

O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMPARADO: INFLUÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS

Maria Marconiete Fernandes Pereira[†]

Sumário: Introdução. 1. Influências e Transformações no Direito Público. 1.1 A Cultura jurídica do próprio direito público – administrativo. 2 Dos Modelos Jurídicos do Direito Estrangeiro: contrato administrativo. 2.1 Modelo da França. 2.2. Modelo do Brasil. 3. Reflexões Finais



No sistema jurídico brasileiro, o contrato administrativo tradicional vem passando por uma nova leitura principalmente, a partir do final do século XX, como papel organizativo central da relação entre Administração e administrado, uma vez que em decorrência estrita das mutações do Direito Administrativo acompanhamento as tendências mundiais de “*fuga para o direito privado*”. Embora o instrumento jurídico assegurasse proximidades e peculiaridades próprias, uma cultura jurídica intrínseca deveria ser aplicada no lugar em que se insere.

Uma importante reflexão de Boaventura de Sousa Santos¹ “vivemos, de facto, um tempo intelectual complexo

[†] Doutoranda em Direito Público da Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas/UFPB. Bacharel em Direito/UNIPÊ e Ciências Contábeis/UFPE. Professora. Auditora de Contas Públicas da Controladoria Geral da Paraíba.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Do pós-moderno ao pós-colonial*. E para além de um e outro. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 2004, Coimbra.

que se pode caracterizar desta forma algo paradoxal: a cultura e especificamente a cultura política ocidental é hoje tão indispensável quanto inadequada para compreender e transformar o mundo”. Indagando-se que: será que a cultura jurídica tornou-se indispensável ou inadequada? É a pós-modernidade, visto que estávamos no pós-colonialismo contratual? São concepções de universalidade que estão mudando os ambientes jurídicos, ou seja, “unilinearidade da história”.

As inquietações surgem nos instrumentos contratuais no decorrer da história de forma colonial a pós-modernidade, valores de disputas entre público e particular, procedimentalização pormenorizada, receios dos agentes desvirtuar o seu espírito, timidez de uma linguística contemporânea, patrimonialismo e a aceitação do papel das regras econômicas. Esses são retratos da vida política e econômica presentes em formatos organizativos da Administração.

Os contratos públicos exercem funções estratégicas dentro de uma organização quando permite aquisições de materiais e serviços para o funcionamento da Administração, bem como exerce o papel de via de cooperação para o desenvolvimento, como em infraestruturas. Essas facetas precisam ser examinadas, não somente em relação ao nosso próprio país, mas olhar para aqueles além dos nossos muros; nesse sentido, podemos entender as mudanças e redirecionamentos para adotar os modelos jurídicos contratuais modernos.

Hodiernamente, a necessidade de estudar modelos estrangeiros faz visível por abordar um instituto jurídico, dentro de um contexto globalizante, com transformações pluridimensionais nos sistemas jurídicos, assinalando mudanças estratosféricas em todos os aspectos, sejam políticos, sociais, econômicos, tecnológicos, ideológicos. É preciso

galgar esse fim, sem preconceções subjetivas ao objeto de estudo estrangeiro, conferindo, por conseguinte, a formação de preparação metodológica para não se reduzir a um simples método².

Inicialmente, é preciso ultrapassar a barreira linguística entre o modelo estrangeiro e o objeto de estudo escolhido com a finalidade de compreender a comparação dos direitos, não se restringindo a mostrar as semelhanças e diferenças, mas, sobretudo, “alcançar as originalidades de cada sistema jurídico³”. É oportuno uma análise comparatista entre institutos ou conceitos e entre países com modelos semelhantes com influências modular no seu sistema jurídico.

A volatilidade econômica mundial permite uma proximidade e, ao mesmo tempo, um distanciamento sociológico do contexto cultural e ideológico provocados pelo fenômeno da globalização ou mundialização. Até porque, não podemos isolar os fenômenos da historicidade. Esse fenômeno mundial traz no seu bojo uma dificuldade imediata de compreensão e de sua sistematização do direito público, especificamente do direito administrativo. Vale acrescentar as diferentes vertentes conferidas decorrentes de regras de mercado típicas do sistema privatista, alterando conseqüentemente a visão de princípios basilares do direito administrativo, como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o princípio do interesse público, apenas de forma

²A colocação se refere ao tópico do Direito Comparado: método ou ciência, quando Ivo Dantas se pronuncia a respeito dessa controversa em que alguns doutrinadores reduzem o Direito Comparado a simples método, para o referido doutrinador caso isso fosse plausível o Direito Comparado ficaria restrito a indicar características dos sistemas jurídicos pesquisados. Conclui “o método é apenas o caminho a ser seguido [...]”. DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado*. Introdução. Teoria e Metodologia. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97.

³No original “Le comparaison des droits n’est pas une fin en soi, mais simplement une methode pour mieux saisir les originalities de cahaque système juridique”. RINCÓN SALCEDO, Javier G. Les recours juridictionnels en matière contractuelle – Analyse compare des droits français et colombien. *Revue Française de Droit Administratif*. Mars-avril, Paris: Dalloz, 2008.

exemplificativa.

Evidentemente que o olhar, sob a perspectiva comparatista de modelos jurídicos estrangeiros, permite um melhor conhecimento do seu próprio direito, compreendendo as influências externas e sua evolução no decorrer dos tempos, sempre pontuando de acordo com os acontecimentos da época, numa tentativa de renovação de seus institutos, assim se espera. A partir de críticas construídas por reflexões, sob os aspectos das funções e da importância do objeto, indica a direção da pesquisa com proposições metodológicas definidas do elemento desse sistema jurídico, objeto do direito.

Este trabalho pretende tratar de um dos institutos jurídicos – contrato administrativo - severamente atingido nas últimas décadas, ainda continua passando pelo período de transformação em todo o seu fundamento jurídico, ideológico e cultural; ações decorrentes de exigências externas de *adequação* de mercado mundial, de outra parte, a mutação do papel de intervenção do Estado, por não dizer, pela mudança na gestão da Administração Pública.

Na concepção de contemporaneidade há uma preocupação ou evolução em criar novas formas de relações que permitam uma flexibilidade de ações voltadas a uma adaptação mercadológica, mesmo que surja contra toda a formação do sistema jurídico em que se encontra. Nesse caso, é fundamental abordarmos o contrato administrativo brasileiro e francês sob o ponto de vista comparatista. Portanto, escolhemos o modelo francês para aplicar o método comparatista com o brasileiro, em relação aos contratos públicos, tem sua explicação pelo reconhecimento da influência na doutrina publicista do nosso país. Os contratos administrativos de compras tanto os contratos de concessão comum foram configurados pela construção doutrinária francesa, com a evidência peculiaridade do nosso próprio sistema.

Nesta ótica de pesquisa jurídica é imprescindível reconhecer o papel do Direito Comparado⁴ como componente da “formação jurídica contemporânea cuja validade e necessidade no mundo em que a globalização é uma realidade-cultural é inegável. Uma maneira de atender a esse desafio é precisamente através do direito comparado a fim de ser utilizada de forma eficaz em pesquisa e na prática do Direito⁵”. A importância do direito comparado nos leva a compreender o Direito como uma criação cultural, fornecendo uma base intelectual para a interpretação e análise dos diferentes sistemas jurídicos, e que, em última análise, nos ajuda a entender e interpretar o nosso próprio⁶.

Nesse contexto, vale esclarecer que o direito estrangeiro não é sinônimo de direito comparado; como também, comparar o mesmo sistema de conteúdos normativos em épocas distintas de sua evolução, tal estudo será de História⁷. A menção em textos de uma legislação estrangeira não se configura com o que chamamos de direito comparado, este conceitualmente pode atribuir *comparação de Direitos*⁸.

1. INFLUÊNCIAS E TRANSFORMAÇÕES NO

⁴ O marco histórico do Direito Comparado teve lugar em Paris em 1900, com o I Congresso Internacional de Direito Comparado, com o tema: “Um Direito comum para um mundo civilizado”.

⁵ Original: “ ... del Derecho comparado constituye una parte importante de la formación jurídica contemporánea, cuya validez y necesidad -en un mundo en el que la globalización es ya una realidad cultural- es innegable. Y una vía eficaz de afrontar esse reto es precisamente a través del Derecho comparado que ha de conocerse para poder emplearse eficazmente en la investigación y la praxis del Derecho. MORÁN, Gloria M. El nuevo milénio ante el reto del derecho comparado em las universidades Españolas. Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2132/1/AD-5-21.pdf>.

⁶ LERNER, Pablo. Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N. 11, set-dic., 2004.

⁷ SOUTO, Cláudio . Da inexistência científica-conceitual do Direito Comparado. Recife, 1956.

⁸ VICENTE, Dário Moura. Direito Comparado. Introdução e parte geral. Vol. 01. Coimbra: Almedina, 2008.

DIREITO PÚBLICO

O estudo em tela não pode se situar fora do quadro da época atual, na perspectiva futura, ao mesmo tempo, analisando o passado, e percorrendo o lapso temporal das influências desses acontecimentos, que permite uma interligação dos pontos factuais em consonância com os impactos dessa evolução susceptível de modificações advindas das criatividades legislativas e conseqüentemente da aplicação desses normativos.

Um dos fenômenos de maior impacto na história é a globalização ou mundialização, pois para Jacques Chevalier⁹ a mundialização provoca, na verdade, uma dificuldade de exame analítico do seu impacto, não somente econômico, mas também social, cultural e político; bem como no domínio jurídico em evolução. Já para Hanns Ullrich¹⁰, “a globalização é um processo contínuo em direção a modernização geral” conseqüentemente o sistema econômico terá uma preponderância nas decisões elaborativas legislativas, ou seja, a normatização, em face da liberalização de mercados e a pretensão de inserção mundial.

Cabe esclarecer um ponto importante desse contexto quanto às referências do *direito a globalização* e a *globalização do direito*, assim conferido:

La mondialisation du droit se traduit par la constitution d'un fonds commun de règles d'application générale. Sans doute, ces règles ne

⁹ CHEVALIER, Jacques. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? In: . MORAND, Charles-Albert (Dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Emile Bruylant; Editions de l'Université de Bruxelles; Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 31.

¹⁰ ULLRICH, Hanns, « La mondialisation du droit économique : » Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif, *Revue internationale de droit économique*, 2003/3 t. XVII, p. 291-311. DOI : 10.3917/ride.173.0291. Disponível em: http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RIDE_173_0291. Acesso em: 25 maio 2012.

forment-elles pas un ensemble cohérent et unifié, véritable ordre juridique transnational surplombant les droits étatiques: de portée variable et de contenu évolutif, elles se difusent de manière souple, par voie d'incorporation dans les ordres juridiques internes, et la technique conventionnelle par laquelle elles se propagent laisse aux États la maîtrise, au moins théorique, du processus. Néanmoins, au fil de l'évolution, c'est bien l'esquisse d'un droit mondialise qui se profile¹¹.

A globalização do direito¹², segundo o autor referido, trata-se de uma concepção de implementação elaborada fora dos EUA. Nesse sentido, a concepção do direito da globalização recebe e sofre influências de culturas jurídicas distintas, promovendo construções ou desconstruções ideológicas do direito. O impacto desse fenômeno mostra-se visível e, ao mesmo tempo, agressivo, no âmbito da formação ou formatação da Administração Pública, reformulando a sua gestão e a normatividade administrativista. Ademais, o rastro desses efeitos da globalização, principalmente dos normativos jurídicos, perfaz a uma produção de conformidade, quer dizer “implica em parte da vontade dos Estados”¹³.

¹¹ CHEVALIER, Jacques. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? In: MORAND, Charles-Albert. (Dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Emile Bruylant; Editions de l'Université de Bruxelles; Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 39.

¹² Para Nicolas Stern, a globalização do direito é uma referência quádrupla: uma se refere ao conteúdo da norma, isto é, uma referência de fundamentos ideológicos direcionados para a humanidade, pois sem essa concepção, o mundo seria um amontoado de pedras entre as galáxias, sem objetivos. Uma referência a um processo de repercussão global, ou melhor, o papel dos intervenientes no domínio da estruturas padronizadas globais, mas também uma referência para o espaço do mundo como um campo de aplicação da lei, e enfim, uma referência de eficiência global, isto é, a aplicação a nível mundial. STERN, Nicolas. *La mondialisation du droit*. Ceras-revue Projet nº 262, juin 2000. Disponível em: <http://www.ceras-projet.com/index.php?id=205>. Acesso em: 25 maio 2012.

¹³ PONTTHOREAU, Marie-Claire. Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public. AJDA – L'actualité Juridique Droit

A globalização jurídica na ordem interna que, no primeiro momento, provoca mudanças procedimentais e estruturais a partir do papel do Estado na intervenção da economia, no segundo momento, a globalização econômica, numa definição de arquitetura de mercado, aprovisiona as bases e as regras plurais de interconexões entre as leis nacionais e internacionais. A interpretação desses fenômenos deve ser compreendida como uma realidade de objetivos sutis de interferências lingüísticas dominantes nos sistemas, tais como: *reengenharia do setor público, ineficiência pública, eficiência do setor privado, expertise, abertura de mercados*, entre outros. Essas terminologias dão a tônica de vias alternativas normativas, por conseguinte, uma nova abordagem enfatizada pela linguagem¹⁴ econômica.

A dialética da contratualização pública e o setor privado começou a sofrer mudanças a partir dos anos oitenta. A reorganização do sistema capitalista emerge com as mudanças dos Governos da Inglaterra e dos Estados Unidos, com prognósticos de um estado excessivamente grande e dispendioso, propiciaram uma reengenharia de gestão baseada nas ideias neoliberais, no percalço para diminuir o Estado e, ao mesmo tempo, promover programas destinados ao desenvolvimento. A política de estabilização e equilíbrio fiscal ganha fôlego, principalmente, dos organismos internacionais

Administratif. Ed: Dalloz, n. 1, 2006, p. 20-25.

¹⁴ Falar em linguagem tem que trazer à baila a inquietação de Carlos Santiago Nino quando enfatiza a importância da linguagem, que o autor faz o contraponto da palavra “direito”, mas faço aqui a consideração da importância da linguagem no uso da ciência, no emprego das palavras para fins de verificação dos critérios vigentes, quando se percebe um estímulo as atitudes de adesão em torno das terminologias. Para o autor, no caso da palavra Direito há um significado afetivo que leva a ser prejudicial a seu significado cognoscitivo. Essa reflexão mostra como a linguagem normativa ainda caminha dentro dessa perspectiva de conotação positiva ou negativa, depende do interesse do interlocutor, ou às vezes, do próprio desconhecimento das variáveis do contexto. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

não-estatais, requerendo uma nova agenda mundial. A reforma do Estado começa a ser modelada com direcionamento para o mercado, sob o ponto de vista de Eli Diniz¹⁵ “o objetivo de reformar o Estado é parte intrínseca de um processo mais amplo de fortalecimento das condições de governabilidade democrática”.

Ações reformistas baseadas na ideologia fundadas em políticas elaboradas para dar plena autonomia às forças de mercado, tornaram conhecidas como *neoliberalismo*. “Estratégias que provocaram críticas demonizando o Estado, ao invés de concentrarem nas mudanças institucionais que iriam melhorar seu desempenho”¹⁶. Por outra face, a exigência de maior inflexibilidade na gestão dos recursos públicos viria a desaconselhar qualquer postura favorável ao aumento dos gastos sociais, em nome de um enfoque racional e não populista acerca da pauta de prioridades, de acordo com os acontecimentos de decisões governamentais. O discurso para êxito das políticas adotadas fora interpretado, do ponto de vista estatal, em termos da necessidade de manter a efetividade dos mecanismos de controle e disciplina, de forma a reduzir os fatores de instabilidade¹⁷.

Inicia-se o processo de surgimento de novos contornos da gestão pública e dos papéis do Estado na sociedade contemporânea, evidencia a falência do modelo do Bem-Estar Social, que tinha como característica basilar a intensa

¹⁵ DINIZ, Eli. *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. 1996. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf>. Acesso em: 08 jun.2012.

¹⁶ EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1998, p. 53-54.

¹⁷ DINIZ, Eli. *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. 1996. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf>. Acesso em: 08 jul.2009.

influência da intervenção do estado nas atividades econômicas, formatada em proposta de desenvolvimento¹⁸. Desta feita, esse caminhar do Estado de adaptação e de transformação leva a concretização de reformular o papel desse Estado, deixa de ser o ator único para ser participe inserido nesse processo de incentivador e, apenas, via da promoção de desenvolvimento. Esse estímulo fica assegurado com a privatização e assunção cada vez mais acentuada da iniciativa privada nas prestações de serviços públicos.

Surge nesse ínterim, a idealização de Anthony Giddens com a Teoria da Terceira Via, considerado sistema alternativo e pragmático de interesse público pela via da dinâmica dos mercados na interrelação do público com o particular e na tentativa de formular uma dinâmica relacional do Estado com a economia. Segundo conclusão de Antoni Jesús Aguiló Bonet¹⁹ “para levar a cabo o capitalismo global neoliberal se requer de um marco político capaz de ajustar seus problemas a seus interesses e a lógica de funcionamento”.

Na seara brasileira, a lógica de funcionamento teve seu ápice no final da década de oitenta, apesar da crise política transcorrida emblematicamente pelo governo de Fernando Collor, em que se implementou medidas de reformas econômicas dirigidas ao mercado, como a privatização e a liberalização comercial com a diminuição das tarifas em relação às importações e ao ajustamento fiscal. O foco na privatização gera a presunção de levantamento de recursos financeiros para o Estado, paralelamente, à diminuição de

¹⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83-119.

¹⁹ BONET, Antoni Jesús Aguiló. Globalización Neoliberal, ciudadanía y democracia. Reflexiones críticas desde la teoría política de Boaventura de Sousa Santos. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. n. 20, 2008, p. 145-162. Disponível em: < <http://www.ucm.es/info/nomadas/20/antoniaguilo.pdf>>. Acesso em: 25. jun.2012.

despesas, na medida em que há um enxugamento da máquina estatal, capacitado, financeiramente, em investir em atividades suscetíveis à promoção de desenvolvimento ou para diminuição da dívida pública.

Seguindo, notadamente, a redefinição das estratégias de mudanças em seguimentos de políticas econômicas levou a reforma administrativa no aparato estatal. A exposição de motivos para implementar a reforma do aparelho do Estado passa inexoravelmente pela alteração constitucional. Essa reestrutura institucional tem seu foco inicial na gestão, em que a Administração Pública burocrática, baseada no formalismo e no controle rígido dos processos, molda-se a administração gerencial, focada na eficiência e nos resultados capaz de atender as exigências da flexibilização.

O Estado tinha uma participação excessiva na economia com controle expressivo no sistema de capitais privados. Em vista disso, a necessidade de mudança no papel do Estado frente à economia, inicialmente, não está baseada em perspectiva ideológica, mas sim nas transformações do mercado mundial com base no processo inflacionário e a crise cambial. Esse quadro afetava diretamente as estatais, o qual provoca impactos na dívida, em razão dos empréstimos externos contraídos.

As empresas estatais foram utilizadas como instrumento de políticas do governo. Em razão disso, iniciou-se a agenda da política econômica com a inclusão da privatização, bem como a reprivatização de empresas que foram absorvidas pelo Estado em função das dificuldades financeiras. Nesta fase, o objetivo principal era o desfazimento das empresas, e não, necessariamente, gerar receitas, mas evitar a ampliação da presença do Estado na economia.

O cosmopolitanismo de mercado mostra uma rede de globalização fundada em ideologias marcadas pela posição de construções de um sistema mundial baseado na economia,

ênfatisando a necessidade de um direito público flexível com uma homogeneização cultural ou não de normativos jurídicos. Esses têm discursos históricos da dicotomia público *versus* privado.

O impacto da comunidade europeia, em busca de um mero *mínimo denominador comum*, primor pela a liberdade de circulação não adotando os modelos tradicionais de contratação pública, em observância de princípios do Tratado²⁰, como por exemplo, a França que construiu toda a ideia de contrato administrativo pela via das cláusulas exorbitantes da entidade contraente²¹. O referido Tratado determina o mercado interno dos Estados-Membros que promova a eliminação dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais (artigo 3.o.1.c), atingindo os princípios dos contratos públicos ocasionando um repensar dos limites auferidos à estrutura do sistema jurídico interno e consequentemente à cultura jurídica de cada ente participante da Comunidade.

O direito como instrumentalizador do sistema estatal recebeu impactos de mutações refletivas nas atividades estruturais, entretanto não se manteve na neutralidade, indiferente ao contexto socioeconômico que lhe serve de

²⁰ No Tratado de Roma Consolidado ficam assegurados princípios que levam a decisão de não se adotar a contratação pública, como a união aduaneira (artigo 23.o); da proibição das restrições à liberdade de estabelecimento; as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade (artigo 49.o); as restrições aos movimentos de capitais (artigo 56.o); e As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade (artigo 86.o. 2). TRATADO DE ROMA. 1957. Disponível em: <http://republicaeuropeia.wordpress.com/2002/12/24/tratado-de-roma-versao-consolidada/>. Acesso em: 27. Jun. 2012.

²¹ ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*: um olhar Português... Coimbra: Almedina, 2006, p. 25-26.

inspiração em razão da dinâmica da Administração Pública.

I.1 A CULTURA JURÍDICA DO PRÓPRIO DIREITO PÚBLICO - ADMINISTRATIVO

O processo dos impactos da globalização na cultura jurídica do direito público tem como premissa o valor determinante do princípio da legalidade, o formalismo, como corolário de submissão estatal historicamente construída no percalço do interesse público. Tomando por base “o sentido depositado no espírito dos membros de um mesmo povo, na maioria das vezes de modo inconsciente²²”. Inversamente ao interesse privado que busca o informalismo e a relativização das concepções pelo bem de sua própria construção. Segundo Gaylor Rabu²³, a globalização ou a mundialização, como os franceses chamam, intervém em vários níveis do direito em seus diferentes domínios da atividade humana e dos ramos do direito como grupo personificado ao *status* jurídico difuso.

A compreensão do direito público volta-se para o agir do Poder Público pela via da Administração Pública, por isso vem acrescentando uma adaptabilidade da realidade de modo a se imbricar com as necessidades coletivas, mas, muitas vezes, das necessidades empresarias.

As mudanças mundiais nas organizações administrativas não se limitam, tão somente, as matérias econômicas; levam-se em consideração as mudanças culturais de gestão pública. Esta permeada de conceitos privados e de internacionalização.

²² GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. In: LIMA, Roberto Kant de; MISSE, Michel (Coord.). Ed: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 6.

²³ RABU, Gaylor. La mondialisation et Le droit: elements macrojuridiques de convergence des régimes juridiques. *Revue internationale de droit économique*, 2008/3 t. XXII, 3, p. 335-356. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2008-3-page-335.htm>. Acesso em: 28 jun 2012.

Se olhássemos a cultura jurídica francesa²⁴ referente ao direito administrativo de tradição romano-germânica teria no legislador o interventor de maior intensidade em relação à fidelidade a lei. Uma característica intrínseca do sistema francês diz respeito à exclusividade do Conselho de Estado, como condicionante para acesso a justiça administrativa. Assim, já se manifestava Maurice Hauriou²⁵ quando da formação do direito administrativo francês:

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, l'idée qu'on se fait des choses a plus d'action que la réalité vraie : tout le monde a cru, a dit que le droit administratif était un droit nouveau et il s'est comporté comme tel. Il s'est développé d'une façon exclusivement nationale et il a passé par toutes les phases d'un droit qui s'organise, spectacle curieux pour un historien. À la vérité, il a parcouru ces phases avec une rapidité telle qu'à l'heure actuelle, alors qu'un siècle n'est pas encore écoulé, son évolution peut être considérée comme presque terminée. Il y a eu des raccourcis. Cela tient à ce que, si le droit était jeune, le peuple au sein duquel il évoluait n'était rien moins que primitif. Ce ne sont pas des pontifes mystérieux, ni des prudents encore frustes, qui ont présidé à son élaboration première, ce sont de

²⁴ Recomendo o artigo - *De la formation du droit administratif français depuis l'na VIII* - de Maurice Hauriou, publicado na *Revue Générale d'Administration*, de 1892, reproduzido no Blog Droit Administratif, quando trata de base da formação do direito administrativo francês envolvendo os períodos de: 1. Période D'Élaboration Secrète de 1800 a 1818; 2. Période de Divulgation: 1818 a 1860; 3. Période D'Organisation: 1860, além de dissertar sobre as Autorités Administratives e Matières Administratives. Disponível em: <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/hauriou-RGA-1892-1>. Acesso em: 19.jun.2012.

²⁵HAURIOU, Maurice. *De la formation du droit administratif français depuis l'na VIII*. Blog Droit Administratif. Disponível em: <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/hauriou-RGA-1892-1>. Acesso em: 19. jun.2012.

véritables juriconsultes.

Notadamente, há um questionamento na elaboração na comparação entre o instituto que tenha sofrido mutações e os impactos na sua sistematização como ocorrido no direito público. Cabe aqui a recomendação de Marie-Laure Izorche [...] en principe, nous devons centrer notre attention sur lês méthodes du droit compare, et nom sur le role que peut jouer la comparaison. Cependant, on ne saurait envisager de méthode sans s’interroger au préalable, meme brièvement, sur l’objectif poursuivi²⁶.

Arnoldo Wald aconselha que “os estudos de direito comparado aconteçam entre os países do mesmo nível econômico e no mesmo regime político²⁷”. A justificativa do referido autor toma como base a dificuldade pluridisciplinar que compreende as diferentes legislações, jurisprudências, doutrinas, além de se observar o contexto histórico e econômico de cada país. Vale acrescentar que o direito comparado é relevante para compreendermos os efeitos da harmonização no direito positivado na seara contratual pública.

Assim, entende Sixto Sánchez Lorenzo “ [...] o papel do direito comparado como uma ferramenta interpretativa em um quadro jurídico integrado que visa o papel de mediador²⁸”. Ademais, o direito comparado tem uma característica de conduzir entendimento da lei como uma criação cultural em

²⁶ IZORCHE, Marie-Laure. Propositions méthodologiques pour la comparaison. *Revue Internationale de Droit Comparé*. abr-jun, v. 53, n.2, p. 290, 2001. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17977. Acesso em: 24 maio 2012.

²⁷ WALD, Arnoldo. Le Droit comparé au Brésil. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Out-dec, v. 51, n. 4, p. 805-839, 1999. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1999_num_51_4_18182. Acesso em: 22 maio 2012.

²⁸ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. El Derecho Comparado Del siglo XXI. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número Conmemorativo 1948-2008, 2008. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt34.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.

sua interpretação e análise dos seus diferentes sistemas jurídicos²⁹. Esse é o ponto essencial no contexto do direito administrativo com suas regulamentações notadamente pelo direito positivo, ou seja, a lei.

Em matéria contratual pública, verifica-se uma convergência³⁰ de instrumentos estruturais normativos, principalmente com os contratos de concessão de serviços públicos em que a presença privada tem se tornado o fator de eficiência³¹ de gestão desses serviços. Nessa abordagem é fundamental esclarecer a importância da cultura jurídica dentro desse contexto jurídico de mudanças transfronteiriças. Outro importante esclarecimento em termos linguísticos é o discorrido por Pierre Legrand³² de que “[...] the framework of

²⁹ LERNER, Pablo. Sobre armanización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N. 111, setptiembre-Diciembre, 2004. Disponível em:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art4.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.

³⁰ Pablo Lerner esclarece a diferença linguísticas entre Convergência e Harmonização; La convergencia se refiere a un proceso gradual que se lleva a cabo sobre la base de cambios en el orden legislativo interno de los países, que adoptan una normativa común. El término convergencia puede ser entendido como sinónimo de armonización, aunque parece más apropiado distinguir entre ambos. Mientras que armonización se refiere a un proceso impulsado por legisladores o comisiones de distinto tipo, la convergencia alude a un proceso más natural que es consecuencia de distintos factores y causas por el cual los sistemas jurídicos van ganando en similitud aunque en definitiva la armonización lleva a la convergencia”. LERNER, Pablo. Sobre armanización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N. 111, setptiembre-Diciembre, 2004. Disponível em:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art4.htm>. Acesso em: 18 maio 2012. Para uma compreensão da teoria contratual renovada fundada em uma interpretação dialógica do contrato, recomendo a leitura de BÉLANGER, André; MORARU, Viorel-Dragos; VAN DROM. Les apports de la linguistique á la théorie des contrats: prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat. *Les Cahiers de Droit*. Vol. 51, n. 1, mars, 2010.

³¹ Assim, foi à justificativa emanada da Comissão Europeia para implantação de Parcerias Público Privadas nos diversos ordenamentos da comunidade europeia, bem como a justificativa encontrada pela constituição de justificativa para então Lei n. 11.079/2004, a Lei de Parceria Pública Privada.

³² Pierre Legrand identifica quatro significados de cultura: a) A cultura-histórica,

intangibles within which an interpretative community operates, which has normative force for which this community (even though not completely and coherently instantiated) and which, over the *longue durée*, determines the identity of a community as community”.

O pensamento da cultura e da lei³³, sob o ponto de vista do direito administrativo, “é parte de uma cultura de maneira de expressar no seu sentido de dar ordem as coisas³⁴”, pois são pressupostos para uma compreensão dos sistemas, nesse complexo de normativos e doutrinas.

2 DOS MODELOS JURÍDICOS DO DIREITO ESTRANGEIRO: CONTRATO ADMINISTRATIVO

O Estado tem no instrumento contratual uma estratégia fundamental entre as suas atividades para impulsionar e prover sua operacionalização. Interessante a colocação de Romeu Felipe Bacellar Filho quando afirma “o contrato é uma categoria que não pertence nem ao direito privado nem ao

que faz parte da identidade de uma civilização; b) A cultura-conhecimento, essa explicação trazida pelo dicionário que explica como o desenvolvimento de algumas faculdades de espírito pelos exercícios intelectuais apropriadas, que no conjunto dos conhecimentos adquiridos permitem desenvolver um sentido crítico; c) A cultura contemporânea, trata-se da cultura de fato, do dia a dia; d) A cultura-criação, que coloca a arte e remove o argumento difícil e fascinante sobre a relação entre a cultura contemporânea de criação e cultura. Para o referido autor, a cultura jurídica se insere na categoria de cultura-histórica ou cultura-identidade. SEFTON-GREEN, Ruth. Compare and Contrast: monstre a deux têtes apud LEGRAND, Pierre. *Fragments on Law-as-Culture*. W.F.J., Tjeenk Willink, 1999. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2002_num_54_1_17849. Acesso em: 24 abr 2012.

³³ Na verdade, compreender a lei não em relação à cultura, como se fossem dois reinos distintos, mas buscar o sentido da lei como cultura e a cultura como direito, e nesse sentido pensar como interpretar o direito em termos culturais, assim, vale conferir MEZEY, Naomi. *Law as Culture. The Yale Journal of Law & the Humanities*. Georgetown University Law Center. Vol. 13, p. 35-67. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/317>. Acesso em: 24 abr 2012.

³⁴ ROSEN, Lawrence. *Law and Culture: an invitation*. Princeton University Press, 2006.

direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado”.

No âmbito do direito público, a figura jurídica designada por contrato administrativo compreende-se por duas vertentes: de um lado, o Poder Público substanciado de poderes com a finalidade da proteção do interesse público; de outro lado, os particulares embutidos de interesses privados, mas esses submetendo aos termos ali constituídos³⁵. Nesse sentido com maestria aponta Jean Rivero que a desigualdade da Administração, em relação ao particular, se justifica fundamental do ponto de vista financeiro: “o contratante, neste terreno, se beneficia de garantias que o Direito Privado ignora e que tendem a lhe assegurar de todo modo e qualquer que seja o uso feito pela Administração, de suas prerrogativas, uma remuneração conforme as previsões iniciais³⁶”.

Evidentemente que o contrato possui características formais próprias do seu campo de atuação com particulares disciplinamentos de atividades a serem executadas, bem como acordadas dentro do arcabouço intrínseco de um sistema jurídico específico do seu país. Em relação ao direito administrativo, o contrato insere-se como o ponto gravitacional da Administração Pública que impõe tanto a própria administração como também aos particulares sujeições inerentes ao poder público.

2.1 MODELO DA FRANÇA

No sistema francês a formação contratual possui fundamentos ideológicos do direito administrativo como elemento instrumental da operacionalidade da administração

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁶ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1965, p.108 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 613.

pública e suas prerrogativas. Essa moldura do ordenamento jurídico tem uma posição de poder do Estado como centro de uma estrutura que apresenta a figura do contrato como referência de elementos representativos da política de governança do Estado.

Para Jacques Chevallier³⁷ a lógica do Direito Administrativo francês coloca em evidência imbricações e interferências nos aspectos jurídicos e ideológicos, pois revela um movimento de oposição dialética entre as ideias de poder e de serviços, mas que essas relações contêm bases do sistema de legitimidade da administração do aparelho estatal. É visível a influência desse quadro na formação do contrato administrativo francês que acontece transformações no direito administrativo através de mudanças progressivas no instrumento contratual; de fato, o direito e a ideologia são indissociáveis, num efeito de construção continua do direito administrativo.

A formação e sua evolução do direito administrativo nos leva a compreender elementos principiológicos do contrato, em sua base de construção como pilar de um arcabouço de prerrogativas e privilégios. Existindo um poder exorbitante lastreado de regras jurídicas que sustentam essa base sobre os administrados, e ao mesmo tempo, carrega um poder de proteção de terceiros nas atividades de serviços, diferentemente daquele conferido as regras do direito comum.

O direito administrativo francês nos reportar ao critério de serviços públicos, ou até mesmo, ao próprio conceito de serviços públicos adotados na plataforma jurídica francesa, pois todo entendimento das prerrogativas públicas são marcadas pelas atividades dos serviços públicos. Pontua, nesse sentido, Jacques Chevallier³⁸ que “a dissociação das noções de

³⁷ CHAVILLIER, Jacques. *Les fondements ideologiques du Droit Administratif Français*. Disponível em: <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/10/chevallier.pdf>. Acesso em: 07 jun 2012.

³⁸ CHAVILLIER, Jacques. *Les fondements ideologiques du Droit Administratif Français*. Disponível em: <http://www.u->

poderes públicos e de serviços públicos transforma completamente o sentido da controvérsia sobre as bases do direito administrativo francês e de seu movimento ao pragmatismo”. Importante a colocação desse autor é a compreensão da aplicação de um regime exorbitante na seara contratual, bem como do regime de interesse público.

Acrescente que a teoria do poder estatal se fundamenta na supremacia da Administração Pública com *staff* privilegiado em suas relações em prestações de atividades presentes na concessão. Conforme acentua Marçal Justen Filho “o pensamento francês sempre diferenciou a concessão de serviço público dos contratos administrativos comuns”. Ademais, a teoria do serviço público³⁹ transforma sua essência em uma relação de subordinação quando o Estado serve por meio de serviços que atendam as necessidades da população.

Quando falamos de contratação sob o dogma francês, estamos nos referindo ao *marché public* que não se refere necessariamente à concessão de serviço público. Segundo o *Code des Marchés Publics*⁴⁰, o campo de aplicação de *marché public* abrange os contratos a título oneroso entre os operadores econômicos públicos ou privados, para atender as necessidades em relação às obras e fornecimentos ou serviços, durante um período determinado com preço definido e quantidade predeterminada.

Os contratos sujeitos ao Código das Contratações

picardie.fr/labo/curapp/revues/root/10/chevallier.pdf. Acesso em: 07 jun 2012.

³⁹ Importante obra história dessa temática, que por não ser o foco principal do trabalho não aprofundaremos o estudo, HAURIUO, Maurice. *Gestion Administrative. Étude Théorique de Droit Administratif*. 3 ed. Paris: Larose, 1899. Bibliothèque Nacional de France. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/?lang=PT>. Acesso em: 04 maio 2012.

⁴⁰ CODE DES MARCHÉS PUBLICS 2006 - 2012 consolidé (CMP 2006 intégrant les textes de 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 et 2012. Annexe au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics (nouveau code des marchés publics). Disponível em: <http://www.marche-public.fr/CMP-2006/CMP-2006-Plan.htm>. Acesso em: 04 maio 2012.

Públicas tem como corolário vinculativo a observância dos princípios da liberdade de acesso aos contratos públicos, bem como igualdade de tratamento entre os candidatos e transparência processual.

A contratação administrativa através do procedimento licitatório era uma exigência precedente no início do século XX. Tratava-se, na verdade, de uma discricionariedade da Administração podendo contratar pela via licitatória ou diretamente em uma relação subjetiva de confiança entre a Administração pública e o particular. O Código de Contratos Administrativos sofreu alterações nos meados de 64, pois as normas do direito comunitário europeu passaram a exigir a obrigatoriedade da licitação antes da contratação. Posteriormente, esse Código sofreu nova alteração, em 2004, exigindo que a seleção dos particulares seja imperiosa, mesmo na ausência do procedimento licitatório⁴¹.

Em relação aos contratos de concessão, no final do século XIX, desenvolveu-se a sua concepção como categoria especial, a parte dos *marchés publics*. O próprio Código distingue quatro outras categorias de contratos administrativos: *contratos de délégation de service public (concessions, régies intéressées, affermages)*; *contratos de louage de services*; contratos econômicos ou financeiros; e contratos relativos a bens⁴².

A evolução histórica contratual francesa nos leva a critérios fundamentais específicos dos contratos de construção de obra pública e a prestação de serviços públicos. Evidente que os litígios⁴³ decorrentes desses contratos foram submetidos

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 185-210.

⁴² ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*: Um olhar português ... Coimbra: Almedina, 2006, p. 155.

⁴³ O Estado francês, desde do século XIX, celebra contratos de concessão privada para fins de construção de canais e ferrovias; como decorrência dessas atividades, os

ao Conselho de Estado e Conselhos de Prefeitura, segundo Ramón Parada⁴⁴ que a instituição da Jurisdição Administrativa teve como fator central impedir que os Tribunais cíveis conhecessem os contratos da Administração.

Marie-Christine Rouault⁴⁵ apresenta outras classificações de contratos, fazendo a distinção entre contratos administrativos e de contratos de direito privado da Administração afirmando que a diferenciação dos *marchés publics* dos *contrats de délégation de service public* é a remuneração, “considerando que nos primeiros o pagamento integral e imediato é feito pela entidade pública e nos segundos a remuneração está substancialmente, o que não quer necessariamente dizer maioritariamente, ligada aos resultados da exploração”.

Na teorização contratual francesa ainda permanece questões quanto à natureza dos contratos celebrados pela administração para identificar contratos de direito público ou contratos de direito privado. Neste ponto, Maria João Estorninho⁴⁶ a doutrina francesa alimenta o mito de qualificar em critério único que possa distinguir, em termos substanciais, os contratos administrativos dos contratos privados da Administração.

A formatação da natureza contratual pela Administração

litígios se intensificaram com base em execução irregular do contrato por uma entidade pública. PONTIER, Jean-Marie. *La notion de contrat administratif*. Cours: L'action administrative. Université Numérique Juridique Francophone. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/indexI0.htm. Acesso em: 20 maio 2012.

⁴⁴ PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 9.ed. Madrid: Marcial Pons. 1997, v.1 apud PALESMO, Fernanda Keline de Oliveira. *Regime Jurídico Público e Privado nos contratos administrativos: pontos de aproximação e afastamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴⁵ ROUAULT, Marie-Christine. *Droit Administratif*. Gualino éditeur, Paris, 2005 apud ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um olhar português ...* Coimbra: Almedina, 2006, p. 155.

⁴⁶ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p.78.

pode ser ilustrada pelos critérios do contrato administrativo, tendo em conta que alguns já são de antemão qualificados pelo legislador⁴⁷. Os critérios⁴⁸ para identificação contratual surgem no sistema da estrutura francesa a partir da construção advindos da jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos. Dentro desses critérios, um dos acentuados é *a presença de uma entidade pública* na relação contratual como elemento substantivo.

Na celebração contratual entre duas pessoas públicas, com objeto meramente de carácter privado, há uma pluralidade de atividades a serem executadas entre os entes, segundo o Tribunal de Conflitos uma *présomption d'administrativité*⁴⁹. Como reconhece a doutrinadora portuguesa:

Aos poucos, é-se forçado a reconhecer que o critério orgânico já não pode ser considerado como critério exclusivo e nem sequer como condição suficiente do contrato administrativo. Em França, no entanto, continua-se a considerar que, não sendo condição suficiente, ele é pelo menos condição necessária para a qualificação de um contrato como

⁴⁷ O exemplo mais importante tanto em termos qualitativos como em termos quantitativos é da *marchés publics*, ainda qualificado pela uma lei antiga (de 17 fevereiro de 1800), revogada, a atual pelo Code des *marchés publics*, como da mesma forma, a Portaria n. 2004-559 de 17 de junho de 2004, que estabeleceu contratos de parceria como contratos administrativos. Revelando, em sentido inverso, que o legislador pode qualificar contratos de direito privado celebrados pela administração, desta qualificação resulta, na verdade, classificações de conveniência. Por exemplo, os contratos de locação de impostos municipais. PONTIER, Jean-Marie. *La notion de contrat administratif*. Cours: L'action administrative. Université Numérique Juridique Francophone. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/indexI0.htm. Acesso em: 20 abr 2012.

⁴⁸ Utilizarei para este trabalho alguns critérios adotados por Maria João Estorninho e por Jean-Marie Pontier, tendo em vista que há apenas diferenças de terminologias.

⁴⁹ Conf. DÉCISION DU TRIBUNAL DES CONFLITS du 21 mars 1983. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/09.html. Acesso em: 12 abr 2012.

administrativo⁵⁰.

Jean-Marie Pontier⁵¹ ainda enfatiza a celebração contratual entre privados, podendo “acontecer de ser de natureza administrativa, neste caso, o critério orgânico recupera seu império, como por exemplo, em matéria de segurança social”. Evidentemente que o caso comporta exceções: a) quando um dos agentes é de ente público⁵²; b) quando na celebração constata-se a ausência de mandato⁵³.

Outro critério é o *relacionado ao serviço público* na seara contratual da concessão de serviço público, quando da chamada Escola do Serviço Público, de Jèze, Duguit e Bonnard, como pedra angular do Direito Administrativo⁵⁴. A ideia do arcabouço da atividade de serviço público e o campo de aplicação do regime jurídico-administrativo lastreia toda a finalidade de serviço público⁵⁵. Esse critério é denominado por Maria João Estorninho de critério - *do fim de interesse público*, tendo em vista a relação das instituições do Direito

⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*: um olhar portuguêsCoimbra: Almedina, 2006, p. 140-141.

⁵¹ PONTIER, Jean-Marie. *La notion de contrat administratif*. Cours: L'action administrative. Université Numérique Juridique Francophone. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/indexI0.htm. Acesso em: 14 maio 2012.

⁵² Conf. Pedido de anulação de julgamento com essa abordagem. C.E., Sect., 2 juin 1961, Leduc. p. 365. Disponível em: http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1961_06_02_ce.htm. Acesso em: 14 maio 2102.

⁵³ Conf. DÉCISION DU TRIBUNAL DES CONFLITS du 12 novembre 1984. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/12.html. Acesso em:; Décision du Conseil d'Etat Du 27 janvier 1984. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/15.html. Acesso em: 15 maio 2012; DÉCISION DU CONSEIL D'ETAT du 20 juillet 1990. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/16.html. Acesso em: 15 maio 2012.

⁵⁴ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*: Um olhar português ... Coimbra:Almedina, 2006, p. 141-145, apud BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 2002.

⁵⁵ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*: Um olhar português ... Coimbra:Almedina, 2006, p. 141-145.

Administrativo com o serviço público.

Essa percepção do contrato com o serviço público sofreu alterações em decorrência dos questionamentos da noção de serviço público. Ademais, a discussão advém desde os anos 50 quando Jean-Louis de Corail demonstrou uma “degradação sistemática de associar serviço público, direito administrativo como consequências das intervenções econômicas do Estado, o alcance do conceito tem estendido junto com a justificação legal para que tenha decomposto⁵⁶”. Nesse compasso, a concepção jurisprudencial firmou entendimento que nem tudo relacionado à operacionalidade do serviço público conduz essencialmente ao regime de direito administrativo.

As *das cláusulas exorbitantes* trata-se de um outro critério material atípico em relação as do direito comum. Identificar um contrato administrativo nestes termos deve ter como fator jurídico na sua natureza as disposições entre as partes. Uma primeira visão dessas cláusulas “se deu não pela ideia de poder público, mas sim pela de especiais limitações impostas à actuação da própria Administração⁵⁷”. No decorrer de suas aplicações em contratos “ aos poucos, porém, foi-se forçado a reconhecer que o caráter exorbitante do contrato poderia ser mais amplo do que aquele que resultasse de cláusulas expressamente formuladas e que, por outro lado, as

⁵⁶ GARCERIES, Sandrine. Service Public et Droit communautaire une nouvelle crise de la notion de service public em droit administratif français?. *Revue Sociétés Contemporaines*. 1998, v.32, p.37-57. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/socco_1150-1944_1998_num_32_1_1762. Acesso em: 16 maio 2012 . Importante acrescentar que a noção volta a ser questionada em virtude da ação oblíqua do Direito Comunitário quando intervém por meios de normativos sobre pontos da esfera de serviço público. Conf. ZILLER, Jacques. *What's new in European Administrative Law? Quoi de neuf em Droit Administratif Européen?* Paper n. 2005/10. European University Institute. Florence: Italy, 2005. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3330/law05-10.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 maio 2012.

⁵⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um olhar português ...* Coimbra: Almedina, 2006, p. 147.

exigências do interesse público poderiam inclusivamente impor-se contra a própria vontade das partes⁵⁸»

Para a doutrinadora portuguesa o caráter de exorbitância deixa de resultar da vontade das partes, e passa a depender da determinação legal, não se pode considerar um critério isoladamente, e sim ausência da bilateralidade subjetiva do contrato em suas qualidades intrínsecas.

O regime de cláusula exorbitante é presente no ordenamento Francês não tinha nenhum dispositivo explícito, somente firmado a partir da decisão do Tribunal de Conflitos em 19 de janeiro de 1973⁵⁹ quando se reconheceu essa possibilidade. Dessa forma, o contrato como de regime administrativo encaminha para alteração do contrato administrativo, mas sem afetar as alterações unilateralmente as repercussões econômicas.

2.2.MODELO DO BRASIL

A existência da atividade contratual do Estado relaciona-se com os princípios fundamentais da estrutura do poder político⁶⁰. Princípios jurídicos fundamentais que estão historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, além de encontrar uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional⁶¹. A Lei Magna contempla no artigo 37 ser possível essa atividade contratual devendo observar o princípio licitatório.

Nesse sentido, a importância do instrumento contratual

⁵⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um olhar português ...*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148.

⁵⁹ DÉCISION DU CONSEIL D'ÉTAT du 19 janvier 1973. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/22.html. Acesso em: 23 maio 2012.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética. 2003, p. 153.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1165.

em que o Estado precisando atender às necessidades operacionais, com a participação do particular de forma autorizada pelas vias do direito em estrita conformação com o Estado Democrático de Direito. Enfim, o vínculo jurídico entre a Administração Pública e um particular visando à realização de determinada prestação é o chamado de “contrato administrativo”⁶².

No direito pátrio a consideração de contrato administrativo tem suas previsões legislativas decorrentes de procedimentos licitatórios, em relação a compras, obras e serviços bem como de serviços de concessão.

Historicamente, inicia-se toda a normatização do processo contratual da descentralização administrativa, por meio do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, em que confere a execução das atividades da Administração Federal para a órbita privada mediante contratos⁶³ e às obrigações decorrentes de licitações. Posteriormente, o Decreto-lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986 dispõe sobre licitações e contratos no âmbito da Administração Federal.

O contrato administrativo veio a ser disciplinado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, posteriormente sofreu diversas alterações pelas Leis nºs 8.883, de 08 de junho de 1994, 9.032, de 28 de abril de 1995, 9. 648, de 27 de maio de 1998, com repercussões significativas, principalmente nos casos de prorrogação dos contratos de serviços continuados, a 9.854, de 27 de outubro de 1999, 10.438, de 26 de abril de

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1988)*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 468.

⁶³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Conf. Artigo 10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 20 jun 2012.

2002, a 10.973, de 2 de dezembro e a de nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e em 2005, a Lei nº 11.107, de 6 de abril e a 11.196, de 21 de novembro e demais alterações vigentes.

O contrato administrativo regulamentado pela Lei nº 8.666/93 contém amarras próprias da supremacia do Poder Público, não conferindo nenhuma liberdade ao Administrador, mas somente aquela dentro da estrita permissibilidade legal. Desse modo, a Administração Pública diante das necessidades e, ao mesmo tempo, deve supri-las, oferecendo à sociedade serviços públicos, execução de obras e fornecimentos de serviços, bem como adquirir bens de forma restrita pela legislação.

A Lei de licitações e contratos administrativos havia uma rigidez de forma em detrimento do próprio conceito de contrato trazido pela legislação publicista:

Artigo 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, *considera-se contrato* todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁶⁴ (Grifo nosso).

Nessa discussão sobre concepção do contrato administrativo, o acordo de vontades é desconsiderado pelas chamadas cláusulas exorbitantes que encharcam de privilégios

⁶⁴BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores.* Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2007, p. 11-12.

a tônica do ajuste, então a alteração unilateral se perfaz sem aquiescência do contratado.

As obras e serviços de engenharia, pautadas pelas regras da Lei de licitações, trouxeram uma gama de vedações e detalhamentos, com alto grau de indícios excessivos custos financeiros. Isto se verificou no momento em que a Administração precisava dar uma resposta à sociedade, principalmente no fator moralidade, implantando a forma estrutural do contrato demasiadamente rígido.

A preocupação excessiva por parte da Administração em escolher o seu contratante particular com a proposta mais vantajosa, se traduz por aquela que apresenta o menor preço. Paralelamente, o poder público enxergava, nos futuros contratantes, uma desconfiança de parceria nas execuções dos contratos transformando o particular em adversário.

Esse ambiente conflitoso era gerado, em parte, por culpa do contraente particular, visando a todo custo recuperar o mais rápido possível, os investimentos realizados inicialmente⁶⁵, em consequência dos não cumprimentos de obrigações de pagamento por parte da Administração. Por outro lado, a Administração restrita a um contrato de difícil maleabilidade, decorrente da rigidez de suas cláusulas, tinha dificuldade em adaptá-las, principalmente à realidade da execução das obras, em consequência de mentalidade em que direitos somente pertenciam ao Estado.

As relações entre a Administração Pública e os licitantes/contratantes têm caminhado em diminuir os atritos de confiança. Por uma parte, houve uma melhoria da atuação e tratamento que o Estado tem conferido aos contratantes, por outra, reconhecendo a importância em cumprir as obrigações, principalmente, financeira.

Importante enfatizar o regime jurídico dos contratos

⁶⁵ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 56.

administrativos que, no caso brasileiro, estão sob a égide constitucional, sujeitando-se às normas legais⁶⁶ além de estarem em estreita harmonia com o ato convocatório da licitação e da proposta apresentada pelo licitante. “A harmonia entre o contrato e o instrumento convocatório da licitação é princípio basilar do direito das licitações⁶⁷”. No âmbito licitatório, a recepção da permissibilidade de competição produz efeitos de fundamentos principiológicos que assegura o *interesse público* tanto em relação ao estímulo a iniciativa privada quanto em relação à economicidade do objeto a contratar pela proposta mais vantajosa. Por sua vez, a modificação posterior da avença pela via unilateral da Administração é uma forma de buscar a continuidade desse interesse.

A doutrina brasileira vem sistematicamente questionando a temática do princípio do interesse público que enfatiza a ligação entre os interesses públicos e os interesses privados diante de uma nova fase constitucional, em decorrência da proteção aos interesses individuais, como unidade constitucional. Nesse sentido, Humberto Ávila disserta “O problema não é propriamente a descrição e a explicação da importância do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, mas o modo como isso é feito”, e mais adiante enfatiza “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem

⁶⁶BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDISPENSABILIDADE DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. A contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação sua dispensa ou inexigibilidade, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_S_ELECCIONADO:0_4_443_223_586. Acesso em: 12 jul 2012.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1988)*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 469.

ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado⁶⁸”.

O sistema administrativo de jurisdição única em que o controle administrativo será realizado pela via judiciária comum. Essa caracterização tem seus fundamentos do *rule of Law* e do *Judicial control* do modelo do direito norte-americano, contribuindo para formação do regime político-administrativo e da organização judiciária. Nesse sentido é fundamental não confundirmos com a influência francesa no regime contratual em que “ a doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo à figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas no Direito Francês⁶⁹”.

A evolução doutrinária brasileira à respeito do contrato administrativo tem sido unânime em reconhecer a *participação da Administração*⁷⁰, sendo-o Poder Público e fim público da prestação contratada, composto de requisitos essenciais para enquadrá-lo como um contrato administrativo⁷¹. No contrato administrativo o Poder Público possui poderes de

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado”. IN: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus Interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 171-215.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 608.

⁷⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Solução de Litígios Contratuais e Defesa de Interesse Privado: Não se inclui entre as competências constitucionais do TCU a solução de controvérsias instaladas no âmbito de contratos firmados entre seus jurisdicionados e terceiros ou a prolação de provimentos jurisdicionais, reclamados por particulares, para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos, salvo se, de forma reflexa atingirem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_S_ELECCIONADO:0_11_645_1198_748. Acesso em: 11 jul 2012.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

responsabilidade institucional resguardando o interesse público em face de proporcionar a participação da iniciativa privada nesse processo econômico.

Outra característica típica – *prerrogativas para a Administração: cláusulas exorbitantes*. Para Marçal Justen Filho⁷², “o que as caracteriza são as competências administrativas para alteração das condições originalmente pactuadas”. O autor faz uma referência ao Estado de Direito em relação a alguns poderes estatais absorvidos diante de outros institutos de contratualização, a concessão, por exemplo. A construção do Estado de Direito como um dos instrumentos de tutela ao interesse da coletividade e do Direito Público funda-se em perseguir esse interesse.

A Administração Pública tem o *dever-poder* de promover alteração contratual⁷³ quando estiver presente o requisito do

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

⁷³ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Justificativa Para Alteração Contratual. ” Assim, ainda que haja a possibilidade de alteração contratual, seja de forma unilateral ou por acordo das partes (art. 65, incisos I e II, da Lei n. 8.666/1993), conforme constou nas justificativas do Responsável, a fim de melhor adequá-lo à persecução dos interesses da contratante, cabe lembrar que a Administração não tem liberdade para “impor a alteração como e quando melhor lhe aprouver”, é preciso apresentar o motivo justificador de tal alteração, segundo apregoa o autor Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Edição, Dialética, p. 495). Nesse sentido, eis o excerto da doutrina do mencionado autor, ao comentar a discricionariedade à alteração de contrato, in verbis: “A alteração de contrato retrata, sob alguns ângulos, uma competência discricionária da Administração. Não existe, porém, uma liberdade para a Administração impor a alteração como e quando melhor lhe aprouver. Tal como anotado no comentário ao art. 58, ao qual se remete, a contratação é antecedida de um procedimento destinado a apurar a forma mais adequada de atendimento ao interesse público. Esse procedimento conduz à definição do objeto licitado e à determinação das regras do futuro contrato. Quando a Administração pactua o contrato, já exercitou a competência ‘discricionária’ correspondente. A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. (...)A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como

interesse público. Nesse sentido, institui a Lei nº 8.666: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”. Relacionando com a temática do equilíbrio econômico-financeiro⁷⁴.

A contratualização tem progressivamente avançado no âmbito iniciado pelas privatizações das estatais na década de noventa quando atividades exercidas pelo setor público foram transferidas ao mercado privado com formas flexibilizadoras, mas susceptíveis de diluírem, e, por isso, de confundirem, questões de legitimação e de responsabilização políticas⁷⁵.

3. REFLEXÕES FINAIS

O Direito Comparado nos proporciona um conhecimento jurídico histórico-evolutivo dos fundamentos do Direito estudado, desta forma entendermos as origens e tradições de institutos inseridos no ordenamento jurídico, suas regras e limites, sem descuidar das particulares de cada sistema.

O exame da cultura jurídica nos leva necessariamente a um sistema em construção ou em transformação, decorrentes de impactos políticos, históricos, econômicos, além da

a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado.. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_S_ELECCIONADO:0_4_440_217_3558. Acesso em: 12 jul 2012.

⁷⁴ As cláusulas exorbitantes são amplamente reconhecidas pelo Tribunal tanto que precisão serem previstas contratualmente. Conf. BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. RESENHA: art. 58 inciso ii da lei nº 8.443/92 - contrato - pagamento sem previsão na proposta da licitação visando o reequilíbrio econômico-financeiro - aplicação de multa - possibilidade. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_S_ELECCIONADO:0_12_563_630_4733. Acesso em: 12 jul 2012.

⁷⁵ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91.

linguagem, formadores de respostas consubstanciadas em estruturas normatizadas, sem deixar à parte a contribuição doutrinária do nosso próprio país.

Finalmente, o instituto contratual administrativo mostra seu “poder” e ainda a sua importância no mundo estatal quando se analisa nos dois modelos jurídicos analisados, o sistema francês enraizado de tradições seculares, paulatinamente tem sofrido influências das Diretrizes da comunidade europeia; e o brasileiro, influenciado pelo sistema francês, mas com características próprias adquirindo *status* constitucional, devido a sua importância na conjuntura da gestão pública.

As diferenças epistemológicas, sistema francês e brasileiro, nos conduzem a conclusão de mostrar a importância do formalismo exigido pela lei ou regulamento para eficácia do contrato. Desta maneira, o exame comparativo revela um ambiente normativo que se aproxima pelas convergências influenciadoras de mercados econômicos, apesar das distâncias ideológicas, acomodadas pelas próprias políticas de cada sistema.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado”. IN: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 171-215.

BONET, Antoni Jesús Aguiló. *Globalización Neoliberal*,

ciudadania y democracia. Reflexiones criticas desde la teoria política de Boaventura de Sousa Santos. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Juridicas*. n. 20, 2008, p. 145-162. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/20/antoniaguilo.pdf>>. Acesso em: 25. jun.2012.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Conf. Artigo 10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 20 jun 2012.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 13. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2007, p. 11-12.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Indispensabilidade Da Formalização Do Contrato Administrativo. A contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação sua dispensa ou inexigibilidade, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_SELECIONADO:0_4_443_223_586. Acesso em: 12 jul 2012.

_____. _____. Justificativa Para Alteração Contratual. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_SELECIONADO:0_4_440_217

- _____. _____. Acesso em: 12 jul 2012.
- _____. _____. Alteração Contratual. art. 58 inciso ii da lei nº 8.443/92 - contrato - pagamento sem previsão na proposta da licitação visando o reequilíbrio econômico-financeiro - aplicação de multa - possibilidade. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_SELECIONADO:0_12_563_63_0_4733. Acesso em: 12 jul 2012.
- _____. _____. de Litígios Contratuais e Defesa de Interesse Privado. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:1282525845690677::NO::P11_NO_SELECIONADO:0_11_645_11_98_748. Acesso em: 11 jul 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1165.
- CHAVILLIER, Jacques. *Les fondements ideologiques du Droit Administratif Français*. Disponível em: <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/10/chevallier.pdf>. Acesso em: 07 jun 2012.
- _____. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? In: . MORAND, Charles-Albert (Dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Emile Bruylant; Editions de l'Université de Bruxelles; Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 31.
- CODE DES MARCHÉS PUBLICS 2006 - 2012 consolidé (CMP 2006 intégrant les textes de 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 et 2012. Annexe au décret nº 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics (nouveau code des marchés publics). Disponível em: <http://www.marche-public.fr/CMP-2006/CMP-2006-Plan.htm>. Acesso em: 04 maio 2012.
- DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado*.

- Introdução. Teoria e Metodologia. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97.
- DÉCISION DU CONSEIL D'ETAT du 19 janvier 1973.
Disponível em:
http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/22.html. Acesso em: 15 maio 2012.
- DÉCISION DU CONSEIL D'ETAT du 27 janvier 1984.
Disponível em:
http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/15.html. Acesso em: 15 maio 2012;
- DÉCISION DU CONSEIL D'ETAT du 20 juillet 1990.
Disponível em:
http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/16.html. Acesso em: 15 maio 2012.
- DÉCISION DU TRIBUNAL DES CONFLITS C.E., Sect., 2 juin 1961, Leduc. p. 365. Disponível em:
http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1961_06_02_ce.htm. Acesso em: 14 maio 2102.
- DÉCISION DU TRIBUNAL DES CONFLITS du 12 novembre 1984. Disponível em:
http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/12.html. Acesso em: 14 maio 2012
- DÉCISION DU TRIBUNAL DES CONFLITS du 21 mars 1983. Disponível em:
http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/files/00/02/69/09.html. Acesso em: 12 abr 2012.
- DINIZ, Eli. *Em busca de um novo paradigma: a reforma do Estado no Brasil dos anos 90*. 1996. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v10n04/v10n04_02.pdf>. Acesso em: 08 jun.2012.
- ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar Português...* Coimbra: Almedina, 2006, p. 25-26.

- ESTORNINHO, Maria João. Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um olhar português ... Coimbra:Almedina, 2006, p. 141-145, apud BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 2002.
- _____. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p.78.
- _____. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 56.
- EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1998, p. 53-54.
- GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. In: LIMA, Roberto Kant de; MISSE, Michel (Coord.). Ed: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 6.
- GARCERIES, Sandrine. Service Public et Droit communautaire une nouvelle crise de la notion de service public em droit administratif français?. *Revue Sociétés Contemporaines*. 1998, v.32, p.37-57. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/socco_1150-1944_1998_num_32_1_1762. Acesso em: 16 maio 2012 .
- HAURIOU, Maurice. De la formation du droit administratif français depuis l'na VIII. *Blog Droit Administratif*. Disponível em: <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/hauriou-RGA-1892-1>. Acesso em: 19. jun.2012.
- _____. *Gestion Administrative. Étude Théorique de Droit Administratif*. 3 ed. Paris: Larose, 1899. Bibliothèque Nacional de France. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/?lang=PT>. Acesso em: 04 maio 2012.

- IZORCHE, Marie-Laure. Propositions méthodologiques pour la comparaison. *Revue Internationale de Droit Comparé*. abr-jun, v. 53, n.2, p. 290, 2001. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ri_dc_0035-3337_2001_num_53_2_17977. Acesso em: 24 maio 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1988)*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 468.
- _____. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.). *Direito Administrativo Contemporâneo*. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 185-210.
- _____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética. 2003, p. 153.
- _____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LERNER, Pablo. Sobre armanización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N. 111, setptiembre-Diciembre, 2004. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art4.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 608.
- MEZEY, Naomi. Law and Culture. *The Yale Journal of Law & the Humanities*. Geortown University Law Center. Vol.

- 13, p. 35-67. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/317>. Acesso em: 24 abr 2012.
- MORÁN, Gloria M. El nuevo milênio ante el reto del derecho comparado em las universidades Españolas. Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2132/1/AD-5-21.pdf>.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83-119.
- PARADA, Hamón. Derecho administrativo. 9.ed. Madrid: Marcial Pons. 1997, v.1 apud PALESMO, Fernanda Keline de Oliveira. *Regime Jurídico Público e Privado nos contratos administrativos: pontos de aproximação e afastamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PONTHOREAU, Marie-Claire. Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public. AJDA – L’actualité Juridique Droit Administratif. Ed: Dalloz, n. 1, 2006, p. 20-25.
- PONTIER, Jean-Marie. *La notion de contrat administratif*. Cours: L’action administrative. Université Numérique Juridique Francophone. Disponível em: http://cours.unjf.fr/file.php/102/Cours/10_item/index10.htm. Acesso em: 20 maio 2012.
- RABU, Gaylor. La mondialisation et Le droit: elements macrojuridiques de convergence des régimes juridiques. *Revue internationale de droit économique*, 2008/3 t. XXII, 3, p. 335-356. Disponível em:

- <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2008-3-page-335.htm>. Acesso em: 28 jun 2012.
- RINCÓN SALCEDO, Javier G. Les recours juridictionnels en matière contractuelle – Analyse compare des droits français et colombien. *Revue Française de Droit Administratif*. Mars-avril, Paris: Dalloz, 2008.
- RIVERO, Jean. Droit Administratif. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1965, p.108 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 613.
- ROSEN, Lawrence. *Law and Culture: an invitation*. Princeton University Press, 2006.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. El Derecho Comparado Del siglo XXI. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número Conmemorativo 1948-2008, 2008. Disponível em:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt34.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Do pós-moderno ao pós-colonial*. E para além de um e outro. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 2004, Coimbra.
- SEFTON-GREEN, Ruth. Compare and Contrast: monstre a deux têtes apud LEGRAND, Pierre. *Fragments on Law-as-Culture*. W.F.J., Tjeenk Willink, 1999. Disponível em:
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ri_dc_0035-3337_2002_num_54_1_17849. Acesso em: 24 abr 2012.
- SOUTO, Cláudio . Da inexistência científica-conceitual do Direito Comparado. Recife, 1956.
- STERN, Nicolas. *La mondialisation du droit*. Ceras-revue Projet nº 262, juin 2000. Disponível em:
<http://www.ceras-projet.com/index.php?id=205>. .Acesso

em: 25 maio 2012.

TRATADO DE ROMA. 1957. Disponível em: <http://respublicaeuropeia.wordpress.com/2002/12/24/tratado-de-roma-versao-consolidada/>. Acesso em: 27. Jun. 2012.

ULLRICH, Hanns, « La mondialisation du droit économique : » Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif, *Revue internationale de droit économique*, 2003/3 t. XVII, p. 291-311. DOI : 10.3917/ride.173.0291. Disponível em: http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RIDE_173_0291. Acesso em: 25 mai0 2012.

VICENTE, Dário Moura. Direito Comparado. Introdução e parte geral. Vol. 01. Coimbra: Almedina, 2008.

WALD, Arnoldo. Le Droit comparé au Brésil. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Out-dec, v. 51, n. 4, p. 805-839, 1999. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1999_num_51_4_18182. Acesso em: 22 maio 2012.

ZILLER, Jacques. *What's new in European Administrative Law? Quoi de neuf em Droit Administratif Européen?* Paper n. 2005/10. European University Institute. Florence: Italy, 2005. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3330/law05-10.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 maio 2012.