

O CONTRATO ADMINISTRATIVO E O MERCOSUL

Mauro Roberto Gomes de Mattos
Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

I – A ERA DA INTEGRAÇÃO E DA GLOBALIZAÇÃO

Após o trauma das duas Grandes Guerras Mundiais, os povos viram-se compelidos a conviver em dois grandes blocos: o capitalista e o comunista.

Contudo, apesar de não ter havido outro grande conflito mundial, os países dos citados blocos se relacionavam de forma superficial, dando azo à “guerra fria”, onde os EUA e a URSS lideravam os respectivos segmentos.

A “guerra fria” teve o condão de camuflar do cenário mundial a vida dos países comunistas. Todos rotulavam a URSS como se fosse uma superpotência, pelo grande avanço na área de tecnologia bélica, representando uma verdadeira ameaça para os povos não comunistas, dado o seu poderio militar, e o constante medo de outro grande conflito armado.

Os anos foram passando e a couraça que separava a intimidade dos povos comunistas também foi diluindo, até o ponto de cair o Muro de Berlim, representando a aniquilação, na sua quase totalidade, do Comunismo mundial.

Com a existência de praticamente um bloco, o mundo moderno trouxe como uma das suas grandes marcas a queda das fronteiras, visto que o Estado atual não pode mais ficar encapsulado nos limites da sua base territorial, alheio à evolução da tecnologia e ao comércio internacional.

Surge, assim, a integração econômica dos povos, em face da crescente interdependência econômica e das transnacionalização do capital alicerçada às necessidades econômicas.

Sobre a transnacionalização do capital, José Ângelo Estrella Faria¹ averba:

¹ José Ângelo Estrella Faria, “O Mercosul: Princípios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção, Brasília, 1993, p. XI.

“Não me refiro apenas à universalização do modelo capitalista, imanente ao próprio sistema. Mais do que o fato de que o capitalismo ‘existe à escala mundial, ou pelo menos, aspira ao mundo inteiro’, como escreve Fernand Braudel, o que aqui interessa é um das formas pelas quais ela enfrenta hoje, ‘o seu maior problema’, que consiste em ‘refazer esse universalismo’ (*A Dinâmica do Capitalismo*, Lisboa, 1985, pp. 144-145). A teoria marxista-lenista do imperialismo prognostificava o acirramento dos conflitos internacionais, pela transformação dos interesses opostos das burguesias nacionais em razão do Estado, e afirmava que ‘a internacionalização da vida econômica não significa internacionalização dos interesses capitalistas’ (Nikolai Ivanovitch Bukharin, *A Economia Mundial e o Imperialismo*, São Paulo, 1983, p. 53), um postulado ao qual manifestaram-se fiéis mesmo outros seguidores recentes da mesma escola (cf. Paul Sweezy, *Teoria do Desenvolvimento Capitalista*, São Paulo 1983, p. 235). O Imperialismo belicoso, porém, deixou de existir desde a queda do III Reich. As rivalidades privadas não são mais necessariamente razão do Estado, e hoje as disputas não se dão propriamente entre ‘classes burguesas nacionais rivais’, mas entre grandes conglomerados concorrentes. A macroempresa moderna não é nem nacional, nem multinacional, mas internacional: seus objetivos e planos transcendem os limites geográficos e os interesses políticos de seus Estados-Sede (cf. Roberto Christensen, *Empresa Multinacional y Estado-Nación*, 2ª ed., Buenos Aires, 1976, pp. 21 e segs). O ‘universalismo capitalista’ se refaz, assim, pela concentração e pela internacionalização, com ou sem o apoio dos Estados.”

A integração europeia e as transformações dos países socialistas constituem experiências valiosas para se compreender os aspectos sistemáticos de todo processo de mudança que ocorreu, e vem se inovando, no curso dos anos, com a atuação, já agora, em blocos econômicos, sempre com o objetivo de uma prosperidade e crescimento econômico dos povos, que deixaram de se preocupar com as agressões militares, para conviverem com o espírito de crescimento mundial das economias.

Mas não é só, visto que a acelerada mudança de tecnologia, surgidas no período após a guerra, também influenciou a integração dos povos, que lutam contra a falência e o desemprego, verdadeiros “flagelos” dos tempos modernos.

Em nome da modernização e da eficiência econômica, os países se alinham em blocos, visando o livre comércio e a queda de barreiras alfandegárias, com a circulação ampla dos povos.

Um dos balões de ensaio dessa nova filosofia mundial foi o “General Agreement on Tariffs and Trade – GATT” ou, em português “Acordo Geral de Tarifas e Comércio”, assinado em 1947, originariamente por 23 países, entre eles o Brasil, passando a vigorar em janeiro de 1948, congregando atualmente 111 países como membros.

Durval de Noronha Goyos Jr.² tece as seguintes considerações sobre o GATT na atualidade:

“O GATT é um tratado multilateral hoje subscrito por 111 países, que, juntos, representam mais de quatro quintos do comércio mundial. Seu objetivo é a liberação do comércio mundial, com a conseqüente prosperidade e desenvolvimento que daí podem resultar. O GATT é o único tratado multilateral que estabelece regras para o comércio internacional, ao mesmo tempo que é o principal organismo internacional para as negociações de comércio internacional e de solução de disputas na área.”

No rol dos princípios básicos do GATT, o primeiro deles é o inerente à cláusula “nação mais favorecida” (“most favored nation clause”), ou “MFN”, que redundava em um acordo pelo qual o comércio internacional deve ser conduzido e praticado em bases não discriminatórias.

À guisa de ilustração, Durval de Noronha Goyos Jr.³ aduz que, pela cláusula “MFN”, todas as partes do GATT devem outorgar-se, reciprocamente, tratamento igualitário e compatível com a relação comercial firmada, sublinhando outros princípios que também deverão estar presentes nesta relação bilateral:

- ?? Tratamento Nacional – não discriminação entre produto nacional e o estrangeiro, após o processo de importação;
- ?? Transparência – notificação do GATT das leis e regulamentos que interfiram no comércio;
- ?? Proteção através de tarifas – única forma de prática admitida;
- ?? Procedimentos ligados à Importação – possui como escopo impedir que restrições burocráticas se transformem em barreiras ao comércio;
- ?? Práticas desleais – são vedadas;
- ?? Restrições quantitativas à Importação – as restrições quantitativas à importação são objeto de uma proibição genérica.

Nesta configuração, se constata que através do GATT, pela primeira vez na história, foi estabelecido um regime comum e internacional de comércio⁴, com a formação de

² Durval de Noronha Goyos, “GATT, Mercosul e NAFTA”, 2ª ed., Observador Legal Editora, 1996, pág. 9

³ ob. cit. ant., pág. 10

⁴ Cf. Bruno Ferolla, “Globalização, Hegemonia e Periferismo e o Novo Ministério Público”, Lumen Juris, 2000, pág. 4

uma zona de livre comércio incrementada pela eliminação substancial dos direitos alfandegários e restrição comercial dentro da zona de produtos originários, ou parcialmente originários, da mesma região. Com esta nova prática comercial das nações, foi formada uma união aduaneira, que, partindo de uma zona de livre comércio, fixa a aplicação de uma tarifa externa comum em relação aos produtos originários de outros países, que não integram o aludido acordo. Atualmente, o GATT foi transformado em Organização Mundial do Comércio – OMC, mantendo aquecidos todos os princípios e dispositivos.

Pois bem, a harmonia mundial passou a ser meta prioritária do mundo moderno que, despreocupado agora com agressões territoriais, passou a focar suas forças para as soluções dos problemas financeiros de cada país.

Compar desta evolução, surge o tratado de Roma, que traz consigo a inovação do Mercado Comum. O Mercado Comum parte da união aduaneira, assegurando a livre circulação de serviços, capitais, bens e pessoas. Por esta nova característica se constata a União Monetária, através da criação de um banco central único, com sede em Frankfurt, onde o Euro é a moeda comum.

Tecendo considerações sobre esta nova forma de integração, Haroldo Pabst⁵ arremata:

“A União Européia foi, desde o início, ao contrário de outras formas de integração, uma entidade jurídica própria, com personalidade jurídica própria, constituindo, no dizer de Estrella Faria, uma nova ordem jurídica de direito internacional, em favor do qual os Estados-Membros limitaram, ainda que em domínios estritos, os seus direitos soberanos e cujos sujeitos não são apenas os Estados-Membros, mas também os seus nacionais.

Com tal característica, a institucionalização do mercado comum fica sobremaneira facilitada, abrindo-se o caminho para a criação de órgãos legislativos e jurisdicionais.”

Por outro lado, no tocante à América Latina, a velocidade e os resultados não são os mesmos do continente europeu, tendo em vista a frustração que foi a Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC, criada pelo Tratado de Montevideu de 1960, com o objetivo de fixar também uma zona de livre comércio. A frustração decorreu do esvaziamento ocorrido na ALALC pelos próprios Estados-Partes, que ao invés de incrementarem entre si o comércio, extravasaram desinteresse político, que teve o condão de esfriar a aludida zona livre de comércio.

Nessa vertente, a ALALC se transformou em Associação Latino Americana de Integração – ALADI, com a finalidade de criar um mercado comum e não mais uma zona de

⁵ Haroldo Pabst, “Mercosul – Direito da Integração”, Ed. Forense, 1998, pág. 16

livre comércio. Sucede que de nada adiantou apenas mudar o nome da aludida associação, pois a mentalidade política continuou a mesma, estagnando até hoje a ALADI, que não decolou.

Em 26 de março de 1991, surge na América do Sul o chamado Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, que redundou na livre circulação de bens, serviços e de fatores produtivos entre os quatro países membros, estabelecendo uma tarifa externa comum, e pacto de harmonização das respectivas legislações em prol do fortalecimento do processo de integração, como condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social.

Nasce assim a integração dos países, resultante da necessidade de se incrementar a economia, o comércio, a prestação de serviços, bens e pessoas, unificando Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio. Sendo estendido este equilíbrio comercial para o Chile, novo integrante do MERCOSUL. Inicialmente o Chile e a Bolívia foram admitidos neste mercado como países associados, sendo que, atualmente, somente este último país continua na aludida situação, pois o primeiro passou a ser Estado-parte.

O processo de globalização e as políticas neoliberais em curso, são fatores da expansão territorial dos estados, que através do capital mundial se integram no comércio e na economia, visando a união dos povos e o crescimento financeiro.

Verifica-se, assim, o novo modelo mundial, a globalização, com a participação ativa dos estados e seus povos, cooperando e se integrando comercialmente, afastando o isolacionismo.

Assim, pela globalização, todo o mundo civilizado acompanhou o acidente do navio nuclear da URSS, e participou da ajuda tecnológica para a efetivação do resgate.

Por este novo modelo, qualquer acontecimento de relevo no mundo ecoa em todos os cantos do planeta, conjugando atenção de todos em busca da harmonização e crescimento mundial dos povos.

Aldo Ferrer⁶ destaca as seguintes palavras sobre o tema da globalização e a economia mundial nas últimas décadas:

“La globalización de la economía mundial en estas últimas décadas del siglo XX há vinculado aun mas la realidad interna de las naciones con su contexto externo, la expansión del comercio, las operaciones transnacionales de las empresas, la integración de los plazos financeiros en un megamercado de alcance planetario, y el espectacular desarrollo de la información, han estrechado los vinculos entre los países. En algunas regiones la formación de

⁶ Aldo Ferrer, “História de la Globalización: Orígens del Orden Económico Mundial”, 1ª ed., 1996, Fundo de Cultura Económica, Buenos Aires, pág. 35.

espacios multinacionales es otra manifestación de la globalización del orden mundial.”

Apesar de não existir uma configuração jurídica do que seja a globalização⁷, ela existe e se interliga ao fenômeno econômico mundial, representando a nova tendência do relacionamento dos povos.

Vários economistas criticam a globalização, por entenderem que a globalização possui o condão de aumentar as realidades econômicas, ou seja, os países ricos continuam mais ricos, em detrimento dos países pobres, configurando um crescimento sem a devida equidade.

José Blanes Sala⁸, em sua tese de doutorado, teve a oportunidade de enaltecer o problema da falta de equidade, averbando o lado positivo e o negativo da globalização:

“La globalización de la economía ya es un hecho incontestable. Se podrá estar más o menos de acuerdo con sus efectos y realizaciones, pero ya nadie puede negarlo. Del mercado nacional nos fuimos al mercado mundial. Con base en cambios tecnológicos fundamentales que mudaron radicalmente los modos de producir, distribuir y hasta de consumir, nos deparamos ya con la mundialización de la política de precios y salarios. Esto sin hablar de los cambios financieros.

Pero, si bien la globalización constituye una realidad incontestable es también ya cada vez mayor el número de economistas y estudiosos del asunto que afirman ser la desigualdad entre países y entre regiones un efecto cada vez más evidente entre sus puntos negativos. Aunque los más acérrimos defensores de la liberalización económica mundial nos digan que tal afirmación no pasa aún de una opinión, estadísticas presentadas por los organismos internacionales, como la CEPAL, el PNUD y el propio Banco Mundial no dejan lugar a muchas dudas.

Lo cierto es que de momento aún existen serias dificultades para una medición objetiva del proceso de globalización porque la perspectiva que se adopta es siempre nacional. Además en lo que se refiere a los indicadores económicos de

⁷ “A configuração jurídica do que seja a ‘globalização não somente não existe como seria questionável a viabilidade de tal empreitada, se se quisesse ensaiar perquirição de sua ‘natureza jurídica’, e isso por várias ordens de motivos: o fenômeno, em sua essência, é antes econômico e decisional que jurídico, e o direito sequer está aparelhado para concebê-lo, muito menos regulá-lo. Em suma, encontra-se o direito convivendo com o fenômeno que, além de lhe ser estranho, impõe a necessidade de captação e operacionalização de soluções para esse mundo em mudança.” (Paulo Borba Casella, “Globalização, direito e estado: Introdução”, *in* “MERCOSUL – Integração Regional e globalização”, 2000, ed. Renovar, pág. 2.

⁸ José Blanes Sala, “La Globalización y las Regiones; Experiencia Europea y Referencias para el MERCOSUL”, *in* “MERCOSUL – Integração Regional e Globalização”, coordenado por Paulo Borba Casella, 2000, ed. Renovar, págs. 143/145.

las empresas multinacionales aún reina una gran oscuridad. Sin embargo, al analizar de una forma amplia las estadísticas nacionales, se verifica que el proceso de globalización afecta de forma positiva, apenas a 20% de la población mundial, justo el 20% que es responsable por el 80% del PIB mundial, así lo describe el ONUD: “El mundo está cada vez más polarizado, y la distancia que separa a los pobres de los ricos se está agrandando cada vez más. Del PIB mundial, de 23 billones de dólares en 1993, 18 billones corresponden a los países industrializados y sólo 5 billones a los países en desarrollo, aunque estos últimos tienen casi un 80% de la población mundial.” De forma que este 80% restante de la población mundial no sólo está al margen de los efectos positivos del proceso globalizador, como tiende a fruir las consecuencias de sus efectos negativos, cuales sean – por ejemplo – las disminuciones salariales (dumping social) y el desempleo.

Parece ser verdad que uno de los efectos positivos de la globalización es el crecimiento de las economías, en mayor o menor grado, en casi todos los países. No obstante, se trata de un crecimiento sin equidad, como suelen referir repetidamente los relatorios del PNUD: “Crecimiento sin equidad, en que los frutos del crecimiento económico benefician principalmente a los ricos, dejando a millones de personas sumidas en una pobreza cada vez más profunda. Entre 1970 y 1985, el PNB mundial aumentó en 40% pero el número de pobres aumentó el 17%. Mientras que entre 1965 y 1989 se redujo el ingreso per cápita de 200 millones de personas, entre 1980 y 1993 bajó el de más de 1.000 millones de personas.”

Se é certo que a globalização possui aspectos positivos e negativos, correto também é destacar que as regiões menos favorecidas não teriam a oportunidade de se firmar no cenário mundial. E hoje, o mundo, por ser mais polarizado, passa a se preocupar de forma mais latente com a pobreza das regiões afetadas, promovendo até ajuda comunitária.

Para não desfocar o presente estudo, abortaremos a nossa visão política/econômica da globalização, nos preocupando apenas em introduzir o estudo do contrato administrativo no direito comparado dos países que compõem o MERCOSUL.

II – DA CRIAÇÃO DO MERCOSUL

O MERCOSUL foi criado pelo Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, os quais constituíram um mercado comum nos territórios dos Estados Membros, ficando em transição até que se tornou operacional em 1º de janeiro de 1995, a teor do seu artigo 1º.

O Protocolo de Ouro Preto, adicional ao Tratado de Assunção, foi assinado pelos Estados Partes em 17/12/94, complementando o pacto inicial, em especial ao que pertence a estrutura institucional do MERCOSUL.

E o seu artigo inaugural do Tratado de Assunção estipula as seguintes medidas:

“A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, de restrições não tarifárias à circulação de mercado e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em fóruns econômico-comerciais regionais e internacionais.

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; e

O compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes para lograr o fortalecimento de processo de integração.”

Nas relações com países que não fazem parte do MERCOSUL, os Estados-Partes assegurarão condições equitativas de comércio, aplicando legislações nacionais para inibir as importações que contenham subsídios, estabeleçam *dumping* ou qualquer outra prática desleal de concorrência comercial.

O órgão superior do MERCOSUL é o Conselho do Mercado Comum, composto pelos Ministros das Relações Exteriores e os Ministros de Economia dos Estados-Partes, correspondendo-lhe a condução política do mesmo e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição definitiva do aludido mercado comum.

Para executar as medidas e decisões exaradas pelo Conselho, foi criado o Grupo do Mercado Comum do MERCOSUL, órgão com sede em Montevideú, coordenado pelos Ministros das Relações Exteriores, com as seguintes funções:

- velar pelo cumprimento do Tratado;
- tomar as providências necessárias ao cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho;

- propor medidas concretas tendentes à aplicação do Programa de Liberação Comercial, à coordenação de política macroeconômica e à negociação de Acordos, frente a terceiros;
- fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do Mercado Comum;
- Criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalhos e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos;
- Manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do MERCOSUL no âmbito de suas competências;
- Negociar, com a participação de representantes de todos os Estados-Partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos firmados para esse fim, acordos em nome do MERCOSUL com terceiros países, grupo de países e organismos internacionais. Enfim, poderá assinar os mencionados acordos desde que respaldado por mandato específico para tal fim, além de ter competência para delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do MERCOSUL;
- Aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria de Administrativa do MERCOSUL;
- Adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum;
- Submeter ao Conselho do Mercado Comum seu Regimento Interno;
- Organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar;
- Eleger o Diretor da Secretaria Administrativa do MERCOSUL;
- Supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do MERCOSUL;
- Homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social.

O Grupo Mercado Comum se manifesta através de Resoluções que possuem força normativa obrigatória para os Estados-Partes.

Por sua vez, o tratado de Assunção criou também dez grupos operacionais para lidar com as questões inerentes ao comércio, tributação e finança, agricultura, energia, transporte terrestre, transporte marítimo, propriedade industrial, especificações técnicas e questões macroeconômicas.⁹

As controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, acordos, decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum, deverão ser, antes de mais nada, resolvidos mediante negociações diretas dos mesmos, que informarão ao Grupo Mercado Comum, por intermédio da Secretária Administrativa, sobre as gestões que se realizarem durante as negociações e os resultados das mesmas.

As negociações diretas não poderão, salvo acordo entre as partes, exceder em prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da data que o Estado-Parte levantar a controvérsia. Se não for alcançado o acordo ou se a pendência foi apenas parcialmente resolvida, a parte que se sentir prejudicada submeterá a problemática à consideração do Grupo Mercado Comum, que

⁹ Cf. Durval de Noronha Goyos Júnior, cit. ant., pág. 97

possui o prazo de até 30 (trinta) dias para formular recomendações necessárias aos Estados-Partes, visando a solução do diferendo.

Caso não chegue a um denominador comum, e persistindo a indignação de um Estado-Parte quanto à solução da situação em conflito, poderá comunicar à Secretaria Administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral, cuja decisão possui força obrigatória.

Após estas breves reflexões sobre o funcionamento do MERCOSUL, à guisa de ilustração, é de se sublinhar o relevante estudo feito pelo professor Noronha¹⁰ sobre o desempenho econômico dos Estados-Partes do aludido Tratado, tomando como base o ano de 1993:

“

VENDAS PARA	ARGENTINA	BRASIL	PARAGUAI MERCOSUL	URUGUAI	TOTAL P/ EXPORTAÇÕES	% TOTAL
DA ARG.		2790	358	513	3661	28
DO BRAS.	3661		961	775	5397	13,9
DO PARA.	67	225		6	298	39,8
DO URU.	317	336	16		699	42,4
TOTAL			1055			

Na realidade, as vendas na América Latina foram fator principal após o aumento das importações brasileiras no último ano, de um total de US\$ 35 bilhões em 1992, para os US\$ 38 bilhões em 1993, o que resultou em um *superávit* comercial de aproximadamente US\$ 13 bilhões. Em termos de porcentagem, o aumento das exportações brasileiras para a América Latina (de 20,4%) foi muito maior comparativamente com o resto do mundo (de 4,8%). Conforme veremos adiante, este desempenho formidável foi decisivo na formulação da atual política internacional brasileira, que tem o MERCOSUL com um de seus maiores pilares. A tabela abaixo mostra quase perfeitamente a parcela comercial do setor de exportação do Brasil.

BLOCO	VALOR 1993	%
TOTAL	38,7	100
MERCOSUL	5,3	13,92
OUTROS ALADI	3,7	9,66
EUA/CANADÁ	8,4	21,86
EU	10,0	25,92
ASIA	6,1	15,87
ÁFRICA/ORIENTE PRÓXIMO	4,9	12,77

”

¹⁰ Durval de Noronha Goyos Júnior, GATT, Mercosul e NAFTA”, 2ª ed., 1996, pág. 99

O Mercado Comum do Cone Sul caminha para a integração definitiva, especialmente em relação à estrutura institucional, às áreas abrangidas por legislação comum e à existência e âmbito de competência de tribunal supranacional.”¹¹

No ano de 2000, o Chile se integrou definitivamente ao MERCOSUL, pelo fato deste mercado comum representar atualmente parceria comercial expressiva para o continente Sul-Americano, consolidando o Acordo de Complementação Econômica, firmado em 25/06/96, entre o aludido mercado e o país citado.

Sendo certo, que o Brasil deverá envidar todos os esforços possíveis para a plena e salutar integração econômica, em conformidade com a norma encartada no Parágrafo Único do art. 4º, da Constituição Federal, que firmemente estipula: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade Latino-americana de nações.”

III – DIREITO COMPARADO – HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA COMO FORMA DE UMA INTEGRAÇÃO JURÍDICA

Tivemos a oportunidade de discorrer em outra ocasião sobre a “Importância do Direito Administrativo Comparado”¹², como estímulo a uma ampliação necessária do horizonte jurídico dos cultores do direito, que não podem mais ficar engessados ao espaço físico dos países em que vivem, pois a globalização atinge também a esfera jurídica.

Nesse contexto, resulta o estudo do direito administrativo comparado à busca dos seguintes requisitos:

- ✍ Confronto dos sistemas administrativos;
- ✍ Aperfeiçoamento do estudo das instituições, descrevendo-as tais como elas são, sem ficar restrito na aparência legislativa formal;
- ✍ Investigação das razões históricas, políticas, econômicas e sociais que explicam a estrutura da instituição em cada país;
- ✍ Por fim, estabelecer a comparação entre os sistemas e extrair daí lição útil para aplicação no direito local.

Assim, o cientista do direito que se utiliza do método comparado deverá se utilizar do estudo o histórico e o meio social pesquisado, para se valer desta confrontação com o fim de incorporá-la, com a devida adaptação ao direito pátrio. Por óbvio que os preceitos estranhos ou incompatíveis com a realidade de um país não poderão servir de parâmetro para uma ilustração, pois diversidade dos conceitos dificultam a conjugação pretendida com o método da comparação.

A tarefa é árdua, porém gratificante, pois o pesquisador do direito rompe a barreira da fronteira, para trazer modernidade a um determinado segmento do direito, que até

¹¹ Cf. Paulo Borba Casella, “Pequenas e Medias empresas e integração no MERCOSUL”, *in* “MERCOSUL e seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-Membros”, 2ª ed., Livraria do Advogado, 1997, pág. 254

¹² MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, “Importância do Direito Administrativo Comparado”, *in* RDA 212:195-212

então poderia estar adormecido em berço esplêndido, sem contudo, afrontar a ordem jurídica local, que através deste método resulta em exatidão dos princípios em que assenta a pesquisa.

In casu, pelo Tratado de Assunção, os Estados-partes assumiram o compromisso de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, com o objetivo de fortalecer a integração dos mesmos, sendo certo que, foi firmado pelo Protocolo de Las Leñas, um compromisso sobre cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria civil, comercial, laboral e administrativa, vinculante aos seus membros¹³.

A aproximação de normas no âmbito de um bloco econômico é fator estrutural do processo de integração, pois sem segurança jurídica nas suas relações, os Estados-partes esfacelariam os seus compromissos comerciais.

Pelo MERCOSUL - diferentemente do tratado de Roma, onde é agregado o fator da harmonização de normas como um dos elos necessários para a progressividade da integração, que atua na esfera econômica, jurídica e cultural – as decisões tomadas pelos órgãos deste Mercado Comum deverão ser adaptadas e harmonizadas em cada ordenamento jurídico, a fim de que não invadam a autonomia de cada país, tendo em vista que o rumo jurídico aplicável é o Direito Internacional Público.

Observa, sobre o que foi dito, Paulo Borba Casella¹⁴ que:

“... a criação e implementação de mercado Comum e a inversão de um Estado e seu ordenamento Jurídico e internacional nesse Mercado exigem adaptações, que vão das Constituições à legislação ordinária, até a divisão das competências Legislativas e atribuições dos tribunais.”

Na mesma esteira, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari¹⁵ ensina:

“ A necessidade de compatibilização da ordem jurídica interna com as regras de Direito Internacional às quais o Estado se vincula tem-se colocado na ordem do dia para os parlamentos nacionais, responsáveis em última instância, de modo geral, tanto pela elaboração das normas de direito positivo interno como pela autorização para a ratificação de compromisso do Estado no âmbito da ordem jurídica Internacional.”

¹³ Entre os dias 18 e 19 de junho/97, pela XII Reunião do Conselho do MERCOSUL, celebrada em Assunção, foi aprofundado o processo de cooperação jurisdicional, nas matérias já citadas, através de regras comuns para agilizar a cooperação sugerida.

¹⁴ Paulo Borba Casella, “ A Integração Econômica e seu Tratado Constitucional” *in* “ MERCOSUL: desafios a vencer”, vários autores, Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, São Paulo, 1994, pág.94.

¹⁵ Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, “O MERCOSUL perante o Sistema Constitucional Brasileiro”, *in* “ MERCOSUL – Seus efeitos jurídicos, econômicos e Políticos nos Estados membros”, 2ª ed., organiza por Maristela Bosso, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, pág. 105.

Pois bem, o Século XX foi responsável pela integração econômica/comercial amplamente narrada no presente estudo, com reflexo imediato nas Constituições, que incorporarão em seus textos a nova realidade comunitária internacional, admitindo a celebração de tratados de integração entre Estados para conformar organizações supraestatais ou interestatais.

Também as Constituições dos Estados membros do MERCOSUL agasalham explicitamente a possibilidade de adesão a tratados de integração, com a formação de uma comunidade integrada.

Estes princípios foram incluídos nas Constituições reformadas da Argentina (1994), Brasil (1988), Paraguai (1992), Uruguai (1967) e Chile (1980), além dos outros países do continente que, por não pertencerem ao bloco de atuação integrada do MERCOSUL, não serão objeto de foco nesta oportunidade.

E a Constituição da Argentina, reformada em 1994, ou seja, após a assinatura do Tratado de Assunção, institui a integração, o comunitarismo e o regionalismo, consoante se observa na redação dos artigos 75, incs. 24 e 124:

“Art. 75 – Corresponde al Congreso:

.....

Inc. 24 – Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes (...)”

“Art. 124 – Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.”

Como visto, as normas que integram os Tratados Internacionais possuem hierarquia superior às leis argentinas (art. 75, da Constituição), devendo elas, quando conflitem com os aludidos pactos, se adaptarem à realidade comunitária.

Assim, a Argentina não poderá invocar uma lei para desobedecer um tratado ou não cumprir obrigações internacionais, pois seu Texto Magno é explícito em impor grau de hierarquia superior ao compromisso internacional.

A introdução deste preceito na Constituição reformada da Argentina decorreu da necessidade de harmonizar a nova situação mundial, tendo em vista que o texto anterior estabelecia igualdade hierárquica entre as leis nacionais e os tratados internacionais, permitindo que uma lei posterior modificasse ou alterasse o documento internacional.

Antes da reforma, a Corte Suprema de Justiça da Argentina, em 1992, na conhecida causa “Ekmkdjian c/ Sofovich”, fixou o entendimento que os Tratados Internacionais são superiores às leis nacionais. Após este julgamento, a consequência prática foi a influência na reforma da Constituição, que abarcou a fundamentação deste julgado, e colocou o respectivo princípio legal no inc. 24 do art. 75.

Por sua vez, a Constituição do Paraguai, promulgada em 20 de junho de 1992, incorpora o chamado princípio de cooperação Internacional, admitindo a ordem Jurídica supranacional, destacando o seu art.137, que: “los tratados, convenios y acuerdos Internacionales aprobados y ratificados”, integram o direito positivo nacional em posição de superioridade hierárquica à lei.

Em abono ao que foi dito, o art. 141¹⁶ da Constituição Paraguaia elenca que os tratados internacionais aprovados por lei do Congresso e, devidamente ratificados, fazem parte do Ordenamento Legal interno, com hierarquia superior à da lei.

Em suas relações internacionais, o art. 143, da *Lex Legum* do Paraguay, ajusta os seguintes princípios:

- ?? a independência nacional;
- ?? a autoderminação dos povos;
- ?? a igualdade jurídica entre os Estados;
- ?? a solidariedade e a cooperação internacional;
- ?? a proteção internacional dos direitos humanos;
- ?? a livre navegação dos rios internacionais;
- ?? a não intervenção;
- ?? condena toda forma de ditadura, colonialismo e imperialismo.

Já o seu art. 144, respeita a permanência em organismos e/ou grupos internacionais, renunciando à guerra e mencionando expressamente sua integração como membro da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, enaltecendo, finalmente, os tratados de integração.

“Art. 144 – La República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sustenta el principio de la legítima defensa. Esta

¹⁶ “ Art. 141 – Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 136”.

declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración”.

Para viabilizar a construção de uma ordem jurídica supranacional – consequência direta e necessária da formação de blocos de Estados Integrados – o art.145, da Constituição do Paraguay reza:

“Art. 145 – La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden Jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

Dichas decisiones solo podrán ser adaptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congeso.”

A Constituição do Paraguay colocou o tratado Internacional em condição de superioridade ao texto legislativo nacional, como é o caso da Argentina, contemplando a cooperação, integração e as relações internacionais, viabilizando o MERCOSUL.

A Constituição da República Oriental do Uruguay prevê, no artigo 4º, o princípio da Soberania Nacional, onde lhe compete ditar as leis que regerão o seu território.

Sucedo que, a consagração desse princípio básico de organização estatal não obsta a que se leve adiante processos de integração que deleguem facultades legiferantes a órgãos supranacionais.

Isto porque, o artigo 6º, da Constituição do Uruguay, cristalinamente, estimula a integração social e econômica dos Estados Latino-Americanos, elegendo a arbitragem para dirimir as diferenças entre as partes contratantes quando confrontados os pactos internacionais.

“Art. 6º - En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje se otros medios pacíficos. República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materiales primas. Asi mismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.”

Já a Constituição do mais novo membro do MERCOSUL, o Chile, é de 1980, tendo sido reformada em 1997, também contempla os tratados internacionais, que deverão ser firmados pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso.

Esta é a dicção do artigo 50, da Constituição do Chile:

“Art. 50 - Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1. Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquel, dicte las disposiciones de cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61, y.”

Por fim, seguindo a timidez das Constituições Uruguaia e Chilena, a Constituição do Brasil de 1988 elenca no parágrafo único do art. 4º, que nosso país buscará a integração econômica, política, social e cultural com os povos da América Latina, com o objetivo de formar uma sociedade latino-americana de nações.

Todavia, é a primeira vez em que numa Carta brasileira existe previsão expressa de que os direitos e garantias contidos nos seus preceitos não excluem outros adotados nos tratados internacionais em que o nosso país figure como Estado parte:

“ Art.5º -

§ 2º - Os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime por ela adotado, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Como visto, as Constituições da Argentina e Paraguai são mais firmes quanto a obrigação de acatar os tratados internacionais, que possuem força hierárquica superior a das suas leis. Apesar do Brasil, Chile e Uruguai manterem a sua soberania frente aos textos internacionais, devendo eles se submeterem a determinado iter legal, que não os coloca em prisma de superioridade de hierarquia frente aos seus textos legislativos, todas as Cartas Maiores contemplam acordos internacionais, que após a sua interinação local, possuem força normativa obrigatória.

Cabe esclarecer que o direito do MERCOSUL pode ser dividido em dois grupos, são eles:

- ?? direito originário – composto pelos tratados constitutivos: Tratado de Assunção (1991); Protocolo de Brasília sobre Solução de Controvérsia (1991); Protocolo de Ouro Preto (1994);
- ?? direito derivado – formado pelas decisões, resoluções e diretrizes do Conselho, Grupo de Comissão de Comércio do Mercado Comum, que deverão ser submetidas às ordens jurídicas internas de cada país, com o objetivo de serem aprovadas e ratificadas, incorporando-se ao direito e gerando obrigação aos Estados-partes. Para tanto é confrontado com os textos legislativos locais para, no caso de haver disposição em contrário, ser revogada. Também se agrega ao direito derivado os protocolos e instrumentos adicionais ou complementares que possuam como escopo aspectos fundamentais para a integração.

Após esta breve reflexão sobre o direito no MERCOSUL, onde foi demonstrado o raio de abrangência de cada Constituição, iremos demonstrar que os países-membros possuem também uma breve semelhança normativa e sistema hermenêutico sobre os contratos públicos, visando uma integração maior neste campo e, até mesmo, que possa ocorrer, no futuro, a incorporação de preceito único no direito comunitário, sendo subscrito pelo MERCOSUL como pessoa pública internacional, quando for instado a contratar.

Portanto, será focado o contrato administrativo no próximo tópico, como uma forma de ampliação da integração econômica, não só em relação aos Estados-partes, que poderão contratar ou prestarem serviços no campo público, como também no MERCOSUL como pessoa jurídica.

IV – A EXISTÊNCIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DOS ESTADOS-PARTES DO MERCOSUL

O MERCOSUL possui personalidade jurídica de Direito Internacional¹⁷, podendo contratar¹⁸, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comprometendo-se seus Estados-partes em adotar todas as medidas necessárias para cumprir e acatar as decisões dos órgãos do respectivo Mercado¹⁹.

Devendo os Estados-partes se relacionarem respeitando a reciprocidade de direitos e obrigações²⁰.

Sucedem, que não existe ainda no MERCOSUL um direito comunitário, uma vez que para a existência deste direito é primordial a existência de instituições supranacionais.²¹

¹⁷ Art. 34º do Protocolo de Ouro Preto (17/12/94)

¹⁸ Art. 35º do Protocolo de Ouro Preto

¹⁹ Art. 38º do Protocolo de Ouro Preto

²⁰ Art. 1º do Tratado de Assunção

²¹ Frederico V. Magalhães Marques, Alberto Sauz Sogayar e Arnaldo da Colômbia, “Princípios de Direito Administrativo Brasileiro como Instrumento de Integração”, in “MERCOSUL – Integração Regional e Globalização”, coordenado por Paulo Borlba Casella, Renovar, 2000, pág. 545.

Todavia, os 5 (cinco) países membros do MERCOSUL possuem construção dogmática sobre os contratos públicos, ou administrativos, devendo o intérprete buscar uma correlação lógica entre os princípios aplicáveis em cada país-membro, no intuito de possibilitar o afloramento da integração do MERCOSUL e a solução de controvérsias que poderão surgir no futuro.

Esta comparação de direitos é imperiosa na medida em que o princípio da territorialidade é o prevalente, regendo as regras jurídicas sobre aplicação e competência internacional, com a fixação da jurisdição. Sendo certo que ainda não existe um direito administrativo do MERCOSUL.

Com a integração econômica efetiva, os Estados-partes deverão aplicar as suas normas legais sobre contratação, até que haja uma integração jurídica efetiva, que, sem ferir a soberania de cada Estado-parte, possibilitará uma unificação de princípios e normas sobre a matéria.

É público e notório que a cada dia que passa o Estado encolhe a sua atuação pública, procurando no particular uma maior integração na prestação dos seus serviços básicos, a preços menores, e com maior qualidade.

É o velho dogma do “small is beautiful”.

Assim, passaremos a analisar, individualmente, cada Estado-parte, no que pertine a construção dogmática sobre o contrato administrativo em seu território, no intuito de se aproximar da melhor solução quanto a integração de princípios únicos a serem aplicados quando a matéria versar sobre contratação pública.

✍ URUGUAI

A Constituição do Uruguai não é muito precisa sobre os serviços públicos e seus contratos de concessão, estabelecendo uma regulação dispersa²² sobre a matéria *sub-examen*. Diferentemente da Constituição Brasileira, a uruguaia se apresenta muito vaga, fixando ao legislador ordinário a tarefa de disciplinar a regra de contratação pública, sem, contudo, eleger princípios elementares da Administração Pública.

Nesse diapasão, o art. 51, da Constituição do Uruguai, estabelece que as concessões não são perpétuas e compete ao Estado e aos governos departamentais, respeitadas as suas respectivas competências, homologarem os preços das tarifas dos serviços públicos.

Sendo estabelecido pelo art. 86, também do Texto Maior, que a criação e supressão do serviço público será implementada ordinariamente por lei, que, se for arcada pelo Tesouro Nacional, deverá indicar os recursos e dotações orçamentárias necessárias para fazer frente à aludida abrigação.

²² “ La Constitución urugauya establece una regulación dispersa sobre los servicios públicos y su Contrato de Concesión.” Jorge Luís Salomoni, *in* “Actualidad en el Derecho Público”, nº 9, Contratos administrativos y MERCOSUR”, ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, pág. 171.

Por sua parte, o artigo 273, número 8, do mesmo Ordenamento Superior, confere às Juntas Departamentais poderes para a outorga de concessões de serviços públicos locais ou departamentais:

“ Art. 273 – La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de controlar en el Gobierno Departamental.

.....8º -
otorgar concesiones para servicios públicos, locales o departamentales, a propuesta del Intendente, y por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes.”

Seguindo a dicção do art. 65, da Carta Magna, foi baixado o Dec. 95/991, que criou o Texto Ordenado de Contabilidade e Administração Financeira – TOCAF, com a função de reger os contratos públicos.

O artigo 33, desse texto ordenado, estabelece:

“Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos.”

Carlos Delpiazzo²³, consagrado mestre uruguaio, resume como é o sistema de seleção dos contratados em seu país²⁴, da seguinte forma:

“Nuestro ordenamiento jurídico, ya desde antiguo y también ahora en el Texto Ordenado (se refiere al Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financeira ‘TOCAF’, aprobado por dec. 95/991), consagra distintas formas de selección del cocontratane, según que el contrato implique u origine um deuda, genere un crédito o no tenga por resultado, ni una deuda ni un crédito...En el primer caso, es decir, cuando del contrato se deriva una erogación para la administración, el art.33 del Texto Ordenado dispone que todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública. Quiere decir que nuestro sistema de restricción en la consagración del mismo, resulta tan amplio

²³ Carlos E. Delpiazzo, “Manual de Contratación Administrativa”, Secretaria de la Precidencia de la Nación-Programa Nacional de Desburocratización – Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1992, t.1, págs 40/41.

²⁴ Sobre as obras públicas, Jorge Luis Salomoni, informa: “A hora bien, las normas particulares sobre contratación de obras públicas, son las siguientes: art. 704, de la ley 14.106/973, art. 193, del dec. ley 14.859/978; art. 360, de la ley 15.809/986; art. dec. 192/985; dec. 8/990; y para la concesión de obras públicas, el dec. ley 15.637/984.” (“Actualidade En El Derecho Público – AeDP n.º 9”, Janeiro-Abril de 1999, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, art. cit. ant., pág. 173.

que nos vemos enfrentados a una verdadera inversión del principio general de libre elección... En el segundo caso, o sea, cuando del contrato se deriva una entrada o recurso, el mismo art.33 de TO. Establece que el mismo se realizará mediante los procedimientos de remate o licitación pública... En el tercer caso, o sea, cuando el contrato es económicamente neutro ya que no genera como resultado ni una deuda ni un crédito, nos encontramos frente a la hipótesis de la permuta, ampliada y flexibilizada en su regulación por el art. 38 del Texto Ordenado.”

Verifica-se que a legislação do Uruguai também é dispersa, não existindo um código ou lei única que regule a figura dos contratos administrativos, que são disciplinados por vários ordenamentos jurídicos. Em igualdade com a doutrina Argentina, os Uruguaios, por várias décadas, discutiam se existia ou não contratos da administração, questionando a figura dos contratos administrativos²⁵. Dissipada esta indagação, não resta dúvida que o poder público pode realizar contratos, relacionando-se com os particulares, que figuram na relação como prestadores de serviços.

A grande diferença do sistema uruguaio para os demais países do bloco do MERCOSUL reside na execução do contrato administrativo, pois quando ela é normal não há distinção dos demais sistemas, sendo anormal quando ocorre o incumprimento da obrigação por parte do particular ou da Administração, se constatando a divergência alardeada. Isto porque, quando o incumprimento deriva da Administração, a única penalidade é pecuniária, de execução direta do contrato, ou de finalização do pacto sem direito a indenização por parte do aludido infrator. Mesmo existindo a cláusula exorbitante do contrato administrativo, a impossibilidade de se obter indenização da Administração Pública causadora do rompimento do contrato, distancia esse país dos demais, pois as constituições dos países democráticos de direitos garantem a isonomia de tratamento, sem nenhuma distinção, ou, em outras palavras, quem der azo a ruptura do contrato Administrativo terá que arcar com os consectários legais, abrangendo, inclusive, a competente indenização por perdas e danos e lucros cessantes.

Ultrapassando esta divergência com os demais países, em uma passagem relâmpago, este é o sistema vigente no Uruguai sobre o contrato administrativo.

✍ PARAGUAI

A Constituição do Paraguai, mesmo de forma tímida, estabelece alguns dispositivos voltados ao thema *sub-oculis*, estabelecendo o seu artigo 178 as formas de gestão do serviço público: o Estado “explora por si, ou por meio de concessionários, os bens de seu domínio privado”, e “organiza a exploração dos serviços públicos”.

Textualmente, o Capítulo VI, “Da Política Econômica do Estado”, Seção II, Da Organização Financeira, art. 178 da Constituição determina que:

²⁵ Carlos E. Delpiozzo, ob. cit. art.. págs 51/52.

“Art. 178 – Para el cumplimiento de sus fines, el Estado establece impuesto, tasas, contribuciones y demás recursos; explota por sí, o por impuesto, tosas, contribuciones y demás recursos; explota por si, o por medio de concesionarios, los biens de su dominio privado, sobre los cuales determina regalia, “royaltíes”, compensaciones u otros derechos, en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales; organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el Canon de los derechos que se estatuyan; contral empréstitos internos a los programas nacionales de desarrollo; regula el sistema financeiro del país, y organiza, fija y compone el sistema monetário.”

Por sua vez, o requisito Constitucional para a concessão de serviço público é a autorização legislativa. E o artigo 202, inc.11 da Constituição, ordena:

“Son deberes y atribuciones del congreso: (...) autorizar, por tempo determinado, concesiones para la explotación de serviços públicos nacionales, multinacionales o de biens del Estado, asi como para la extracción y transformación de minerales sólidos, liquidos y gaseosos.”

Estes dois únicos dispositivo constitucionais remetem para a legislação infraconstitucional a tarefa de regular a organização administrativa e a sua relação com terceiros, em especial quando se resume em contratação pública.

A Lei de Organização Administrativa é de 22 de junho de 1909, e regula o regime de aquisições e obras, estando, segundo informa Luis E. Chase Plate, superado em alguns pontos, pois o transcurso do tempo²⁶ não se coaduna com o limiar do Século XXI. Da mesma forma, ressalta o insígne mestre paraguaio que, para a época, este comando legal era avançado, trazendo em seu bojo princípios que não eram usuais, como por exemplo a pré-qualificação prévia dos concorrentes, como uma forma de, em casos especiais, limitar o número de participantes da licitação, no intuito de somente as pessoas ou empresas reconhecidamente como capazes pela Administração pudessem participar do certame (art. 204)²⁷.

Por sua vez, a Lei 25/91, de 2 de dezembro de 1991, modificou os artigos 192 e 193 da velha Lei de Organização Administrativa, estabelecendo três modalidades de procedimentos de contratação pública: a) a licitação pública; b) o concurso de preços; e, c) a contratação Direta por via Administrativa.

²⁶ Luis Enrique Chase Plate “Los Contratos Públicos”, intercontinental Editora, Paraguai, 1998, pág. 111.

²⁷ “Art. 204 – Las licitaciones relativas a obras, manufacturas o suministros que no puedan nin inconveniente entregasse a una concurrencia ilimitada, deberán conter restricciones que no admitan a la licitación sino a personas previamente reconocidas capaces por la administración , y que presenten las garantías que exija el pliego de bases y condiciones.”

Expressamente o artigo 192 referido, ficou assim redigido:

“Art.192 – Las adquisiciones, suministros, arrendamientos, locaciones de obras y servicios para las Instituciones del Sector Público que comprende a las entidades de la Administración Central se harán por medio de:

a) Licitación Pública, cuando el monto de la operación supere los (10.000) diez mil jornales mínimos legales para actividades diversas no especificada en la capital de la República;

b) Concurso de Precios cuando el monto de la operación no exceda a los valores previstos en el inciso anterior y sea superior a los (2.000) dos mil jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la capital de la República. Asimismo, deberá recurrirse al concurso de precios, cuando repetidas dos veces la licitación a propuesta cerrada, no hubiese postor, o las propuestas hechas fueran inaceptables y, como tales, declaradas expressamente por Decreto del Poder Ejecutivo, y

c) Contratación Directa por vía Administrativa, cuando la operación no exceda el monto de los (2.000) dos mil jornales mínimos legales para actividad diversa no especificada en la capital de la República. La adquisición directa podrá hacerse, siempre que con el mismo objeto no exista en los meses anteriores otro contrato que, agregado al anterior, exceda los límites establecidos en este artículo.”

Pela Lei n.º 26, de 2 de setembro de 1991, foi ampliada a obrigatoriedade de licitação pública para toda Administração do Estado, incluindo neste contexto as entidades descentralizadas, autônomas, autárquicas e de economia mista.

A licitação pública no Paraguai é um procedimento administrativo que encontra fundamento em vários princípios constitucionais, tais como: a) primazia do interesse público (art. 128); e; b) igualdade e não discriminação da livre concorrência (arts. 46, 47 e 107)²⁸.

Por sua vez, a Lei n.º 1045, de 23 de dezembro de 1983, ao estabelecer o Regime de Obras Públicas, confundiu contratos de natureza jurídica distintos, misturando o contrato de obra pública com o contrato de consultoria e assistência²⁹.

²⁸ Cf. Luis Enrique Chase Plate, ob. cit. ant., pág. 199.

²⁹ “En primer término, el vocabulario de la ley n.º 1045/83 es vulgar, no estético, ni sigue las enseñanzas del Derecho Público y la doctrina en la materia, hoy tan valiosa en técnico el Derecho europeo y latinoamericano. Confunde la ley la ejecución de obras públicas con los servicios de consultoría. El contrato de “Obra Pública” es de los denominados típicos de la Administración. La prestación de servicios de consultoría y asistencia debe estar regulada en su aspecto principal por normas diferentes.” (Luis Enrique Chase Plate, ob. cit. ant., pág. 193).

Deixando de lado a confusão legislativa citada, os contratos administrativos mais freqüentes são: “función pública, concesión de servicio público, obra pública, suministro e empréstito”.

Por fim, abra-se parênteses para registrar que a doutrina majoritária do Paraguai elenca que uma lei de contratos públicos deve ser:

“El propósito de una ley de contratos debe ser: 1) obtener objetividad de la actividad administrativa, así como la transparencia de la contratación. Uno de los requisitos para la transparencia, consiste, precisamente, en la adecuada publicidad de la licitación y la adjudicación; y 2) la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación. Si no se simplifica el procedimiento, la actuación administrativa se volverá confusa y se prestará a la perpetración de “maniobras” que, aunque formalmente no serían delitos, constituirán actos inmorales que ensucian la Administración y perjudican a los postulantes³⁰.”

✍ CHILE

O Estado do Chile é unitário, e seu território se divide em regiões, com a administração descentralizada, em consonância com a lei (art. 3º, da Constituição).

Compete a lei estipular quais serão os serviços que serão objetos de concessão, (art. 60, inc. 10, da Constituição):

“Art. 60 – Sólo son materias de ley:

10 – Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión.”

O Estado possui domínio absoluto de todas as minas, que a exceção das de “hidrocarburos líquidos e gaseosos”, podem ser objeto de concessão de exploração. Estas concessões se constituem sempre por decisão judicial com prazo de duração, obrigando “al dueño a desarrollar la actividad necesaria par satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión³¹.”

³⁰ Luis Enrique Chase Plate, ob. cit. ant., págs. 199/200.

³¹ Art. 19, inc. 24, da Constituição.

Estas concessões podem ser executadas diretamente pelo Estado ou por suas empresas, ou por meio de concessões administrativas, através de contratos especiais de operação, com os requisitos e condições estipuladas pelo Presidente da República, na forma de seu decreto, sendo certo, que independentemente do prazo de duração destas explorações, poderá encerrar a qualquer tempo, as concessões administrativas ou os contratos de operação relativos aos serviços prestados nas chamadas zonas declaradas de importância para a segurança nacional, desde que pague a indenização correspondente.

Em realidade, o direito positivo chileno assinala a figura de vários contratos administrativos, sendo os mais frequentes, segundo aduz Enrique Silva Cimma:³²

- “a) El contrato de consultorias o prestación de servicios profesionales calificados;
- b) El de concesión de servicio público;
- c) El contrato de aprovisionamiento o suministro, y
- d) El de obra pública, sea por vía del contrato de construcción de obra pública o por vía del contrato de concesión de obra pública.”

Vários são os comandos legais que regulam a matéria, sendo certo, que o Chile pode celebrar contratos privados ou regidos pelo direito dos particulares, casos da compra e venda, arrendamentos e etc.

Todavia, como nos demais países do MARCOSUL, a grande maioria dos contratos existentes são regidos pelo direito público, devendo ser verificados antes de mais nada, a capacidade e a formalidade com que se revestem os contratos administrativos.

O chamado contrato de “suministro”, que é aquele que tem por objeto a provisão de coisas móveis para os estabelecimentos públicos do Estado, deve ser precedido de licitação pública ou privada, salvo para: a) Aquisições que não excedam 3.600 unidades tributárias mensais; b) materiais urgentes e perecíveis, que não podem se sujeitar a licitação; c) Os casos descritos no art. 3º, do Decreto da Fazenda n.º 404/78; d) as hipóteses decididas pelo Conselho de Direção, desde que haja a aprovação (voto) de dois terços de seus membros presentes; e) aferições de produtos nacionais ou estrangeiros que possuam distribuidores exclusivo, sem similares.

O contrato de obra pública, um dos mais importantes para os países que se encontram em fase de crescimento, como é o caso o Chile, funciona com a missão de possibilitar o crescimento do Estado, que através deste pacto público, atua do seguinte forma: a) executa diretamente as obras mediante o sistema de administração delegada; b) contrata particulares para executarem a obra pública; c) através da concessão realiza a construção pública.

³² “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, Enrique Silva Cimma, Editorial Jurídico de Chile, 1995, Santiago, pág. 174.

Este tipo de contrato é regulado pelo Decreto MOP n.º 15, de 1992, sendo que a execução das obras se desenvolve em conformidade com o Título VIII, do Decreto MOP n.º 294, de 1994, "que tienen rango de ley por estar respaldadas por el cuerpo de normas que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas"³³.

Por sua vez, o artigo 4º, n.º 22, do Regulamento para Contratos de Obras Públicas define a licitação como o concurso mediante o qual se solicitam propostas dos interessados para a execução de uma obra, de acordo com o projeto aprovado pelo Ministro competente.

✍ ARGENTINA

A República Argentina, de acordo com seu sistema federal de governo, possui diversos regimes jurídicos contratuais públicos, com várias jurisdições provinciais, municipais e federal, que segundo Jorge Luís Salomoni³⁴ não significa que os aludidos regimes sejam incompatíveis ou diferentes, pelo contrário, a prática tem demonstrado uma similitude normativa e de interpretação, das Administrações e dos Juizes Administrativos.

Segue também a Argentina a característica imperante do Contrato público, regido pelas normas que exorbitam do direito comum³⁵.

Por sua vez, a Constituição da Argentina, no artigo 75, inc. 18, atribui ao Congresso Nacional a tarefa de dispor sobre a exploração de serviços públicos pelos particulares:

“18 – Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos inferiores, por leyes, proctetoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”³⁶

³³ Cf Enrique Silva Cimma, Ob cit., pág. 186

³⁴ Jorge Luís Salomoni, “Contratos Administrativos y MERCOSUR”, AeDP n.º 9, Ed. AD-HOC, janeiro/abril de 1999, pág. 176.

³⁵ “Estimamos innecesario agregar, como lo hace Cassagne, que está sometido a un regimen exorbitante del derecho común, ya que el ejercicio de una función administrativa siempre se rige por el derecho público.” (Miguel Angel Berçaitz, “Teoria General de los Contratos Administrativos”, Depalma 1980, Buenos Aires, pág. 5.

³⁶ Jorge Luis Salomoni informa que o atual art. 75, inc. 18, da CF (antigo art. 67, inc. 16) teve origem em texto similar da Constituição dos Estados Unidos da América que respeita a “La cláusula de prosperidade” (“Aporte para una discusión sobre la titularid estatal de los servicios públicos”, *in* “derecho administrativo, en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff”, Abeledo-Perrot, 1998, Buenos Aires, pág. 829).

Assim, o Constituinte argentino ao estabelecer a possibilidade de conceder privilégios temporários ao particular, sublinhou que esta concessão está vinculada a consecução da prosperidade do país, com o bem estar de todas as províncias, ou seja, se o concessionário público não mantiver acesa a chama da boa administração, prestando serviço com qualidade e eficiência, não estará imune a perda da aludida concessão.

Prevalece no texto constitucional argentino a obrigação do Estado manter uma relação de justiça distributiva, onde, sempre que possível, logre através da concorrência de ofertas ou da licitação a melhor contratação³⁷.

Essa relação encontra apoio não só no princípio da igualdade que proclamam os artigos 16 e 75, inc. 23, da Constituição, como também em outro princípio que tomou assento na reforma constitucional de 1994, relativa ao dever do Estado prover “a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados³⁸.”

Em igualdade com o Brasil, a Argentina promoveu a privatização de setores estratégicos (energia, telefonia, telecomunicação e etc.) passando para os particulares a responsabilidade de melhorarem a prestação de serviço público. E coube a denominada Lei de Reforma do Estado (Lei 23.696/89)³⁹, estabelecer no seu art. 15, inc. 7 que:

“Art. 15 – Para el cumplimiento de los objetivos y fines de esta ley, el Poder Ejecutivo, a través de la autoridad de aplicación o en forma directa en su caso, podrá:

inc. 7 – Otorgar permisos, licencias o concesiones, para, la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuviesen afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen, entanto los adquirentes reúnan las condiciones exigidas por los respectivos regímenes legales, así como las que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convengan para facilitar la operación. En el otorgamiento de las concesiones, cuando mediante razones de defensa nacional o seguridad interior, a criterio de la autoridad de aplicación, se dará preferencia al capital nacional. En todos los casos se exigirá una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad.”

Ao largo dos seus 70 artigos e 2 anexos, a Lei da Reforma Administrativa, contém, em uma síntese apertada, as seguintes características, dentre outras:

³⁷ “De esta manera, el ámbito del principio de libre contratación queda limitado – en líneas generales – a los supuestos en que no resulta viable ni conveniente la concurrencia (ej.: caso de un fabricante único o exclusivo) y a los casos de extinción o fracaso de una licitación pública.” (Juan Carlos Cassagne, “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO”, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 43).

³⁸ Art. 42, segunda parte, Constitución Argentina.

³⁹ Lei 23.696, de 18 de agosto de 1989.

- a) Reordenamento e racionalização do setor público empresarial, mediante a intervenção de todos os organismos, empresas e sociedades estatais por um prazo determinado, visando a promoção da reestruturação e transformação das empresas públicas privatizadas, que apesar de estarem sendo geridas por particulares, alterando o seu status jurídico, continuam a pertencer ao Estado, que apenas concedeu a exploração, por tempo determinado, ao entende direito privado;
- b) Implementação do programa de propriedade participada. Este programa se resume no fato de que os empregados, usuários do serviço e os produtores de matérias primas cuja industrialização ou elaboração constitui a atividade do ente a ser privatizado (arts. 21 e 22), podem ser sujeitos adquirentes, em todo ou em parte, do capital acionário da empresa, sociedade ou estabelecimentos que sejam declarados sujeitos a privatização;
- c) Reordenamento dos contratos estatais. Em tal órbita, o Poder Executivo fica autorizado a proceder a rescisão de todos os contratos de locação de obra pública, que no curso dos tempos geraram graves distorções provocadas pela situação econômico-financeiro do país (art. 48);
- d) Proteção dos empregados durante o processo de privatização, onde se mantém todas as instituições legais, convenções, acordos coletivos de trabalho (art. 4º);
- e) Suspensão, por dois anos, de todas as sentenças ou laudos arbitrais que tenham condenado ao pagamento de uma determinada soma em dinheiro ditadas contra o Estado e seus entre públicos (art. 50). Ficam excetuados desta penalidade, que a meu ver é, inconstitucional, o pagamento das indenizações decorrentes da: desapropriação, indenizações trabalhistas ou nascida do vínculo público, ação de amparo (abuso de poder), repetição de indébito dos tributos pagos indevidamente, indenizações decorrentes das jubilações e pensões, dentre outros (art. 54);
- f) Plano de emergência de emprego por parte do Executivo, criando fundo para cobrir obras públicas com a utilização de mão de obra de pessoal, em substituição do trabalho mecânico, fixando valores da contratação e prazo de execução (art. 59).

Como visto, esta lei foi emergencial, ou seja, com objetivo nítido de possibilitar a Reforma Administrativa Argentina o legislador infraconstitucional estipulou dispositivos de vigência limitada (especialmente para as situações de emergência) e outras de duração indefinida, ou seja, esta última hipótese abrange as situações que não estão direta ou indiretamente relacionados com os casos de emergência⁴⁰.

Como os demais direitos públicos já declinados, o argentino possui uma legislação contratual diversificada, não existindo um regime geral para o contrato de concessão de serviços públicos⁴¹.

⁴⁰ Cf. “Comentários a la Ley 23.696 de Reforma Administrativa”, Jesus L. Abad Hernando e outros, Editorial Ciências de la Administración, Buenos Aires, pág. 73.

⁴¹ “Por outra parte, no existe en nuestra legislación positiva un régimen general para el contrato de concesión de servicios públicos.” (Jorge Luis Salomoni, “Contratos Administrativos y Mercosur”, “Actualidad en el Derecho Público, AeDP n.º 9, cit. ant., pág. 183.

Assim, os contratos típicos seguem a liturgia dos seguintes comandos legais:

✍ Lei de Contabilidade n.º 23.354/56 e seu Decreto Regulamentador n.º 5720/72 modificado pelo Decreto n.º 1792/88, versam sobre compra e venda, locações, arrendamentos e as demais atividades que não importem em permissão ou concessão de uso de domínio público ou privado;

✍ Lei 13.064, de 13 de outubro de 1947, e seus decretos regulamentares disciplinam as obras públicas;

✍ Lei 17.520, de 7 de novembro de 1967, com as modificações introduzidas pela Lei 23.696, de 18 de agosto de 1989, estipulada as normas sobre concessão públicas.

Nesta última hipótese, foram baixados vários atos legislativos, com o condão de implementar as concessões dos serviços públicos nas atividades de grande importância para a sociedade: eletricidade (Lei 24.065), gás (Lei 24.074), água (Dec. 999/92) e telefonia (Dec. 1185/90 e Dec. 702/95). Todavia, o Estado manteve, de forma direta, os serviços de água corrente e dos correios (art. 67, inc. 13, da Constituição).

Deixando de lado a parte legislativa, se infere que a característica do contrato administrativo argentino é igual aos demais países do MERCOSUL, que seguem a esteira da concepção francesa, denominada “continental européia”.

Atualmente, pelo processo de reforma do Estado e regulação econômica, a Argentina fiscaliza o cumprimento da prestação de serviços das empresas privatizadas pelos entes reguladores⁴², que são também os responsáveis pelo acompanhamento do contrato de concessão:

“Como es sabido, la mayoría de los marcos regulatorios dictados con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 otorgan a los entes que regulan la respectiva actividad sectorial un amplio conjunto de poderes reglamentarios delegados por el Congreso.”⁴³

✍ BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de Outubro de 1988, sofrendo profunda reforma no setor público pelas Emendas nºs 19 e 20, ambas de 1998, com reflexos imediatos na contratação pública.

⁴² Tivemos a oportunidade de discorrer sobre a matéria no artigo denominado “Agências Reguladoras e as Suas características”, *in* Revista do Instituto Ibero-Americano de Direito Público – RIADP- N.º 1, 2000, Ed. América Jurídica, Pág. 194.

⁴³ Juan Carlos Cassagne, “El Contrato Administrativo”, ob. cit. ant., pág. 156.

O artigo 37, da Constituição, que elenca os princípios cardais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade) sofreu o acréscimo da eficiência, como um dos objetivos e metas a serem percorridas pelo homem público.

Sob o ângulo da contratação pública, o artigo 22, inc. XXVII, passou a ter a seguinte redação:

“Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

A respectiva alteração deverá ser interpretada sistematicamente com a nova redação do art. 173, § 1º, da CF, tendo em vista que estes Comandos Maiores retiram as empresas públicas e sociedades de economia mista do raio de atuação da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), criando um regime jurídico próprio e mais ágil para essas empresas, que possuem o mesmo tratamento de empresas privadas quando se relacionam com os seus empregados ou quando são submetidos às regras tributárias.

Sobre esta modificação constitucional, em outra passagem⁴⁴, deixamos registrado:

“Por certo, mesmo alçando a prerrogativa de possuir estatuto jurídico próprio, as empresas públicas e sociedades de economia mista que sempre observam o salutar princípio da licitação, até aqui obrigadas ao cumprimento das normas legais sobre licitação para contratação de compras, obras, serviços e alienações (Lei 8.666/93), *ganharão autonomia para adotar normas próprias, desde que observem os princípios básicos do dever geral de licitar (competitividade, vinculação ao ato convocatório, sigilo das propostas, julgamento objetivo, dentre outros.*”

A regra geral é a contratação precedida do processo de licitação pública (art. 37, XXI da CF) onde se assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas das propostas, ressalvados apenas os casos em que a lei excetua da aludida regra.

Assim, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados com os vencedores da licitação, a exceção dos casos em que a lei dispensa este procedimento.

⁴⁴ MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, “Licitações e Seus Princípios na Jurisprudência”, ed. Lumen Juris, 1999, pág. 211.

E a lei que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993⁴⁵.

Pela redação do art. 54, da Lei 8.666/93, os contratos administrativos de que trata o aludido comando, regulam-se pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Por sua vez, o art. 58, da Lei 8.666/93, confere a prerrogativa à Administração de: a) modificação unilateralmente do contrato, respeitados os direitos do contratado; b) rescisão unilateralmente, nos casos especificados no inciso I, do art. 79; c) fiscalização da execução; d) aplicação de sanções motivados pela inexecução total ou parcial do ajuste.

Acompanhando a nova tendência do direito administrativo mundial, o Brasil também aderiu a teoria dos contratos de colaboração entre a empresa privada e a Administração direta ou indireta. Esta nova fase da contratação pública cria condições favoráveis ao investimento do Estado em infra-estrutura, transferindo para o particular a obrigação de prestar o serviço público com eficiência e qualidade. Ao Governo compete, como missão indelegável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, criando, como na Argentina, as Agências Reguladoras, que possuem também a finalidade de defender os usuários e os interesses da sociedade.

Nessa vertente, foi promulgada a Lei 8.897, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, da Constituição Federal.

O Capítulo VI, da citada lei versa sobre o contrato de concessão, elegendo, no seu artigo 23, as cláusulas essenciais do contrato de concessão.

É permitido a subconcessão⁴⁶ e transferência⁴⁷ de concessão ou do controle societário da concessionária, desde que haja prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão.

A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade (art. 16), devendo o serviço ser prestado de forma adequada e com atualidade (art. 6º).

Não existe divergência da doutrina nacional no sentido que o Brasil seguiu os ensinamentos do Direito francês, também na contratação pública, onde o pacto é regido por normas e dispositivos que excepcionam do direito comum algumas cláusulas e condições, sempre com a finalidade de manter contínuo e eficaz o serviço público delegado ao particular.

⁴⁵ A Lei n.º 8.666/93, com alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 8.883/94, 9.648/98 e Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000 (aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns), regulamenta o art. 22, XXVII, da CF.

⁴⁶ Art. 26, da Lei 8.987/95.

⁴⁷ Art. 27, da Lei 8.987/95.

VI – O MERCOSUL FIGURANDO COMO CONTRATANTE PARA ATINGIR SEUS OBJETIVOS

Após a radiografia legal traçada no tópico anterior, onde foi, em uma visão embrionária, desvendada a figura do contrato administrativo dos países membros do MERCOSUL, passaremos a analisar as devidas projeções e influência que eles podem radiar quando o próprio Mercado Comum necessite contratar terceiros para realizar seus objetivos.

Este estudo se faz necessário, pois não existe uma normatização própria do MERCOSUL sobre a contratação pública, apesar deste Mercado, segundo a dicção do artigo 35⁴⁸ do Protocolo de Ouro Preto, propor para o *thema* uma solução equilibrada para o regime de contratação comunitária em questão, eis que entende que deverá estar “en sintonia, con la legislación de los países miembros, así como con la cultura jurídica desarrollada através de sus respectivos historias institucionales⁴⁹”.

Esta é a melhor solução para a contratação pública comunitária, pois revela-se um caminho seguro na normatização do Processo de Integração Econômica dos Estados-Partes do MERCOSUL, que não terão as suas soberanias afetadas, em razão da aplicação de princípios comuns⁵⁰ adotados internamente pelos mesmos.

Nessa vertente, a comparação de direitos toma assento maior quando se busca uma integração jurídica sobre a contratação do MERCOSUL, que na prática representará os seus Estados-Partes quando realiza os seus objetivos.

E ainda vou mais além, pois se os países que compõem o MERCOSUL, sem ferirem as suas soberanias, adotarem uma codificação ou normas comuns para a contratação pública, sem discriminações, haverá uma proteção mais eficaz para os mesmos, pois as concorrências internacionais no Brasil, Argentina, Chile, Uruguai e Paraguai são mais constantes do que nos países já desenvolvidos, pois, pela condição subdesenvolvimento os integrantes do respectivo Mercado Comum necessitam da atividade particular com maior intensidade, a fim de atingirem os seus objetivos e fins.

Compar com esta ótica, basta se ater as privatizações no Brasil e na Argentina, onde grupos estrangeiros, bem distante do continente Sul Americano, foram os vitoriosos, arrematando os setores de telefonia, hidrelétrico, águas, etc.

Não vai daqui nenhuma crítica as aludidas privatizações ou contratos públicos firmados com as aludidas multinacionais vitoriosas.

O exercício que se faz é que, partindo de um ponto em comum, os Estados-Partes poderão se proteger mais da concorrência externa, eliminando barreiras que possam existir entre

⁴⁸ “Art. 35 – O MERCOSUL poderá, no uso de suas atribuições, praticar os atos necessários à realização de seus objetivos, em especial contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em Juízo, conservar fundos e fazer transferências.”

⁴⁹ “Contratos Administrativos y Mercosul”, cit. ant., pág. 189.

⁵⁰ “Portanto, os princípios comuns de Direito Administrativo inseridos nas Constituições dos Estados-Membros devem ser utilizados no âmbito do MERCOSUL como base de um Ordenamento Jurídico e para dirimir dúvidas e solucionar conflitos, integrando e harmonizando as legislações existentes.” (“Princípios do Direito Administrativo Brasileiro como Instrumento de Integração”, Frederico V. Magalhães Marques e Outros, *in* “MERCOSUL Integração e Globalização”, 2000, Renovar, pág. 549.

si, bem como o MERCOSUL, adotando métodos de contratação pública, poderá chegar a soluções mais justas e adequadas para o atingimento dos seus fins.

Sobre a comparação de direitos averbamos⁵¹ que:

“Como os juristas são responsáveis pela interpretação da lei administrativa, é natural que adquiram visão ampla da ciência estudada, tendo em vista que a ciência ‘é feita de adição por colaboração, sendo certo’, que sem a comprovação do direito administrativo, não haveria o progresso, pois a estagnação jurídica seria elemento de freio da integração dos povos.”

Assim, a comparação dos princípios da contratação pública que regem os países que compõem o bloco de comércio em debate, revela-se como uma alternativa para o início de uma integração jurídica, onde o MERCOSUL adotaria normas comunitárias para contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis.

Para isto, é necessário a confrontação dos direitos e normas de cada país membro, visando uma unificação salutar e necessária para o próprio desenvolvimento do MERCOSUL.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, se conclui que os países que são partes do MERCOSUL possuem sistema jurídico de contratação pública similar, pois adotaram os mesmos princípios ou normas para regerem os seus direitos públicos internos.

Como a fonte inspiradora foi a mesma, as normas são muito parecidas, não agredindo a nenhum sistema jurídico dos países membros.

Portanto, não existe óbice legal para que o MERCOSUL adote também estes princípios e normas como os prevalentes das suas contratações.

Aliás, como sublinha Tawil⁵², “... las ideas extranjeras constituyen una fuente de inspiración innegable de innumerables principios e instituciones del derecho administrativo contemporáneo; no se trata, por cierto, de transplantarlas artificialmente sino, al contrario, de conocerlas, examinarlas y apreender de ellas a fin de tomar lo positivo y desechar aquellas concepciones ajenas o inconvenientes para nuestro sistema jurídico.”

Assim, buscando uma cultura jurídica unificada, deverá o MERCOSUL traçar as suas contratações em consonância com os princípios e normas adotados pelos seus Estados-Partes.

⁵¹ MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, “Importância do Direito Administrativo Comparado”, *in* RDA: 212, pág. 209.

⁵² Cguido Santiago Tawil, “EL Estudio del Derecho Comparado”, RDA, 1991, Ano 3, Ed. Depalma, Buenos Aires, pág. 80.