

**CONCORRÊNCIA PÚBLICA**

**FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**SUMÁRIO: *As fases da concorrência, como procedimento — Natureza jurídica — Opinião doutrinária — Conclusões.***

1) Há tempos, para satisfazer às necessidades de atender a um convite honroso, escrevemos umas tantas linhas que foram remetidas ao Congresso Jurídico Nacional de 1942 e, depois, publicadas sob a forma de plaqueta pela Prefeitura de São Paulo, sob o título de "Natureza Jurídica da Concorrência Pública" (1944), edição do Departamento Jurídico. Foi um trabalho produzido com alguma repentividade e que, por isto, se ressentiu de falhas. Estas não serão ainda removidas aqui, mas sobre o assunto do trabalho citado se darão idéias complementares, com o escopo de preparar-nos para eventual trabalho de fôlego a tal respeito e para não privar quantos se interessam por ele de, adiantando-se, realizá-lo antes de nós.

2) É sabido que, para a realização de certos contratos, em que a livre oferta poderia ensejar operações em que se procurasse dar a amigos vantagens a trôco de desvantagens do Estado, se estabelece um verdadeiro concurso, para o que se prescrevem, anteriormente as condições básicas, a fim de que os interessados, havendo-se como capazes de satisfazê-las, se inscrevam, por propostas sigilosas, dentro de um prazo fatal e, depois, vejam julgarem-se-lhes as ofertas e, em caso de se apresentarem mais próximas das exigências feitas, serem classificados e obterem os contratos. A este procedimento administrativo, que importa uma série de atos e fatos, foi dado o nome de concorrência pública, embora por simplificação tenha sempre sido mais freqüentemente para designar o exame e a classificação das propostas.

3) No nosso modo de ver, a concorrência pública não é um ato, ou dois, apenas. É um procedimento, cuja culminância aparece no ato solucionador da incôgnita, que se traduz, materialmente, na idéia de oferta e procura num grupo restrito de interessados, para evitar a imoralidade administrativa da livre escolha, onde esta seria prejudicial à coisa pública.

4) A concorrência abrange, como procedimento, as seguintes fases: 1.º) Fase de determinação, em que, aparecendo a necessidade de realizar-se um contrato e sendo verificado que, por lei, vinculadora ou discricionária, tem cabimento lógico a concorrência pública, é exarado o despacho que a manda tornar pública e notória, aos eventuais candidatos; 2.º) Fase de publicação, em que é dada ciência aos interessados sobre as características de um contrato e as condições exigidas para virem a celebrá-lo; 3.º) Fase de proposição, em que, cientes das exigências publicadas em edital, as pessoas interessadas no contrato enviam, em invólucros indevassáveis até o termo final do prazo para apresentá-las, as propostas que reputarem mais próximas do constante do edital; 4.º) Fase de apreciação das propostas recebidas, a qual começa, quando encerrado o prazo para a recepção de propostas, indicado claramente nos editais; 5.º) Fase de adjudicação, em que, em decorrência da anterior, são classificados os mais próximos das condições e proclamado, entre eles, o vencedor, que, de então por diante, fica com direito condicionado de realizar o contrato, estando ausente ao ato público da classificação, ou não estando, salvo se o edital expressamente exigir sua comparência àquele ato.

5) Estas observações que acabamos de fazer nos sugerem uma pergunta: Se a classificação chegar ao seu fim e dela emergir a proclamação do vencedor, fica este com um direito? Em tal caso, que direito será? Direito de realizar o contrato, com exclusão dos demais concorrentes, ou apenas um direito em expectativa ("spes debitum iri") de realizar o contrato? Tal direito é renunciável? Sendo renunciável, acarreta a necessidade de fazer-se nova concorrência pública? A todas estas perguntas, respondemos que as soluções devem constar dos editais. Se estes estabelecerem que a vitória investe o vencedor, desde logo, de um direito à feitura do contrato para que se realizou a concorrência pública, não pode a Administração Pública deixar de dar-lhe o contrato, e a sua presença (quando exigida) ou a sua ausência importa adesão a cláusulas; se os editais declararem que a vitória cria expectativa de direito para o vencedor, este só tem o direito violado, quando a outro e não ele, se der a feitura do contrato, ainda que mediante nova concorrência pública, sob a simulação de que a anterior estaria *nula*.

6) Hauriou disse que a concorrência pública é "adjudicação celebrada com publicidade e concorrência" ("Précis de Droit Administratif", pág. 682). Não é possível que nos satisfaçamos com tão pouco. Não é a adjudicação tudo quanto vemos no instituto em tela e sim, apenas uma de suas fases. Ademais, dizer que a adjudicação, como concorrência pública, é revestida de publicidade e concorrência é, em suma, incorrer em tautologia e, ainda, supor que possa haver adjudicação sem publicidade.

7) Le Clerc ("Les Marchés de Fournitures et de Travaux Publics", pág. 64) entende que a concorrência pública é pollicitação, seguida de adesão, dada pela concorrente. É sedutora a teoria, mas inaceitável, porque se propõe exclusivamente a encerrar uma parte, isto é, a parte final do procedimento da concorrência pública. Que há, na parte final da concorrência pública, embate de ofertas e aceitações, por modo tal que lembrem a pollicitação, não há dúvida. Cumpre, entretanto, reconhecer que a pollicitação romana era solene e oral, ao passo que a concorrência pública é espécie de "leilão mudo", restrito aos lances dos que a ela se hajam inscrito regularmente.

8) Outra opinião vem em Rostagno ("Contabilità di Stato", I, 109), que a dá como "período preparatório de um contrato". É bem verdade que, na concorrência pública, há evidente preparação para um contrato. Mas, é preciso reconhecer que seu fim não é o contrato e sim a apuração de um direito líquido de o vir a assiná-lo o vencedor.

9) Foi Jèze, ao que queremos crer, o primeiro a enfrentar o problema aqui pôsto, em longo artigo ("Revue de Droit Public et Science Politique en France et à l'Etranger", 1906, pág. 672 e segs.). Disse ele que todos os contratos celebrados mediante concorrência pública importavam à distinção de duas fases: a) a fase de adjudicação que os precede; b) a fase de contratação que da primeira deflui. A adjudicação — continuou ele — é simples fato, revestido apenas de forma de ato jurídico. Tem o fito de apresentar ao agente público qual o administrado apto para a contratação para que se fez a concorrência pública. De sorte que o contrato só passa a ter existência, quando aprovada a adjudicação. Conseqüentemente, a decisão que isto faz é ato-condição a integrar uma operação complexa.

É bem certo que, na exposição acima, não há o de que se tirem elementos para formular uma solução para a natureza jurídica da concorrência pública. Há, porém, notas que nos conduzem a um caminho para entrevê-la.

Cumpre, por fim, lembrar que Masson ("La Contentieux des Adjudications Publiques en Matière des Travaux Publics", 1938, págs. 115 e 116) adota a lição de Jèze.

10) Fernandez de Velasco ("Los Contratos Administrativos", 1927, págs. 106 e 107) sugeriu fôsse a concorrência pública uma série de formas impostas aos atos administrativos em gênero e em espécie, à base de uma idéia-"mater": a da hasta.

Incompleto nos parece o alvitre de Velasco. Os atos integratórios da concorrência pública não são formas apenas, nem se aplicam a atos administrativos apenas e muito menos a todos eles. Não são formas apenas porque constituem condição resolutiva do contrato para que eles se realizam; não se aplicam apenas a atos administrativos, porque,

feitos para certas compras e vendas, estas não perdem a característica de contratos civis e, portanto, não se podem apresentar como atos administrativos. Finalmente, muitos atos administrativos há, que prescindem do concorrencial.

11) Delgado y Martin é da opinião que a concorrência pública é ato "solene e público" ("apud" Sayagyez-Laso, "La Licitación Pública", pág. 15). Mas, isto não é definição, nem caracterização. Melhor é ter em mente a lição de Marcello Caetano ("Manual de Direito Administrativo", pág. 540), que a equipara a um concurso. E isto é aceitável, embora nem todo concurso seja concorrência pública.

12) De nossa parte, temos que convir em que adjudicação não passa de um momento decisivo, pôsto que não o único e dependente da aprovação da autoridade que a ordenou, o qual vem a ser ato sem o que não está completo o direito de realizar o contrato.

Certamente, não padece dúvida que há analogia entre o concurso e a concorrência pública. Mas, não se dá a natureza jurídica de um instituto comparando-o com outro, de que tem alguns elementos em comum. Ora, a concorrência pública é, em verdade, um procedimento administrativo, porque os atos que entram nela como elementos constitutivos são um "monobloco". Todos os atos que nela entram por notícia expressa dos editais concorrem para um resultado: a realização de um contrato, depois de aprovada a concorrência pública pela autoridade que a ordenou. Logo, o direito do vencedor não se configura em seus contornos nítidos, com a adesão que ele dê, no exame, a classificação de propostas de que saia vencedor; aparece, sim, com a aprovação. Por seu turno, a autoridade incumbida desta não pode deixar de dar aprovação, quando o vencedor reunir todos os requisitos constantes dos editais.

13) E aqui ficam mais uns ligeiros apontamentos sôbre matéria pouco perlustada nos escritos brasileiros de Direito Administrativo, aos quais protestamos não dar, ainda, o caráter definitivo que lhes desejaríamos atribuir. Particularmente quante àqueles que dizem ser a concorrência pública "ato público", é ocasião de dizer que nem tôda ela é dotada de publicidade e s'im de publicidade sujeita a prazo (térmo) e a condição. Do contrário, não se explicaria que a lei penal de 1940 protegesse o sigilo da concorrência pública, no seu art. 335. Enviamos, a êste respeito, o leitor à nossa obrinha "Dos Crimes Contra a Administração Pública", onde, das págs. 208 a 214, nos ns. 356 a 363, versamos, pôsto que pela rama, aspectos penais da questão aqui mencionada.

---