando-se as devidas cautelas para adoção de termos com caráter técnico, evitando-se expressões subjetivas.

Em relação ao seguro-garantia, é relevante observar ainda, que os vultosos valores objeto *dos contratos de PPP recomendam, em geral, que se estabeleça a exigência de resseguro*. Trata-se, contudo, de ponto a ser avaliado com critério, sopesando o incremento de custos para o parceiro privado.

32 AC-0557-09/10-P, processo nº 013.864/2009-2, Relator Min. Raimundo Carreiro.

33 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP's: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo, Atlas. 2011, p. 128-129.

Nesse sentido, por exemplo, o recente edital da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo previu, em relação ao seguro-garantia, a exigência de emissão por seguradora autorizada a funcionar no Brasil, devendo as apólices de seguro estar acompanhadas da comprovação da contratação de resseguro.

4.3. Fiança bancária (art. 56, §1º, III, da Lei nº 8.666/1993)

Para evitar repetições desnecessárias, reportamo-nos, neste ponto, às observações relativas a *rating*, reiterando a conveniência de que o edital consigne exigências relativas ao perfil de crédito das instituições financeiras que concederão a fiança, nos moldes formulados no item precedente.

Recentemente, no Estado de São Paulo, os editais da PPP-FURP e da PPP da Linha 6 do Metrô exigiram, na hipótese de opção do licitante pela modalidade fiança bancária, que esta fosse emitida por instituição bancária classificada entre os bancos relacionados no último Relatório dos 50 maiores Bancos – Critério de Ativo Total menos Intermediação, emitido trimestralmente pelo Bacen.

5. Conclusão

Se em contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 e, também naqueles disciplinados pela Lei nº 8.987/95, o tema das garantias e dos limites de exigências importa para a correta avaliação de efetivos custos do privado, nas concessões administrativas e concessões patrocinadas, regidas pela Lei nº 11.079/2004, esse aspecto desborda para a própria análise de viabilidade financeira do projeto, tendo em vista que, em razão do vulto do contrato, pode haver oneração excessiva para o privado, inibindo ou restringindo sua participação.

Para muitos autores, a contratação por meio de parceria público-privada deve se dar diante de aspectos específicos, quando afastados os instrumentos já postos pelo ordenamento jurídico em vigor, tais quais as contratações da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 8.987/95.

De acordo com precisa lição de GUSTAVO BINENBOJM³⁴, ao tratar das concessões administrativas,

³⁴ As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *In* RDA jul/dez 2005, p. 163.

“além da nota da complexidade (combinação de obras, fornecimento de bens ou equipamentos e prestação de serviços), é mister que se exija necessariamente o investimento inicial do parceiro privado na criação, ampliação ou recuperação de alguma infraestrutura (obras e/ou equipamentos), no montante mínimo estabelecido em lei, como justificativa jurídica a constar da fase interna de licitação para a contratação de PPP, na modalidade de concessão administrativa de serviços ao Estado. Aqui, como nas concessões patrocinadas, o uso da PPP deve ser excepcional e especificamente motivado, como o tipo de contratação que melhor atende o interesse público, consideradas as circunstâncias do caso concreto (Lei nº 11.079/2004, art. 10, I, “a”).

O desacerto da medida de exigência, pode ensejar consequências indiretas nocivas ao modelo desenhado para viabilizar que o Poder Público contrate determinado objeto, mediante contraprestação no menor valor possível.

Tão motivada quanto a decisão que fundamenta a escolha do instituto parceria público-privada para a realização de uma política pública, deve ser a que estabelece a espécie, valor, limites e variação no tempo das garantias exigidas para a proposta e para a execução dos contratos respectivos, a fim de não só guardar proporcionalidade entre riscos, investimentos e exigências feitas ao privado, mas também propiciar legítima competição em bases sólidas de viabilidade econômico-financeira.

6. Bibliografia

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição*. In: RDA jul/dez 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. *Concessão de serviço público. Garantias exigíveis dos proponentes. Legislação aplicável*. In: RTDP, 16/1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo, Editora Dialética, 2012, 15. ed.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. SILVA, Luiz Eduardo Lessa. *Alteração da garantia à execução do contrato de concessão ferroviária*. In: RDPE, Belo Horizonte, Fórum. out/dez 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPP's: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo, Atlas. 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada*, São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual. Licitações. Contratos administrativos*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. São Paulo, Malheiros, 2007.