

## Anteprojeto da nova lei de licitações : alterações e sugestões

Leon Frejda Szklarowsky \*

### INTRODUÇÃO

A vigente Lei de Licitações e Contratos merece ser aperfeiçoada, para se adaptar ao novo século, que se aproxima velozmente, e a uma sociedade envolvida por novos mercados e blocos comerciais, profundas mutações político - sociais, queda e criação de novos impérios econômicos e Estados, numa globalização jamais imaginada, e por descobertas tecnológicas e científicas, que exigem do legislador mais que meros expedientes legislativos, senão intensa arte de ourivesaria, na elaboração legislativa, porque o verdadeiro direito é aquele que anda de mãos dadas com a justiça social e com a realidade.

A estrutura de um novo modelo de Estado, para um Brasil do novo milênio, não é a mesma deste anoitecer de século.

As leis são amostras de comportamento que traduzem a consciência social de um povo e de uma era e devem-se harmonizar com as novas realidades que despontam, para não se apartar de vez do homem e fenecer solitária.

A lei vigente sucede ao Decreto-lei 2300, de 21 de novembro de 1986, e projeta uma notável evolução histórica, desde os tempos heróicos do velho Código de

Contabilidade, de 1922, do decreto-lei 200, de 1967 (licitações ), de leis e decretos extravagantes, sem contar a múltipla legislação esparsa estadual e municipal.

Apesar de seus defeitos, o que é normal em qualquer obra humana, bem cultural que é, consolidaram essas leis - o Decreto - lei 2300 e a Lei 8666 - a legislação, ofertando-lhes um tratamento orgânico e sistemático, agasalhando toda a doutrina e a jurisprudência dominante, tecidas em estudos significativos de Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles e outros eminentes estudiosos.

O comentado diploma legal, desde o início, vem sofrendo diversas modificações, tendo o MINISTÉRIO da ADMINISTRAÇÃO FEDERAL e REFORMA do ESTADO, finalmente, através de Consulta Pública, de forma democrática e demonstrando um comportamento sumamente louvável, tornado público o anteprojeto de nova lei de licitações (1), que estudaremos, a seguir, permitindo-nos apresentar algumas sugestões, como subsídio a este documento.

Estas anotações sintéticas são fruto de nossa experiência, na Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional, onde atuamos, por mais de duas décadas, em curso patrocinado, pela TEIA JURÍDICA (INTERNET), e das palestras que vimos proferindo, em simpósios especializados, por solicitação do Tribunal de Contas da União (ISC), com destaque à clientela oriunda das empresas privadas e da Administração direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive das empresas controladas, direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Há azedas críticas a este diploma legal e às retificações legislativas, merecendo, sem dúvida, correções, que enxuguem seu texto de erronias. Entretanto, a lei deve ser aplicada inteligentemente, de forma que não conduza a absurdos, sem cair-se no hábito muito comum de criticar-se qualquer diploma legislativo, sem que se enxergue nele qualquer mérito.

Destarte, sem o pieguismo de criticar por criticar, procuraremos apreciar este anteprojeto, de forma objetiva e singela, fazendo ponderações e propondo sua modificação, em pontos que se vem mostrando críticos, sem embargo de haver o douto Grupo de Trabalho Interministerial se sensibilizado com algumas sugestões que fizéramos, ao primeiro anteprojeto (2), o que nos honra sobremaneira.

A norma deve ser alterada, quando, como e onde for necessário, sem dúvida, sem açodamento e com muita cautela, para transformar-se num instrumento permanente e não volátil, ao sabor de interesses momentâneos.

Consideramos o texto vigente um avanço, conquanto deva ser aprimorado, nos pontos já detectados pela jurisprudência e pela doutrina, que o vêm lapidando com o cinzel da sabedoria, de modo a torná-lo exequível e compreensível por todos que dele se utilizam.

O anteprojeto, na sua versão derradeira, elaborado por uma comissão de insignes estudiosos, dada a complexidade e presteza das relações a que se destina regular, é digno de algumas novas considerações.

## ANÁLISE DO ANTEPROJETO E SUGESTÕES

ARTIGO 10. O artigo 1o. poderia ter resolvido um dos graves problemas, no que concerne à indefinição das normas gerais, tornando-as precisas. E também deveria referir-se expressamente às autarquias, como o faz no artigo 48. Abortando esta expressão, dará margem a dúvidas, mesmo por que nenhuma referência faz o anteprojeto à Administração Indireta, da qual faz parte a autarquia, o que sanaria a omissão.

Já o artigo 3º destaca alguns princípios pinçados do artigo 37 (caput) da Constituição Federal, deixando de enumerar outros. Não definindo as normas gerais, remanesce a dúvida quanto à formalização, à duração dos contratos, à indicação de recursos, vigência dos contratos (artigo 101), aos prazos etc., ou estes simplesmente não

são assim considerados, contrariando a jurisprudência, a doutrina e o sistema legal? Não cremos seja esta a vontade da Comissão.

Certamente, deverão ser arrolados na categoria de normas gerais e não fazendo parte apenas da seção destinada à União.

O parágrafo único do citado artigo 48 repete o caput, de forma econômica e contraditória, pois a cláusula normativa principal manda editar as normas e o seu parágrafo faculta as empresas públicas e as sociedades de economia mista editar suas normas sobre licitação. E por que não se refere a todas as entidades acima aludidas, ou seja, às demais entidades controladas, pelo Poder Público? Para evitar confusão, melhor será suprimir este parágrafo, para maior clareza.

O artigo 1º faz remissão apenas aos contratos de obras, serviços, compras e alienações, omitindo-se quanto aos demais contratos.

A lei em vigor e as anteriores sempre submeteram quaisquer espécies de contratos, ajustes, acordos, outros instrumentos congêneres e convênios aos ditames da lei de licitações e contratos ( cf. , por exemplo, artigos 2º e 116 da L 8666/93; 82 do DL 2300/86), em consonância com a melhor doutrina e a jurisprudência.

Os convênios, que se não confundem com os contratos, conquanto com eles tenha um elemento em comum, também, forçosamente, deverão estar sujeitos a esta lei, o mesmo ocorrendo com as locações, ainda que de imóveis para o serviço público ( o artigo 68 alude, ocasionalmente, na hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, à locação ou compra de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração), porquanto, na opinião da melhor doutrina e da jurisprudência mansa e torrencial dos Pretórios de Contas, basta que uma das partes seja a Administração Pública, para que se configure o contrato administrativo. Neste sentido, a doutrina ( cf., entre outros, Hely Lopes Meirelles ) e firme orientação da Colenda Corte de Contas da União. O retrocesso é inexplicável.

Assim, sem especificar ou detalhar as normas gerais e os princípios, incorre no mesmo erro da lei, gerando incertezas e tumulto, na sua aplicação.

E não se referindo aos demais contratos e a aos convênios, certamente, criará uma celeuma de proporções incalculáveis. Também aqui o retrocesso é impensável.

A lei dever ser precisa, concisa, direta, didática.

Aliás, os convênios e os consórcios, dada sua importância, merecem um capítulo especial e os últimos deverão ter disciplina adequada, como ocorre com os convênios, atualmente.

Assim, deve o anteprojeto: I) precisar melhor as normas gerais e os princípios. II) tratar dos demais contratos e dos convênios e consórcios.

. ARTIGO 17. No parágrafo 1o, a expressão "cidadão" deve ser substituída por "pessoa" ou "interessado", vez que cidadão tem sentido restrito, no Direito Público Constitucional.

Esta observação vale para o § 7º do artigo 58, para o § 1º do artigo 83 e para todos os dispositivos que contemplam esta expressão.

O artigo 40, mais consentâneo com a realidade, emprega corretamente o vocábulo, quando autoriza qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público, para, no parágrafo único do artigo 136, empregar a palavra correta: licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica.

ARTIGO 26.. Não se compreende porque o anteprojeto omite as definições que sabiamente constam da lei em vigor e que o primeiro anteprojeto fazia referência expressa, como a imprensa oficial, a comissão, que são roteiros indispensáveis, para o usuário da lei, no seu dia a dia. Entre as definições, não se há de omitir o fornecimento ou aquisição de bens, de forma contínua, que tem a mesma característica do serviço de natureza continuada.

ARTIGO 105. Fez muito bem o anteprojeto, ao substituir o vocábulo "repartição" por "unidade interessada" como também poderia fazê-lo por "entidade" ou "ente", como propusemos, em nosso trabalho, elaborado, para o ISC (TCU), já que esta lei se destina não só aos entes da Administração direta, como também para os da Administração indireta e para as entidades privadas, controladas pelo Poder Público.

ARTIGO 134. Este artigo, que manda dar publicidade, mensalmente, da relação das compras e contratações feitas pela Administração, ao não permitir, como o fazia o primeiro anteprojeto que examinamos, a divulgação, por meio eletrônico, comete, data vênua, um pecado capital, em desacordo com o desenvolvimento científico e tecnológico moderno e já adotado pela Lei de Execução Fiscal, em 1980, pelo Código de Processo Civil, com as recentes reformas introduzidas, e pelo Projeto de Lei de Falências, no Congresso Nacional. É um retrocesso imperdoável, que certamente será revisto, pela douta Comissão.

A proposta de restauração da divulgação, por meio da informatização, efetivamente melhor se conforma, com os atuais meios de comunicação e deve ser utilizada, pelo anteprojeto, como norma geral, qualquer que seja o contrato, e não apenas para a divulgação das compras, como ocorria, no anteprojeto primitivo.

ARTIGO 71. É imperioso acrescentar-se também a Fazenda do Distrito Federal, nos incisos II e III, em consonância com a Constituição Federal ( artigos 1o, 18, 19 e 32 ), com o Código Tributário Nacional e com a Lei 6830, de 22 de setembro de 1980 ( artigo 1o. ),

visto que o Distrito Federal integra a República Federativa do Brasil, sanando grave e imperdoável omissão da lei em vigor, do projeto e do Decreto - lei 2300.

ARTIGO 73. O inciso II deve ser meticulosamente analisado, para que não destoe da realidade e da legislação especial e dos pressupostos da concordata e dos projetos e do substitutivo em curso, no Congresso Nacional. Induvidosamente, não se compatibiliza com a Lei de Falências o impedimento de a concordatária se habilitar na licitação, pelas razões que fundamentam a concessão desse instituto. Reconheça-se, porém, que a lei e o projeto representam significativo progresso, em relação ao Decreto - lei 2300, ao não catalogar a concordata como causa de rescisão unilateral do contrato. Este anteprojeto admiravelmente sequer menciona a falência.

Em recente parecer que proferimos, aos projetos de lei de concordata e falência e ao Substitutivo, que se encontram no Congresso Nacional, assim nos pronunciamos:

"Distinguido com a solicitação dessa Presidência (da OAB-DF), para manifestar-me acerca do Substitutivo ao Projeto de Lei 4 376/93, que dispõe sobre a recuperação e a liquidação judicial de empresas e pessoas físicas, tenho a honra de participar a V. Exa. que o faço, com muito prazer, vez que participei das duas comissões ministeriais que elaboraram os projetos encaminhados ao Congresso Nacional e que produziram, finalmente, o presente substitutivo.

O Substitutivo, em exame, do Relator, Deputado Osvaldo Biolchi, sob a presidência do Deputado José Luiz Clerot, inova, preambularmente, na denominação do projeto, ao indicar sua preocupação na recuperação e liquidação judicial de empresas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas, em nome próprio e de forma organizada, o que realmente merece minhas homenagens, pela novidade alvissareira, quanto à denominação.

Também se mostra notável o referido Substitutivo, porque trata da recuperação da empresa, alcançando as micro - empresas, sem restrição de um mínimo de cem

empregados, consoante propusera, nas Comissões, e para ter aplicação em qualquer fase da concordata (neste Substitutivo, simplesmente e, com muita propriedade, chamada recuperação judicial da empresa ), ou da falência (aqui cognominada liquidação judicial), que também encontra amparo, no significativo estudo do jurista Jorge Lobo (cf. Da recuperação da empresa no direito comparado, Ed., Lumen Juris, Rio, 1993), vez que esse instituto traduz moderna orientação doutrinária, adotada por inúmeros países. Entretanto, faz-se necessário que essa faculdade conste expressamente da lei, no artigo vestibular, por questão de técnica legislativa, embora o artigo 87 efetivamente reconheça essa prerrogativa.... Urge recordar, ainda, que a Lei 8666/93 também deve ser contemplada com alterações a dispositivos que se refletem diretamente, neste Substitutivo, mercê das novidades introduzidas, com as quais se deve conformar plenamente.

Assim, o inciso II do artigo 31 exige certidão negativa de falência e concordata, para habilitação nas licitações, para contratação com a Administração Pública. Não se justifica a certidão negativa de concordata ou, pelo Substitutivo, da recuperação da empresa, pelos motivos que autorizam essa mesma recuperação. Consequentemente, a concordatária ou a empresa, em recuperação, não pode ser impedida de contratar com o Poder Público.

O inciso IX do artigo 79 desse diploma legal elege, como razão suficiente, para a rescisão unilateral do contrato administrativo, a decretação da falência ou da insolvência. Se a recuperação da empresa é atualmente o objetivo maior, visando preservá-la, pelos motivos de todos conhecidos, e se aquela poderá ocorrer também, durante a falência, ou, na terminologia do documento, em estudo, no curso da liquidação judicial da empresa, é óbvio que, em tal ocorrendo, isto é, se deferida, a causa da rescisão deixará de existir (3).

Essas situações, não obstante, devem estar previstas expressamente"  
(cf. PARECER LFS 2 - OAB-DF (Ofício 840/96-gp).

Eis o motivo pelo qual sugerimos que, do inciso II do citado artigo, seja extirpada a palavra "concordata".

ARTIGO... Com todo respeito à douta Comissão redatora, não se justifica a omissão, que supomos, por equívoco, da assessoria jurídica no exame de documentos, editais e minutas de contratos. Esta exigência constava do primeiro anteprojeto e é norma obrigatória e geral, na lei vigente e no revogado decreto - lei 2300. Esta disposição deve, por sua relevância, ser erigida, em artigo autônomo. Trata-se de norma geral, que deve ser ampliada, na sua aplicação, prevendo-se o exame, pelo órgão jurídico, de qualquer matéria jurídica ou documental e não apenas das minutas, conforme redação atual da lei.

Com efeito, são privativas da advocacia as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica ( artigo 1o. do Estatuto da Advocacia ). A advocacia é exercida, privativamente, por bacharéis em direito, inscritos na OAB. A lei inquina de nulidade a prática desses atos por leigos, que ficarão sujeitos às sanções penais, civis e administrativas. Também a omissão se enquadra nessa situação.

A lei concede tamanha importância à atuação do advogado, assim que os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, após o visto (leia-se exame) do advogado.

Mesmo que omissa o anteprojeto ou vaga a lei vigente ou redigida, em desacordo, com a lei especial, a assessoria jurídica é necessária nesses casos.

Destarte, sugerimos a seguinte redação ao artigo que discipline essa atividade:

" Artigo - As minutas dos editais e dos contratos, mesmo que de pequeno valor e sem ônus, ainda que objeto de dispensa ou de declaração de inexigibilidade, e dos convites, deverão ser examinadas, obrigatoriamente, e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração. O exame de quaisquer processos administrativos, documentos, petições e arrazoados, o qual envolva matéria jurídica, deverá ser feito por essa assessoria jurídica".

ARTIGO 82. Sugere-se a inserção da expressão "se for o caso", após o verbo "indicará", e a supressão do advérbio "obrigatoriamente", na última linha do caput desse artigo, uma vez que algumas hipóteses só deverão ser contempladas no edital, se for o caso, in verbis:1) projeto executivo não existirá, em caso de compras, fornecimento, serviços etc.; 2) na hipótese da exigência de seguro, o anteprojeto sabiamente inseriu a cláusula "quando for o caso". Aqui, o próprio anteprojeto já demonstra que a indicação não obriga que todas as hipóteses ali previstas sejam gizadas no edital;2) critério de reajuste de preço ( inciso X): poderá ocorrer a hipótese de as partes não se interessarem em prever a atualização financeira, mesmo porque, atualmente, a correção monetária e o reajuste estão terminantemente proibidos, nos contratos de prazo igual ou inferior a um ano, nos termos da Lei 9069/95 e da legislação complementar.

Esta é a razão suficiente, pela qual se impõe a nova redação sugerida - inserção da expressão "se for o caso" e supressão da palavra "obrigatoriamente", com o que se evitarão as constantes dúvidas dos que teimam em colocar sempre, no contrato, mesmo quando não for o caso, as cláusulas referentes a essas hipóteses.

Portanto, a obrigatoriedade é relativa e depende de cada caso, in concreto.

ARTIGO 107. A palavra "predominantemente" ( no 3º ) deve ser suprimida, já que, em se tratando de contratos mencionados neste parágrafo, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado se aplicam, na mesma proporção dos dispositivos de direito público, e não predominantemente. É a feliz oportunidade que se apresenta para corrigir a regra vigente.

Ainda aqui se faz necessário acentuar que estes contratos não estão adstritos ao crédito orçamentário ou ao exercício financeiro, regulando-se quanto ao prazo, pelas normas da legislação própria.

ARTIGO . Sugerimos a inserção de dispositivo, prevendo a faculdade de fazer-se o adiantamento de pagamento, vetado pelo Presidente da República, ao sancionar a lei vigente, desde que seja prestada garantia e esteja prevista no edital e no contrato, visto que a jurisprudência do TCU e a melhor doutrina têm demonstrado sua anuência a essa prática. No âmbito federal, o Decreto 93872, de 23 de dezembro de 1986, permite que tal ocorra, desde que o contratante se forre de garantias ou cautelas indispensáveis e previsto o adiantamento, no edital e no contrato, em harmonia com a doutrina e a jurisprudência da Corte de Contas ( artigo 38).

Se essa proposta for atendida, dever-se-á conciliar a alínea c do inciso II do artigo 110, com aquele dispositivo, no que o contrariar.

ARTIGO 100. Urge acrescentar-se, no parágrafo 4o, após "restituída", a expressão "pela mesma autoridade que a exigiu", para extirpar de vez dúvidas quanto à autoridade competente, para efetivar a devolução da garantia. Sabe-se que a lei orgânica de uma corte de contas estadual exige que a devolução se faça, absurdamente, pelo referido Pretório, contrariando os princípios básicos da boa administração.

Este artigo, como a lei vigente e a anterior, faz referência à faculdade de a autoridade exigir uma das modalidades de garantia nas contratações de obras, serviços e compras, de forma exaustiva, olvidando-se dos demais contratos, o que nos parece bastante preocupante.

Propomos que o texto fique assim redigido: "...nas contratações de obras, serviços, compras e outros contratos". E, após a palavra edital, acrescente-se a expressão "e no contrato", vez que o edital é a matriz do contrato.

ARTIGO 101. Este dispositivo ( norma geral por excelência e não específica, como quer, data venia, a Comissão), tal qual o correspondente da lei em vigor, tem causado acesa

polêmica, quanto a sua interpretação, mercê da variada redação que tem recebido, através dos tempos.

O caput encerra uma regra de fundamental importância, mas excepciona as hipóteses em que o contrato poderá extrapolar o prazo fatal, adstrito ao crédito orçamentário.

O inciso I permite o dimensionamento do contrato, em até sessenta meses, desde que se refira a projetos, cujos produtos estejam contemplados no Plano Plurianual e seja de interesse da Administração. Esta redação é semelhante à primitiva cláusula da lei vigente, que regulava os contratos de prestação de serviço de forma continuada ( inciso II do artigo 57 ), o que leva a supor que a determinação do prazo se faça, no momento da realização do contrato, contrapondo-se frontalmente à postura tradicional.

É o momento, pois, para extirpar-se, de vez, a dúvida.

Já o inciso II ( contratos de prestação de serviço de forma continuada) convola a redação adotada pela Medida Provisória 1531 - 3, de 27.2.97, contemplando posição defendida por notáveis juristas e agasalha procedimentos aceites na Administração. Realmente, como está redigido, sem dúvida, o contrato deverá ser feito, para vigorar, no exercício do crédito orçamentário ( caput ), podendo ser prorrogado, se for o caso, desde que prevista a prorrogação, no edital e obviamente no contrato, o que deverá estar expresso na lei. Esta omissão deverá ser sanada.

O inciso III, da mesma forma que o inciso I, faculta o dimensionamento do prazo, por período maior, de até no máximo sessenta meses, o que é perfeitamente compreensível, cabendo-lhe as mesmas observações acima.

Entretanto, o condicionamento do alongamento do prazo à previsão de dotação orçamentária não deve restringir-se apenas a esta hipótese (inciso III), mas deve alcançar todos os casos, neste artigo previstos. Esta medida salutar conforma-se com os pressupostos

constitucionais e não se pode desprezar esta oportunidade de torná-la expressa e obrigatória. Com isso, os atrasos no cumprimento da obrigação financeira dificilmente ocorrerão.

O anteprojeto, não obstante, deverá esclarecer, se pode o contrato ser feito, de antemão, para um período superior ao do crédito orçamentário, ou se este deve ser celebrado, para vigorar no exercício financeiro e, se for o caso, ser prorrogado ou estendido, com o que se evitarão os incessantes debates, quanto ao real sentido dessa norma.

ARTIGO106. A palavra "lavratura", por ser usada, nos atos realizados por Tabelião, deve ser substituída por "celebração", "realização".

É de se acrescentar a expressão "devidamente qualificados", após representantes, com o que se evitarão as costumeiras dúvidas.

O parágrafo único - "publicidade dos contratos" - deve ser visto com muita cautela, porque é uma das normas mais polêmicas.

A melhor redação é a constante da lei em vigor, desde que se retifique a ressalva feita, pelo legislador de 1994, para efetivamente externar sua vontade, que, por equívoco, transformou-se no verdadeiro cavalo de Tróia.

Os prazos amplos, da lei vigente, atendem às necessidades da burocracia e não devem ser alterados, por que frutos dos seus reclamos.

Todavia, a ressalva, que deveria encampar os incisos I e II do artigo 24 da lei atual, inadvertidamente, excluiu-os, ao adotar uma das emendas ao PLC 10, em que se transformou na Lei 8883 ( cf. o histórico dessa lei, em nosso "A publicidade e os contratos

administrativos", in Boletim de Licitações e Contratos 6/96, Editora NDJ, e na Revista dos Tribunais,731/56).

Todos os atos e contratos administrativos devem ser publicados, não importando o valor, mesmo que sem ônus ( doutrina e jurisprudência unânimes); contudo, esses, menos expressivos, devem sê-lo, de modo que não onerem demasiadamente o próprio contrato, como propusemos no citado ensaio. Na nova redação, que sugerimos, é de se aproveitar a proposta avançada, adotando o meio eletrônico como via de comunicação. Eis a redação sugerida:

"Artigo A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos, na imprensa oficial, que é condição indispensável, para sua eficácia, será providenciada pela Administração, até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o valor, ainda que sem ônus.

§ 1o. Os contratos, cujo termo de contrato pode ser substituído, de conformidade com o caput do artigo 107, o previstos no incisos I do artigo 68 e as compras feitas, de acordo com o disposto no artigo 57, poderão ser publicados, mensalmente, através de relação, resumidamente, na imprensa oficial, ou em quadro de avisos de amplo acesso público.

§ 2º. Não se publicarão os contratos, nas hipóteses dos incisos II, V e IX do artigo 68.

§3º A Administração poderá também divulgá-los, de forma resumida, através dos meios eletrônicos."

Desta forma, suprimir-se-á o artigo 134, que está, aliás, mal localizado.

Justifica-se acréscimo dos incisos II e IX para sintonizar a disposição com o artigo 69, o que não ocorre com o atual parágrafo único do artigo 106.

ARTIGO 110. As alíneas c e d do inciso II deste artigo devem ser emendadas, para abranger não só o fornecimento de bens, serviços e obras, mas qualquer tipo de contrato, pois não se compreende esta restrição, em face dos princípios que encerra.

O §§ 4º e 5º, na verdade, ficam melhor acomodados entre as hipóteses de alteração unilateral, porque a Administração não poderá deixar de alterar o contrato, para mais ou para menos, se um daqueles pressupostos ocorrer, já que estes dispositivos comandam uma ordem. A modificação contratual não se dá por acordo das partes. No § 4º as circunstâncias ali descritas, se acontecerem, implicarão na revisão do contrato para mais ou menos e no § 5º a Administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico - financeiro inicial, se houver alteração unilateral do contrato que aumente os encargos da contratada. Não é mera faculdade, senão uma determinação enérgica.

Em consequência, a Administração é obrigada a fazer a revisão, se, por exemplo, houver a extinção ou alteração, para menos, de encargos ou de tributos, vez que, a autoridade, omitindo-se, estará causando prejuízos, para o Erário ou para a entidade respectiva. Deverá, então, através desta alteração, diminuir o valor do contrato. É uma ordem e não mera faculdade. E o administrador ou o servidor que se omitir, poderão até estar infringindo uma norma penal, além de estarem sujeitos à responsabilidade civil e administrativa.

ARTIGO 116. Este preceito somente permite a subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento, sem se referir a outros contratos. Tal restrição não se justifica, absolutamente.

Também não vemos por que não se admitir a subcontratação de todo o contrato, em determinadas circunstâncias, desde que previamente admitida no edital e no contrato e mediante garantias. A recente Lei 8987, de 13.2.95, que dispõe sobre o regime de

concessão e permissão de prestação de serviços públicos, sabiamente, autoriza a subconcessão, sem nenhuma restrição quantitativa, nos termos previstos no contrato de concessão, se autorizada pelo Poder Público, e precedida sempre de concorrência. Na hipótese do Anteprojeto e da lei em vigor ( a anterior tinha redação idêntica), a contratada continua com a responsabilidade contratual e legal e, se forrada a contratante de garantias que houver por bem de exigir, não há por que obstar essa possibilidade.

Aceita esta propositura, urge retificar-se a redação do inciso IV do artigo 122, acrescentando-se os vocábulos "total ou" após a palavra "subcontratação", conformando-se com a redação da lei vigente, que a nosso ver, consente se interprete poder a contratada, desde que admitida pela contratante, subcontratar todo o contrato. Infere-se esta exegese do casamento entre os artigos 72 e 78, VI, da lei atual.

ARTIGO 123. A rescisão, a requerimento do contratado, deve ser prevista, como queria o projeto de lei, que deu origem à Lei 8666, antes do veto presidencial àquela disposição facultativa, porquanto aquele não encontra justificativa plausível.

Também, no passado, não muito distante, somente se fazia a revisão do contrato, judicialmente, mas, a partir do Decreto - lei 2300, por influência da melhor doutrina, esta tornou-se possível, também, no âmbito administrativo, mercê do bom senso do legislador, com economia de tempo e de recursos.

Assim, também deverá ocorrer com a rescisão, se culpado não for o contratado.

DISPOSIÇÕES FINAIS e TRANSITÓRIAS - A maior parte dessas normas, por serem gerais e permanentes, devem ser colocadas na parte inicial - parte geral. Não se justifica que o Capítulo VI do Título II trate das disposições finais e transitórias e o Título III também o faça, desta vez para reger três artigos finais.

ARTIGO 147. Um Estatuto, como este, exige que o legislador proporcione um tempo razoável, de pelo menos noventa dias, para adaptação, eis por que sugerimos que entre em vigor dentro de noventa dias.

ARTIGO 148. A revogação apenas da Lei 8666 pode causar dúvidas quanto às leis extravagantes, daí por que sugerimos a revogação expressa não só da Lei 8666, mas de toda legislação contrária, fazendo menção às leis revogadas, como o fez o anteprojeto primitivo e a própria lei em vigor.

DOS CRIMES E DAS PENAS - Esta parte deve ser aprimorada, dada sua complexidade e relevância. O diploma legal mistura as figuras penais, conceitua-as sem qualquer critério científico, tornando-as de difícil aplicação. E o anteprojeto, se bem que aperfeiçoou o texto primitivo e a própria lei, deverá aprimorar aqueles tipos penais.

Inquestionavelmente, deve ser reescrito, pois, do contrário, será, infelizmente, mais um texto que nasce morto. E, como se sabe, a impunidade gera mais corrupção e facilita a prática do crime.

## NOTAS

(1) O anteprojeto referido foi publicado no DOU de 19.2.97. Seção I, pp. 3078 usque 3089. Publicado, no DO

-----  
U de 19.3.97, Seção I, pp. 5543 usque 5565, quadro comparativo entre o anteprojeto e a lei atual.

(2) Cf. nosso Análise Crítica, publicado no Informativo CONSULEX, 30 e 31, de 23 e 29 de julho 96, e na RDA 205/13.

(3) Cf. Nosso A Concordata e a Lei de Licitações e Contratos, publicado no Informativo CONSULEX 50, de 9.12.96, no Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, 1/97, e no Suplemento Tributário LTr, 6/97 e editado na Teia Jurídica e Teia Jurídica Paraná (Internet), dez/96 e jan/97, e na AMATRA X (Internet)

\*O Professor Leon Frejda Szklarowsky é Conselheiro da OAB-DF, Subprocurador – Geral da Fazenda Nacional aposentado, escritor, diretor do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal, membro da American Arbitration Association, presidente do Conselho de Ética e Gestão e juiz arbitral do Superior Tribunal de Justiça Arbitral do Brasil, acadêmico e ex-presidente da Academia Maçônica de Letras do Distrito Federal, da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Academia de Letras do Distrito Federal, da Academia de Letras e Música do Brasil, vice-presidente do Instituto Jurídico Consulex e da Associação Brasileira de Advogados, membro da International Fiscal Association, dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do DF, da Associação Nacional dos Escritores e de diversas entidades jurídicas e literárias. Autor de inúmeras obras e ensaios, destacando-se: Hebreus, História de um povo, Orquestra das Cigarras, Crimes de Racismo, Arbitragem, Penhora Administrativa, Execução Fiscal e Medidas Provisórias – Instrumento de Governabilidade.

Disponível em:< [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/120](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/120)>

Acesso em.: 04 dez 2007.