



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 474198/16  
ASSUNTO: CONSULTA  
ENTIDADE: RÁDIO E TELEVISÃO EDUCATIVA DO PARANÁ  
INTERESSADO: SERGIO AKIO KOBAYASHI  
RELATOR: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

### ACÓRDÃO Nº 5947/16 - Tribunal Pleno

**Consulta.** Interpretação do artigo 56, § 1º, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93. Garantias contratuais. *Numerus clausus*. Primazia ao princípio da legalidade. Inadmissibilidade de outra modalidade de fiança que não a bancária.

1 - Trata-se de consulta formulada pela **Rádio e Televisão Educativa do Paraná – RTVE** –, representada pelo senhor **SÉRGIO KOBAYASHI**, Diretor-Presidente da entidade.

Em síntese, em relação às garantias instituídas pela Lei de Licitações, o consulente questiona quanto à possibilidade de **adoção de cartas de fiança de companhias não bancárias, em face do que dispõe o artigo 56, § 1º, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93**.

Alega que o instituto é autorizado pelo artigo 818 do Código Civil e sua adoção se demonstra consentânea com as atuais práticas de mercado, o que corresponde à necessidade de atualização da Lei de Licitações.

Defende que a utilização de *merchant bank* é prática utilizada em países desenvolvidos que se valem de companhias fiduciárias sólidas, com lastro em seu patrimônio societário líquido, a fim de promover o desenvolvimento local. Com isso, alega que as mencionadas companhias dispõem de patrimônio líquido e certo para atender eventuais inadimplementos contratuais por parte da empresa que está sendo garantida.

Afirma que o entendimento estrito quanto à aplicação do art. 56, § 1º, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93 restringe a carta de fiança a instituições bancárias, o que, em períodos de crise econômico-financeira, gera dificuldades ao desenvolvimento de empreendimentos, uma vez que os requisitos estabelecidos



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

para o fornecimento de fiança bancária são muito onerosos, se comparados com os exigidos pelas companhias fiduciárias.

Alega que há outras entidades da Administração Pública que atualmente se valem de cartas de fiança não bancárias sem impedimentos legais.

À Peça 10, a Consulente apresentou parecer jurídico com vistas a dar cumprimento ao artigo 38 da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005.

Atendidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 38 e 39 da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005, foi a consulta recebida por este Relator, conforme Despacho n.º 1469/16 (peça 13).

A **Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca**, à peça 15, informou que não há em seus registros decisões deste Tribunal sobre a matéria.

A **Coordenadoria de Fiscalização Estadual**, à peça 20, opina pelo **conhecimento** da consulta e, no mérito, diante do princípio da legalidade estrita e do interesse público, defende a **impossibilidade** de adoção de cartas fiduciárias expedidas por empresas não bancárias. Nesse sentido, cita jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e texto doutrinário.

O **Ministério Público de Contas**, à peça 21, corrobora a manifestação técnica. Dá prevalência ao princípio da legalidade e ressalta que o artigo 56 da Lei de Licitações enumera as possíveis garantias contratuais de modo exaustivo. Reforça seu opinativo mediante citação do Acórdão n.º 801/2004 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Esse é o relatório.

**2 – Entendo que assiste razão à Coordenadoria de Fiscalização Estadual e ao Ministério Público de Contas.**

Conforme apontado pelo próprio consulente, a matéria encontra-se disciplinada pelo art. 56, § 1º, III, da Lei Federal n.º 8.666/93:

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.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

§ 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 (grifamos).

Ainda que a dinâmica da administração pública possa permitir, em determinados casos, a flexibilização do princípio da legalidade, superando-se a compreensão clássica da restrita e incondicional obediência à lei como única forma de administrar o setor público, o que pode remeter o gestor à completa inação frente às dificuldades que os tempos atuais apresentam<sup>1</sup>, no presente caso, por envolver situação de efetivo risco aos interesses e ao patrimônio público, a letra de lei, em seus exatos termos, deve, efetivamente, prevalecer sobre uma interpretação ampliativa, que autorize sua inobservância por mera conveniência do mercado.

Conforme indicado na consulta, discute-se aqui uma forma alternativa da garantia que deveria ser aceita pelo poder público, na hipótese de inadimplemento da empresa contratada, *“em função da dificuldade e da recusa das seguradoras e instituições bancárias em fornecerem as garantias necessárias às prestadoras de serviços” (...)* *“Com o agravamento da crise nacional, milhares de empresas passam atualmente por dificuldade financeiras, chegando até mesmo ao fechamento de muitas delas. As que conseguem se manter no mercado, mas como disse, enfrentam infortúnios, não conseguem junto as instituições financeiras as necessárias fianças bancárias para participarem de processos licitatórios e contratarem com a administração pública”*. (f. 1e 2 da peça 2).

Diversamente da premissa de que parte a consulente, o ambiente econômico desfavorável, em que os riscos de inadimplência de prestador de serviços se agravam, devem, via de regra, inspirar uma maior cautela do administrador público nas garantias dos contratos firmados, com vistas, justamente, a prevenir danos decorrentes desse inadimplemento, os quais, normalmente,

---

<sup>1</sup> A propósito, o seguinte paradigma da concepção clássica: *“A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. Administrar é, conforme disse Seabra Fagundes em frase lapidar,*



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

revestem-se de certa irreversibilidade, tendo-se em conta as dificuldades práticas e legais enfrentadas para o desfazimento de um contrato celebrado e o prosseguimento da obra ou serviço por outro contratante.

Além disso, em que pese o fato de a Lei de Licitações ter sido publicada há mais de vinte anos, não se pode subestimar o fundamento de que se reveste à limitação da fiança de que trata o inciso III do dispositivo citado, àquela emitida por instituições bancárias.

A propósito, deve-se ressaltar a maior segurança de trabalhar com instituições bancárias, cujas operações estão integralmente sujeitas ao controle do Banco Central do Brasil, e cuja expertise para a aferição da efetiva possibilidade da concessão da garantia não pode ser menosprezada, ainda mais, em se tratando da salvaguarda dos interesses e do patrimônio público.

A esse propósito, aliás, não logrou a consultante oferecer nenhum elemento informativo que permita conclusão diversa, mediante a indicação de critérios concretos e objetivos que permitam avaliar as companhias fiduciárias como idôneas para a prestação da fiança, com o mesmo grau de segurança das instituições bancárias.

Portanto, uma vez que, a fim de cercar os interesses públicos de maior segurança, a Lei de Licitações elegeu como modalidade de fiança, apenas, a bancária, é incabível ao gestor adotar outra.

Sobre a alegada obsolescência da Lei de Licitações, é relevante notar que o legislador, ao revisitar o tema das licitações por meio da recente Lei das Estatais – Lei Federal n.º 13.303 de 30 de junho de 2016 –, dispôs sobre diversas alterações quanto ao tema em relação à Lei Federal n.º 8.666/93.

Contudo, mesmo com a oportunidade de, em meio à presente crise econômica enfrentada pelo país, adotar critérios mais flexíveis para viabilizar a prestação de garantias pelos contratados, o legislador manteve-se conservador,

---

*‘aplicar a lei, de ofício’.* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Edição. São Paulo, 2015, p. 79)



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

adotou os mesmos critérios da Lei de Licitações. Nesse sentido, transcrevo o artigo 70 da Lei Federal n.º 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.

Ressalto que a oportunidade de atualização dos institutos da Lei Federal n.º 8.666/93 se deu de modo especial, uma vez que o novo diploma legal apresenta ampla abrangência:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Contudo, conforme mencionado, o legislador manteve critérios mais cautelosos.

Portanto, a interpretação literal das modalidades de garantias previstas na Lei Federal n.º 8.666/93 é a mais adequada em face até mesmo da legislação mais recente.

A jurisprudência reforça a coerência da interpretação literal das modalidades de garantias autorizadas pela Lei de Licitações:



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

**ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EXCLUSÃO DE EMPRESA DA DISPUTA. GARANTIA IDÔNEA PARA A EVENTUAL EXECUÇÃO DO CONTRATO. FIANÇA BANCÁRIA. REINCLUSÃO NO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO EXPEDIDO POR ENTIDADE SEM NATUREZA BANCÁRIA. REJEIÇÃO PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. LEGALIDADE. DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS.**

[...]

5 - Merecem destaque as seguintes informações a integrar a manifestação da autoridade coatora, antes da concessão da liminar, conforme previsto no art. 7.º, inciso I, da Lei n.º 12.016/09: 'A impetrante, na tentativa de cumprir o Edital e a Lei n.º 8.666/93 apresentou Carta de Fiança, firmada pela empresa 'Capital Merchant Bank', porém, a emitente da Carta de Fiança NÃO é uma Instituição Bancária, em consequência, o documento apresentado NÃO é uma FIANÇA BANCÁRIA. A empresa 'Capital Merchant Bank' é uma pessoa jurídica de direito privado, porém, não é uma instituição bancária, trata-se, na verdade, de uma empresa de assessoria e consultoria a financiamentos, fusões e aquisições, conforme se verifica no 'site' da empresa: A variante brasileira não é uma entidade bancária. Na verdade, o Brasil não tem 'Merchant Banks', mas entidades como o Capital Merchant Bank, que estão envolvidos na atividade de Merchant Banking. <http://www.capitalmbk.com.br/a/page.php?c=14&show=Nossa-Atividade>, consultado em 11 de maio de 2012. Caso a Administração Pública receba fiança sem o necessário lastro que garanta o adimplemento da obrigação assumida, tal conduta representa violação à lei e põe em risco a continuidade dos serviços públicos. Exemplo prático é a própria situação em litígio, a Carta de Fiança emitida pela empresa de consultoria 'Capital Merchant Bank' está alicerçada em uma Nota Promissória emitida pela Construtora e



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Incorporadora Exata Ltda. em valor superior ao valor afiançado. Ou seja, a empresa de consultoria está realizando um negócio jurídico intermediário, caso a Carta de Fiança, operação legítima para o Direito Civil, porém, em flagrante situação de risco ao interesse público, contrariando as disposições legais inerentes ao Direito Administrativo. [omissis] Outra questão de interesse e não menos relevante está relacionada ao conteúdo da Carta de Fiança apresentada perante a CPL. Dispõe o documento que o valor afiançado é proporcional ao prazo de validade da carta de fiança, sendo assim, à medida que o prazo transcorre, durante a realização do certame licitatório, o valor afiançado é reduzido, alcançando o valor 'zero' quando do término de sua validade, que já está próxima. Vejamos a transcrição do conteúdo da Carta de Fiança: A presente fiança é concedida de forma proporcional ao prazo e válida, conforme ao Edital de Concorrência Pública de nº 001/II COMAR/2012, dentro do período de 09 de abril de 2012 até 09 de junho de 2012'.

**(TRF-5 - REEX: 98146920124058300, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 22/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/05/2014)**

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. GARANTIA PARA CONCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CARTA FIANÇA. APRESENTAÇÃO DE CARTA FIANÇA NÃO BANCÁRIA. EXCLUSÃO DO CERTAME. LEGALIDADE.**

Em vista do princípio da legalidade estrita a que está vinculada a Administração Pública, não existe margem de discricionariedade que possibilite a aceitação de outras formas de garantia que não as expressamente previstas na legislação.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Considerando que a Lei nº 8.666/93, ao disciplinar as garantias a serem exigidas dos participantes de licitação, estabeleceu que a carta fiança apresentada pelos concorrentes somente deve ser expedida por instituição bancária, não se vislumbra ilegalidade no ato de inabilitação da autora agravante, por ter esta apresentado carta fiança expedida por instituição não bancária. Agravo conhecido e não provido.

**(TJDFT- AGI 20140020247357 DF 0024939-87.2014.8.07.0000, Relatora: Desembargadora Ana Cantarino, Data de Julgamento: 22/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/05/2014)**

Corrobora o entendimento do TCU:

**REPRESENTAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE. OITIVA. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. EXAME DE MÉRITO. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME E DOS ATOS DELE DECORRENTES. CIÊNCIAS. ARQUIVAMENTO**

74. Não sendo o Trade Merchant Bank um banco, a fiança emitida por essa instituição, além de não poder ser considerada fiança bancária, não tem a segurança proporcionada pelo controle do Banco Central do Brasil.

**(TCU. TC-010.108/2015-7. Relator: Ministro-Substituto AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI. Data de Julgamento: 06/04/2016, Plenário)**

Por fim, ressalto entendimento na defesa da primazia do princípio da legalidade, conforme explicitado por Marçal Justen Filho:

#### **4) A garantia fidejussória (inc. III)**



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Somente se admite fiança bancária para garantia da contratação. Portanto, não é possível pretender caucionar títulos de crédito ou promover garantia pessoal de outra natureza.

Tal como exposto no item anterior, é evidente a necessidade de comprovar a idoneidade do prestador da garantia fidejussória. Não estará preenchida a exigência quando o prestador da garantia fidejussória não for titular de patrimônio compatível com a garantia prestada”.

(JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. Ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 942-943).

Assim, deflui da jurisprudência e da doutrina que a qualidade bancária da instituição é essencial à garantia fiduciária estipulada pela Lei Federal n.º 8.666/93, razão pela qual não se admite a prestação de garantia por entidades de outra natureza.

3 – Portanto, em face do exposto, acompanho as manifestações uniformes e **VOTO** no sentido de o Tribunal **conheça** da consulta ora analisada e, **no mérito**, responda, em estrita observância ao princípio da legalidade, pela necessidade de interpretação literal do artigo 56, § 1º, inciso III, da Lei de Licitações, com isso, em face de contratos administrativos, veda-se a prestação de garantia fiduciária por instituição não bancária.

**VISTOS, relatados e discutidos,**

### **ACORDAM**

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em:

**Conhecer** a Consulta ora analisada e, **no mérito**, responder, em estrita observância ao princípio da legalidade, pela necessidade de interpretação



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

literal do artigo 56, § 1º, inciso III, da Lei de Licitações, com isso, em face de contratos administrativos, veda-se a prestação de garantia fiduciária por instituição não bancária.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e os Auditores TIAGO ALVAREZ PEDROSO e CLÁUDIO AUGUSTO CANHA.

Presente o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI.

Sala das Sessões, 1º de dezembro de 2016 - Sessão nº 42.

**IVENS ZSCHOERPER LINHARES**  
Conselheiro Relator

**NESTOR BAPTISTA**  
Conselheiro no exercício da Presidência