

A EXORBITÂNCIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE EXORBITANCY ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Luciana Gaspar Melquíades Duarte¹
Márcio Antônio Deotti Ibrahim Júnior²

RESUMO

Este trabalho, fruto de uma pesquisa qualitativa calcada em fontes indiretas, enfrenta a problemática afeta à existência ou não de exorbitância nos contratos administrativos. A dogmática tradicional as apresenta como principal característica de distinção desta espécie de acordo jurídico para aqueles regidos pelo Direito Privado, ao passo que alguns doutrinadores apontam serem as cláusulas exorbitantes fruto de uma construção artificial do Conselho de Estado Francês para justificar a inserção das ações afetas aos contratos administrativos no contencioso administrativo, escapando, assim, ao controle do Poder Judiciário. Este estudo buscará demonstrar que, sob a égide teórica do pós-positivismo, as cláusulas exorbitantes consistem em prerrogativas especiais destinadas à viabilizar a melhor proteção dos direitos fundamentais, e que, assim, devem ser aplicadas apenas após um juízo de proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: contratos administrativos; cláusulas exorbitantes; direitos fundamentais; proporcionalidade.

ABSTRACT

This work, the result of a qualitative research grounded in indirect sources, faces the problem affects the existence or otherwise of the exorbitance in administrative contracts. Traditional dogmatic presents them as the main distinguishing feature of this kind of legal agreement for those governed by Private Law, while some scholars point out the exorbitant clauses are the result of an artificial construction of the French Council of State to justify the inclusion of actions about administrative contracts in administrative litigation, thereby escaping the control from Judiciary. This study will seek to demonstrate that, under the theoretical umbrella of Post-positivism, the exorbitant clauses consist in special prerogatives intended to able better protection of fundamental rights, and that, by requiring a restriction on contracted's fundamental rights, should be applied only after a judgment of proportionality.

KEY-WORDS: administrative contracts; exorbitant clauses; fundamental rights, proportionality.

¹ Mestre e Doutora em Direito Público pela UFMG. Professora Adjunta de Direito Administrativo e Constitucional da UFJF. R. Vinte e Um de Abril, n. 300, B. São Mateus, Juiz de Fora/MG. CEP 36.025-090. E-mail: lg.melquiades@uol.com.br

² Graduando em Direito pela UFJF. R. Olegário Maciel, n. 920, B. Paineras, Juiz de Fora/MG. CEP 36016-010. E-mail: marcioidibrahim@yahoo.com.br

RESUMEN

Este trabajo, fruto de una investigación cualitativa basada en fuentes indirectas, se enfrenta el problema afecta a la existencia o no de los contratos administrativos exorbitantes. La dogmática tradicional presenta la principal característica distintiva de este tipo de acuerdo legal para los que se rigen por el derecho privado, mientras que algunos estudiosos señalan las cláusulas exorbitantes son el resultado de una construcción artificial del Consejo de Estado francés para justificar la inclusión de acciones para afetas contratos administrativos en lo contencioso administrativo, escapando de este modo el control del poder judicial. Este estudio tratará de demostrar que, en el marco teórico del Post-Positivismo, las cláusulas exorbitantes constará de prerrogativas especiales destinados a hacer posible una mayor protección de los derechos fundamentales, y que se debe aplicar sólo después de un juicio de proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE: Los contratos de gestión; cláusulas exorbitantes, los derechos fundamentales, la proporcionalidad.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise da natureza jurídica do contrato administrativo através de uma perspectiva pós-positivista, condizente com a moderna concepção de Estado Pós-Social Democrático de Direito. Os novos tempos necessitam uma visão mais adequada do instituto, influenciada pelo objetivo-fim da Administração, a garantia de direitos fundamentais.

Grande parte da doutrina brasileira e estrangeira considera diferenciada a natureza jurídica do contrato administrativo frente aos contratos de Direito Privado. Segundo estes, a diferença reside na submissão do mesmo a um regime jurídico característico, com cláusulas exorbitantes e ausência de igualdade entre as partes.

A submissão a regras diferenciadas, segundo parte da doutrina atual, encontra fundamento em dispositivo legal ou na própria natureza do contrato. O que se observa de fato, através de estudo jurisprudencial, é que os contratos recebem prerrogativas especiais quando uma das partes é a Administração Pública e, além disso, possuem cláusulas exorbitantes ou têm por objeto a prestação serviços públicos.

Os referidos argumentos já não parecem mais coerentes com a nova perspectiva de atuação estatal sob o pálio de garantias de direitos fundamentais. Legitimar a natureza *sui generis* do contrato administrativo à luz de critérios unicamente formais – determinação legal - ou de critérios substanciais pouco eficazes – prestação de serviço público ou presença de cláusulas exorbitantes – não parece ser a melhor solução. A racionalidade pós-positivista que

orienta a atuação pública em prol da garantia de direitos fundamentais requer um novo enfoque do instituto.

Com o pós-guerra, o epicentro da ciência jurídica deslocou-se completamente. A separação quase absoluta entre o Direito e a Moral, característica do Positivismo Jurídico, mostrava-se iminentemente perigosa e capaz de legitimar inúmeras barbáries, como as nazistas. Precisava-se de um novo modelo capaz de ultrapassar os liames da estrita legalidade, mas sem dar azo à insegurança jurídica. É nessa esteira que emerge a ideologia Pós-Positivista, legitimada pela reaproximação entre Direito e Ética, reconhecedora da normatividade de regras e princípios e garantidora de uma Teoria de Direitos Fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o que se tentará mostrar nas próximas páginas é a insuficiência dos critérios normalmente utilizados pela doutrina e jurisprudência para legitimar a exorbitância no contrato administrativo. Nesse diapasão, será defendida, aqui, uma teoria que legitime a exorbitância dessa forma contratual baseada em uma perspectiva condizente com os novos tempos. Somente o intento de realização de direitos fundamentais de maior peso que aqueles do contratado pode mostrar-se como meio hábil para justificar a natureza *sui generis* do contrato administrativo. Esta finalidade deverá ser ponderada concretamente de forma que a exorbitância contratual se legitime através concretização de tais direitos.

2 AS NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: O PÓS-POSITIVISMO

Até meados do século XX, o Positivismo Jurídico era a ideologia dominante em grande parte dos países que adotavam o sistema de Civil-Law. Esta ideologia, influenciada em grande parte pela pretensão de cientificização das ciências naturais, contribuiu para criação de um sistema normativo baseado em lógica binária conceitual que não permitia influência externa de outras ciências. O Direito, na sua acepção mais clara, tornou-se uma pirâmide normativa blindada à ciência da Moral e aos valores transcendentais.

Direito, portanto, segundo a mentalidade positivista, seria a ciência dos fatos e das normas e não dos valores. Bastava-se averiguar a ocorrência do fato e subsumir à norma aplicável. As discussões acerca de justiça e equidade não fariam parte dessa ciência. Para o Direito, importava somente que a norma completasse o seu procedimento formal de criação, a

partir disso, seria reputada como válida e aplicável, não se caberia questionar o seu conteúdo. Justa seria a conduta prevista em lei³.

Mas, como parece óbvio, com o passar do tempo, o Positivismo foi sendo alvo de inúmeras críticas da doutrina. Tentar aplicar totalmente a metodologia de ciências ônticas à realidade de uma ciência deôntica, não evidenciava ser a melhor solução. O direito não reflete o “ser”, mas sim, é criação humana para regular as relações sociais, diz o “dever-ser”.

O declínio do Positivismo Jurídico ocorreu, de fato, devido a sua grande força de legitimação de regimes totalitários e a sua imensa potencialidade de amparar injustiças. A idéia de um ordenamento jurídico defeso a valores éticos e morais, baseado unicamente em critérios validade normativa formal, contribuiu para crueldades nazistas e fascistas. Tornou-se claro, ao final da Segunda Guerra Mundial, que a ciência do Direito não poderia caminhar separada dos valores sociais. A noção da pirâmide normativa blindada a valores morais não podia ser mais tolerada.

Nesse diapasão, numa tentativa de permear a ciência jurídica aos valores de justiça e equidade, sem perder o caráter de cientificidade, surge o Pós-Positivismo. Segundo essa teoria, a norma não deve ser reflexo unicamente de seu aspecto rigidamente formal, mas sim, deve ir além, considerando os valores integrantes dos preceitos de dever-ser.

O Pós-Positivismo traz consigo, também, uma inovação com relação ao sistema de normas. Diferentemente da ideologia anterior, que considerava o Direito praticamente como um emaranhado de regras, a ideologia Pós-Positivista reconhece normatividade aos princípios. A decisão judicial baseada nessa modalidade normativa não possui mais o caráter de discricionariedade do aplicador da norma, como conferia Hart, mas sim, passa a ser aplicação do Direito. Normas, portanto, para a concepção Pós-Positivista, passam a ser o gênero do qual regras e princípios fazem parte.

As regras referem-se a padrões aplicáveis na medida do tudo ou nada (*to be or not to be*)⁴, atuando por meio de subsunção do fato à norma. Por isso, quando entram em conflito duas regras, somente uma pode ser reputada como válida. Não é possível subsumir um fato a duas regras. A validade da regra seria aferida diante de uma relação que leve em conta os critérios de hierarquia, especialidade e temporalidade. A regra superior vale sobre a inferior, a especial sobre a geral e a mais nova sobre a mais antiga. Segundo Alexy⁵, quando regras

³ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, tradução João Baptista Machado, 8ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 92 - 93.

entram em conflito, ainda poderão permanecer válidas caso haja previsão de cláusula de exceção.

Com relação aos princípios, a questão toma rumos diferentes. Estes possuem grau de generalidade maior do que o das regras, caráter nitidamente axiológico e apresentam-se como mandamentos de otimização. Por esses motivos, o conflito envolvendo essa espécie normativa é solucionado de forma diferenciada. Quando se está diante de um caso concreto envolvendo conflito de princípios, devido à sua característica de mandamentos de otimização, deve-se buscar, em um primeiro momento a aplicação simultânea dos mesmos. Não sendo isso possível (a chamada concordância prática), passa-se para um segundo momento em que uma dessas normas terá que sofrer parcial restrição. Para resolução dessa etapa, Alexy⁶ propõe uma máxima que vem sendo muito aplicada em grande parte dos tribunais constitucionais no mundo, o postulado da proporcionalidade. Segundo este, o conflito envolvendo princípios deverá ser distribuído em três dimensões: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito. Na dimensão da adequação deve-se verificar se o princípio colidente é apto à realização do fim a que se propõe. No plano da necessidade, analisa-se se o meio empregado é, diante dos possíveis, o menos gravoso aos direitos fundamentais. Por último, a análise deve passar pelo plano da proporcionalidade em sentido estrito em que se deverá fazer uma análise das possíveis vantagens e desvantagens do resultado vislumbrado. Cabe, destacar ainda, a observação de Alexy⁷ com relação ao conflito de princípios. Segundo este autor, o conflito de princípios, diferentemente do de regras, não acontece na dimensão validade, mas sim, na dimensão peso.

3 ATIVIDADE CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Além da inovação normativa referida, o Pós-Positivismo, conjuntamente com o Neo-Constitucionalismo, trouxe para o epicentro da ciência jurídica maior proteção e atenção à concretização dos direitos fundamentais. Tomou-se conta que a ciência jurídica somente poderia legitimar-se como tal, na medida em que garantisse proteção a tais direitos. Esses valores passaram a ser considerados como verdadeiras lentes hermenêuticas do Direito. Não é

⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 93 – 103.

⁷ Ibidem.

por outro motivo que várias constituições do mundo passaram a prever cláusulas abertas de direitos fundamentais, como a “dignidade da pessoa humana”.

Não há dúvidas que a evolução da ciência jurídica sempre esteve atrelada à noção de proteção de direitos fundamentais. Pode-se dizer, até mesmo, que a noção desse instituto atua legitimando a própria essência do Estado. Por questões óbvias, o rol desses direitos nem sempre foi o mesmo, muito pelo contrário, variou imensamente no tempo e no espaço, podendo ser considerado fruto de grandes lutas sociais e políticas.

Interessante para a verificação das possíveis formas que os direitos fundamentais podem tomar, é a teoria de Jellinek⁸, desenvolvida no final do século XIX, que demonstra quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar frente ao Estado. Cada um desses *status* carrega uma série de características que conseqüentemente gerarão diferentes tipos de direitos e deveres ao administrado. O primeiro desses é o passivo, em que o indivíduo encontra-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos. No *status* negativo impõe-se abstenção estatal frente ao indivíduo. Com relação ao *status* positivo, o indivíduo encontra-se em posição privilegiada, podendo exigir do Estado certas prestações. Por último, há ainda o *status* ativo, que permite ao indivíduo participar da formação do Estado.

Questão tormentosa trazida pela doutrina refere-se à identificação de uma norma de direito fundamental. Segundo Alexy⁹, estas podem ser identificadas basicamente por três critérios: (a) substancial, (b) estrutural, (c) formal. O critério substancial diz que a norma de Direito Fundamental decorre basicamente da opção de Estado adotada. O critério estrutural traz a idéia de que dispõem sobre direitos fundamentais normas que possuem determinada estrutura, por exemplo, de direito subjetivo. Por fim, tem-se o critério formal que identifica como normas de direitos fundamentais as derivadas de enunciados normativos de direitos fundamentais.

Escolhido o critério apto à identificação da norma de direito fundamental, cabe destacar que esta poderá dar-se na forma de regra ou princípio. Conforme já visto, as regras referentes a direitos fundamentais caracterizam-se pela aplicação na forma de tudo ou nada e os princípios comportam aplicação gradativa.

Nos últimos anos, o objetivo-fim da Administração Pública deslocou-se para a concretização de direitos fundamentais. No entanto, parte da doutrina não acompanhou essa evolução, mantendo a interpretação de determinados institutos sob a ótica de posições

⁸ Apud ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 254 - 275.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 66 - 69.

ultrapassadas. O contrato administrativo é meio idôneo para a realização de direitos fundamentais. Através desse instituto, a Administração poderá garantir o livre desenvolvimento da personalidade dos seus administrados.

Cabe destacar que não é raro que ocorram conflitos envolvendo direitos fundamentais dentro de um contrato administrativo. Contudo, conforme já referido, a solução para esse conflito dar-se-á através do emprego do postulado da proporcionalidade de Alexy.

4 A FIGURA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A vida é composta por uma série de eventos que podem ser ou não relevantes para o Direito. Fatos jurídicos são considerados aqueles acontecimentos relevantes para o ordenamento jurídico. Estes fatos dividem-se nas categorias mais diversas. Entre elas tem-se a do ato jurídico, que possui como ponto fundamental a necessidade de conduta humana. O negócio jurídico é uma das espécies possíveis de atos jurídicos e caracteriza-se por uma dupla manifestação de vontade, esta existe tanto no momento do suporte fático quanto na estipulação das conseqüências do ato negocial.

A figura contratual apresenta-se como uma modalidade de negócios jurídicos. Segundo Caio Mario, pode-se definir contratos como "acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos"¹⁰. A partir disso, pode-se notar a amplitude de possibilidades abrangidas por esse instituto. Mas, indaga-se, a sua natureza é compatível com a seara administrativa? O administrador poderia fazer uso de tal instituto naturalmente privatístico?

Em um primeiro momento, surgiu a chamada teoria negativista. Segundo esta, a concepção do contrato não é compatível com a índole de Direito Público, pois, nesta seara, não haveria igualdade jurídica entre as partes. No fundo, o contrato administrativo não passaria de um ato administrativo¹¹. Como bem aponta Pedro Gonçalves¹², a hostilidade inicial de aceitação do contrato como modo de ação administrativa tem explicação direta na tentativa doutrinária de vincar a autonomia do Direito Administrativo, marcando com nitidez essa autonomia em volta da nota autoritária e, portanto, unilateral.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil v.III, 16ª ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 7.

¹¹ CAETANO, Marcello. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Reimpressão da edição Brasileira de 1977. Coimbra; Almedina, 2003, pág. 178.

¹² GONÇALVES, Pedro. O Contrato Administrativo uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 12 – 16.

Paralelamente à corrente negativista, desenvolveu-se principalmente na França, Espanha e em Portugal teorias que buscam legitimar tal instituto. Com o advento do Estado Social de Direito, a Administração é incumbida da realização das grandes obras públicas, porém sem o capital necessário para fazê-las. Como forma de solucionar o problema, esta resolve contratar particulares através do regime contratual de Direito Privado. Acontece que tais contratos mostravam-se rapidamente desatualizados e incompatíveis com as exigências estatais e com a evolução social e tecnológica. O administrador realizava, muitas das vezes, contratos de Direito Privado que durariam por grandes períodos e se via estritamente vinculado ao conteúdo negocial pela máxima *pacta sunt servanda*. No intuito de sanar tais óbices, surge o contrato administrativo conferindo prerrogativas especiais à Administração Pública. Segundo os defensores dessa corrente, o contrato de Direito Privado difere-se do contrato administrativo uma vez que neste existe a indeterminação do objeto da relação pela posição de subordinação do particular frente à Administração. Tem-se, portanto, que o contrato administrativo surge principalmente na França como uma tentativa de sanar os problemas dos contratos realizados pela Administração Pública sob o regime privatístico.

Na Alemanha, a realidade mostra-se um pouco diferente. O contrato administrativo alemão, também chamado de contrato jurídico-público, surge como forma de execução de normas jurídico-públicas e, como alternativa à figura do ato administrativo. Pode-se dizer que, devido a esse contexto peculiar alemão, o contrato administrativo surgiu ao contrário do que ocorreu na França, como uma tentativa de assegurar que o particular não fosse prejudicado pela atuação da Administração Pública.

Modernamente, tem surgido uma nova teoria defendida, entre outros, por Maria João Estorninho¹³. Segundo ela, o contrato administrativo, na verdade, não se difere de um contrato de Direito Privado uma vez que a presença de sua "exorbitância" também é possível nas figuras contratuais comuns. Na verdade, os seguidores dessa teoria defendem que o contrato administrativo surgiu como uma forma de usurpação de competência jurisdicional do Poder Judiciário para a seara administrativa. O contrato administrativo teria surgido, portanto, através de uma diferenciação formal e não de fato substancial.

4.1 CLÁUSULAS EXORBITANTES NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

¹³ Cf. ESTORNINHO, Maria João. Réquiem Pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina, 2003.

Conforme já visto, o contrato administrativo surge como uma posposta diferenciada do atuar estatal que se desenvolveu de formas diferentes na França e na Alemanha. Na primeira, esse instituto surge como uma proposta *sui generis* de atuar em relação ao contrato comum uma vez que este, devido ao caráter de inalterabilidade unilateral de suas cláusulas, mostrava-se incompatível com os anseios do administrador. Na Alemanha, a evolução desse instituto deu-se como uma alternativa à atuação unilateral dos atos administrativos, o instituto dos contratos administrativos surgiu, então, como forma de proteger o particular.

Independentemente da postura que se opte para a caracterização do contrato administrativo, é inegável que este possui como fundamento a presença de cláusulas especiais chamadas pela doutrina de exorbitantes. Embora alguns tentem descaracterizá-las¹⁴, o que se observa de fato, segundo a doutrina majoritária, é que estas estão presentes no instituto do contrato administrativo de forma que levam até mesmo à caracterização de um regime jurídico especial.

Embora cada país adote, através da sua legislação, certas cláusulas para o instituto do contrato administrativo, o que se observa através de um estudo de Direito Comparado, é que algumas destas repetem-se constantemente nas ordenações nacionais. Podem-se destacar, como principais cláusulas exorbitantes: (a) o poder de interpretação das cláusulas do contrato, (b) o poder de fiscalização, (c) o poder de direção, (d) o poder de sanção, (e) o poder de rescisão unilateral, (f) poder de ocupação provisória de bens e serviços.

O poder de interpretação das cláusulas contratuais garante à Administração Pública a prerrogativa de por ato unilateral dizer o que de fato está pactuado no texto contratual. Segundo entende-se, esta prerrogativa não é hoje encarada como uma verdadeira vantagem da Administração devido à necessidade de sua positivação que, muitas das vezes não se encontram realizadas pelo legislador – como ocorre no Brasil – ou, quando admitida, pela confusão que faz com as demais prerrogativas contratuais como, por exemplo o poder de modificação unilateral.

A segunda prerrogativa exorbitante recorrente é o poder de fiscalização da Administração Pública. Segundo se entende, esta teria o direito de fiscalizar o cumprimento do contrato com o intuito de garantir a devida prestação de forma que se evite prejuízo aos princípios da persecução do interesse público e da eficiência. Doutrinariamente, justifica-se a

¹⁴ ESTORNINHO, Maria João. Réquiem Pelo Contrato Administrativo. Coimbra, Almedina, 2003. pág. 115 – 148.

exorbitância dessa cláusula devido ao poder de supremacia exercido pela Administração ao fiscalizar a outra parte.

A terceira forma de exorbitância considerada pela doutrina é o poder de direção contratual. Segundo se entende, não cabe à Administração Pública apenas a fiscalização da obrigação cumprida pelo particular. Além disso, segundo a doutrina majoritária, deverá também ser garantido à Administração o poder de dar ordens e direcionar a forma que deverão ser cumpridas as obrigações assumidas. Essa prerrogativa legitima-se na obrigação do Estado, como guardião do interesse público, em selecionar a forma de execução da obrigação mais compatível à realização dos direitos fundamentais dos administrados.

Outra cláusula exorbitante trazida pela doutrina e comumente presente nas legislações alienígenas é o poder de sanção garantido à Administração Pública. Segundo entende-se, essa prerrogativa é garantida à Administração como forma de evitar (caráter preventivo) ou punir (caráter punitivo) as faltas cometidas pela particular na execução do contrato. Embora se possa cogitar que tais sanções também podem estar presentes nos contratos comuns através, por exemplo de cláusulas penais, entende-se que as sanções administrativas se caracterizam por sua forma peculiar de penalização e aplicação. Caso interessante é o do inciso V do artigo 58 da lei 8.666/93 que garante a prerrogativa de ocupação provisória de bens e serviços.

Também é recorrente nas legislações internacionais a garantia à Administração Pública de modificação unilateral do contrato administrativo. Como se sabe, o interesse público é mutável e pode alterar-se durante a prestação do contrato assinado. Por isso, deve ser garantida à Administração a prerrogativa de modificar o objeto contratual no decurso da execução do contrato de forma a garantir a melhor concretização de direitos fundamentais, objetivo-fim do Estado.

Por último tem-se como prerrogativa especial garantida à Administração Pública a possibilidade de rescisão unilateral do contrato. Como se sabe, a motivação da atuação do Estado deve sempre estar pautada na persecução do interesse público e na garantia de direitos fundamentais. Contudo, pode acontecer, igualmente como no caso da modificação unilateral do contrato, que a prestação contratual não seja mais interessante ou mesmo prioridade para aquele momento devido à mutabilidade do interesse público. Por isso, deve ser garantida à Administração a prerrogativa de por fim de forma unilateral ao contrato.

Cabe destacar, ainda, que, embora haja possibilidade de a Administração fazer uso de prerrogativas especiais, deve ser garantido ao particular o equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica. Em outras palavras, mesmo que sejam garantidos ao Estado poderes especiais frente ao particular para enquadrar o contrato à persecução do interesse público e à

garantia de direitos fundamentais, deve também ser garantido a esse último o direito de compensação por eventuais modificações contratuais de forma que não prejudique o fim que motivou-o a contratar com a Administração, o lucro. Instituto bastante similar a este que se encontra presente no Direito Privado é a chamada Teoria da Imprevisão. Segundo esta, mesmo nos contratos comuns, alguns eventos imprevisíveis poderão desequilibrar a posição das partes de tal forma que pode tornar necessária uma revisão do objeto da obrigação.

5 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A EXORBITÂNCIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O reconhecimento do contrato administrativo como espécie diferente do contrato comum de Direito Privado se deu de forma evolutiva no tempo e no espaço. Conforme já dito, inicialmente, buscou-se negar a existência de tal instituto através do argumento de que ele seria incompatível com a natureza do Direito Administrativo e a sua prerrogativa de autoridade. Vencida essa etapa e ante as urgências sociais, tornou-se necessário vir à tona tal instituto, porém de forma diferente na Alemanha e na França. Na primeira veio como alternativa ao ato administrativo, na segunda como opção distinta ao contrato comum.

Questão polêmica na evolução do contrato administrativo refere-se aos pressupostos utilizados para legitimar a sua exorbitância. Alguns doutrinadores do porte de Maria João Estorninho¹⁵ utilizam de argumentos contrários aos critérios utilizados para distinção desse instituto frente a contrato comum como forma de rebater o reconhecimento da natureza *sui generis* do contrato administrativo. Segundo esses, a distinção dessa modalidade contratual frente ao contrato comum se dá sob um aspecto formal e não substancial. Além do mais, segundo argumenta a autora, a doutrina é assaz divergente ao estabelecer um critério razoável para a diferenciação dos institutos devido à falta de uma teoria consistente.

O que se deu, de fato, é que com o surgimento do Estado de Direito erigido sob o postulado da separação dos poderes de Montesquieu¹⁶, começou-se a questionar a submissão de contratos realizados pela Administração Pública à jurisdição convencional. Pensadores da época começaram a dizer que a submissão de um contrato realizado pelo administrador ao controle do Poder Judiciário se trataria de uma afronta à separação dos poderes posto que caracterizaria uma submissão do Poder Executivo aos crivos de uma jurisdição estranha à sua estrutura. Então, para que tal pedra-toque do Estado de Direito não fosse afrontada,

¹⁵ Cf. ESTORNINHO, Maria João. Réquiem Pelo Contrato Administrativo. Coimbra, Almedina, 2003.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000.

necessitava-se a criação de uma jurisdição administrativa para julgar os contratos realizados pela Administração. É importante destacar que, nesse momento, a legitimação da natureza *sui generis* dos contratos administrativos se tratava de uma questão formal e não substancial. Os contratos realizados pelo administrador em sua estrutura em nada se diferenciavam dos contratos de Direito comum, somente eram tratados como diferentes em razão da jurisdição diferenciada a que se submetiam.

Apesar da relativa força dos argumentos que legitimavam a separação pelo critério jurisdicional, em um segundo momento, começou-se a formar uma memória negativa do juiz administrativo. A partir disso, ressurgiu o questionamento a respeito da (des)necessidade de submissão do contrato administrativo a uma jurisdição própria. Na verdade, começou-se a ver que não havia sentido na submissão desse instituto a um juízo diferente do que se submetia o contrato comum. O que se mostrava, de fato, é que a submissão a uma jurisdição diferenciada procurava manter a vinculação de um juiz altamente parcial aos conflitos envolvendo a Administração.

Sob essa égide, começou-se a questionar a existência ou não de peculiaridades no contrato administrativo e a investigar os possíveis argumentos que legitimem essa possível exorbitância. A primeira doutrina que tentou realizar uma distinção substancial desse instituto foi a que se pautou no critério da natureza jurídica das partes. Segundo essa, o contrato administrativo se diferenciaria dos contratos de direito comum em virtude de uma de suas partes ser uma entidade pública¹⁷. Apesar da brilhante iniciativa de tentar substancializar a distinção do instituto em análise, essa teoria pecou pela deficiência de explicação da natureza de contratos administrativos realizados por entidades privadas para execução de tarefas públicas e, até mesmo, de contratos de subempreitada de obras públicas.

Outra corrente que buscava a substancialização da distinção é a que se pautou no critério do fim de imediata utilidade pública. Segundo esta, para o contrato qualificar-se como administrativo deveria visar à realização de um fim de utilidade pública. Acontece que o legitimar a figura do contrato administrativo sobre esse conceito jurídico, na verdade, tratou-se de uma mera justificção para a existência de um regime jurídico especial pela utilização de um conceito indeterminado. O que observava, de fato, é que não se poderia precisar o conceito de utilidade pública.

Paralelamente à corrente que buscava legitimar a exorbitância do contrato administrativo pela persecução de uma utilidade pública, surgiram adeptos de um critério de

¹⁷ RIVEIRO, Jean. Direito Administrativo, Tradução: Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, pág.133 - 134.

legitimação dessa modalidade contratual baseado em um objeto de serviço público. Segundo esses, determinada forma contratual seria contrato de Direito Público se e, somente se, tivesse por objeto a prestação de um serviço público. Inicialmente, o critério do objeto de serviço público teve bastante aceitação doutrinária e jurisprudencial, contudo, com o passar do tempo as atividades da Administração tornaram-se mais complexas e esse critério tornou-se difícil de ser aplicado concretamente. Além do mais, reconheceu-se que a execução de certos serviços públicos poderia ser realizada através de procedimentos jurídico-privados.

Por último, cabe ressaltar o critério das cláusulas exorbitantes. Segundo esse, o que caracteriza o contrato administrativo é a presença de cláusulas exorbitantes não possíveis ou pelo menos pouco usuais no âmbito da atividade contratual privada. O declínio dessa concepção se deu devido às dificuldades de se estabelecer o conteúdo dessas cláusulas exorbitantes. Além do mais, legitimar a natureza contratual sob elementos estruturais possíveis de estarem presentes no direito privado é pouco recomendável devido à dificuldade de diferenciação prática.

A diversidade dos critérios comprova a ausência de uma teoria suficientemente consistente para legitimar a exorbitância da figura do contrato administrativo. É nesse diapasão que se procura sustentar que somente a vinculação do contrato à concretização de direitos fundamentais pode-se mostrar como meio hábil a consolidar validamente a existência desse instituto.

6 Contrato administrativo sob a teoria dos direitos fundamentais

Com o pós-guerra a ciência jurídica mudou o seu epicentro de forma a contestar as estruturas do Positivismo Jurídico. As barbáries legitimadas pelo regime legal de uma pirâmide lógico-formal blindada às ingerências da axiologia contribuíram para conscientização de que Direito e Moral não devem estar separados. O que se observa, de fato, é que a axiologia é essencial ao desenvolvimento e consolidação da Justiça. Um sistema somente baseado em conceitos binários de regras está longe de poder sanar a infinita gama de conflitos sociais de forma justa. Como proposta de resolver tais problemas, insurgem o Pós-Positivismo e o Neoconstitucionalismo como ideologias que se pautam no sistema normas como regras e princípios, supremacia da Constituição e preocupação com a concretização de direitos fundamentais e com a garantia da dignidade da pessoa humana.

Com o advento do Pós-Positivismo, o Direito teve que rever alguns dos seus institutos clássicos. No Direito Administrativo, duas normas merecem destaque devido à mudança de

seus paradigmas: o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

O princípio da legalidade tem as suas raízes no surgimento do Estado de Direito. Com a queda do Regime Monárquico e a eclosão das revoluções burguesas, buscou-se um meio de conter o poder estatal e a sua possível arbitrariedade. Precisava-se de um meio para garantir os direitos de liberdade, igualdade e propriedade. É nessa esteira que surge o princípio da legalidade, como filtro aos possíveis abusos do Estado. O teor clássico desse princípio baseia-se na ideia de uma estrita vinculação do atuar administrativo a um diploma normativo abstrato e genérico, elaborado após um amplo debate, por representantes diretamente escolhidos pelo povo. Apesar da sua inicial eficácia, o princípio da legalidade acaba sendo posto em cheque com o surgimento do Estado Social e com a crise da democracia representativa. O Estado Social emerge com a proposta da necessidade de um atuar administrativo prestacionista como forma de coibir as injustiças proclamadas pela igualdade formal, ou seja, aumenta-se muito o espectro de atuação do administrador, principalmente em assuntos técnicos de cunho positivo. Como o atuar administrativo deveria pautar-se sempre em leis, começou-se a exigir uma produção legislativa cada vez mais intensa. O legislador não conseguia acompanhar esta necessidade e, por isso, surgiu o chamado fenômeno da deslegalização. Aliado a esse problema legislativo, estava a crise da democracia representativa. Cada vez mais, começou-se a propagar uma mentalidade negativa sobre o legislador e a ideia de ausência de representatividade do povo. É nesse contexto de crise que o princípio da legalidade precisou readaptar-se aos novos tempos. O atuar administrativo não deveria se pautar, portanto, em uma sincronia apenas com a lei, precisava mais. É nessa toada que o princípio da legalidade torna-se a regra da juridicidade. Segundo esta, a atuação administrativa deveria estar sempre em harmonia com o ordenamento jurídico com um todo, não bastava mais a simples vinculação à lei positivada.

Outra pedra-toque clássica do Direito Administrativo que teve as suas estruturas revistas com o advento dos novos tempos é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Durante muito tempo, o atuar administrativo esteve vinculado a esse verdadeiro “axioma” clássico. Isso acabava gerando uma série de problemas. O primeiro era a indeterminação do conceito de interesse público, que acabava sendo utilizado de forma arbitrária pelo legislador para legitimar qualquer restrição a interesses particulares. O segundo problema, conforme salienta Humberto Ávila¹⁸, refere-se à própria estrutura desse princípio

¹⁸ Ávila, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11,

que em suas bases já prevê um juízo apriorístico de ponderação, de forma que o interesse público mostra-se sempre superior ao interesse privado. Na verdade, com o advento do Pós-Positivismo, esse princípio careceu de uma releitura. O verdadeiro vazio que existia na noção de interesse público viu-se preenchido através da ideia dos direitos fundamentais. Como epicentro da ciência jurídica viu-se deslocado para garantia de direitos fundamentais, estes se tornam o único fio legitimador do atuar administrativo¹⁹. Com relação à imperfeição estrutural do princípio, tem-se que o mais correto seria alterá-lo para princípio da persecução do interesse público (leia-se princípio da persecução de direitos fundamentais) de forma que, diante do caso concreto, mediante um juízo de ponderação, possa-se dizer qual será a solução, entre as várias possíveis, correspondente à maior concretização de direitos fundamentais.

O contrato administrativo, como se viu, possui, como um dos critérios para sua caracterização, a presença das chamadas cláusulas exorbitantes. Estas, por sua vez, extraem o fundamento de validade de sua aplicação do simples fato de contarem com previsão legal e da erodida noção de supremacia do interesse público sobre o privado. De fato, entendia-se, sob a égide do Positivismo Jurídico, que a previsão legal de uma medida exorbitante pela administração autorizaria o seu emprego, sendo desnecessário o exame de sua proporcionalidade. Assim, prevista em lei, ainda que, no caso concreto, sua incidência viesse a sacrificar um direito do contratado que se apresentasse mais relevante que o direito a ser promovido pela Administração, a cláusula poderia ser aplicada. Fundamentava esta perspectiva também a aludida noção, superada pelos influxos pós-positivistas, da supremacia do interesse público sobre o privado, que autorizava a apriorística sobreposição dos interesses tutelados pelo Estado e apresentados como públicos sobre quaisquer interesses privados, à revelia da análise da dimensão de peso dos direitos envolvidos em cada caso.

De ver-se que esta tratativa dos contratos administrativos precisa de uma leitura mais compatível com as novas concepções filosóficas encampadas pelo Direito. Inicialmente, conforme demonstrado acima, a figura contratual mostrava-se como instrumento exclusivo da seara privada. A doutrina administrativa clássica negativista recusava-se a reconhecer a possibilidade da Administração fazer uso do instrumento contratual. Dizia-se ser incompatível com a estrutura de *ius imperis*, característica do atuar administrativo. Contudo, com o

setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, Brasil. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

¹⁹ Conforme salienta Marçal Justen Filho, “Quando se invoca o interesse público somente se poder ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade é atribuída ao Estado precisamente pela inviabilidade de sua concretização se fosse atribuídos à titularidade dos particulares, para segundo o regime de direito privado.” JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 8ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pág. 123.

surgimento do Estado Social, essa ideia foi logo deixada de lado na França. O problema da escassez de recursos e das possibilidades fáticas limitadas do administrador tornou-se meio necessário para legitimar a aliança aos particulares para a concretização de obras públicas. É com esse intuito de institucionalizar essa aliança entre o Estado e o particular que a administração faz uso da figura contratual. Por questões óbvias, o contrato administrativo teve que ser adaptado às peculiaridades desse novo ramo, principalmente à noção de mutabilidade do interesse público. Através dessa perspectiva, surgem as chamadas cláusulas exorbitantes como prerrogativas que o administrador poderá utilizar e que estão presentes em nos contratos administrativos. Por uma perspectiva positivista desse instituto, sempre que a administração estiver utilizando da figura contratual para atuar no mundo jurídico, poderá fazer uso de cláusulas exorbitantes. Diante dessa afirmação, poderia surgir uma dúvida: seria realmente legítima a presença de cláusulas exorbitantes em toda e qualquer hipótese de contrato realizado pela Administração?

Antes de responder a pergunta, cabe propor dois exemplos de possíveis de utilização do contrato administrativo. O primeiro exemplo é referente a um Município do interior do Estado de Minas Gerais que é assolado por uma epidemia de uma doença grave, mas de fácil tratamento. Para tratar a população, o Prefeito estabeleceu um contrato de compra de medicamentos para serem entregues em um período curto de tempo. Acontece que, com o agravar da situação, o Prefeito necessita de uma maior quantidade de remédios que o pactuado e, resolve unilateralmente aumentar a quantidade de remédios a ser fornecidas pelo laboratório contratado. O grande problema é que não é do interesse do laboratório aumentar a produção desse remédio tão rapidamente, pois teria que diminuir a produção de outros mais rentáveis. O segundo exemplo refere-se a uma universidade pública de ensino que resolve comprar para as salas dos seus professores *frigobares*, sendo que estes devem ser entregues em prazo estipulado no contrato. Todavia, com a realização de um processo seletivo vultoso, aumentou-se consideravelmente o número de professores da instituição. O reitor resolve utilizar a sua prerrogativa exorbitante para compelir a empresa contratada para entregar todos os *frigobares* no mesmo prazo. O óbice para isso é que a empresa, para realizar a entrega no prazo estipulado, teria diante dessa modificação unilateral realizada pela administração que parar de produzir *freezers* comerciais que são muito mais rentáveis.

Os dois exemplos citados tratam do mesmo assunto: a possibilidade unilateral da administração alterar o quantitativo do contrato sem modificar o prazo de entrega. Se apreciados através de uma ótica positivista, os dois exemplos seriam solucionados da mesma forma em razão da sua semelhança aparente. Contudo, conforme já se salientou, o contrato

administrativo precisa de uma releitura compatível com a concepção pós-positivista. O mais correto, então, seria uma análise dos direitos envolvidos nas contratações. Sob esse aspecto, tem-se uma grande disparidade entre os dois casos. A análise dos direitos fundamentais envolvidos no primeiro caso denota que se tem um conflito entre os direitos da empresa de intangibilidade do contrato e de liberdade de contratação com o direito à vida e a saúde dos habitantes da cidade. Com a aplicação do postulado da proporcionalidade²⁰, facilmente chega-se à conclusão de que a medida de aumento unilateral dos medicamentos se mostra meio (1) adequado, pois é eficaz à garantia da saúde da população; (2) necessário, pois se mostra o menos lesivo ao direito fundamental da empresa a ser restringido (por exemplo, é menos restritivista que uma eventual requisição deste bens – medida administrativa imperativa que cerceia a propriedade privada mediante indenização); e (3) proporcional em sentido estrito, pois se comparar a relativa ponderação entre os bônus e ônus da medida, tem-se que ela se justifica (o direito à saúde a ser promovido possui maior peso que o direito ao lucro a ser restringido).

Já no segundo caso, tem-se um conflito entre os direitos da empresa de intangibilidade do contrato e de liberdade de contratação com o direito de melhores condições de trabalho dos servidores públicos. Se for utilizado o postulado da proporcionalidade, neste caso, para sanar o conflito, tem-se que o meio é (1) adequado, pois é eficaz à garantia de melhores condições de trabalho; (2) não é necessário devido à possibilidade de alargamento do prazo sem maiores lesões aos direitos da empresa e (3) não é proporcional em sentido estrito uma vez que os ônus da medida mostram-se muito maiores do que os bônus.

A partir das análises feitas, pode-se vislumbrar que o emprego de cláusulas exorbitantes desgarrado de uma análise do caso concreto pode revelar-se extremamente desproporcional. Por isso, propõe-se, aqui, uma releitura do instituto dos contratos administrativos sob o espectro pós-positivista, que considera a previsão legal para a incidência de cláusulas exorbitantes um requisito necessário (posto comportar uma atuação estatal restritivista, carecedora, portanto, de previsão legal, nos termos do inciso II do art. 5º da Constituição) mas não suficiente. A restrição a um direito fundamental apenas se revela juridicamente viável quando adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para a promoção de outro que, na hipótese concreta, revele maior peso.

Para uma melhor compatibilização do contrato com a garantia de direitos fundamentais, imperativo que se proceda a um juízo de ponderação para que se legitime a incidência das

²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 92 - 93.

cláusulas exorbitantes. Esse juízo de ponderação deverá ser feito no momento da elaboração do contrato para que se autorize a presença dessas cláusulas em seu corpo e também no momento de aplicação das mesmas. Esse duplo filtro para aplicação das cláusulas procura estabelecer uma maior racionalidade à atuação administrativa. Deve-se destacar, contudo, que, excepcionalmente, as prerrogativas administrativas podem ser aplicadas sem estarem expressas no termo contratual em virtude da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais vazada no § 1º art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988).

Ressalte-se, porém, sob uma visão pós-positivista, o postulado da proporcionalidade pode afastar a inserção, num determinado termo de contrato, de uma cláusula cuja presença nos instrumentos de contrato seria exigida por lei. Sob esse enfoque, o administrador ao fazer uso de um contrato administrativo, só deverá manter no contrato as cláusulas exorbitantes adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito para a consecução do fim contratual. Desta feita, pode-se concluir que não serão todos os contratos que terão a presença de cláusulas exorbitantes e, caso exista a necessidade da previsão de cláusulas exorbitantes no contrato para a consecução do seu fim, só deverão ser previstas aquelas que se mostrem estritamente necessárias mediante um juízo de ponderação.

Por fim, se o critério legítimo para a aceitação da incidência de cláusulas exorbitantes é a superioridade dos direitos fundamentais através dele tutelados pela Administração, seria possível a incidência dessas cláusulas em contratos realizados por particulares, desde que vinculados a concretização desses mesmos direitos fundamentais?

Embora a guardiã do interesse público seja a Administração e, por isso, a ela seja garantida a tarefa de concretização de direitos fundamentais, os contratos de direito privado podem também, embora atipicamente, estar atrelados à garantia de direitos fundamentais. Neste caso, a questão será a mesma, deverá ser feito um juízo de ponderação para a incidência de cláusulas exorbitantes. Veja o seguinte exemplo: o estado do Amazonas resolve criar uma estrada para ligar uma pequena cidade à capital para facilitar o acesso da população a serviços como saúde, educação, lazer, etc. Para a criação dessa estrada, foi aberta uma licitação e a empresa que ganhou a obra resolve estabelecer um contrato de subempreitada para serviços de terraplanagem. No caso em questão, por questão de segurança e a possibilidade de grande tráfego de veículos, o Governador resolve duplicar a estrada em alguns trechos através da sua atribuição de alteração unilateral do objeto contratual. Nesse caso, a empreiteira que ganhou a obra poderá alterar unilateralmente o objeto do serviço que subempreitou, mesmo que através de um contrato de direito privado? Nesse caso, a resposta será positiva. Mediante um juízo de ponderação e pela estrita vinculação aos direitos fundamentais, poderá ser feita essa alteração

mesmo em um contrato comum. Cabe destacar que, em ambos os casos, estará presente o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

7 Conclusão

O advento do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo trouxe para o Direito uma verdadeira releitura em muitos de seus institutos. Contudo, alguns dos institutos ainda mantêm-se calcados em pressupostos já superados e necessitam de uma releitura. O contrato administrativo é um deles.

O instituto do contrato administrativo sempre atormentou grande parte da doutrina. No direito comparado, não existiam critérios suficientemente harmônicos para legitimar a natureza diferenciada desse instituto. Isso acabou levando alguns doutrinadores como Maria João Estorninho a questionar a real existência diferenciada desse contrato.

A mudança do epicentro do Direito para a concretização de direitos fundamentais acabou acarretando uma verdadeira ruptura com alguns de seus paradigmas. A cláusula do interesse público até então vazia de conteúdo e usada de forma aleatória pelos aplicadores da ciência jurídica acabou sendo preenchida pelos direitos fundamentais. Os contratos administrativos, caracterizados em grande medida pela presença das chamadas cláusulas exorbitantes, que, por sua vez, extraíam seu fundamento de validade de sua aplicação do simples fato de contarem com previsão legal e da erodida noção de supremacia do interesse público sobre o privado, merecerem uma reestruturação em virtude da assunção dos novos paradigmas pós-positivistas.

Nesse diapasão, o contrato administrativo deve ser havido como um meio apto para concretização de direitos fundamentais. Essa vinculação à garantia desses direitos pode legitimar um tratamento diferenciado em relação os contratos de direito comum. Mediante o emprego do postulado da proporcionalidade no caso concreto, poderá ser legitimada a incidência de cláusulas pouco usuais ou até mesmo impossíveis de existir nos contratos comuns de direito privado, salvo se estiverem, também eles, atrelados à satisfação de direitos fundamentais.

Desta forma, o maior peso do direito fundamental tutelado por um contrato celebrado pela Administração Pública ou por instituições privadas, frente o direito do contratado (ainda que também caracterizado como um direito fundamental, como a propriedade ou a liberdade), justificará a incidência das prerrogativas denominadas “cláusulas exorbitantes”. Pelo

contrário, a ausência dessa superioridade desautorizará o emprego das aludidas prerrogativas, ainda que previstas em lei ou no termo contratual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, Brasil. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, Tomo II. 9ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Reimpressão da edição Brasileira de 1977, Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem Pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III, 16ª ed. Rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIVEIRO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.