

DOCTRINA

Natureza jurídica da concorrência pública

FERNANDO MENDES DE ALMEIDA

Noção elementar

INICIANDO o presente estudo em que se procurará saber da natureza jurídica da concorrência pública, cumpre-nos, antes de tudo, formular uma noção desse instituto de direito administrativo.

Procedimento preparatório pelo qual o Estado seleciona o particular que com ele queira e possa contratar, a concorrência pública busca sempre a realização de um serviço, para o poder público, por quem não só apresente vantagens mas o máximo de idoneidade que a incumbência requer.

A concorrência pública é um instituto que precede a certos contratos, e, como tal, se tem como providência indispensável (1). Estendê-la a grande parte dos contratos que se celebrem com o Estado é exagerar o seu fim por desconhecer sua causa. Cumpre, portanto, ter em vista que a razão de ser da instituição está na pressuposição de que, como medida de moralidade, ela é meio hábil de obter o melhor de quem seja apto e assim bem servir aos utentes dos serviços, ou seja, o público (2).

A concorrência pública é um procedimento preparatório. Procedimento, por constar de uma série de atos conexos e dirigidos a um fim comum; preparatório, por visar a realização de um contrato, que é o seu fim.

A lei, especificando os casos em que a sua obrigatoriedade é expressamente imposta à administração pública, estabelece uma vinculação e não deixa livre ao Estado fazê-la ou não a fazer. Destarte, a concorrência pública é um procedimento administrativo vinculado. Procedimento, por

constar de uma série de atos conexos e dirigidos dirigidos a um fim comum: administrativo, por ser um procedimento da administração pública; vinculado, em oposição ao discriminário, porque naquele não há alternativa e neste há, entre fazê-la ou não a fazer (3).

A prescrição legal impositiva do instituto parte do pressuposto de que êle atende à moralidade da escolha de candidatos para convenções especiais com o Estado. Por isso, não é válido o negócio feito, independentemente de concorrência pública, quando esta é exigida. Mais claramente: a concorrência pública é a condição da validade do negócio que ela precede (4).

Ora, quando um negócio é condicionado a outro ato ou a procedimento, êste ou aquêle tem, em relação ao mesmo, função integradora. O negócio, portanto, não tem fisionomia autônoma, para os efeitos legais, se realizado independentemente de concorrência pública, pois, toma a feição de um ato complexo (5).

Elementos gerais de concorrência pública

O instituto da concorrência pública pode ser considerado como um todo, ou como uma série de

(3) Cf. MICHOUÏ: "Le pouvoir discretionnaire", pgs. 18 e sgs.

(4) O vocábulo *condição*, no texto, segue o critério objetivo e não o subjetivo. Como tal é uma cláusula acessória da declaração da vontade e não evento futuro e incerto.

(5) Discutem os escritores sobre se os atos de que depende um ato complexo o integram simplesmente ou constituem *condição resolutive da sua ineficácia* (Cf. ZANOBINI: "Corso di Diritto Administrativo", I, pgs. 293-297, onde cita copiosa bibliografia respeitante do assunto).

Posta de lado a alta indagação que o assunto provoca, parece claro que, ainda aqui, a palavra *condição* está sendo usada no sentido objetivo, isto é, no sentido de acessório da declaração principal da vontade. Em todo caso, a prevalecer a teoria que vê no ato, um integrador da condição, todo ato complexo é de complexidade desigual porque na série dos atos de que depende as vontades são desiguais.

(1) A concorrência pública não se exige apenas para a execução de serviços e obras públicas.

(2) E' evidente o exagêro do art. 80 da lei n.º 2.484, de 1935 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica dos Municípios) ao exigir concorrência pública para o contrato relativo à publicação de leis e atos municipais.

atos preparatórios e conexos tendentes a um fim comum.

No primeiro aspecto, seu elemento imediatamente precedente é a lei que lhe dá a feição de ato vinculado; no segundo, os atos que dela participam variam de espécie a espécie, podendo ser sobretudo: a publicação do edital, a inscrição de candidatos, a recepção da garantia para o contrato futuro e o pregão do vencedor.

Além desse elemento antecedente, existe o mediato que é o princípio de moralidade que leva o legislador a exigir a concorrência pública. O seu exame, nos casos concretos, não interessa ao cumpridor da lei, pois êle deve abrir a concorrência pública, embora reconheça, em dada hipótese, a sua inutilidade como critério moralizador.

Diferente é o significado dos elementos constitutivos. Êstes participam fundamentalmente da concorrência pública. São: os sujeitos e o objeto.

Entre os primeiros, apontam-se: 1) o Estado; 2.º) os inscritos à concorrência pública no prazo estabelecido pelo edital (6).

O objeto da concorrência pública é fazer um contrato, depois de ser verificado que o candidato apresentou propostas mais próximas possíveis das ofertas que o edital contém. Ora, como o fim da concorrência pública é o mesmo, o objeto em tal instituto se confunde com o seu fim.

O elemento subsequente da concorrência pública é a realização do contrato a que ela diz respeito. Por consequência, não passa de mero efeito de que a concorrência vencida é causa eficiente. Mas, visto em conjunto, o contrato é o objeto e é o fim da concorrência.

O contrato que se segue, resulta de alguém haver vencido a concorrência pública, ou seja, resulta de se haver reconhecido que as suas propostas tiveram a mais possível coincidência com as ofertas.

(6) Na concorrência pública, encerrado o prazo para a inscrição, não mais são admitidos a ela os retardatários. Depois do encerramento, há um número certo de candidatos (sujeitos) do qual sairá o sujeito determinado, isto é, o vencedor, em virtude de suas propostas se aproximarem mais das cláusulas constantes do edital. Feito o pregão e comparecendo o vencedor, com o *sinal*, o contrato está fechado.

Do exposto deduz-se que a concorrência pública termina com a determinação do *sujeito*, entre tantos quantos sejam os legalmente inscritos para nela tomar parte.

Nesta altura, é forçoso conhecer a importância do edital, já como meio de publicidade, já como assento dos direitos e obrigações de ambas as partes. Êle é o instrumento da concorrência pública: divulga o prazo para a inscrição, estabelece as condições do negócio e dá outras providências que não devem faltar, para o conhecimento completo do negócio, tanto como satisfação ao público, quanto como orientação dos concorrentes. Visto que nêle também se encontram cláusulas-típicas, deve entender-se que estas valem como cláusulas que vigoram durante a execução do contrato (7).

Solução da concorrência pública

Todo aquêle que, vencendo uma concorrência pública, por atos de que se deduza o seu consentimento, durante o pregão, aceita as cláusulas constantes do edital, adere ao contrato. Em tal momento, surge o ponto originário da convenção: "in idem duorum placitum consensus". Verdade é que a adesão tem como precedente a mais perfeita harmonia entre as ofertas do edital e as propostas do vencedor que, comparecendo ao pregão, anuiu ao contrato a ser proclamado vitorioso na concorrência pública. Que é que tudo isso nos sugere?

Um embate de ofertas e propostas tecnicamente lembra as policitações. Mas, sem dúvida, o instituto que estudamos tem traços análogos aos da figura jurídica do leilão. Neste e na concorrência pública, proponente por proponente merece a atenção de quem deve examinar as propostas. Todavia, enquanto no leilão a coisa é vendida ao licitante que, a juízo do leiloeiro, melhor lanço der, na concorrência pública, nem há coisa por dar, nem se visa o melhor preço, senão a maior con-

(7) De um edital devem constar: a) tôdas as exigências referentes aos requisitos a serem preenchidos pelo futuro contratante, como por ex., as das provas de idoneidade, habilitação profissional, a fiança, a prova de quitação com a Fazenda Pública, que devem ser apresentadas; b) os direitos e obrigações de ambas as partes.

Entre os direitos e obrigações, cumpre distinguir os que, por constarem da lei, dispensam trasladação para as cláusulas (obrigações legais ou imediatamente legais) e as que se vasam em cláusulas-tipo (obrigações convencionais ou mediamente legais). Os primeiros podem ser omitidos e, quando muito, a remissão a êles já é supérflua; os últimos, desde que não sejam contrários à lei, não devem ser omitidos porque estabelecem condições especiais e próprias do contrato a que se reporta a concorrência pública.

formidade com o destino do serviço a ser feito, isto é, a utilidade para o povo.

Como conciliar a figura da concorrência pública com o leilão, se naquela não há lances e se neste, embora os sujeitos sejam indeterminados, eles são em número certo? Imaginaremos que a concorrência pública é um leilão-mudo, e se a metáfora passar, prosseguiremos.

Quanto à natureza jurídica do leilão, há quem possa ver em cada lance um contrato feito com cada licitante condicionado a outro de melhor vantagem, até chegar ao último. Mas, o que parece mais lógico é que o leilão constitui apenas uma sucessão de ofertas e propostas, até atingir a melhor delas, momento em que, se se trata de leilão de imóvel, o licitante vitorioso celebra no local um "pacto de contrahendo" que só é cumprido com a compra da coisa, por escritura pública e traslado de domínio pelo registro, e se se trata de leilão de móvel, o licitante vitorioso realiza diretamente no local a compra da coisa, a qual ou se completa pela tradição posterior ou imediata.

Ora, observe-se que: 1.º) na concorrência pública a conformação das ofertas e propostas não é pública, embora a sua revelação deva ser, e no leilão ela é pública e rápida; 2.º) na concorrência pública, o contrato que dela se segue versa sobre serviços e não sobre coisas. Entretanto, há

um ponto a assinalar, como comum às duas figuras: no leilão de imóveis e na concorrência pública, os vencedores têm, em consequência das duas figuras, uma obrigação pessoal. No leilão de imóvel, a obrigação de fazer se resolve com a assinatura da escritura pública de compra, tal qual ocorre no compromisso de compra e venda; na concorrência pública, a obrigação de fazer se resolve com a assinatura do contrato de que se segue à realização de um serviço por incumbência do Estado.

Conclusão

Os doutos dirão melhor. Da breve comunicação, que esboça um tema realmente tentador concluimos:

1.º que a concorrência pública não é um ato, mas uma sucessão de atos conexos e tendentes a um fim, ou seja procedimento;

2.º) que, como procedimento, ela é vinculada, porque não é lícito à A.F. deixar de fazê-la, quando a lei a exige;

3.º) que, como procedimento antecedente de um contrato, dá a este a feição de ato complexo;

4.º) que a sua consequência é um contrato de adesão, isto é, a anuência a este contrato importa na submissão à possível distribuição desigual de direitos e obrigações entre as partes contratantes.

PARECERES

CARGO PÚBLICO — PROVIMENTO — CONCURSO — INTERINIDADE E EFETIVAÇÃO DOS PROFESSORES DA FACULDADE NACIONAL DE FILOSOFIA

— A inscrição "ex-officio" do interino em concurso não é direito ou privilégio, mas uma obrigação, um ônus imposto por lei, sancionado com a pena de demissão.

— A interinidade não pressupõe capacidade, já que a efetivação fica na dependência de uma comprovação posterior de competência em concurso.

— A presunção de capacidade somente se pode estabelecer por lei especial, derogatória do direito comum.

— Interpretação dos arts. 17 e 273 do E.F.

PARECER

Pelo ofício n.º 1992/45-S/1811, de 6 de junho de 1945, o Sr. Reitor da Universidade do Brasil, levou ao conhecimento do Exmo. Sr. Ministro da Educação e Saúde, a situação criada na Faculdade de Filosofia da Universidade, ao serem preenchidas em caráter definitivo as cadeiras desta última Faculdade, situação que decorre da peculiaridade de certas cadeiras novas no *curriculum* das Faculdades brasileiras.

Para atender a essa situação nomeou o Governo diversos professores em caráter interino, professores que vêm regendo as cadeiras para as quais foram nomeados.

Por aviso n.º 492, de 5-9-45, o Excelentíssimo Senhor Ministro da Educação comunica haver aprovado este parecer.