

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 proscrisisset*" *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 vêm 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).

Da peculiar natureza jurídica da concorrência pública, como *invitatio ad offerendum*, resulta que pudesse Gaston Jèze haver asseverado reduzir-se, ela, substancialmente, a um fato, a um fato preparatório do contrato (*Revue de droit public*, t. XXIII, Paris, 1906, p. 672). Mais nitidamente definiu, porém, Pequignot a feição jurídica da concorrência pública, como *invitatio ad offerendum*, com a qual se alcança " pôr em presença da administração a empresa que lhe ofereça condições mais favoráveis", a fim de que, com ela, a administração contraça, "se perseverar (esta) em sua intenção de contratar" (*Des Contrats administratifs*, Paris, 1954, *Conclusion des contrats de l'administration*, n.º 172, p. 20). O acesso à concorrência pública é, fora de dúvida, quando menos, uma oferta de preços (De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. I, n.º 283, p. 287).

A *invitatio ad offerendum* não é, entretanto, predominantemente, um fato, ou um procedimento técnico. Não é, como pensou Neumond, o conteúdo normal da oferta ao público, por oposição às ofertas *ad incertam personam* (*Der Automat, Archiv für die civilistische Praxis*, t. 89 Freiburg i. B., 1899, p. 182), senão, simplesmente, "impulso para a conclusão do contrato" (Cosack, *Lehrbuch de deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Jena, 1903, § 58, p. 173), "comunicação de vontade", "ato jurídico *stricto sensu*" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 235, n.º 10, p. 471); e, quando obrigatória, por lei ou convenção, *conditio sine qua* da eficácia de contrato que venha a seguir-se-lhe. Tal é, hoje, por exemplo, entre nós, o efeito da *invitatio ad offerendum, ad certam personam* (art. 313, *Código de Processo Civil*), quando decorrência obrigatória do pacto de preferência, no contrato de compra e venda (art. 1149, *Código Civil*), e de *invitatio ad offerendum* se cuida, já que antes, ao menos, de exercida a prelação, ao vendedor, anuindo o comprador, é lícito desistir da venda (Kayser, *Vorkaufrecht, Holtzendorff's Rechtslexikon*, t. III, Leipzig, 1881, p. 1173). Na verdade, a ordem jurídica não se manifesta, apenas, quando já envolvida em direitos formalmente concretos, senão também já quando algo de jurídico emerge, capaz de influenciar sobre a formação futura de um direito (Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlim, 1906, p. 152).

O procedimento jurídico em que a concorrência pública consiste, conseqüentemente, ou será regulado, precisa e minuciosamente pelo direito administrativo, ou se este o não regular, ou no em que o regular, há de regular-se pela normação jurídica concernente à *invitatio ad offerendum*, de que a mesma concorrência pública é expressa. Aplicar-se-ão, portanto, à formação dos contratos administrativos, mediante concorrência pública, — salva regra específica de direito administrativo, — os princípios jurídicos, reguladores da formação dos contratos em geral. De modo particular, aplicar-se-ão à formação dos contratos administrativos, mediante concorrência pública, as regras jurídicas, pertinentes à formação dos contratos entre ausentes. A esse ensejo, a administração pública, de feito, só criar-se, a si própria, embora presente a posição do ausente, — anomalia que, se é aqui legal e regulamentar, poderia ser, aliás, convencional (E. Brodmann die Handelsgeschäfte, *Allgemeine Grundsät-*

ze Ehrenberg's *Handbuch des gesamten Handelrechts*, t. IV, p. II, Leipzig, 1918, § 3, p. 14). A recepção das propostas opera-se, quase universalmente, pelo ministério, — *ministerium tantummodo* (*Digesto*, lib. XIII, tit. V, de pecunia constituta, fr. 15), — de um anúncio, servidor, ou *litterarum minister*, que é a comissão ou autoridade designada para presidir à concorrência, e a essa, tocará inteirar o órgão competente do conteúdo das propostas, previamente classificadas segundo a gradação aritmética dos preços oferecidos.

Nos contratos entre ausentes, dois momentos são de importância capital: (a) o da emissão da proposta, a partir do qual se torna, esta, obrigatória (art. 1080, *Código Civil*); e (b) o da recepção da proposta, a contar do qual se torna, esta, irratável (art. 1081, IV, *Código Civil*). Completa-se a emissão da proposta, quando o proponente se tem despojado ou separado dela, para que chegue ao destinatário: "*elle est réalisée dès que l'expéditeur a mis en oeuvre le procédé de transmission choisi par lui, en se dessaisissant de la déclaration*"; compete-se a recepção da proposta, quando perfeito e acabado o processo, pelo qual a proposta há de ser colocada em poder do destinatário: "*la réception est la conclusion définitive, si l'on peut dire, des procédés choisis par l'expéditeur*" (Saleilles, de *La Déclaration de volonté*, Paris, 1929, n.º 14, p. 128; n.º 10, p. 125). Quando um nuncio, ou servidor, é utilizado, *ex parte accipientis*, a recepção somente se completa com a entrega, àquele, da proposta, oral ou escrita (conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro, 1954, 313, n.º 7, p. 267).

Pode, certo, estabelecer a lei que a proposta de contrato seja irratável desde a emissão. Regra jurídica específica assim dispõe, *exempli gratia*, na França, acerca das propostas de contrato emitidas com endereço a concorrência pública (De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. I, n.º 283, p. 287; Georgin, *Cours de droit administratif*, t. III, Paris, 1952, p. 261; Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 226). Na ausência, porém, de regra jurídica, especial, somente a recepção da proposta a torna irratável. Assim, a Corte Suprema do Uruguai, a 4 de abril de 1914, decidiu, a respeito, que "*todo concurrente a una licitación tiene perfecto derecho a la inalterabilidad de las propuestas de los demás, una vez que se ha procedido a su presentación y apertura*" (Sayagues Laso, *La Licitación pública*, Montevideo, 1940, n.º 95, nota 2, p. 137), sinalando, expressivamente, o complemento da recepção, através da abertura, da perceptibilidade do conteúdo das propostas. Na Itália, tradicionalmente, também somente a ocasião de completar-se a recepção das propostas, ou, seja, a *apertura dell'asta*, do contraste competitivo, é que as propostas apresentadas ou enviadas se reputam irratáveis: *l'apertura dell'asta, segna un momento importante nella procedura d'incanto, poichè, dopo la relativa dichiarazione, le offerte mandate o presentate non possono essere più ritirate*" (Cianflone, *L'Appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, n.º 199, p. 252; conforme Cuneo, *Appalti di opere pubbliche*, Milano, 1914, n.º 37, p. 59).

Regem, entre nós, a concorrência pública, além de disposições especiais esparsas (e. g., o Decreto n.º 41.019, de 26 de feverei-

ro de 1957. Art. 73 e seguintes), o *Código de Contabilidade da União* (Decreto Legislativo nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922) e o *Regulamento Geral de Contabilidade Pública* (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922), ambos aplicáveis, nesse particular, à administração do Rio Grande do Sul, por força do art. 42 do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, anexo à *Constituição Estadual*. Nessa disposição constitucional transitória, prescreve-se observe a administração estadual as normas jurídicas que disciplinam a contabilidade pública da União "quanto... à realização das despesas". À sua vez, o *Código de Contabilidade da União* (art. 49) determina que "ao empenho da despesa deverá preceder contrato, mediante concorrência pública, ... para fornecimentos, embora parcelados, custeados por créditos superiores a Cr\$ 5.000,00" e "para execução de quaisquer obras públicas de valor superior a Cr\$ 10.000,00", regulando, ao demais (arts. 50 e 51), o procedimento administrativo em que a concorrência pública há de consistir.

A disciplina jurídica da concorrência pública, entre nós, caracterizando-a, embora, e inequivocamente, como *invitatio ad offerendum*, limita, entretanto, a liberdade de contratar da administração, quando se utilize, ela, desse procedimento jurídico: (a) não lhe permitindo, efetuada a concorrência, desistir do contrato, *in thesi* deliberado, senão suposta justa causa, expressa em ato motivado (art. 51, § 4, *Código de Contabilidade da União*; art. 740, *R. G. C. P.*), quer se trate de desistência, definitiva, quer se cuide tão somente de desistência à oportunidade (art. 755, *R. G. C. P.*); (b) não lhe permitindo outra escolha, dentre os concorrentes, salvas razões de preferência especial *ab initio* anunciadas (art. 755, *R. G. C. P.*), senão a resultante do confronto entre os preços oferecidos (art. 743, *R. G. C. P.*). Não obrigando, porém, a administração a contratar, ainda que lhe reclame a motivação dessa decisão, e justa causa para tanto, a disciplina jurídica da concorrência pública, entre nós, insere-a, fora de dúvida dentro dos lindes característicos da *invitatio ad offerendum*. Justa causa para não contratar é, nesse caso, o interesse público, o mesmo interesse público atendendo ao qual se permite à administração, encerrada a concorrência e celebrado o contrato a que se endereçava, ela, "abster-se de tornar exequível" o mesmo contrato, "embora... regular" (art. 788, *R. G. C. P.*). Trata-se, pois, meramente de limitação ao conceito de *invitatio ad offerendum*, posta pelo direito administrativo, em obediência ao princípio fundamental, segundo o qual "*l'activité des agents publics, l'exercice de leur compétence ne peuvent avoir pour motif déterminant que le bon fonctionnement des services publics*" (Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, 1926, p. 218 e 219). Análoga pela inspiração, a limitação da escolha, dentre os concorrentes, salva preferência especial *ab initio* anunciada, ao só critério do contraste entre os preços oferecidos.

A fim de significar que pode a administração *ex justa causa* desistir do contrato, para celebração do qual abriu concorrência pública, o *Código de Contabilidade da União* — CCP (art. 51, § 4) emprega a expressão "anular qualquer concorrência". Não se faça cabe-

dal dessa expressão, ao propósito de interpretar a disposição legislativa, como se cogitasse, ela, da invalidação da concorrência pública, por defeito jurídico ingênito. O sentido técnico da expressão 'anular', na linguagem jurídica, não é somente esse: anula-se o título cambiário, quando extraviado ou, total ou parcialmente, destruído (art. 36, Decreto legislativo nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908); anula-se o título ao portador, de que o proprietário foi desapossado por motivo estranho à sua vontade (art. 1, Decreto nº 149 B, de 2 de julho de 1893; conforme Tullio Ascarelli, *Teoria geral dos títulos de crédito*, São Paulo, 1943, p. 241). Anular a concorrência pública significa torná-la sem efeito, como anular o título cambiário ou o título ao portador significa, por igual, torná-los sem efeito, — *ex justa causa* certamente, mas, justa causa alheia à ordem jurídica. Com essa mesma acepção metajurídica, de resto, a noção de justa causa depara-se-nos como excludente da mora, na doutrina das obrigações: "*valetudine... aut alia justa ex causa*" (*Digesto*, lib. IV, tit. VIII, de receptis, fr. 23, § 1).

Adotando a estrutura da *invitatio ad offerendum* e a normação dos contratos, por escritos, entre ausentes (art. 748, *R. G. C. P.*), a disciplina jurídica da concorrência pública, em nosso país separa e discrimina a admissão à concorrência, mediante a apresentação ou depósito das propostas e da documentação habilitante correlata, "para poderem os proponentes ser admitidos à concorrência" (art. 745, d, *R. G. C. P.*), e a recepção das propostas propriamente tal (art. 747, *R. G. C. P.*). Somente se opera a recepção das propostas depois da solenemente aberta a concorrência: "no dia e hora estabelecidos no edital de concorrência, a autoridade que a presidir declarará a mesma aberta, e passará a receber as propostas" (art. 747, *R. G. C. P.*). A apresentação das propostas e da documentação habilitante pode ser, porém, consideravelmente anterior à recepção: as propostas podem ser remetidas, através dos Correios (art. 751, *R. G. C. P.*), ou trazidas, com antecedência, à mão dos concorrentes, ou meros portadores, — pelo que se reclama e somente pelo que, se pode reclamar sejam entregues 'lacradas' (art. 748, *R. G. C. P.*), isto é, invioladas, à autoridade que presidir à concorrência. A entrega, pois, de proposta, antes da abertura solene da concorrência (art. 747, *R. G. C. P.*), importa simplesmente o depósito daquela. A recepção somente poderá operar-se depois de aberta solenemente a concorrência.

Nenhum relevo merece, quanto a descaracterizar o simples depósito, a circunstância de que a proposta seja entregue à própria autoridade encarregada de presidir à concorrência, se a entrega se faz antes da abertura solene daquela. O processo de transmissão da proposta, escolhido, querido ou aceito pelo emissor, somente por este pode ser substituído, ou mudado. Saleilles sinalou, ao ensejo: "*ainsi, qu'une lettre cachetée soit confiée à un messenger qui la perde en route, si ce dernier, grâce à la transparence du papier, avait lu le contenu du message et qu'il rapport au destinataire les termes mêmes de la déclaration, il n'y a pas réception; car cette arrivée à destination ne se fait pas par le moyen voulu de l'expéditeur*" (*De La Déclaration de volonté*, Paris, 1929, nº 20, p. 133 e 134). Nem em se tra-

tando de procedimento administrativo poderia ter o mesmo acordo de vontade, a tal respeito, entre o concorrente e a administração, eficácia para tolher a aplicação das disposições legais e regulamentares atinentes, salvo norma permissiva específica (Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, g. III, Paris, 1926, p. 209).

Ao consumir-se a recepção, depois da abertura solene da concorrência (art. 747, *R.G.C.P.*), as propostas apresentadas podem ser retratadas, nos termos do art. 1081, IV, do *Código Civil*. Até esse momento conseqüentemente, podem ser corrigidas, se erros contiverem aditadas ou, por outra forma, modificadas, guardada a forma especial, prescrita para a elaboração e apresentação das propostas originais.

Da exposição que acompanha a consulta infere-se: (a) que a comissão encarregada da concorrência pública de que se cuida acolheu as propostas dos concorrentes, meramente em depósito, pois que as acolheu anteriormente à abertura solene da concorrência; (b) que a abertura solene da concorrência somente ocorreu, depois de verificada a idoneidade dos concorrentes; (c) que, aberta solenemente a concorrência a consulente, em envelope lacrado, tanto que a comissão recusou a recepção (melhor diria: a admissão) de algumas dentre as demais propostas, apresentou complemento à proposta que precedentemente apresentara.

Nada há de anômalo na entrega das propostas pelos concorrentes, em depósito, antes da abertura solene da concorrência (ver acima). À sua vez, a verificação da idoneidade dos concorrentes não é materialmente indispensável que suceda à recepção das propostas; pode antes reputar-se requisito para a só admissão à concorrência (art. 745, d., *R.G.C.P.*). Na elencação do art. 51 do *Código de Contabilidade da União — CCP*, de resto, às reclamações acerca da idoneidade dos concorrentes se alude em parágrafo anterior (§ 2) àquele em que se faz referência à recepção das propostas, propriamente tal: "as propostas serão entregues, lacradas, abertas e lidas, diante de todos os concorrentes". Aberta, porém, solenemente a concorrência, e declarado pela comissão que não deveriam ser 'recebidas' (ou, melhor, admitidas) algumas das demais propostas entregues, a consulente, sem mais detença, apresentou, guardada a forma prescrita, complemento à sua proposta original, usando da faculdade, que lhe cabia, de retratar-se (art. 1081, IV, *Código Civil*), e dela usando antes de se haver consumado a recepção da mesma proposta original. Em tais circunstâncias, o comportamento, à ocasião, da consulente mostra-se, de todo em todo, conforme ao direito.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 8 de dezembro de 1960.