

Concorrência pública

— obrigatoriedade

São aplicáveis à administração do Estado do Rio Grande do Sul "as disposições das leis de contabilidade pública da União, quanto à arrecadação das receitas, à realização das despesas e à responsabilidade no emprego do erário e na guarda dos dinheiros públicos" (art. 42, *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, anexo à *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*).

Inclui-se no *Código de Contabilidade Pública da União — C.C.P.* (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), a disciplina legal da concorrência pública como integrativa do processo ou regime legal da despesa pública (cap. IV; conforme art. 50 e 51 *C.C.P.*). Como parte, pois, do regime federal de realização da despesa, a disciplina jurídica da concorrência pública adotada pela União, aplica-se, fora de toda a dúvida, à administração estadual do Rio Grande do Sul.

A invocada regra constitucional transitória é, na verdade um "preceito em branco", a ser materialmente preenchido pelo ordenamento federal a que remete (Santi Romano, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, § 40, p. 177), remissão, de resto, não incomum nas organizações federativas, a qual, no caso, incorpora, em bloco, toda a regulação federal da matéria, presente ou futura, ao ordenamento jurídico estadual (W. Jellinek, *Gesetz und Gesetzanwendung*, Tübingem, 1913, § 5, p. 95).

À sua vez, advertiu excelentemente Aliomar Baleeiro: "Do ponto de vista financeiro... o fato (da concessão de serviço público) assume caráter de operação de crédito, porque o concessionário adianta os fundos necessários ao investimento e cobra-se deles e dos juros pelo lucros da exploração" (do serviço) (*Uma introdução à ciência das finanças*, Rio de Janeiro, 1955, t. I, nº 98, p. 143). O produto dessa operação de crédito, em favor do Estado, é, porém, diretamente aplicado pelo concessionário à execução do serviço concedido e, (obra citada, I, nº 49 p. 68), não exclui a essência mesma da despesa estatal, que é "o emprego de dinheiro para objetivos públicos" (Aliomar Baleeiro, obra citada, t. I, nº 47, p. 66).

Se, portanto, de conformidade com o *Código de Contabilidade Pública da União — C.C.P.*, "ao empenho da despesa deverá preceder contrato mediante concorrência pública" (art. 49). *a fortiori* a concorrência pública deverá preceder o contrato, quando este envolver despesa *lato sensu* que, por independente do processo da despesa pública, prescindirá de empenho.

A concorrência pública, como antecedente necessário da concessão de serviço público, depara-se-nos já na primeira lei brasileira sobre obras públicas, — a Lei de 29 de agosto de 1928. Prescrevia-se nesta que "aprovado o plano... imediatamente será a sua constru-

ção oferecida a empresários por via de editais públicos e, havendo concorrentes, se dará preferência a quem oferecer maiores vantagens" (art. 5º). Analogamente, dispunha-se na *Constituição rio-grandense, de 1891*: "Nos serviços e obras do Estado, será adotada a concorrência pública, sempre que for possível" (art. 71 § 21). A *Constituição Estadual, de 1935*, manteve a enunciação (art. 126 n.º 30). Diga-se, de passagem, que a cláusula "sempre que for possível" não destrói a vinculatividade do preceito, de vez que a impossibilidade *in hypothesi* da concorrência é fato suscetível de verificação meramente material, que não supõe liberdade ou discricção da administração no apreciá-lo (conforme Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1943, p. 78 e seg.). Com esse conteúdo, o preceito de 1891, incorporado à legislação ordinária do Estado pelo Decreto n.º 2.432, de 14 de julho de 1919 (art. 123), revigorado pelo Decreto n.º 7.340, de 28 de junho de 1938 é, ainda hoje, no Rio Grande do Sul, direito vigente.

A concorrência pública, de outro lado, não encontra obstáculo na acepção de pessoa, no *intuitu personae*, característico da concessão. Rafael Bielsa observou a esse propósito: "*El contrato de concesion se celebra siempre intuitu personae. Bien que las ofertas en la terminología administrativa son licitaciones — se hagan ad incertam personam, em la adjudicación y formalización del contrato, la personalidad del concesionario entra como elemento particular*" (*Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1955, n.º 288, p. 225).

A disciplina federal da concorrência pública, segundo o Código de Contabilidade Pública da União, somente tolera seja ela dispensada, dentre outros casos, "quando não acudirem concorrentes à primeira concorrência" (art. 51, e; art. 246, e; *R. G. C. P.*, Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922. Idêntica é a formulação do artigo 38, g, do Decreto 2.206, de 20 de maio de 1941 (conforme Rubem Rosa, Portaria n.º 85, do Presidente do Tribunal de Contas da União, n.º 12, *Direito*, v, XVI, p. 108). Diverge nesse aspecto, o nosso direito positivo de outros direitos estrangeiros (conforme Réguirot, *Des Contrats administratifs*, Paris, 1954, *Conclusion des contrats administratifs*, n.º 157, p. 18 e 19; Sayagues Laso, *La Licitación pública*, Montevideo, 1940, n.º 62, p. 83), não considerando como fundamento para dispensa da concorrência pública, a inaceitabilidade ou a rejeição das propostas, acaso apresentadas, senão e, exclusivamente, o não-aparecimento de concorrentes à primeira concorrência.

O não-aparecimento de concorrentes à primeira concorrência torna, segundo o direito, dispensável nova concorrência para celebração do contrato em perspectiva. Resolvendo, entretanto, a administração abrir segunda concorrência e, a esta, acudindo concorrentes, não mais lhe é lícito, rejeitadas todas as propostas da segunda concorrência, ter-se como dispensada de mais outra concorrência para a conclusão do contrato a celebrar.

A segunda concorrência, de si, dispensável, vale, já então, como primeira (e tendo suscitado concorrentes), de vez que, não-obrigatória, envolve inequivocamente a repetição voluntária, ainda

que, talvez, em condições diversas, do anterior procedimento frustrado, assim reputado por nenhum. Se alguma relevância jurídica *in futuro* tem a concorrência pública, a que não acodem concorrentes, é precisamente a de dispensar segunda concorrência para a celebração do contrato. Ao abrir segunda concorrência a administração pública desconhece-lhe esse só efeito prospectivo: tem-na, de conseguinte, por inexistente.

Não parece, pois, juridicamente admissível que o Estado do Rio Grande do Sul:

a. outorgue concessão de serviço público independente de concorrência pública;

b. que esta se haja por dispensada quando, realizadas duas concorrências sucessivas para tal fim, somente à primeira não tenham acudido concorrentes, posto rejeitadas todas as propostas suscitadas pelo segundo chamamento.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Contas correntes

— prescrição

Contém no art. 445 do *Código Comercial*, enquanto se refere a contas correntes, uma enunciação restritiva, que lhe limita a aplicabilidade: é a alusão a "contas correntes dadas e aceitas".

É essa uma verdadeira condição, a que se subordina a aplicação do dispositivo.

Assim o diz o Acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal de 9 de novembro de 1916, *in verbis*: "A prescrição invocada, a do art. 445 do *Código Comercial*, não se operou, porque a conta ajuizada não foi aceita pelo correntista devedor... condição exigida pelo referido artigo para a prescrição de quatro anos..." (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, t. LXIX, p.86 e 87).

Assim o diz, também, o Acórdão de 12 de janeiro de 1917 do Superior Tribunal do Estado, relatado pelo desembargador André da Rocha: — "A condição de ter sido 'dada e aceita' a conta, para se tornar prescritível no prazo de quatro anos, realizou-se indubitavelmente." (André da Rocha, *Pareceres e decisões*, p. 502).

Trata-se, na realidade, de uma verdadeira *conditio juris*, de uma das tantas condições estabelecidas pelo Direito, sem o preenchimento das quais, assim como nenhuma manifestação da vontade pode vir a constituir ato jurídico (Hölder, *Pandekten*, § 47, *in fine*), nenhum evento ou fato pode vir a produzir efeito jurídico.