

## A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo\*

Guilherme Carvalho e Sousa

**Resumo:** A autonomia da vontade pode ser considerada um dos elementos do contrato, mas, nem sempre, foi vista como condição necessária para sua existência e nem seu elemento central. O contrato administrativo, precedido de um procedimento prévio de escolha do contratante particular, possui características próprias que o diferenciam dos demais contratos típicos de direito privado. A liberdade de contratar para a administração pública não é plena, e existe nos limites da motivação do ato, declarando a finalidade última do Estado: o interesse público previsto em lei. A supremacia do interesse público e a busca da vontade coletiva mitigam a autonomia da vontade para a administração, evitando o arbítrio.

**Palavras-chave:** Contrato administrativo. Autonomia da vontade. Liberdade de contratar. Administração pública.

### 1. Introdução

Pretende-se discutir, no presente trabalho, a existência da liberdade contratual e a problemática do princípio da autonomia da vontade nos contratos celebrados pela administração pública, não se almejando, contudo, tecer profundas considerações sobre o instituto. Far-se-á, apenas, uma análise sobre a existência da liberdade de contratar para o poder público, enfocando, como exemplo, a existência da licitação pública.

Em um primeiro momento, será feita uma abordagem inicial sobre o princípio da autonomia da vontade como elemento da liberdade contratual, realçando suas características principais, seu surgimento e evolução ao longo do tempo com as conseqüentes modificações de concepção pela qual passou. Logo após, abordar-se-á o instituto contrato, visto sob um prisma mais geral, atingindo, em seguida, especificamente, o contrato administrativo, oportunidade em que serão enfatizadas suas características principais e um possível conceito, além de salientadas as possíveis diferenças entre esses tipos de contratos e os contratos de direito privado.

Por fim, após essas breves narrações sobre autonomia da vontade como elemento formador do contrato e sobre contrato administrativo, será feita uma análise específica sobre a liberdade de contratar para a administração pública, avaliando sua existência, ocorrência e seus limites.

### 2. A autonomia da vontade como elemento da liberdade contratual

O elemento "vontade" nos contratos apresenta feição que varia com o tempo. O seu poder jurígeno nem sempre foi visto como central dos contratos, ou seja, a vontade nem sempre foi preponderante para que existisse contrato. Em Roma, por exemplo, a vontade, por si só, não bastava – a obrigatoriedade dos contratos não dependia da pura vontade, senão da proteção de certos interesses legítimos.

*Pero em Roma la voluntad nunca tuvo el papel soberano que más tarde adquiriria. No bastaba por ella misma; era indispensable el cumplimiento de las formas legales, la más importante y difundida de las cuales era la stipulatio. (...) no bastaba el mero acuerdo de voluntades sino que era necesario probar el cumplimiento de la prestación.*<sup>1</sup>

Foi no século XIX que houve a máxima exposição da vontade individual como poder jurígeno, influenciando vários ordenamentos jurídicos, inclusive o ordenamento brasileiro, a exemplo do Código Civil de 1916, que seguiu o modelo francês (Código Napoleônico). Sob a premissa da liberdade e igualdade entre as partes, nasceu o reinado do contratualismo. A primazia da liberdade contratual nasce como expressão fiel da vontade das partes. A vontade surge como fonte do delito, assim como fonte do contrato. Não existia contrato sem o elemento vontade – é aqui que a autonomia das partes garante seu maior apogeu, escorada na máxima do liberalismo.

Sob essa lógica, o que é querido e contratado entre as partes é válido, porque se presume uma igualdade formal entre estas. Na verdade, a nova ordem instaurada pela Revolução Francesa fez conceber a ilusão de uma sociedade formada por homens livres, fortes e justos. A vontade, por si só, era suficiente para garantir validade aos contratos, é dizer, “*los contratos valían porque eran queridos; lo que es libremente querido es justo*”.<sup>2</sup> Os contratos possuíam um caráter justo e, conseqüentemente, intangível, devendo seu cumprimento ocorrer a qualquer custo. Essa confiança no livre jogo da liberdade individual, no contratualismo, transcendeu do direito privado para o direito público.<sup>3</sup>

A ideia da *pacta sunt servanda* prevalecia como decorrência de ideais liberais insertos nas codificações. O contrato era obrigatório porque era querido. A vontade era a fonte das obrigações contratuais<sup>4</sup> – sem vontade, não havia obrigação e nem contrato. Como condição essencial para o funcionamento do sistema capitalista, adotou-se a concepção da máxima liberdade contratual.

Segundo Orlando Gomes,<sup>5</sup> o contrato surge, com o liberalismo econômico, como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direitos, e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social. O homem é livre para contratar ou não contratar, bastando, apenas, que o objeto da convenção seja lícito. Pelo contratualismo, o contrato assume força maior que a própria lei, pressupondo-se uma vontade livre, soberana, sem a qual não há vínculo de qualquer natureza.

Mas, o campo de ação das chamadas leis de ordem pública, contra as quais o acordo de vontades é, em parte, impotente, tendeu a ensejar, paulatinamente, seu raio de ação na vida dos contratos. Não demorou muito para que a suposta igualdade formal existente entre os contratantes começasse a ser rechaçada, visto que, materialmente, as partes eram tidas como desiguais. A desigualdade aflorava na vida real, e não poderia deixar de ser considerada quando da análise dos contratos.

Assim, após esse período de máxima liberdade individual, a vontade no contrato já não aparece tão soberana como no período do Código Napoleônico. A liberdade e a igualdade, sustentáculos do

contratualismo, tendiam a se estear tão somente no plano jurídico, todavia, afastando-se do plano econômico. Bem por isso que Joaquim de Sousa Ribeiro<sup>6</sup> salienta que somente como contraconceito jurídico-sociológico é possível falar em liberdade contratual material. No plano da negociação, percebia-se que nem sempre as partes estavam em situação de plena igualdade.

A desigualdade real existente entre as partes forçou uma situação de intervenção estatal. Não há liberdade máxima – e nem mesmo autonomia da vontade – se não há igualdade material. A impotência econômica de qualquer das partes passou a ser relevada. Aflora, dessa forma, a chamada crise no contrato, forçando, por vezes, o Estado a intervir. A autonomia privada liberta-se do dogma da vontade. Esta crise contratual revelou-se por meio do dirigismo contratual, das novas formas do contrato e da intervenção judicial nas relações contratuais garantindo a equidade, pois *“el hombre contemporáneo no está ya dispuesto a aceptar como verdad dogmática que lo que es libremente querido es justo”*.<sup>7</sup>

A autonomia da vontade e a liberdade de contratar vão cedendo espaço a imposições normativas específicas, as quais surgem como decorrência da intervenção estatal. O surgimento dos contratos de massa, de características meramente adesivas, bem assim a teoria da imprevisão moldam os ajustes contratuais, no que toca aos princípios do liberalismo do século XIX e início do século XX, já não se podendo, portanto, falar em máxima expressão da liberdade.

Não obstante essas variações no tempo e a força que exerce em cada modelo político, a autonomia da vontade pode ser vista como um dos elementos da liberdade de contratar. Ainda que mínimas, a liberdade e a autonomia existem no momento da celebração de um contrato. “A ideia tradicional de contrato vê na vontade dos contratantes a força criadora da relação jurídica obrigacional, de sorte que nesse terreno prevalece como sistema geral a liberdade de contratar, como expressão daquilo que se convencionou chamar autonomia da vontade”.<sup>8</sup>

Na verdade, a autonomia privada, cuja liberdade contratual é a mais relevante manifestação, “é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”.<sup>9</sup>

Para Humberto Theodoro Júnior,<sup>10</sup> essa liberdade de contratar se manifesta em um triplo aspecto: a) faculdade de contratar e não contratar; b) pela liberdade de escolha de pessoa com quem contratar; c) pela liberdade de fixar o conteúdo do contrato, redigindo suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes.

Enzo Roppo<sup>11</sup> salienta, com muita propriedade, que a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual estão bem longe de serem tomadas como absolutas. Da mesma forma, a liberdade da própria iniciativa contratual, que também encontra limites que se concretizam na presença de verdadeiras e próprias obrigações de contratar. O que se dirá, então, da liberdade de contratar para a administração pública?

Exsurge, da consideração feita pelo doutrinador italiano, a problematização de haver ou não liberdade de contratar quando inexistente a autonomia plena da vontade. Exatamente para o que se propõe neste ensaio, indaga-se ter ou não a administração pública autonomia plena de vontade que lhe garanta ampla liberdade para contratar.<sup>12</sup> De antemão, é possível afirmar que a obrigatoriedade de procedimento licitatório, na maior parte das contratações públicas, atenua a

existência do elemento vontade como formador do contrato.

No entanto, para que o questionamento acima suscitado possa ser respondido – ou ao menos alçado um ensaio de possível solução –, urge descrever o que vem a ser o contrato administrativo, salientando, todavia, uma fase preliminar – a licitação – necessária à formação de obrigação para a administração pública. É nesse sentido que serão dirigidas as próximas linhas.

### 3. O contrato administrativo

A fim de que se possa tencionar a autonomia da vontade para a administração pública na contratação, é preciso arriscar uma conceituação e caracterização do contrato administrativo, as possíveis semelhanças e diferenças entre essa espécie contratual e o contrato privado. Para tanto, em um primeiro momento, deve-se levar à conceituação o termo contrato propriamente dito.

Roberto Ruggiero<sup>13</sup> transporta para o termo “contrato” uma concepção ampla, a qual, por vezes, pode não transmitir seu verdadeiro sentido. É que, para ele, “desde que se possam reduzir ao esquema abstrato e geral, todas as declarações bilaterais de vontade se tornam contrato”.

Para Caio Tácito:

O contrato é um negócio jurídico bilateral tradicionalmente regulado pelo direito privado. Como fonte de obrigações, repousa em certos princípios básicos como a autonomia da vontade, o consenso das partes e a força obrigatória. Em suma, o contrato pressupõe um acordo de vontades, livremente consentido que, uma vez formado, obriga as partes contratantes.<sup>14</sup>

Enzo Roppo,<sup>15</sup> embora trate da diferença entre o contrato como conceito jurídico e o contrato como operação econômica, assevera que o contrato é um dos elementos de circulação de riqueza, mas não o único, estando seu conceito, indissolúvelmente, ligado ao de operação econômica.

E quanto ao contrato administrativo, apresenta ele os mesmos elementos que os contratos de direito privado, ou está submetido a uma ordem jurídica totalmente diversa, com peculiaridades alheias à teoria geral dos contratos? Cumpre, antes de tudo, mencionar que a contratação, para a administração pública, quase que invariavelmente, apresenta proposições próprias, indissolúvelmente ligadas, mesmo que mediatemente, ao interesse público.

Bem por isso que a administração, salvo raras hipóteses,<sup>16</sup> ao contratar, deve proceder a um método prévio, denominado licitação pública, norma diretriz, com escopo constitucional, que garante isonomia entre os participantes e propõe, para o poder público, a escolha da melhor proposta, a qual deve ser aferida sem subjetivismos, utilizando-se de critérios claros, precisos e existentes em lei.

Com efeito, a licitação, quase sempre, é fase prévia da contratação administrativa, limitando o

campo de escolha do administrador.<sup>17</sup> Em um primeiro momento, é possível afirmar que o contrato administrativo<sup>18</sup> apresenta os elementos inerentes a qualquer tipo de contrato: capacidade das partes, objeto lícito, a forma prescrita em lei.<sup>19</sup> Já em relação ao elemento “vontade de contratar”, deve ser visto com especial atenção.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>20</sup> alerta que,

do exato conceito jurídico de contrato administrativo, atendidos os fatores de lei, vontade, formação e finalidade, depreende-se: a participação do Poder Público como elemento fundamental na atuação administrativa; a adesão do particular como elemento essencial no acordo declarado de vontades; o objeto na especialidade, impondo a finalidade do serviço a prestar.

Arriscando-se a responder o primeiro questionamento (se os contratos administrativos estão totalmente alheios aos contratos privados), é crível assimilar que não há como desvincular o contrato administrativo dos contratos em geral, estudado sob uma ótica da teoria geral dos contratos. Na verdade, torna-se praticamente inimaginável o direito administrativo desvinculado do direito civil. Nesse sentido:

Destarte, não há possibilidade de o Direito Administrativo, como ciência jurídica, regular sozinho, sem aplicação subsidiária de outros ramos do direito, a atuação do Estado Político e Administrador, pois a grandiosidade e diversidade desta atuação não envereda somente para as hipóteses em que a Administração pode atuar por este ou aquele regime de direito (privado ou público), necessitando de complementação estipulada pelo legislador.<sup>21</sup>

E não haveria como ser diferente. Há uma verdadeira simbiose entre o direito administrativo e o direito civil, embora haja a necessidade de este último, quando utilizado para auxiliar aquele, servir aos fins públicos, especialmente ao interesse público. Com efeito, não há como aplicar, irrestritamente, ao direito administrativo, as normas de direito civil da mesma forma em que são aplicadas às relações particulares, nas quais, ao menos imediatamente, inexistente interesse coletivo.

Cesare Cammeo<sup>22</sup> enxerga no contrato uma forma de a administração minimizar energias, que, geralmente, devem ser utilizadas no controle de atos administrativos e de império. Segundo o autor italiano, o instrumento normal para otimizar a atividade da administração é o contrato, resultado de um acordo entre os setores público e privado. Para ele, são múltiplos os bens que a administração pode adquirir por meio do contrato, e acima das condições de seu desempenho.

Embora não desvinculado do direito civil – ou, em melhores palavras, da teoria geral do direito –, o contrato administrativo guarda uma roupagem diversa, que ultrapassa a esfera privada, eis que

existente, inarredavelmente, interesse público, o qual serve como baliza da atividade administrativa; é dizer, o contrato administrativo tem conteúdo próprio, bem além do conteúdo inerente aos contratos privados.<sup>23</sup>

Bem por isso que Edmir Netto de Araújo<sup>24</sup> tece, a respeito do contrato administrativo, precisa lição, procurando diferenciá-lo dos contratos privados e o submetendo a um regime jurídico próprio, por assim dizer, diverso: o regime jurídico administrativo:

Contrato administrativo é o acordo de vontades opostas, realizado *'intuito personae'*, consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo, explícita ou implicitamente, cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste.

Logo, é factível afirmar que os elementos formadores do contrato privado ganham outras feições quando se está diante do contrato administrativo.<sup>25</sup>

Quanto às partes, para que haja contrato administrativo, uma delas deve, necessariamente, ser a administração pública, a qual, quase sempre, está numa relação de superioridade, uma vez que "o interesse geral é que regula a ação e atuação do contrato administrativo".<sup>26</sup>

Quanto ao objeto, pode-se dizer que o serviço público e a utilidade pública são critérios determinantes do contrato administrativo.<sup>27</sup> E na execução do contrato, porque existente a necessidade de se respeitar a realização de um fim de interesse público, fica sujeito à disciplina desse fim. Dito de outro modo, não existe contrato administrativo que não vise à consecução de um serviço público ou à implementação de uma utilidade pública, ainda que de forma indireta.

A forma do contrato administrativo pressupõe uma expressa autorização legal, em atendimento ao princípio da legalidade estrita. Em outras palavras, os contratos administrativos devem obedecer à forma prevista em lei, da qual não podem se desviar, até mesmo para manter os fins previstos no objeto a ser contratado: utilidade pública ou consecução de um serviço público.

No que concerne à liberdade de contratar, existem fortes diferenças entre a autonomia da vontade no direito civil e a mesma autonomia no direito administrativo, pois, neste, "a conduta do particular apenas servirá para criar os requisitos legais do exercício do poder pela Administração ou da transposição para o plano externo dos efeitos jurídicos já contidos em ato perfeito".<sup>28</sup>

Há doutrina, contudo – a exemplo de Almiro do Couto e Silva<sup>29</sup> –, que afirma, peremptoriamente, ser inexistente a liberdade de contratar para o poder público. "É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública". O autor baseia-se no fato de que a autonomia da vontade não é uma criação do direito, mas um dado natural, resultante da liberdade humana, anterior, portanto, ao próprio direito. A vontade da administração é tão somente a que a lei lhe concede, quer se trate de administração pública sob regime de direito

público, de direito privado ou de direito privado administrativo.

O ato declaratório, como elemento de formação do contrato, pressupõe liberdade, sem a qual o negócio jurídico padece de vícios. “A declaração é o elemento central no processo de formação do negócio jurídico”,<sup>30</sup> “é um conceito nuclear, que tem importância no direito privado, aliás, quase em todo o Direito”.<sup>31</sup> Atendo-se ao princípio da legalidade estrita, para a administração pública, a declaração da vontade não pode desbordar-se da declaração já contida na lei: “a motivação leva a uma imposição originária de causa”.<sup>32</sup>

Ademais, a vontade da administração não se mostra tão soberana, porque os contratos administrativos devem guardar correspondência com os atributos dos atos administrativos, sobrelevando a competência e a finalidade, que deverá ser, necessariamente, pública, de interesse público, “que só pode ser o qualificado pela norma. Interesse público não é o interesse do administrador”.<sup>33</sup>

Não obstante a existência de alguns pontos semelhantes, que tornam o contrato administrativo próximo do contrato privado, pelas diferenças quanto a alguns elementos, é aceitável afirmar por que o contrato administrativo é uma categoria jurídica diversa. A finalidade pública limita a declaração da vontade. Assim:

*El contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos.*

*En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero etc.).<sup>34</sup>*

Assim, “em última análise, o contrato administrativo trabalha campo especial, não comum às demais espécies de contratação, possui esfera própria de vida e atividade, sem deixar-se influenciar pelo formalismo civilista tradicional”.<sup>35</sup> Essa concepção, todavia, como visto, deve ser analisada com zelo, haja vista a tendência, cada vez mais marcante, de superação da dicotomia entre os ramos do direito – público e privado.

#### **4. Ainda a autonomia da vontade: liberdade contratual para administração pública?**

Nem mesmo no período da máxima influência liberalista a liberdade de contratar foi irrestrita. Existiam questões de ordem pública que limitavam essa liberdade. Humberto Theodoro Junior<sup>36</sup>

propõe que, mesmo em se considerando uma plena autonomia da vontade, existem duas limitações que sempre foram opostas ao princípio da liberdade de contratar, que são as regras legais de ordem pública e os bons costumes. Há o reconhecimento, pelo legislador, da ocorrência de interesse público em nível superior ao interesse privado dos contratantes.

Contemporaneamente, por mais razões, a liberdade de contratar sofre maiores influxos que nas épocas de ideais liberais, minimizando o poder que, outrora, a autonomia da vontade ocupava, haja vista a derrocada da presunção de liberdade formal irrestrita. “E os contratos, nos dias atuais, (...) regem relações entre entes que se encontram em efetiva e inegável condição de desigualdade (...)”.<sup>37</sup>

Atualmente, a liberdade de contratar encontra fortes limitações. Como salientado, o princípio da máxima autonomia da vontade, que norteou toda a legislação que fora influenciada pelos ideais liberais, vem sofrendo restrições, dando origem à chamada *crise no contrato*, cujos reflexos podem ser vistos, sobremaneira, pela intervenção do Estado na vontade das partes. Precisa lição doutrinária nesse sentido:

A particular forma de exercício da autonomia contratual abre as portas a dois padrões de pensamento complementares: por um lado, a exigência de consenso, da participação conjunta, na celebração e conformação do contrato, das vontades dos portadores dos interesses contrapostos por ele regulados, permite avançar a ideia de um controle recíproco das respectivas pretensões, potenciando a produção de um resultado equilibrado, de uma justa repartição de vantagens e encargos; por outro lado, o recentrar da análise do interior da relação estabelecida pelas partes entre si sugere, naturalmente, que se questione o efetivo poder de autodeterminação de cada uma delas, como pressuposto necessário daquele contrabalançar de posições e interesses.<sup>38</sup>

No âmbito do direito público, resta o questionamento de se saber se, em algum momento, mesmo considerando ao máximo os princípios do Estado liberal, a autonomia da vontade, para o poder público, foi integral. Antecipadamente, há doutrinadores que anulam, peremptoriamente, a possibilidade de existência de autonomia da vontade para a administração pública, sustentando sua completa inexistência. “Não há dúvida de que a administração não possui autonomia de vontade, mas apenas deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes da lei dando-lhe ótima aplicação concreta”.<sup>39</sup>

A utilização de argumentos extremistas tende a não ser suficiente para a discussão. Partir-se-á da premissa de que existe liberdade para a administração pública, ainda que mitigada, a qual, obviamente, é exercida nos limites dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.<sup>40</sup>

Surge, aqui, o problema da licitação, vista como regra matriz do comportamento administrativo, a qual limita a vontade da administração, não lhe tolhendo o poder de escolha, porém, diminuindo-lhe, na tentativa de evitar desmandos, impingindo à administração atuação conforme a moralidade exige.<sup>41</sup> Na verdade, a máxima liberdade (ou liberdade sem previsão legal) para a administração



pode ocasionar arbítrios.

Ora, não há como descurar do entendimento de que, uma vez considerando existente a liberdade de contratar para a administração pública, esta é exercida nos limites da competência administrativa, a qual não pode infringir a finalidade pública. “Embora pacto consensual, o contrato administrativo supõe um interesse público. Não há, portanto, na esfera da Administração, ampla liberdade para contratar”.<sup>42</sup>

Considerada a sua existência, a liberdade de contratar, para a administração pública, está emoldurada por normas e princípios administrativos, sobremaneira pelo interesse público, este visto como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.<sup>43</sup>

A vontade (o querer administrativo) é simples complemento de um interesse público prévio (contido em lei). A liberdade está calcada nesse simples querer administrativo. Obtempera-se a liberdade a fim de se evitar o arbítrio. A conferência de máxima liberdade ao poder público, na forma como concedida ao particular, sem vinculação prévia a mínimos elementos contidos em lei, proporciona ampla discricionariedade que, nem sempre, coincide com o interesse público.<sup>44</sup> Assim:

Portanto, a proeminência do interesse público não faz única e exclusiva determinante. A vontade, ao declarar o querer administrativo, prende-se a procedimentos impostos por lei, completando o entendimento da validade no processo de legitimação contratual.

A questão, se fosse apenas de vontade ou de querer administrativo, unilateralizaria a conduta pública, permitiria o arbítrio nas decisões que viriam a ser bilaterais.<sup>45</sup>

A vontade, por si só, não basta para a administração, mas, nem por isso, é possível afirmar, com categoria exclusiva, que o elemento volitivo é inexistente para a administração. A motivação do ato, alicerçada no interesse público, no interesse administrativo, limita a liberdade de contratar. Como ato administrativo,<sup>46</sup> o contrato tem de possuir elementos essenciais (subjeto, conteúdo-objeto, motivação e finalidade) que, não estando presentes, prejudicam sua validade e eficácia. “O entendimento convencional só se valida e ganha eficácia quando os elementos essenciais se integram um após outro, correspondendo a uma síntese estrutural que dá constituição ao contrato administrativo e forma instrumental ao ajuste consensual”.<sup>47</sup>

A vontade, se existente, coaduna-se com o fim último da administração, o interesse público. “Logo, a vontade, na formação do contrato administrativo, não faz liberdade de ação administrativa. Como parte, a Administração não pode contratar aquilo que entender”.<sup>48</sup> Parece, portanto, ser problemático adotar um conceito de autonomia da vontade desvinculado do interesse público. Com efeito:

O contrato administrativo está sujeito à vontade das partes contratantes, sujeito a uma teoria voluntarista específica. Não há princípios estáveis que o formulem. O interesse finalista geral é que o concretiza. Há a predominância do elemento institucional, a concorrência de interesses totais e o equilíbrio de interesses particulares. (...).<sup>49</sup>

A vontade da administração esbarra, invariavelmente, na limitação criada por lei de ordem pública. Assim, a vontade, na formação do contrato administrativo, não faz liberdade de ação administrativa. Exemplo disso, volta-se a repetir, é o princípio da obrigatoriedade da licitação – norma de ordem pública, princípio constitucional que direciona a atividade administrativa em momento anterior à contratação.

É de interesse relevar que a autonomia da vontade – a qual garante liberdade ampla para contratar – pressupõe um mínimo de igualdade. Era justamente esse o ideário liberal: porque as partes são iguais, devem-se lhes garantir liberdade ampla. Entretanto, nem mesmo no âmbito nitidamente privado pode-se perceber, com tamanha facilidade, igualdade irrestrita entre as partes. Em face dessa desigualdade, é que ganha sustentáculo, com maior vigor, o dirigismo contratual e a intervenção judicial na autonomia da vontade, o que tipifica a crise do contrato. Nessa esteira:

*Muchas son las causas que han contribuido a desencadenar esta crisis. Ante todo, causas económicas. El reinado do contratualismo nace del supuesto de la libertad y la igualdad de las partes. Para que el contrato sea justo y merezca respeto, debe ser el resultado de una negociación libre.*<sup>50</sup>

Considerando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, a administração pública encontra-se em uma situação de superioridade no momento de contratar, eliminando essa coincidência de vontades e fazendo com que a autonomia da vontade seja mitigada.

Em outras palavras, a liberdade de contratar para a administração pública não pode ser tão ampla, eis que informada pelos elementos do direito administrativo, especialmente a finalidade. E, por mais que exista uma “vontade” com o contratante particular, não deixa de existir uma vontade administrativa anterior, calcada na lei e no interesse público, a exemplo do procedimento licitatório pelo qual deve se submeter a administração pública antes de contratar.

## 5. Considerações finais

À guisa de considerações, é possível, sem grande esforço, acentuar que a autonomia da vontade para a administração pública é, extremamente, mitigada, não, contudo, totalmente inexistente. Por outras palavras, não existe liberdade desbordada do interesse público, finalístico do “querer administrativo”.

Se mesmo no âmbito privado a liberdade de contratar encontra limitações, mormente na atualidade, por força do dirigismo contratual e da teoria da imprevisão (função social do contrato), fazendo incidir a atuação judicial em determinados casos, para a administração pública não poderia ser diferente.

A vontade, para a administração pública, por si só, não é suficiente para a formação do contrato administrativo. Este, como ato realizado pela administração, deve possuir elementos essenciais, os quais, não estando presentes, prejudicam sua existência, validade e eficácia. Assim, é plausível ponderar que a supremacia do interesse público sobre o interesse particular põe em xeque a liberdade de contratação para a administração pública, pois elimina um elemento central da autonomia da vontade: a igualdade entre as partes.

### **The public administration's liberty to contract: the freedom of choice on the administrative contract**

**Abstract:** The autonomy of the will can be considered as an element of the contract, but not always, been seen as a necessary condition for their existence and not its central element. The administrative contract, preceded by a previous procedure of choosing a particular contractor, has its own characteristics that differentiate them from other contracts typical of Private Law. The freedom to contract for Public Administration is not full, and there on the edge of the motivation of the act, declaring that the ultimate purpose of the state: the public interest provided by law. The supremacy of public interest and the pursuit of collective will mitigate the freedom of choice for the Administration, avoiding arbitration.

**Key words:** Administrative contract. Freedom of choice. Freedom of contract. Public administration.

### **Referências**

- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, set./nov. 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BORDA, Guilherme A. *Tratado de derecho civil: obligaciones*. 8. ed. Buenos Aires: Perrot, 1998.
- CAMMEO, Cesare. *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrattare*. Firenze: Casa Editrice poligrafica universitaria, 1937.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1999.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. 1.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano XX, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261-277.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito administrativo na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 138-168.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O contrato administrativo. *Revista dos Tribunais*, v. I, CXXXIII, n. 496, p. 425, set. 1941.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações, direito hereditário*. Campinas: Bookseller, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.

TÁCITO, Caio. Contratos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 44-47, 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

WESTERMANN, Harry. *Código civil alemão: parte geral*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

WIDER, Roberto. O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A proteção especial dos consumidores. *Revista da Emerj*, v. 8, n. 29, p. 28-50, 2005.

\* Artigo recebido em 9 de dezembro de 2011 e aceito em 29 de junho de 2012.

<sup>1</sup> BORDA, Guilherme A. *Tratado de derecho civil: obligaciones*. 8. ed. Buenos Aires: Perrot, 1998. p. 106.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>3</sup> A título de exemplo, a obra de Rousseau, o *Contrato social*, segundo a qual a sociedade foi concebida como resultado de um acordo entre os homens.

<sup>4</sup> Borda, *Tratado de derecho civil*, op. cit., p. 107, referindo-se ao Código de Napoleão, ressalta que, ressalvado interesse de ordem pública, a vontade contratual imperava sem restrições no Código.

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7.

<sup>6</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 99.

<sup>7</sup> Borda, *Tratado de derecho civil*, op. cit., p. 107.

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 16.

<sup>9</sup> Ribeiro, *O problema do contrato*, op. cit., p. 21.

<sup>10</sup> Theodoro Júnior, *O contrato e seus princípios*, op. cit., p. 17.

<sup>11</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 137-138.

<sup>12</sup> Esses questionamentos serão abordados nos tópicos subsequentes, quando se falará, precisamente, da liberdade de contratar para a administração pública.

<sup>13</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações, direito hereditário*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 300.

<sup>14</sup> TÁCITO, Caio. Contratos administrativos. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 18, p. 44, 1979.

<sup>15</sup> Roppo, *O contrato*, op. cit., p. 15-19.

<sup>16</sup> As hipóteses mais comuns dizem respeito à inexigibilidade e dispensa do procedimento licitatório. A primeira, ocorrente quando impossível a realização da licitação, ao passo que a segunda (dispensa), embora possível, encontra-se dentro do que se poderia chamar "margem de discricionariedade" do administrador público. Por óbvio, não se tecerão maiores detalhes sobre tais institutos, muito embora seja preponderante salientar que somente a lei poderá definir em quais casos a administração assim poderá agir.

[17](#) É que o contrato, quando firmado, deve, necessariamente, obedecer a ordem classificatória, previamente fixada no procedimento licitatório anterior.

[18](#) No presente trabalho, não serão feitas diferenciações que a doutrina, por vezes, costuma realizar, tais como contratos de direito privado da administração, contratos administrativos privados etc., utilizando-se o termo em sentido bem genérico, até mesmo porque o espaço e a oportunidade não permitem esgotar o assunto.

[19](#) Todos esses elementos, no entanto, devem ser vistos com os olhos voltados às peculiaridades do direito administrativo, sempre com a finalidade de atendimento do interesse público. Bem por isso que Themistocles Brandão Cavalcanti obtempera que “o contrato administrativo, embora contenha os mesmos elementos intrínsecos, comuns a todos os contratos, obedece, entretanto, a razões de interesse público que acarretam cláusulas que constituem pressupostos do próprio contrato”. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1945. p. 69.

[20](#) FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 9.

[21](#) GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 2.

[22](#) CAMMEO, Cesare. *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrattare*. Firenze: Casa Editrice poligrafica universitaria, 1937. p. 140-141. Tradução nossa.

[23](#) A terminologia aqui utilizada pretende uma diferenciação, ainda que simplista, como forma de classificar as áreas do direito (pública e privada), não obstante o plexo de normas de ordem pública que, por vezes, insere-se nos contratos privados, a exemplo do dirigismo contratual. É que, na verdade, a separação não pode ser vista como estanque. Sobre o tema, ver ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

[24](#) ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 672.

[25](#) CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1999. p. 2526, define como elemento diferenciador do contrato administrativo a chamada *causa fim*, representada pelo interesse público relevante, que se incorpora como essencial ao contrato e que funciona durante toda a execução. A causa fim traduz o exercício da função administrativa material e substantiva, na verdade, o próprio fim público específico do Estado.

[26](#) FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O contrato administrativo. *Revista dos Tribunais*, v. I, CXXXIII, n. 496, p. 425, set. 1941.

[27](#) Sobre essa distinção, quanto ao objeto, em relação aos contratos privados, Juan Carlos Cassagne (*El contrato administrativo*, op. cit., p. 18) acentua que o critério do serviço público já não é mais adequado para fundamentar a categoria do contrato administrativo, porque não existe acordo doutrinário acerca dos alcances e amplitude do conceito, como também pelo aparecimento dos serviços públicos comerciais e industriais que se têm cometido às regras de direito privado.

Para o autor, também o critério da utilidade pública já não se mostra tão satisfatório, eis que existem contratos administrativos que não perseguem fins de utilidade pública.

[28](#) CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 347.

[29](#) COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano XX, n. 84, p. 53, out./dez. 1987.

[30](#) CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. 1, p. 337.

[31](#) WESTERMANN, Harry. *Código civil alemão: parte geral*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 101.

[32](#) Franco Sobrinho, *Contratos administrativos*, op. cit., p. 22.

[33](#) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito administrativo na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 138-168.

[34](#) Cassagne, *El contrato administrativo*, op. cit., p. 15.

[35](#) Franco Sobrinho, *O contrato administrativo*, op. cit., p. 437.

[36](#) Theodoro Júnior, *O contrato e seus princípios*, op. cit., p. 17-18.

[37](#) WIDER, Roberto. O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A proteção especial dos consumidores. *Revista da Emerj*, v. 8, n. 29, p. 37, 2005.

[38](#) Ribeiro, *O problema do contrato*, op. cit., p. 74.

[39](#) ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, p. 2, set./out./nov. 2007.

[40](#) Não restam dúvidas de que os aludidos princípios não mais são vistos com a mesma roupagem que no Estado liberal. Nesse sentido, FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 265-270.

[41](#) A discussão sobre a maior ou menor eficiência do poder público, quanto maior ou menor for o campo de liberdade de atuação da administração, não se faz possível de ser seguida nesse ensaio, em que pese o relevo da problemática, quanto mais em se tratando da reforma vivenciada pelo Estado.

[42](#) Franco Sobrinho, *Contratos administrativos*, op. cit., p. 13.

[43](#) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo:

Malheiros, 2009. p. 61.

[44](#) Não se nega que o conceito de interesse público vem sendo questionado na doutrina, tendo, inclusive, alguns autores propugnado sua desconstrução. Nesse sentido, Ávila, Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, op. cit. De igual modo, SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004. Todavia, afora esses questionamentos, não desconhecidos pelo autor, o princípio ainda encontra ampla aderência no âmbito do direito administrativo.

[45](#) *Ibidem*, p. 26.

[46](#) Ainda que não se considere o contrato administrativo como ato administrativo, pode-se dizer que é formado por um conjunto de atos, os quais, em junção, formam o contrato.

[47](#) Franco Sobrinho, *Contratos administrativos*, op. cit., p. 23.

[48](#) *Ibidem*, p. 28.

[49](#) Franco Sobrinho, *O contrato administrativo*, op. cit., p. 437.

[50](#) Borda, *Tratado de derecho civil*, op. cit., p. 108.