

Essa é, de resto, a tradição de nosso direito. Assim, Gabriel Pereira de Castro: "*quando id quod de novo additur, est accessorium ad praecedentem obligationem, nunquam videtur inducta novatio*" (*Decisiones*, Conimbricae, 1745, dec. 17.115, p.70). Item, Miguel de Reynoso: "*Non dicitur novus actus, quando substancialia primi non alterantur licet aliquid de accidentalibus alteretur*" (*Observationes*, Conimbricae, 1734, obs. 72, n° 8, p. 525). Item, Corrêa Telles: "o fazer novo título da mesma dívida, o dar ao credor mais ou menos espera ao devedor, obrigando o devedor a pagar juros da dívida, que até aí era gratuita, ou a dar novos fiadores ou hipotecas, nada disto constitui novação (*Digesto português*, 5 ed. Coimbra, 1860, t. I, n° 1213, p. 192). Item, Coelho da Rocha: "a simples mudança na obrigação sem ânimo de novar... não extingue a obrigação antiga; pelo contrário, reforça-a" (*Instituições de direito civil português*, 8 ed., Lisboa, 1917, t. I, § 160, p. 95).

Nada obsta, pois, em termos de direito, a que a administração pública e o concessionário de serviço público, ainda que a título precário (em consequência da expiração do prazo da concessão primitiva) regulem entre si, mediante acordo, a situação em que se encontram, modificando-lhes os aspectos acidentais, salva a essência.

À concessão originária, ainda que findo o prazo primitivo ou inexistente prazo, pode ser-lhe aposto termo certo que lhe prefixe a duração ulterior, em face da administração concedente. A cláusula correspondente terá a natureza e o efeito de um "pacto de não pedir... antes do tempo certo" (conforme Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, Lisboa, 1825, t. I, § 128, p. 94 e 95; Moraes Carvalho, *Praxe forense*, Rio de Janeiro, 1850, t. I, § 253, p. 136), quer dizer, tolherá somente, durante o prazo, a faculdade de por fim, a administração concedente, de seu arbítrio, à situação primitiva: "*qualis est pacti conventi, quum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur...; nem finito eo tempore non impeditur actor rem exequi*" (*Institutas*, lib. IV, tit XIII, de exceptionibus, § 10; conforme Van Wetter, *Les Obligations en droit romain*, t. III, Grand Paris, 1886, § 229, p. 473).

Podem ser modificadas as condições de execução do serviço, estipulada a ampliação deste, contanto que se modifique o objeto da concessão originária nem se quebre o equilíbrio econômico, a equação financeira, que é parte da essência mesma da concessão (conforme Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, n° 810 e nota 1, p. 446).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Concessão e locatio censoria

Exposição — A Sociedade Abastecedora de Gasolina e Óleos Ltda — Sagol, em virtude de contrato celebrado com a Prefeitura

Municipal de Porto Alegre, ocupa diversos terrenos de seu domínio e logradouros públicos, onde tem edificados 'Postos de Serviço', para venda de gasolina e óleo a veículos automotores, lavagem e lubrificação destes.

Além da renda anual fixa, percebe o município renda adicional, calculada percentualmente sobre o preço de venda de gasolina e óleo; realizada mensalmente em cada um dos aludidos 'Postos'. A edificação destes 'Postos' foi levantada nos locais designados pela Prefeitura, tendo as construções respectivas, todas de alvenaria, observado os requisitos de ordem técnica, arquitetônica e estética. São, em suma, construções de valor urbanístico e de elevado custo.

Nos termos do contrato já aludido e alterações subseqüentes, esses diversos 'Postos de Serviço' reverterão ao município, sem ônus algum, findo o prazo de sua exploração pela consulente. Esse prazo, entretanto, sendo contado de datas diferentes, a partir das em que entraram em funcionamento, sucessivos os 'Postos', expiraria em dois momentos diversos, a saber: 4 de setembro de 1962 e fim do ano de 1972, respectivamente. Ao término do primeiro prazo, dar-se-ia a reversão de um certo número de 'Postos'; ao fim do segundo, concluir-se-ia a reversão do grupo de 'Postos' restantes.

Essa era a situação contratual, quanto ao lapso de tempo de exploração, assegurado à Sociedade consulente, quando o Prefeito Municipal, por ofício de 27 de setembro de 1954, pediu-lhe que remove-se para outros locais, que lhe seriam indicados, diversos desses mesmos 'Postos'. Essa medida era inspirada nas razões apontadas nesse ofício. E, como de sua execução adviriam prejuízos, apreciáveis para a consulente, pedia-lhe o Prefeito que, em sua resposta, já formulasse as condições compensatórias, mediante as quais anuiria. Com este objetivo, a Sociedade Abastecedora de Gasolina e Óleos Ltda., após acentuar o alcance dos prejuízos que teria de suportar com a perda dos aludidos 'Postos' e subseqüente construção de outros, propôs ao município uma solução conciliatória. Desistiria de qualquer indenização pelo prejuízo imediato e cessação de lucros, derivados da providência alvitada pelo Prefeito, desde que, unificando-se numa só a mesma data o termo final, para a total reversão de todos os 'Postos' existentes, essa data viesse a ser a 4 de setembro de 1967. Desse modo, a contratante, ora consulente, podia formular cálculo preciso sobre a periódica amortização do capital fixo reversível, ao mesmo passo que o município podia, também, contar com toda a cadeia de 'Postos' e sua organização, para, em tempo certo, explorá-la, por si, ou através de concessionário.

Acolhida essa proposta, impunha-se alterar cláusula do aludido contrato, nela inserindo redação nova, consentânea com o novo ajuste. De posse dessa proposta da consulente, o Chefe do Executivo Municipal, após pareceres favoráveis dos órgãos administrativos, 'aceitou-a irrestritamente'. E, por isso, em ofício de 29 de janeiro de 1955, à Câmara Municipal, não só encarecia a conveniência e justiça da proposta, senão que já submetia ao exame e aprovação da mesma Câmara a minuta de alteração da cláusula contratual, que fixava o vencimento do contrato na data sugerida, isto é, 4 de setembro de 1967.

Após tramitação regular no corpo legislativo municipal, este aprovou a modificação do contrato, nos termos precisos propostos pelo Prefeito, autorizando-o a formalizar a alteração. Isso se deu em 31 de março de 1955, conforme comunicação oficial do presidente da Câmara Municipal ao Prefeito.

Ocorre, porém, que, por motivos vários, dentre os quais as substituições sobrevindas de pessoas na chefia do Executivo Municipal, não foi, até hoje, ou seja, desde 31 de março de 1955, assinada pelos contraentes (Município e Sociedade consulente) a predita alteração contratual. Não foram sequer indicados, e, menos ainda, entregues os novos terrenos ou logradouros públicos, onde deveriam ser construídos os novos 'Postos', que viriam substituir aqueles a serem demolidos. Nada disso se fez, por parte da Prefeitura, apesar das instantes e repetidas solicitações por escrito, que lhe vem fazendo a consulente.

Em face do exposto, e juntando à presente cópias fiéis de todas as peças elucidativas dos fatos narrados, a Sociedade Abastecedora de Gasolina e Óleos Limitada consulta:

a. está ou não substancialmente consumada a alteração da cláusula contratual, nos termos da proposta da consulente irrestritamente aceita pelo município, por seus poderes Executivo e Legislativo?

b. em caso de resposta afirmativa, a demora na simples formalização da aludida alteração contratual, por fato imputável exclusivamente à Prefeitura, poderá ser por esta alegável em detrimento da consulente?

c. poderá a consulente valer-se da ação prevista no art. 1.006 do *Código de Processo Civil*?

Parecer — A questão sujeita, nos termos em que é enunciada, supõe se determine previamente se o Prefeito teria, ao solicitar e promover o pronunciamento da Câmara de Vereadores a respeito, manifestado o consentimento da Municipalidade à formação de acordo de vontade contratual.

Dirigir-se o Prefeito à Câmara de Vereadores, a fim de solicitar pronunciamento legislativo acerca da celebração ou alteração de um contrato; sancionar o Prefeito e promulgar e publicar a lei acaso votada a propósito pela Câmara, — nenhum desses atos em princípio pode reputar-se como manifestação do consentimento da Municipalidade para a formação do acordo contratual. São, esses atos, em geral, negócios jurídicos paralelos à proposta ou oferta contratual, à ocasião da qual vieram a efetivar-se. Entre esses negócios jurídicos e o negócio da proposta, ou oferta, falta, porém, o nexu jurídico, capaz de uní-los e integrá-los no contrato. Pontes de Miranda advertiu, agudamente: "o contrato é a concordância de duas declarações de vontade, que produziram, por si sós, negócios jurídicos interintegrativos" (*Tratado de direito privado*, 2 ed., t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 251, n.º 8, p. 26). O nexu que não existe, em tal caso, é o que resultaria do encontro no tempo das duas vontades: "comunicação de futura vontade não é manifestação de vontade" (Pontes

de Miranda, obra citada, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 233, n.º 2, p. 456). Todos os negócios jurídicos de direito público apontados são, de regra, simplesmente preparatórios da manifestação de vontade da Municipalidade para a formação do acordo contratual; e, porque a preparam, necessariamente a antecedem, constituindo, pois, apenas, comunicações ou declarações de vontade futura, e não, manifestação do consentimento *in actu*, capaz de encontrar-se no tempo com a da proposta, ou oferta contratual. Kant sinala o encontro de vontades no tempo, para a formação do contrato, como uma recíproca tomada de posse do arbítrio individual de uma parte pelo arbítrio da outra (Immanuel Kant's *Sämtliche Werke*, herausgegeben von J. H. von Kirchmann, t. III, *Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1870, § 19, p. 82); e, nesse entrelaçamento simultâneo, porque recíproco, das duas vontades, pelo seu conteúdo atual e presente, está, na verdade, um dos pressupostos essenciais da formação do contrato.

De resto, a questão sujeita não é nova. Rafael Bielsa examinou-a *in hypothesi*, em controvérsia concernente ao Município de Nogoyá, na República Argentina. Assim se exprime a respeito o grande jurista argentino: "*Cuando el poder órgano ejecutivo realiza el trámite reglamentario de la promulgación de la ley u ordenanza, no por eso solo contrata. Aprobar una ley u ordenanza es función colegislativa. La promulgación, pues, no modifica el carácter de acto unilateral de la ley ni la ordenanza que solamente crea derechos y obligaciones cuando el órgano competente o que legalmente debe representar a la entidad y el particular (concessionario, contratista de obra, etc) perfeccionan el contrato con la expresión del consentimiento (in idem placitum et consensus) de las partes, cumpliendo, así, las formas substanciales. La promulgación, sea de una ley, sea de una ordenanza, integra la voluntad del Poder u órgano ejecutivo, pero es siempre la voluntad de una sola parte: la Nación, la provincia o la voluntad interna que solamente obliga a los terceros o administrados cuando ordena o manda tratándose de actos de poder (actos unilaterales); y que obliga a los particulares como contratantes cuando éstos concurren con su voluntad a la formación del acto si se trata de un contrato (actos bilaterales). Esas voluntades y aquí está el quid de la cuestión — deban manifestarse en forma legal y expresa; no basta la manifestación tácita*" (*Derecho administrativo*, 5, ed., t. II, n.º 272, p. 174).

O contrato, de cuja alteração se cuida, é, entretanto, essencialmente, um contrato de arrendamento, — arrendamento de Direito Administrativo, certo, mas arrendamento indubiamente tal.

A propósito, escrevemos já, em parecer, de 6 de dezembro de 1950: Resolveu a Prefeitura Municipal de Porto Alegre criar um sistema próprio de fornecimento a varejo de gasolina e óleo, por meio de aparelhos de subministração, "em postos de serviço, edificados nas propriedades públicas municipais, de uso comum ou dominicais" (art. 1.º, Regulamento expedido com o Decreto n.º 289, de 14 de julho de 1934). O sistema de fornecimento, insituído, pode qualificar-se como próprio da Municipalidade, de vez que

a. distribuído, por iniciativa da Municipalidade, em propriedades municipais, ainda que admitida a concorrência de postos idênticos em propriedades particulares (art. 13, Regulamento citado.)

b. adscrito a regulamentação municipal minuciosa (art. 4º, Regulamento citado), excludente de outra forma qualquer de desenvolvimento da mesma atividade (art. 12, Regulamento citado);

c. produtivo, para a Municipalidade, além da retribuição pela ocupação do solo público, de uma participação na receita bruta da respectiva exploração (art. 5º, Regulamento citado);

d. destinado, após a expiração dos contratos mantidos com particulares para a sua exploração, ou rescindidos aqueles, a reverter, independente de indenização à Municipalidade, no que toca, ao menos, às edificações mais benfeitorias (art. 7º e 11, Regulamento citado).

Certo, o fornecimento ou a venda, a varejo de gasolina e óleo constitui mercancia. Mas, de um lado, à Municipalidade, como às demais pessoas administrativas, não é vedada a atividade mercantil (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. II, 2 ed. Rio de Janeiro, 1933, n.º 125 e 127, p. 101 e seguintes; Russel, *Curso de direito comercial brasileiro*, t. I, 2 ed., Rio de Janeiro, 1928, n.º 155, p. 107 e 108; Vampré, *Tratado elementar de direito comercial*, Rio de Janeiro, s.d., t. I, § 26, IV, p. 114 e 115; etc); e, de outro lado, o propósito que àquela, a moveu a criar o novo sistema, teria a necessidade de substituir o regime, então existente, de fornecimento, "adotando-se outro mais compatível com o desenvolvimento da cidade" (Considerando o Decreto n.º 289 citado), no que se encerra, fora de dúvida, o interesse público (conforme Giorgi, *La Dottrina delle persone giuridiche*, t. II, Firenze, 1891, n.º 97, p. 235 e 236).

Na criação do sistema que resolveu instituir, de fornecimento de gasolina e óleo, a Prefeitura desdobrou em duas linhas de penetração a ingerência da Municipalidade na órbita da iniciativa privada. De um lado, regulou a iniciativa privada, de sorte a coordená-la com o sistema a instituir. É o que os norte-americanos chamam o controle legal: "*in legal method of control the government lays down rules of conduct which business must follow, and then provides for the enforcement of these rules*" (Ford P. Hall, *Government and business*, New York — London, 1939, p. 39). De outro lado, entrou diretamente em concorrência com os particulares, no mesmo gênero de atividade, utilizando os bens de propriedade do Município, como base espacial para a implantação de seu sistema próprio de fornecimento. É o que os norte-americanos chamam *control through government ownership* (Ford P. Hall, obra citada, p. 50).

Quando, portanto, o Regulamento Municipal (Expedido com o Decreto n.º 289 citado), alude a "locação do espaço ocupado", estipulando-lhe como renda "uma importância anual fixa de dois contos de réis (Rs. 2.000\$000), bem como mensalmente... de vinte (20) a quarenta (40) réis, respectivamente, por litro de óleo e gasolina vendido (art. 5, Regulamento citado), do que se trata, evidentemente-

te, não é uma simples locação de imóvel, feita pela Prefeitura ao particular. O que a Prefeitura arrenda, no caso, não é meramente o solo municipal; é, principalmente, a exploração do fornecimento de gasolina e óleo, segundo o sistema criado pela Prefeitura. E tanto é assim que, a par de uma retribuição fixa, módica na quotidade, e assemelhável ao *solarium* romano (conforme Lucci *Del Diritto di superfficie*, Napoli-Torino, 1927, p. 19), a Municipalidade arrecada, pelo mesmo título, uma participação mensal na receita bruta, resultante do fornecimento mesmo.

Nem a expressão 'locação' briga com esse conceito da relação jurídica, a estabelecer-se, com tal endereço, entre a Municipalidade e o particular. *Conductores, ad instar da locatio conductio*, eram os publicanos ou contratadores de impostos no direito romano (*Digesto*, lib. XXXIX, tit. IV, de publicanis, fr. 12, § 3). "arrendatários das Rendas Reais", no nosso velho direito (Almeida e Souza, *Tractado práctico do processo executivo summario*, Lisboa, 1817, § 105, p. 89).

A qualificar, porém, contrato de tal natureza como locação, seria de incluí-lo sob a rubrica da *censoria locatio* romana, na qual, igualmente, mais que o solo, o que se arrendava era o direito a fruir a retribuição, devida pelos que se encontravam na posse e exploração do solo mesmo (conforme G. Humbert, *Dictionnaire des antiquités grecques et latines* (de Daremberg et Saglio), Paris, s.d., t. I, parte II, verb. *censoria locatio*, p. 1001). Aqui, também, o que se arrenda não é somente o solo, mas, principalmente, o proveito da exploração do fornecimento de gasolina e óleo, segundo o sistema instituído pela Prefeitura.

Trata-se, na verdade, de uma transferência, feita pela Prefeitura ao particular, de um tipo de atividade, incumbido, pela criação do novo sistema de fornecimento, à iniciativa municipal em concorrência com a iniciativa privada. Não se trata, sem embargo, de um serviço público. Vender gasolina e óleo, a varejo não constitui atividade, suscetível de caracterizar-se como serviço público, ao menos entre nós (conforme Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3 ed., Berlin, 1931, § 23, p. 526).

A relação, de que se cuida, não se purifica, pois, à que deflui da concessão de serviço público. O contrato que a estabelece, deve, entretanto, parece-nos, classificar-se como contrato de direito administrativo. Por esse contrato, a Municipalidade transfere ao particular o exercício de uma atividade, a qual, embora mercantil, nem por isso torna mercantil a pessoa administrativa que resolveu exercitá-la (conforme La Torre, *Elementi di diritto amministrativo*, t. III, Padova, 1937, p. 79 e seguintes Lentini, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1939, t. I, n.º 5, p. 16; etc.), nem qualifica como mercantil a mesma resolução que conduz ao seu exercício (Cino Vita, *Diritto amministrativo*, Torino 1937, t. I, n.º 72, p. 279).

Ora, se a pessoa administrativa não se desnatura, comercializando-se, pelo exercício de atividade mercantil; se o ato legislativo ou administrativo, pelo qual essa atividade foi determinada ou autorizada não se transforma *eo ipso* em ato de comércio antes conserva

a sua natureza publicística, visto é, e claramente visto, que a transferência pura e simples dessa iniciativa ao particular há de caber também nos lindes do direito público, nomeadamente do direito administrativo. De uma parte, a pessoa administrativa não se modifica em sua natureza pelo exercício de atividade mercantil. De outra parte, objeto da resolução que lhe determina ou autoriza essa atividade, é meramente o criar-lhe aos órgãos executivos, a competência, de que, aliás, careceriam para tais matérias. Objeto, enfim, do contrato, pelo qual a iniciativa se transfere ao particular, não mais é, à sua vez, senão a realização, legalmente prevista, de uma das virtualidades daquela competência, a saber, a virtualidade de exaurirem-na, em cada caso, os órgãos executivos, *primo actu*, sem executar-lhe o conteúdo, pela transferência, precisamente, da iniciativa ao particular. Trata-se, assim, nas duas hipóteses, de atos jurídicos de uma pessoa administrativa, cujos efeitos se concretizam pela prestação de fatos, que inequivocamente reparam o exercício de atividade administrativa *qua talis*: ali, a criação de uma competência; aqui, a exaustão dela *in hypothesi*, sem execução de seu conteúdo, pela transferência da iniciativa ao particular. Mais não é preciso pôr, a fim de que contratos de tal natureza hajam de connumerar-se entre os contratos de Direito Administrativo (conforme o nosso *Os contratos do Estado e o direito administrativo*, Justiça, t. XXII, Porto Alegre, 1943, p. 5 e seguintes).

Não mudamos de opinião acerca do conceito e natureza do contrato, de que se cuida. Manifesta é a afinidade de sua estrutura com o arrendamento (*affermage*) das taxas municipais de ocupação de bancas (*stalles*) nas *halles* e nos mercados públicos franceses (conforme G. Péquignot, *Des Contrats administratifs*, Paris, 1954, *Les Contrats de l'administration*, n.º 79, p. 14), sublinhada essa afinidade pela circunstância de que aquelas taxas, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, podem ser proporcionais ao valor da mercadoria vendida (De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, n.º 1531, p. 789).

A situação jurídica que se nos depara *in hypothesi*, reproduz o *agrum fruendum locare* da antiga *ensoria locatio* (G. Humbert, *loc. cit.*), ou seja, revela-se análoga ao arrendamento de rendas públicas do direito romano, delineada, pois, segundo a estruturação publicística dessa *ensoria locatio*, pela qual a locação do direito privado vem, afinal, a modelar-se, — “*die das Muster auch der privatrechtlichen geworden ist*”, na expressão de Mommsen (*Römisches Staatsrecht*, t. I, parte I, Leipzig, 1887, nota 1, p. 458). Como locação, o arrendamento das rendas públicas entende-se que configura um *locatio rei* (Mommsen, obra citada, t. I, parte I, p. 441), dela gerando-se, porém, uma relação publicística, inteiramente alheia ao direito privado (Kasser, *Römisches Privatrecht*, t. I, München, 1955, § 132-2, nota 19, p. 472), sem embargo de que sobre as múltiplas figuras de *ensoria locatio* (conforme Jors, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, Berlin, 1949, § 146, nota 5, p. 237; Sohm, Witteis, Wenger, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1949, § 71, nota 15, p. 433; Kasser, obra citada, t. I, § 132-2, p. 471), veio a formar-se a concepção unitária do contrato de locação, segundo o direito privado romano. Matéria de locação é, nessa espécie, e fruição, —

'frui' é o termo, pelo qual o arrendamento de rendas se caracteriza (Mommssen, obra citada, t. I, parte I, nota 1, p. 441), — a fruição das rendas, objeto da locação, as quais, a seu turno, representam retribuição da fruição direta da coisa rentável, corpórea ou incorpórea, singular ou coletiva.

No caso vertente, coisa rentável é o serviço de fornecimento, a varejo, de gasolina e óleo, criado pela Municipalidade, enquanto asentado e operante sobre solo municipal. O que a Municipalidade arrenda são as rendas desse serviço, — e, aqui, a discrepância de pormenor com a "*affermage des taxes d'occupation des halles et marchés*", — conjuntamente com o próprio solo municipal, sobre o qual as unidades operativas do serviço se prevê que sejam instaladas para funcionamento. A exploração do serviço criado pela Municipalidade supõe a utilização de solo municipal. A Municipalidade, conseqüentemente, arrenda o solo municipal, indispensável à exploração do serviço, e arrenda, do mesmo passo, por igual, as rendas deste, que somente a ela, à Municipalidade mesma, como criadora do serviço e senhora do solo, por isso mesmo, primariamente caberiam.

A figura jurídica correspondente é, no direito pátrio, a do arrendamento. Ao arrendamento de rendas reais, somente cláusula legislativa especial impede se aplique incondicionalmente a regra da remissão da pensão, à ocorrência de caso fortuito (Mendes de Castro, *Practica Lusitana*, Conimbricae, 1680, t. II, lib. IV, cap. 8, n.º 40, p. 226; Macedo, *Decisiones*, Conimbricae, 173, dec. 86, p. 284 e seguintes; Almeida e Souza, obra citada, Dissertação em apêndice, § 1.º, p. 175, § 87, p. 249). Aplica-se-lhe, igualmente, com limitações de feição excepcional, a regra de que o direito do arrendatário contra terceiros finda, findo o prazo do contrato (Almeida e Souza, obra citada, § 119, p. 97). Enfim, a arrendatário de rendas não se reputa investido, nessa qualidade, de dignidade pública, ou poder estatal; ao contrário, o nobre, como tal, nos casos de prisão, gozava, quanto às causas cíveis, do benefício da menagem, salvo, porém, se fosse arrendatário de rendas reais, — "*nisi ipse fuerit conductor tributorum regis*" (Mendes de Castro, obra citada, t. I., lib. V, cap. 1, n.º 18 p. 172). Por isso mesmo, enumerando os privilégios da Fazenda Real, que as leis pátrias haviam como concedidos aos arrendatários das rendas reais, Almeida e Souza acrescenta: "confesso que não sei discorrer como a estes rendeiros se possam comunicar os mais favores da Fazenda Real...; não é pouco comunicarem-se-lhes os privilégios e favores, que lhes tenho sustentado" (obra citada, § 107, nota, p. 90 e 91). Como arrendamento, refere-se, aos contratos sobre rendas públicas, Teixeira de Freitas (*Consolidação das leis civis*, 3 ed., Rio de Janeiro, 1876, nota 11 ao art. 657, p. 439; art. 1276, p. 745), e aos arrendatários de rendas públicas, aludem, pela tradicional designação de 'rendeiros' ou 'contradores de rendas', não só o Decreto n.º 169 A, de 19 de janeiro de 1890 (art. 3, § 1), como o nosso mesmo *Código Civil* (art. 827, V).

Descabe, entre nós, portanto, diante desta uniforme tradição, a opinião recente que intenta descobrir, nos contratos dessa natureza, a figura da concessão de serviço público (conforme Santi Roma-

no, *Princípio di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, n.º 162, p. 195; Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, 1926, p. 500; etc).

Se de arrendamento se trata, entretanto não poderia ter o Prefeito no caso, aceito a proposta, ou oferta, da co-contratante para alteração do contrato vigente. Nem poderia, de resto, o Prefeito, aceitá-la, quaisquer que fossem as circunstâncias. Na verdade, em se tratando de arrendamento de bens municipais, a competência para decretá-lo é da Câmara de Vereadores, e não do Prefeito. Lê-se no art. 154 da *Constituição do Estado*: "São atribuições da Câmara Municipal... (VII) decretar, pelo voto da maioria dos vereadores, o arrendamento, o aforamento ou a venda de próprios municipais". A essa disposição da Constituição do Estado, corresponde a do art. 32, VI, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, em termos idênticos.

Decretar, significa que a Câmara de Vereadores, e não o Prefeito, embora com a sanção deste (art. 32, Lei Orgânica do Município de Porto Alegre) declarará, prevalente e decisivamente, naquelas matérias, a vontade da Municipalidade. Com essa acepção, a expressão depara-se nos artigos 8.º, 9.º, 10, 15, 19, 21, 28 II.ª, 87 XIII da *Constituição Federal* e 6.º, 7.º, 12, 13, 46, XXI, 87, XIII, da *Constituição do Estado*. A denominação 'decreto legislativo' aplica-se, de resto, precisamente, às declarações de vontade sem conteúdo normativo, — "medidas de caráter administrativo ou político, de interesse individual e transitório" (art. 40, Decreto n.º 3191, de 7 de janeiro de 1891).

Vinha-lhes, às Câmaras Municipais, essa competência do art. 44 da Lei de 1.º de outubro de 1828, no qual se explicita que "estes contratos poderão as Câmaras celebrar por deliberação sua". Salva a competência da Assembléia Legislativa Provincial. (art. 10, § 5, Ato Adicional), estendia-se, nesse endereço, a competência das Câmaras, de acordo com a tradição (conforme Borge Carneiro, *Direito civil de Portugal*, Lisboa, 1867, t. III, § 316, p. 260 e 261), virtualmente ao menos, ao arrendamento das rendas Municipais (conforme Lafayette, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, 1877, t. II, § 203, n.º 5, p. 139 e 140). A *Constituição do Estado*, na organização manteve às Câmaras essa competência tradicional.

De passagem, ocorre elucidar-se que "próprios municipais" são todos os bens, de propriedade ou do patrimônio da Municipalidade, por oposição aos antigos baldios ou maninhos, característicos do município lusitano, de co-propriedade dos "moradores ou munícipes de cada povoação" (conforme Teixeira de Freitas, obra citada, art. 61 e nota 39, p. 68). Inteiramente alheia à noção de próprios municipais, é a conceituação de próprios nacionais. Nessa expressão, podem compreender-se, igualmente, todos os bens, de propriedade ou do patrimônio da Nação (Pereira do Rego, *Elementos de direito administrativo brasileiro*, Recife, 1860, § 261, p. 208). Distinguindo-os, porém, dos bens que pertencem à Nação, somente porque é nação soberana e independente", chama-se "próprios nacionais", "especialmente aos bens de raiz... que a Fazenda Nacional adquire por diferentes títulos, em virtude de lei ou de contra-

to" (Pereira do Rego, obra citada). Próprios municipais, ao revés, são todos os bens, de propriedade da Municipalidade, isto é, os que (lhe) constituem o patrimônio, com objeto de direito pessoal ou real" (art. 66, III, *Código Civil*).

A competência da Câmara de Vereadores, para decretar o arrendamento de bens municipais, corpóreos ou incorpóreos, singulares ou coletivos, além de requerer a sanção do Prefeito (art. 32, Lei Orgânica do Município de Porto Alegre), ato colegislativo, não exclui a redução ulterior do contrato, pelo Prefeito, a instrumento público ou particular (art. 158, VII, *Constituição do Estado*; art. 64, VII, Lei Orgânica do Município de Porto Alegre). Ao Prefeito não competirá, porém, declarar novamente a vontade da Municipalidade, senão documentar a declaração anterior de vontade, de competência da Câmara, e o contrato, daquela declaração resultante. A declaração de vontade, — observa egregiamente Emílio Betti, — é essencialmente um evento psíquico, ao passo que a documentação, um evento físico, destinado tão-somente a fixar, de modo permanente, a representação verbal ou figurativa do evento psíquico (*Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, n.º 13, p. 89). Solução análoga, menos justa, contudo, é a segundo a qual "*la stipulazione formale del contratto coincide sostanzialmente, in tal caso, con quel fenomeno che nel diritto privato è indicato con il nome di riproduzione del negozio giuridico, e cioè di nuova dichiarazione di volontà emessa dagli stessi soggetti e che ha la stessa natura ed il medesimo contenuto della dichiarazione precedente*" (Cianflone, *L'Appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950 n.º 231, p. 282 e 283).

A documentação, enquanto fase distinta da declaração da vontade, depara-se-nos nitidamente definida, quanto à *stipulatio* romana, — acordo de vontades puramente oral, válido, ainda que celebrado sem testemunhas, mas, sem embargo, desde os primeiros tempos da República, reduzido posteriormente a escrito (Schulz, *Classical Roman law*, Oxford, 1951, n.º 807, pag. 475).

Quanto aos contratos solenes, porém, a Câmara e não o Prefeito, antes de consumada a documentação deles, poderá arrepender-se, salva as limitações legais, "ressarcindo... as perdas e danos resultantes do arrependimento" sem prejuízo do prescrito acerca das arras (art. 1088, *Código Civil*). Fora dessa hipótese, o contratante da Municipalidade terá indubitamente direito à documentação do contrato, concluído por manifestação originária da Câmara de Vereadores, — direito tão líquido e certo como o direito do acionista, perante a sociedade anônima, à entrega dos títulos ou certificados a serem emitidos pela sociedade, correspondentes às ações de propriedade dele (conforme Wieland, *Handelsrecht*, t. II, Die Kapitalgesellschaften, München M. Leipzig, 1931, p. 194), pelos quais se documentem a sua qualidade jurídica e os seus direitos como acionista (conforme J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2 ed. VIII, n.º 1051, p. 412).

Diante do exposto, passamos a responder às questões formuladas.

À primeira. Sim, pelos motivos aduzidos na exposição prece-

dente e nos termos desta. A resolução legislativa, aprovando a alteração contratual proposta, declarou ser perfeita e acabada a vontade da Municipalidade a respeito. A autorização ao Prefeito para assinatura do instrumento correspondente toca tão somente à documentação do contrato.

À segunda. Não. "*Neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit*" (*Digesto*, lib. XXXIX, tit. I, fr. 5, § 5). Devem ser ressalvadas, entretanto, as conseqüências jurídicas do fato, alheias à influência da culpa.

À terceira. Não, pelos motivos aduzidos na exposição precedente. A ação cabível, endereçar-se-ia a alcançar a documentação do contrato celebrado, nos termos da exposição.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de agosto de 1958.

Concorrência pública

— natureza jurídica

Em termos empíricos, pela concorrência pública pretende a administração, eleger o co-contratante e fixar *in hypothesi* o conteúdo de contrato determinado, que, *in thesi*, já deliberara celebrar. Em termos jurídicos, com a concorrência pública, formula, a administração, um convite público a propostas de contrato ou, seja, uma *invitatio ad offerendum*.

Não suscita, o convite público a propostas de contrato, a obrigação de contratar. Voet (J.) negava já se criasse, para alguém, a obrigação de vender, — "*etiamsi forte res suas tanquam venales jam proscriptisset*" *Commentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1775, ad lib. XVIII, tit. I, n.º 3, p. 440). "Os indivíduos — advertiu Planiol — que estacionam em lugares nos quais, segundo o uso, se vêem obrigados a contratar criados ou operários, não fazem a ninguém oferta precisa e se reservam plena liberdade de escolher a parte com a qual tratarão" (*Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1926, n.º 971, p. 352). Reversamente, como observou Pontes de Miranda, quem anuncia "querer uma criada" não está obrigado a contratar com qualquer das candidatas que se apresentarem, ainda que responda às condições acaso indicadas no anúncio (*Da Promessa de recompensa*, n.º 57, *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, t. XVI, p. II, *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, t. XVI, p. II, Rio de Janeiro, 1927, p. 156). Analogamente, uma empresa industrial que solicita propostas para o levantamento de um empréstimo não está obrigada a perdas e danos pelo fato de haver recusado qualquer das que lhe tenham sido apresentadas (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2 ed., t. VI, p. I, Rio de Janeiro, 1934, n.º 550, nota 2, p. 466 e 467).