

É preciso, pois, desenvolver um grande esforço nacional para ampliar a consciência da necessidade de cultivar os valores introduzidos com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e de aperfeiçoá-la em sua execução, no que possível, o que comporta várias linhas de ação, tais como:

- a – questionar no Judiciário os temas que sejam mais constitucionalmente delicados, visando a obter liminares tranquilizadoras, num ou noutro sentido, pacificando a aplicação da nova legislação em seus pontos mais polêmicos;
- b – pressionar-se o Poder Público para a eventual reabertura de processo legislativo específico sobre os temas em que se revele maior necessidade de correções e de

aperfeiçoamentos, o que poderia e deveria, então, ser realizado com a maior participação possível da classe jurídica, da qual, lamentavelmente, ela careceu na sua origem, e

- c – estimular-se a promoção de debates e de reuniões de estudo, visando ao desenvolvimento de uma metodologia de aplicação simples e clara.

Sem dúvida, em qualquer das linhas de ação, vale em sua plenitude o esforço que puder ser feito, porque, inegavelmente, a prática salutar do **equilíbrio fiscal** e a mudança da **mentalidade cívica**, que advirá como resultado, consolidarão, simultaneamente, a **economia** e a **democracia** no País.

## Arbitragem e contrato administrativo

*Dr. Eros Roberto Grau*

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP  
Professor Visitante da Faculdade de Direito  
da Universidade de Montpellier I (França) [1995-1998]

O debate a respeito da juridicidade da solução, mediante arbitragem, de conflitos entre as partes nos contratos administrativos segue inúmeras vezes por vias inadequadas. Os argumentos em favor e contra a adoção do instituto da arbitragem nesses contratos não atingem, em regra, o núcleo da questão.

O seu deslinde reclama o exame de três pontos, o primeiro deles extremamente singelo.

### Jurisdição e Arbitragem

O primeiro aspecto a considerar está em que a arbitragem não encerra jurisdição<sup>1</sup>.

Ao contrário, a arbitragem previne a jurisdição. Sua origem é contratual<sup>2,3</sup>.

Desfaça-se de pronto, pois, a confusão freqüentemente estabelecida entre uma e outra.

<sup>1</sup> Entre outros, PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, El Foro, 1.996, vol. II, p. 279; SALVATORE SATTA, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1.972, vol. II, p. 289 e J.J. CALMON DE PASSOS, *Da Jurisdição*, Salvador, Progresso, 1.957, p. 46.

<sup>2</sup> Nesse sentido, o magistério de CALMON DE PASSOS (*Da Jurisdição*, Salvador, Progresso, 1.957, pág. 46): “De tudo se conclui, na verdade, que os árbitros não têm jurisdição. E porque não a têm é que os autores, diante da perplexidade, procuram fugir com afirmativas de nenhum conteúdo, quais as de jurisdição extraordinária, ou menos plena, ou quase ordinária. Não têm jurisdição, disse-o Manoel Gonçalves da Silva, com propriedade que Pontes de Miranda ressalta elogiosamente, porque apenas conhecem jurisdicionalmente das causas que lhes são submetidas — ‘neque jurisdictione habent, sed tantum cognitione’. Jurisdição é conhecimento (ratio), julgamento (judicium) e execução (imperium) do julgado. Ausente qualquer desses elementos não há jurisdição”, O laudo arbitral, ensina Redenti, em si e por si, não pode ser tido como sentença, porque os árbitros não são investidos de uma função pública e muito menos de um poder soberano, donde o seu pronunciamento, em si e por si, não ser munido de nenhuma autoridade ou eficácia própria, originária.

<sup>3</sup> Há quem pretenda que a arbitragem tenha cunho jurisdicional, como NELSON NERY JR., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1.996, p. 75. O argumento de que lança mão esse autor não impressiona, contudo. O fato de o laudo arbitral constituir título executivo e transitar em julgado é absolutamente irrelevante. A transação celebrada para prevenir um litígio também faz coisa julgada entre as partes (art. 1.030 do CCB) e é título executivo. Mas ninguém irá tão longe, a ponto de atribuir caráter jurisdicional a esse negócio jurídico.

## A equivocada noção de “contrato administrativo”

O segundo ponto respeita à noção de contrato administrativo.

Permito-me contudo inicialmente anotar a circunstância de que, ainda que o uso da arbitragem por entidades da Administração não seja comum, a ponto de atizar a curiosidade dos acadêmicos da atualidade, essa não é questão que tenha passado despercebida pelos nossos juristas.

O fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações. E uma delas pode ser o erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.

Um pesquisador atento e diligente poderá todavia facilmente verificar que não existe qualquer razão a inviabilizar o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

Aliás, os anais do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como “caso Lage”, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância porque reconheceu especificamente “a legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre

admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda”. Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra de CASTRO NUNES e fez honra a acórdão anterior, relatado pelo Ministro AMARAL SANTOS.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. São candentes, nesse sentido, as palavras de THEMISTOCLES CAVALCANTI<sup>5</sup>, que transcrevo a seguir: “Parece-me que a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo”.

De todo modo, ainda que não exista impedimento absoluto ao uso da arbitragem pela Administração, é natural que nem toda matéria possa ser resolvida por essa via. A questão se transporta, então, para a definição do que possa e do que não possa ser objeto de arbitragem.

A melhor doutrina manifesta-se no sentido de que só podem ser arbitradas as questões de natureza contratual ou privada. “São essas relações que podem comportar o juízo arbitral” – pondera CASTRO NUNES<sup>6</sup> – “Aqueles em que o Estado age como Poder Público, estão de seu natural excluídas, pois que, em linha de princípio, não podem ser objeto de transação”.

A doutrina faz distinção entre os *contratos administrativos por determinação da lei e por natureza*, sendo extremamente rico, e complexo, o debate travado em torno do critério destes últimos, os *contratos administrativos por natureza*<sup>8</sup>.

Esse debate perde contudo relevância entre nós, visto que não existem, em face do direito positivo brasileiro, *contratos privados da Administração* [= contratos estatais de direito privado, por oposição aos *contratos administrativos*]. Pois é certo a própria Constituição atribui a todos os contratos celebrados pela Administração a denominação de *contratos administrativos*<sup>9</sup>.

Tem sustentado a doutrina que a procura da qualificação do contrato significa procura do regime jurídico a ele aplicável<sup>10</sup>.

O fato, no entanto, é que, para azar da doutrina, não existe um regime jurídico próprio aos chamados *contratos administrativos*.

A alusão a *regime jurídico* apenas se torna útil, na ciência do direito, quando atrelada àqueles conceitos jurídicos que ASCARELLI<sup>11</sup> – distinguindo-os dos *conceitos jurídicos meramente formais* e dos *conceitos tipológicos [fatispecie]* – chama de *regulae juris*.

As “*regulae juris*” consubstanciam expressões que sintetizam o conteúdo de um

conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio. Limitam-se a exprimir, condensadamente, um sistema normativo, a modo – diz FABIO KONDER COMPARATO<sup>12</sup> – de autêntica estenografia legal.

Tome-se como exemplo dessa espécie de conceito o de *propriedade*, que apenas assume alguma significação na medida em que tenhamos sob consideração a função, por ele cumprida no discurso do direito, de resumir toda disciplina normativa atinente ao modo de aquisição e aos poderes, faculdades e deveres decorrentes da aquisição de uma posição jurídica subjetiva em relação a um bem<sup>13</sup>. A utilidade do conceito de *propriedade* – e isso o torna na prática insubstituível – está na enorme economia de tempo e de energia que o seu uso permite a quem pretenda expor o conteúdo do subsistema normativo aplicável à *propriedade* (MERONI 1.989/285)<sup>14</sup>.

Mas é porém certo que *contrato administrativo* não sintetiza o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas; nem exprime, condensadamente, um sistema normativo. Logo, e até porque não há distinção jurídica entre contrato administrativo e contrato privado, como passo a demonstrar, inexistente um “*regime jurídico dos contratos administrativos*”. Portanto, a alusão a tal regime é juridicamente irrelevante.

<sup>4</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência 68:382

<sup>5</sup> RDA 45:517

<sup>6</sup> *Da Fazenda Pública em Juízo*, 2ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1.960, pág. 284.

<sup>7</sup> Lembre-se, a demais, as judiciosas observações de SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*Lições de Direito Administrativo*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1.972, pág. 183: “A autoridade administrativa não poderá, sem autorização legislativa, firmar **compromisso**, quando se trate de matéria em que aja **iure imperii**, quando esteja em jogo a ordem pública. Mas nenhum problema há, quando se cuida de um contrato, que prevê, ele mesmo, a **cláusula compromissória**” [negritos no original]).

<sup>8</sup> Vide a sintética, mas suficiente, exposição de LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA (*O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - “Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1.979).

<sup>9</sup> Vide, por todos, CARLOS ARI SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1.995, pp. 199-200.

<sup>10</sup> - Cf. LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA, págs. 16-17.

<sup>11</sup> *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1.952, págs. XIII-XVII.

<sup>12</sup> *Diritto de recesso de acionista de sociedade anônima*, in RT 558/269.

<sup>13</sup> Vide MASSIMO MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1.989, pág. 285.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, ALF ROSS, *Tù-tù*, in “Diritto e analisi del linguaggio”, a cura di Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunita, Milano, 1.976, págs. 165-181.

E assim é porque a circunstância de um contrato ser regido pelo direito público — isto é, pelo “*regime de direito público*” — no que equivocadamente insistem muitos, ainda que fosse veraz não importaria em que os atos de uma das partes no dinamismo da relação contratual, a Administração, deixassem de caracterizar “atos de gestão” e pudessem ser concebidos como “atos de soberania”.

Desejo dizer, com isso, que embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual. Pois é certo que esses mesmos poderes são contemplados como estipulações de ordem contratual, ainda que por imposição legal. Isso negássemos e, por força, teríamos de admitir que toda e qualquer limitação disposta em lei ao pleno exercício da liberdade de contratar teria a virtude de sonegar aos acordos de vontade celebrados sob a égide do chamado *dirigismo contratual* o caráter de contratos. Não seriam contratos, destarte, mesmo os celebrados entre agentes privados em um regime de controle de preços; e também não o seriam aqueles cujas condições de validade dependem de preceitos normativos ou atos administrativos externos à vontade das partes. Da mesma forma, contratos não seriam aqueles dotados de cláusulas padronizadas por ato estatal, dos quais fazem exemplo os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro; nesta última hipótese, sem dúvida, efetivamente surgem modelos contratuais inteiramente padronizados — tal como no caso de contratos celebrados com o BNDES e com o extinto BNH.

<sup>15</sup> Mencione-se, v.g. determinados contratos de seguro, e os contratos coativos de que tratam os incisos XIII, XIV, XVI e XXII do art. 21 da Lei n. 8.884, de 11.6.94; anote-se ainda o dever, dos bancos comerciais, de aplicar parte de seus recursos disponíveis na concessão de crédito rural e de crédito às pequena e média empresas.

Em todos esses casos, bem assim naqueles nos quais é afetada a própria liberdade de contratar<sup>15</sup>, as partes estão entre si relacionadas por vínculo obrigacional. Permanecem a celebrar contratos, ainda que vinculadas também pelo *dever* de adotar determinadas estipulações contratuais ou mesmo de contratar, o que significa *dever* de assumir *obrigação* perante terceiro.

A propósito, entenda-se por *dever jurídico* uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. *Obrigação*, em sentido estrito, como vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de certa prestação. O *dever* é um vínculo imposto à vontade; a *obrigação*, embora suponha uma situação de dever, na qual se coloca o devedor, é consequência da manifestação da vontade do devedor. Quando o Estado impõe ao particular o *dever de contratar* ou de *admitir a alteração unilateral da relação pela Administração*, v.g., vincula sua vontade no sentido de manifestá-la em determinada direção. Esse *dever de contratar* ou de *contratar determinadas cláusulas contratuais*, é *dever de assumir obrigação*. Assumida a *obrigação*, por imposição do *dever* que o vincula, o particular, no contrato coativo, coloca-se sob *situação obrigacional*.

Por isso — repita-se — embora a Administração disponha, no dinamismo do *contrato administrativo*, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação sendo expressivos de meros atos *de gestão*.

Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual<sup>16, 17</sup>.

Daí porque, como observa GARCIA DE ENTERRÍA<sup>18</sup>, contrato administrativo e contrato privado não podem ser considerados como realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas; qualquer contrato pode refletir elementos de Direito Administrativo e de Direito Privado.

Vale dizer: não há diferença entre uns e outros senão na medida em que a ambos se aplicam múltiplos regimes jurídicos.

Toda a razão, pois, a JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR<sup>19</sup>: “En nuestra opinión, el problema carece de interés. En sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que tanto abundan en la ciencia del Derecho (...) Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el Derecho positivo”.

Alcançada essa verificação, um último aspecto resta ainda a examinarmos, o relacionado à indisponibilidade do interesse público e à disponibilidade de direitos patrimoniais.

Cogitando dos *contratos de direito público*, em conferência pronunciada em São Paulo, em 9 de março de 1.977, ORLANDO GOMES<sup>20</sup> diz serem eles: “a) os que celebram entre si algumas pessoas jurídicas de direito público interno, tais como os estipulados entre a União e algum Estado-membro, entre unidades da federação, entre qualquer destas e um município ou entre municípios. Tais *acordos* se realizam para que as partes alcancem o mesmo fim; b) os que o Estado conclui com particulares ou outros entes públicos para a satisfação de interesses comuns, implicando disposição de direitos subjetivos patrimoniais (VIRGA), — o que não sucede com os acordos primeiramente enunciados; e) os *contratos administrativos* que se ajustam entre a Administração Pública e particulares para a execução e desempenho de atividade do Estado, de interesse geral, que este não pode ou não quer exercer diretamente”.

A exposição de ORLANDO GOMES, precisa e incisiva, como costumavam ser suas manifestações, tem as virtudes [i] de distinguir os contratos que a Administração celebra com

<sup>16</sup> São bastante oportunas as observações de LAURENT, transcritas por PEDRO LESSA (*Do Poder Judiciário*, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1.915, pág. 208): “É o Estado uma pessoa civil, isto é, pöde exercer os direitos privados de que são titulares os indivíduos. Assim, é proprietário, pöde adquirir e possuir bens; diariamente está em condições de contractar. Os actos que pratica o Estado como pessoa civil, não differem na essencia dos que realisam os particulares: uma compra e venda não se altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem identicas, inalteradas, quando o Estado contracta. Ahi temos, pois, relações de direito e de interesse privados: qualquer ideia de poder, de soberania, é estranha aos actos em que intervem o Estado como pessoa privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietario, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer direitos de um particular; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunales, e que por estes é condemnado a pagar, e não um soberano, nem um orgam de soberania”.

<sup>17</sup> Veja-se também FABIO KONDER COMPARATO, *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1.981, especialmente págs.304 -305.

<sup>18</sup> *Curso de Derecho Administrativo*, c/ Tomás-Ramón Fernández, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1.983, Vol. 1, pág. 639.

<sup>19</sup> *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Arecees, Madrid, 1.999, pág. 194.

<sup>20</sup> *Os contratos e o direito público*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 10/45-46.

particulares visando à atribuição, a estes, de funções próprias do Estado — a concessão de serviço público, v.g. — daqueles celebrados com particulares tendo em vista a satisfação de interesses comuns e [ii] observar que estes últimos implicam [= podem implicar] disposição de direitos subjetivos patrimoniais.

Essa derradeira observação assume fundamental importância, na medida que a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre *indisponibilidade do interesse público* e *disponibilidade de direitos patrimoniais*.

Um e outro não se confundem.

## Indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais

Para demonstrá-lo lembro, inicialmente, que indisponível é o *interesse*

*público primário*, não o *interesse da Administração*.

Ensina RENATO ALESSI<sup>21</sup> que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo *primário*. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo *primário*.

A distinção – fundamental e necessária – entre *interesse público primário* e *interesse*

<sup>21</sup> *Principi di Diritto Amministrativo*, 1, quarta edizione, Giuffrè, Milano, 1.978, págs. 232/233: Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che é stato chiamato l'interesse collettivo *primario*, formato dai complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse dei *apparato*, se può esser concepito un interesse dell'*apparato* unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi *secondari* che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo *primario*. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica Amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell'interesse collettivo, pubblico, *primario*. Anche volendosi concepire un interesse, *secondario*, dei *Amministrazione* considerata come apparato organizzativo autonomo, esso non potrebbe esser realizzato se non in vista deita coincidenza con l'interesse *primario*, pubblico". CARNELUTTI distingue interesses que são *individuais na modalidade* e *coletivos na finalidade*, chamando-os *interesses coletivos mediatos ou secundários* (*Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1, CEDAM, Padova, 1.936, págs. 11/12).

da Administração (interesse público secundário) também está pacificada entre nós<sup>22</sup>.

Por certo é possível tomarmos como *interesse da Administração* o de pagar o mínimo a seus credores, com o que ela, Administração, permaneceria "*mais rica*". Mas esses interesses – *interesses públicos secundários* – diz ALESSI, "possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo *primario*" – interesse como tal "non potrebbe esser realizzato se non in vista della coincidenza con l'interesse *primario*, pubblico"; ou, na dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>23</sup>, esses interesses "não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses *primários*, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa.

## De outro lado, a medida do interesse público é a legalidade

Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a "dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"<sup>24</sup> isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

Disponer de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados.

A Administração, para a realização do

<sup>22</sup> Diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1.993, pág. 22), após averbar que os interesses públicos ou interesses *primários* são os interesses da coletividade como um todo e os interesses *secundários* são os que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses da coletividade: Poderia, portanto (o Estado, a Administração), ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas 'seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse *primário*, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses *primários*, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa.

Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desventura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir". E insiste ainda, o mesmo autor (pág. 46): "Interesse público ou *primário* é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa. Para exemplificar o importante discrimen entre um e outro, comparem-se as seguintes hipóteses. Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões inflingidas estará revelando-se obsequioso ao *interesse público*, pois é isto o que determina o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido os danos) estará *contrariando o interesse público*, no afã de buscar um interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer 'mais rico', menos onerado patrimonialmente, lançando, dessarte, sobre ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidirem com interesses *primários*".

<sup>23</sup> Ob. cit., pág. 22.

<sup>24</sup> Art. 1º da lei n. 9.307/96.

interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.

Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

Bem a propósito, as observações de ALESSI e de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, acima reproduzidas, permitem-nos salientar a circunstância de, v.g., realizar-se o interesse público na omissão, pela Administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício exclusivo

do interesse da Administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações.

Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem. Retorno, à esta altura, às observações de THEMISTOCLES CAVALCANTI para afirmar que precisamente o fazendo a Administração estará a prestar acatamento ao interesse público.

O debate a respeito da juridicidade da solução, mediante arbitragem, de conflitos entre as partes nos “contratos administrativos” será, como se vê, facilmente espancado se um mínimo de reflexão vier a ser praticado em torno do núcleo da questão.

## MERCOSUL: Problemática Factual e Institucional

*Dr. Helio Jaguaribe de Mattos\**

Instituto de Estudos Políticos e Sociais

### 1. Problemas de Mercosul

#### Aspectos gerais

Mercosul constituiu a culminação de um processo de aproximação e integração entre Argentina e Brasil, iniciado com o Acordo de Itaipú, firmado pelos presidentes Sarney e Alfonsín em 30-XI-1995. O Tratado de Assunção, que instituiu Mercosul, nele integrando Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, foi firmado em 29-11-1991. Está Mercosul, assim, em vias de completar dez anos de funcionamento.

Nesse período, Mercosul se consolidou como um importante mercado sub-regional, que absorve apreciável parcela das exportações de Argentina e Brasil e mais de metade das dos dois outros partícipes. Consolidou-se, também, como um importante protagonista internacional, proporcionando a seus membros um poder de negociação e uma audiência que, isoladamente, nenhum poderia ter.

Sem embargo de seu saldo extremamente positivo, Mercosul acusa, em fim dos anos 90, alguns graves problemas, que podem ser agrupados em duas ordens de questões; as de caráter factual e as de caráter institucional.

Os problemas factuais se desdobram em um considerável número de itens. Alguns representam a inevitável reação, em todos os processos integrativos, de setores de um país membro que se revelam subcompetitivos, relativamente aos de outro país membro, do que são exemplos típicos o açúcar argentino, ante o brasileiro, e o trigo brasileiro, ante o argentino. Outros, mais complicados, decorrem de assimetrias estruturais, cuja correção pode exigir prazos mais longos ou complexas gestões institucionais.

As questões de ordem institucional decorrem do fato de que se observa uma crescente falta de correspondência entre o desenvolvimento econômico de Mercosul e sua precária estruturação institucional. Mercosul continua funcionando, para todos os efeitos,

\* Helio Jaguaribe de Mattos – Graduiu-se em direito na PUC/RJ e é PHD em Ciência Política pela Universidade de Mainz, na Alemanha. Foi professor e chefe do Departamento de Ciências do ISEB, ex-professor das Universidades de Harvard, Stanfor e do M.I.T. É decano, desde 1979, do Instituto de Estudos Políticos e Sociais - IEPES do Rio de Janeiro. Foi titular da pasta de Ciência e Tecnologia de abril a setembro de 1992. É autor de numerosa obra no campo do desenvolvimento político e social, das relações internacionais, dos estudos latino-americanos e da teoria social.