

norma contida no art. 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente ou sob regime de concessão ou permissão**, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Segundo a doutrina, a permissão de serviço público é o ato administrativo unilateral, discricionário, *intuitu personae* e precário que realiza, mediante **prévia licitação**, a delegação temporária da prestação do serviço público.

A prova da OAB Nacional 2009.3 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: “A permissão de serviço público ocorre mediante título precário e sem licitação”.

#### 8.12.5.1 Permissão é ato ou contrato administrativo?

A maioria da doutrina considera a permissão de serviço público um ato administrativo unilateral. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Trata-se da orientação mais coerente levando em consideração a natureza precária da permissão e a ausência de significativos, direitos do permissionário em face do Poder Público.

Entretanto, após a Constituição de 1988 o direito positivo brasileiro passou a tratar, equivocadamente, da permissão como um **contrato de adesão**.

Observe-se a redação do parágrafo único do art. 175 da CF/88:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado” (original sem grifos)

Na mesma linha, é o que se depreende da leitura do art. 40 da Lei n. 8.987/95: “A permissão de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente” (original sem grifos).

A expressão contrato “de adesão”, empregada pela Lei n. 8.987/95, remete a ajustes privados disciplinados pelo Direito das Relações de Consumo nos quais as disposições contratuais são elaboradas unilateralmente pelo fornecedor, sem qualquer participação do consumidor, cabendo a este aderir às regras preestabelecidas.

Nos contratos administrativos, o contratado não tem o poder de definir ou modificar o conteúdo das regras aplicáveis ao vínculo. As disposições contratuais são estabelecidas unilateralmente pelo Poder Contratante antes mesmo de ser realizada a licitação para escolha do contratado.

... que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (grifos nossos).

#### 8.12.5 Permissão de serviço público

A concessão de serviço público não é o único instrumento hábil a promover a delegação da prestação de serviços públicos a particulares. É o que se extrai na

Embora haja certa semelhança nas posições fáticas de hipossuficiência ocupadas pelo consumidor nos contratos de adesão e pelo particular nos contratos administrativos, em termos jurídicos as diferenças entre as duas figuras contratuais são evidentes. A começar pelo fato de o contrato de adesão estar regido pelo Direito Privado, baseando-se no princípio da autonomia da vontade, ao passo que o contrato administrativo submete-se ao Direito Público, tendo como fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado.

Assim, os princípios e regras aplicáveis ao contrato de adesão são absolutamente distintos daqueles válidos para os contratos administrativos.

Inexiste qualquer utilidade concreta na aproximação entre tais institutos.

Todavia, lamentando o erro cometido pelo legislador, autores como José dos Santos Carvalho Filho vêm admitindo que a permissão de serviço público tem natureza de contrato administrativo de adesão<sup>13</sup>. É a mesma orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.491/98.

Desse modo, parece mais seguro, **para o fim específico de obter aprovação em concurso público**, seguir a visão baseada na literalidade de nossos textos normativos, e abonada pelo STF, segundo a qual a **permissão de serviço público é contrato administrativo de adesão**.

#### 8.12.5.2 Hipóteses de uso da permissão de serviço público

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros”<sup>14</sup>.

Sobre as **hipóteses** mais frequentes **de utilização da permissão**, o citado mestre esclarece: “Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-lo quando: a) o permissionário **não necessitasse alocar grandes capitais** para o desempenho do serviço, b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado, ou, ainda, c) quando o serviço **não envolvesse** implantação física de **aparelhamento que adere ao solo**, ou, finalmente, d) quando os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela **extrema rentabilidade do serviço**, seja pelo **curtíssimo prazo** em que se realizaria a **satisfação econômica** almejada”<sup>15</sup>.

E completa o famoso administrativista: “A precariedade significa, afinal, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, sem obrigação de indenizar o permissionário”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Manual de direito administrativo, p. 437.

<sup>14</sup> Curso de direito administrativo, p. 759.

<sup>15</sup> Curso de direito administrativo, p. 759.

<sup>16</sup> Curso de direito administrativo, p. 760.

Como se nota, a **comparação entre** os institutos da **concessão** e da **permissão** de serviço público é uma preocupação permanente da doutrina. As diferenças mais notáveis são:

a) **quanto à natureza jurídica**: a concessão é contrato bilateral; a permissão é unilateral;

b) **quanto aos beneficiários**: a concessão só beneficia pessoas jurídicas; a permissão pode favorecer pessoas físicas ou jurídicas;

c) **quanto ao capital**: a concessão pressupõe maior aporte de capital; a permissão exige menor investimento;

d) **quanto à constituição de direitos**: a concessão constitui o concessionário em direitos contra o poder concedente; a permissão não produz esse efeito;

e) **quanto à extinção unilateral**: sendo extinta antecipadamente, a concessão enseja direito à indenização para o concessionário; a permissão, devido ao caráter precário, autoriza o Poder Público a extinguir unilateralmente o vínculo, sem ocasionar ao permissionário direito à indenização;

f) **quanto à licitação**: a concessão depende de licitação na modalidade concorrência pública; a permissão pode ser outorgada mediante licitação em qualquer modalidade;

g) **quanto à forma de outorga**: a concessão de serviço público se dá por meio de lei específica; a permissão depende de simples autorização legislativa.

#### 8.12.6 Concessão precedida de obra pública

O art. 2º, III, da Lei n. 8.987/95 conceitua o contrato de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública como “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer **obras de interesse público**, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de **concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o **investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado**”.

Trata-se, na verdade, de uma concessão comum, mas com a peculiaridade de que, antes do início da prestação do serviço, o **concessionário constrói uma obra pública** cujo uso será por ele explorado economicamente. A **cobrança pela utilização da obra** construída é a principal **fonte de remuneração** do concessionário, nessa modalidade de contrato. É o caso, por exemplo, do concessionário que realiza a construção de uma ponte para, em seguida,

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: “Após realização de estudos econômico-financeiros, em que se verificou que a construção de uma estrada poderia ser totalmente custeada pelas tarifas dos futuros usuários, eis que seu valor não atingiria R\$20 milhões, o Estado decidiu abrir licitação para contratação de concessão de serviço público precedida de obra pública”.

A prova do Ministério Público/DF considerou INCORRETA a assertiva: “A exploração de estradas federais por meio de concessão é obrigatoriamente precedida de execução de obra pública”.

cobrar, como forma de amortização do investimento, pedágio dos usuários que a **utilizarem**.

### 8.12.7 Concessão de uso de bem público

Concessão de uso de bem público é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público outorga ao particular, mediante **prévia licitação**, a **utilização privativa** de um bem público, por **prazo determinado**, de forma **remunerada ou não**, no **interesse predominantemente público**.

Difere da permissão e da autorização pelo fato de essas formas de outorga de uso de bens públicos serem atos unilaterais, ao contrário da concessão, que tem natureza de contrato.

### 8.12.8 Contrato de gerenciamento

O contrato de gerenciamento é aquele em que o Poder Público contratante **transfere** ao particular gerenciador **a condução de um empreendimento, reservando para si a competência decisória final**. O contratante permanece responsável pelos encargos financeiros da execução das obras e serviços projetados, com os respectivos equipamentos para sua implantação e operação<sup>17</sup>.

O gerenciador exerce em **nome próprio** uma **atividade técnica especializada** (por exemplo, construindo uma obra), mas sempre sujeito ao controle de resultados feito pelo governo.

Ao contrário dos contratos comuns de obra pública e prestação de serviços, no gerenciamento o contratado detém uma **acentuada autonomia executória** para desenvolvimento da tarefa contratada, permanecendo o contratante com a competência para aprovação das propostas apresentadas e dos trabalhos realizados.

### 8.12.9 Contrato de gestão

A prova da Magistratura/PA 2008 considerou CORRETA a assertiva: "Contrato de gestão é aquele pactuado entre o Poder Público e determinada entidade estatal, fixando-se um plano de metas para esta, ao mesmo tempo em que aquele se compromete a assegurar maior autonomia e liberdade gerencial, orçamentária e financeira ao contratado na consecução de seus objetivos".

A prova de Procurador do Estado/SP 2005 considerou CORRETA a assertiva: "O contrato de gestão objetiva assegurar autonomia gerencial, financeira e orçamentária a órgãos e entidades da Administração Pública".

Contrato de gestão é a terminologia genérica utilizada pela doutrina para designar qualquer **acordo operacional** firmado entre a Administração central e **organizações sociais** ou **agências executivas**, para **fixar metas de desempenho**, permitindo melhor **controle de resultados**.

O contrato de gestão é um instituto introduzido no direito brasileiro pela **Emenda Constitucional n. 19/98** como um dos instrumentos de parceria da Administração característicos do modelo de **administração gerencial**.

<sup>17</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 254.

Em relação ao contrato de gestão celebrado entre a União e as organizações sociais, o art. 5º da Lei n. 9.637/98 afirma que a parceria é estabelecida para **fomento e execução** de atividades relativas às áreas do ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Nos termos do art. 7º da referida lei, o contrato de gestão discriminará as **atribuições, responsabilidades** e obrigações do Poder Público e da organização social, e **conterá** especialmente:

I – **especificação do programa de trabalho** proposto pela organização social, a **estipulação das metas** a serem atingidas e os respectivos **prazos de execução**, bem como previsão expressa dos **critérios objetivos de avaliação** de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II – a estipulação dos **limites e critérios para despesa com remuneração** e vantagens de qualquer natureza a serem **percebidas pelos dirigentes e empregados** das organizações sociais, no exercício de suas funções.

### 8.12.10 Termo de parceria

É o instrumento firmado entre o **Poder Público** e as organizações da sociedade civil de interesse público – **Oscips**, caracterizado como um **vínculo de cooperação, fomento e execução de atividades de interesse público** (art. 9º da Lei n. 9.790/99).

A prova de Procurador do Estado/SP 2005 considerou CORRETA a assertiva: "Termo de parceria é o instrumento firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público".

Bastante similar ao contrato de gestão celebrado com as organizações sociais, o termo de parceria também constitui um instituto ligado à lógica da **administração gerencial** e do **controle de resultados** introduzida pela Reforma Administrativa decorrente da Emenda n. 19/98.

De acordo com o art. 10 da Lei n. 9.790/99, o termo de parceria deve discriminar **direitos, responsabilidades e obrigações** das partes signatárias, tendo como **cláusulas essenciais**:

I – a definição do objeto contratual, mediante a **especificação do programa de trabalho** proposto pela Oscip;

II – a estipulação das **metas** e dos **resultados** a serem atingidos e os respectivos **prazos de execução**;

III – a previsão expressa dos **critérios objetivos de avaliação de desempenho** utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV – a previsão de **receitas e despesas** a serem realizadas, estipulando as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal, pagos com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, aos seus diretores, empregados e consultores;

V – o estabelecimento das **obrigações da Oscip**, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do ob-

jeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados;

VI – a publicação, na imprensa oficial, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, contendo os dados principais da documentação obrigatória, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

### 8.12.11 Parceria público-privada (PPP)

Criadas pela Lei n. 11.079/2004, as parcerias público-privadas (PPPs) são um instrumento contratual concebido para **incentivar o investimento privado no setor público**, por meio da **repartição objetiva dos riscos** entre o Estado (parceiro público) e o investidor particular (parceiro privado).

Trata-se de um tipo peculiar de **contrato de concessão**, bastante criticado pela doutrina por transformar o Estado em garantidor do retorno do investimento privado aplicado na parceria, tornando-se atrativo por reduzir demasiadamente, para o contratado, os “riscos do negócio”.

Curioso observar que as PPPs representam uma **quarta fase na evolução histórica** das formas de prestação de serviços públicos:

**1ª Fase (ausência do Estado na prestação):** num primeiro momento, até o início do século XX, e sob a vigência do chamado Estado Liberal ou Estado-Polícia, o Poder Público não prestava serviços públicos à coletividade, já que a missão fundamental atribuída ao Estado consistia na simples fiscalização da atuação dos particulares.

**2ª Fase (prestação direta):** com o advento das chamadas Constituições Sociais, especialmente a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, surgiu o denominado Estado Social ou Estado Providência, encarregado da prestação direta de inúmeros serviços públicos.

**3ª Fase (prestação indireta via concessão e permissão):** já na metade do século XX, ocorreu a conhecida “Crise do Estado Social”, desencadeada, entre outras razões, pela má qualidade dos serviços prestados pelos organismos estatais. Foi então, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que a prestação de serviços públicos deixou de ser realizada diretamente pelo Estado e passou a ser delegada a empresas privadas por meio de instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos.

**4ª Fase (prestação com distribuição de riscos):** o alto custo da prestação e o risco elevado que envolve a condição de concessionário de serviço público, associados ao desenvolvimento do capitalismo financeiro e à escassez de recursos públicos, forçaram o Estado moderno a criar novas fórmulas para tornar mais atrativa a prestação de serviços públicos para o investidor privado. As PPPs nasceram nesse contexto de falta de recursos públicos, ineficiência na gestão governamental e necessidade de distribuição de riscos para atrair parceiros privados.

### 8.12.11.1 Abrangência da Lei n. 11.079/2004

A Lei n. 11.079/2004 é a Lei Geral das Parcerias Público-Privadas e, nos termos de seu art. 1º, parágrafo único, é aplicável a todos os órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às **sociedades** de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Trata-se, portanto, de **lei nacional** aplicável a todas as esferas federativas.

Importante destacar também que as Leis n. **8.666/93** (licitações) e n. **8.987/95** (concessões e permissões) **aplicam-se subsidiariamente** na disciplina das PPPs.

### 8.12.11.2 Conceito e características

José dos Santos **Carvalho Filho** conceitua a parceria público-privada como o “acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o **objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens**, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e ganhos entre os pactuantes”<sup>18</sup>.

Enfatizando os elementos conceituais mais exigidos em provas e concursos públicos, podemos conceituar parcerias público-privadas como **contratos administrativos de concessão**, nas modalidades **administrativa ou patrocinada**, com duração entre cinco e trinta e cinco anos, mediante prévia concorrência, com valor do objeto superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), caracterizados por um **compartilhamento de riscos** entre o Estado (parceiro público) e pessoa jurídica privada (parceiro privado), sendo pactuada a criação de uma **sociedade de propósito específico** para administrar a parceria.

Os conceitos anteriormente apresentados permitem identificar algumas **características fundamentais** das PPPs:

**1) são tipos especiais de concessão:** as PPPs são uma espécie de contrato de concessão na medida em que o Estado outorga ao parceiro privado a execução de uma tarefa pública. Por essa razão, como já dito, a Lei das Concessões – 8.987/95 – aplica-se subsidiariamente a tais parcerias;

**2) por prazo determinado:** como toda concessão, a PPP obrigatoriamente está submetida a um prazo determinado para sua vigência. Nos termos dos arts. 2º e 5º da Lei n. 11.079/2004, a duração do contrato deve ser superior a cinco anos e inferior a trinta e cinco anos;

**3) objeto com valor superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais):** é o que determina o art. 2º, § 4º, I, da Lei das PPPs;

**4) mediante prévia concorrência:** a celebração da parceria exige a realização de licitação, sendo obrigatória a utilização da modalidade concorrência pública (art.

<sup>18</sup> Manual de direito administrativo, p. 406.

10 da Lei n. 11.079/2004). Importante destacar que, na concorrência pública instaurada para selecionar o parceiro privado, **o julgamento das propostas poderá anteceder a habilitação**, invertendo-se as fases naturais do procedimento, além da previsão de oferecimento de **lances em viva-voz** (arts. 12 e 13), características estas similares ao rito existente no pregão;

**5) compartilhamento de riscos:** nas PPPs, o parceiro público divide os riscos do empreendimento com o parceiro privado;

**6) nas modalidades administrativa ou patrocinada:** a lei prevê dois tipos de PPPs. Na concessão administrativa, a Administração Pública é a principal usuária do serviço prestado pelo parceiro privado. Normalmente, a concessão administrativa é utilizada quando o serviço prestado pelo parceiro privado é “uti universi”, impedindo cobrança de tarifa do particular. Já a concessão patrocinada caracteriza-se

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: “A efetivação das parcerias público-privadas, em que haja prestação de serviço público diretamente aos usuários, e que o prestador dos serviços recebe sua contraprestação pecuniária do usuário e também da Administração Pública contratante é chamada de concessão patrocinada”.

A prova da Magistratura/PA 2008 considerou INCORRETA a assertiva: “A concessão especial denominada de parceria público-privada subdivide-se em duas categorias: concessões patrocinadas e concessões administrativas. No que tange à primeira, é facultada à Administração Pública a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; no entanto, os ganhos econômicos efetivos do parceiro privado serão compartilhados com o parceiro público”.

peelo pagamento de um complemento remuneratório, do parceiro público ao privado, adicional ao valor da tarifa paga pelo **usuário**. A concessão patrocinada é utilizada para delegação de serviços públicos “uti singuli”, sendo cabível quando o empreendimento não seja financeiramente autossustentável ou como instrumento de redução das tarifas. As concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, § 3º, da Lei n. 11.079/2004);

**7) sendo pactuada a criação de uma sociedade de propósito específico:** outra importante peculiaridade presente no regime

jurídico das PPPs é a criação de uma pessoa jurídica privada, legalmente denominada “sociedade de propósito específico” encarregada de **implantar e gerir o objeto da parceria**.

▶ **ATENÇÃO:** O art. 11, III, da Lei n. 11.079/2004 **autoriza o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas**, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao **contrato**.

#### 8.12.11.3 Diretrizes legais

A Lei n. 11.079/2004 define **sete diretrizes** de observância obrigatória na celebração de PPPs (art. 4º):

**a) eficiência** no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

**b) respeito aos interesses e direitos** dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

**c) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia** e de outras atividades exclusivas do Estado;

**d) responsabilidade fiscal** na celebração e execução das parcerias;

**e) transparência** dos procedimentos e das decisões;

**f) repartição objetiva de riscos** entre as partes;

**g) sustentabilidade financeira** e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

#### 8.12.11.4 Vedações à celebração de PPPs

O art. 2º, § 4º, da Lei n. 11.079/2004 prevê **três vedações** à celebração de contratos de parceria público-privada:

a) contrato **inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)**;

b) período de prestação do serviço **inferior a cinco anos**;

c) **fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos e a execução de obra pública**.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: “Um contrato a ser celebrado entre o Poder Público e o privado não poderá ser considerado parceria público-privada se o seu objeto for exclusivamente execução de obras”.

#### 8.12.11.5 Garantias

Nos termos do art. 8º da Lei das PPPs, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: a) vinculação de receitas; b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; f) outros mecanismos admitidos em lei.

▶ **ATENÇÃO:** A previsão de **vinculação de receitas de impostos** (art. 8º, I, da Lei n. 11.079/2004) como forma de garantia das obrigações assumidas pela Administração Pública nas PPPs é **inconstitucional** por violar a norma do art. 167, IV, da Constituição Federal (“São vedados: IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º”).

Convém destacar que o citado art. 8º da Lei n. 11.079/2004, ao definir os instrumentos de garantia contratual nas PPPs, é inconstitucional na medida em

10 da Lei n. 11.079/2004). Importante destacar que, na concorrência pública instaurada para selecionar o parceiro privado, **o julgamento das propostas poderá anteceder a habilitação**, invertendo-se as fases naturais do procedimento, além da previsão de oferecimento de **lances em viva-voz** (arts. 12 e 13), características estas similares ao rito existente no pregão;

**5) compartilhamento de riscos:** nas PPPs, o parceiro público divide os riscos do empreendimento com o parceiro privado;

**6) nas modalidades administrativa ou patrocinada:** a lei prevê dois tipos de PPPs. Na concessão administrativa, a Administração Pública é a principal usuária do serviço prestado pelo parceiro privado. Normalmente, a concessão administrativa é utilizada quando o serviço prestado pelo parceiro privado é “uti universi”, impedindo cobrança de tarifa do particular. Já a concessão patrocinada caracteriza-se

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: “A efetivação das parcerias público-privadas, em que haja prestação de serviço público diretamente aos usuários, e que o prestador dos serviços recebe sua contraprestação pecuniária do usuário e também da Administração Pública contratante é chamada de concessão patrocinada”.

A prova da Magistratura/PA 2008 considerou INCORRETA a assertiva: “A concessão especial denominada de parceria público-privada subdivide-se em duas categorias: concessões patrocinadas e concessões administrativas. No que tange à primeira, é facultada à Administração Pública a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; no entanto, os ganhos econômicos efetivos do parceiro privado serão compartilhados com o parceiro público”.

po pelo pagamento de um complemento remuneratório, do parceiro público ao privado, adicional ao valor da tarifa paga pelo **usuário**. A concessão patrocinada é utilizada para delegação de serviços públicos “uti singuli”, sendo cabível quando o empreendimento não seja financeiramente autossustentável ou como instrumento de redução das tarifas. As concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, § 3º, da Lei n. 11.079/2004);

**7) sendo pactuada a criação de uma sociedade de propósito específico:** outra importante peculiaridade presente no regime

jurídico das PPPs é a criação de uma pessoa jurídica privada, legalmente denominada “sociedade de propósito específico” encarregada de **implantar e gerir o objeto da parceria**.

- ▶ **ATENÇÃO:** O art. 11, III, da Lei n. 11.079/2004 **autoriza o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas**, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao **contrato**.

#### 8.12.11.3 Diretrizes legais

A Lei n. 11.079/2004 define **sete diretrizes** de observância obrigatória na celebração de PPPs (art. 4º):

**a) eficiência** no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

**b) respeito aos interesses e direitos** dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

**c) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia** e de outras atividades exclusivas do Estado;

**d) responsabilidade fiscal** na celebração e execução das parcerias;

**e) transparência** dos procedimentos e das decisões;

**f) repartição objetiva de riscos** entre as partes;

**g) sustentabilidade financeira** e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

#### 8.12.11.4 Vedações à celebração de PPPs

O art. 2º, § 4º, da Lei n. 11.079/2004 prevê **três vedações** à celebração de contratos de parceria público-privada:

**a) contrato inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);**

**b) período de prestação do serviço inferior a cinco anos;**

**c) fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos e a execução de obra pública.**

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: “Um contrato a ser celebrado entre o Poder Público e o privado não poderá ser considerado parceria público-privada se o seu objeto for exclusivamente execução de obras”.

#### 8.12.11.5 Garantias

Nos termos do art. 8º da Lei das PPPs, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: a) vinculação de receitas; b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; f) outros mecanismos admitidos em lei.

- ▶ **ATENÇÃO:** A previsão de **vinculação de receitas de impostos** (art. 8º, I, da Lei n. 11.079/2004) como forma de garantia das obrigações assumidas pela Administração Pública nas PPPs é **inconstitucional** por violar a norma do art. 167, IV, da Constituição Federal (“São vedados: IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º”).

Convém destacar que o citado art. 8º da Lei n. 11.079/2004, ao definir os instrumentos de garantia contratual nas PPPs, é inconstitucional na medida em

que a disciplina da concessão de garantias por entidades públicas está sob reserva de lei complementar (art. 163, III, da CF).

#### 8.12.11.6 Modalidades

Existem **duas modalidades** de parcerias público-privadas previstas na legislação:

**a) concessão patrocinada:** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, **contraprestação pecuniária** paga pelo parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, § 1º, da Lei das PPPs). Essa contraprestação pecuniária complementar ao valor da tarifa é denominada **subsídio, prêmio ou patrocínio** e viabiliza mais rapidamente a amortização dos investimentos feitos pelo parceiro privado no caso de empreendimentos de alto custo. Essa **dualidade de fontes de receita** (tarifa + contraprestação) é a característica fundamental da concessão patrocinada. Na prática, utiliza-se essa modalidade de PPP para conceder ao parceiro privado **serviços públicos “uti singuli”**;

No V Exame de Ordem Unificado, a FGV rejeitou a possibilidade de delegação da administração de presídios a particulares, ao argumento de que seria uma delegação do próprio poder de polícia, esbarrando na proibição contida no art. 4º, II, da Lei n. 11.079/2004). Na prática, utiliza-se a concessão administrativa para conceder ao parceiro privado **serviços públicos “uti universi”**.

**b) concessão administrativa:** é o contrato de prestação de serviços de que a administração seja usuária direta ou indireta (art. 2º, § 2º, da Lei n. 11.079/2004). O **Estado de Minas Gerais** vem utilizando a concessão administrativa para delegar a empresas privadas a **administração de presídios**.

Importante destacar que, em qualquer caso, **a contraprestação da Administração ao parceiro privado só pode ser paga após a disponibilização do serviço** (art. 7º da Lei n. 11.079/2004), exceto se houver previsão no edital de aportes financeiros para realização da obra ou aquisição de bens reversíveis devendo, nesse caso, os repasses guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.

#### 8.12.11.7 Sociedade de propósito específico (art. 9º)

A **implantação** e o **gerenciamento** da parceria público-privada ficam a cargo de sociedade de propósito específico, que poderá assumir a forma de **companhia aberta**, tendo valores mobiliários passíveis de negociação no mercado.

A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato (art. 9º, § 1º).

A legislação **proíbe que a Administração Pública detenha a maioria do capital** votante da sociedade de propósito específico. É que, se a maioria do capital votante for público, a sociedade de propósito específico irá se incorporar à estrutura da Administração Pública indireta, tornando-se sociedade de economia mista, incorporação esta que o legislador desejou evitar.

#### 8.12.12 Consórcio público

Tradicionalmente, a doutrina nacional sempre definiu consórcio público como o contrato administrativo firmado entre **entidades federativas do mesmo tipo** (Municípios com Municípios, Estados-membros com Estados-membros), para realização de **objetivos de interesse comum**. Exemplo: Consórcio Intermunicipal do Grande ABC (formado por Municípios da Região do ABC Paulista). Nesse ponto, os consórcios públicos difeririam dos **convênios**, à medida que estes também são contratos administrativos de mútua cooperação, mas **entre entidades federativas desiguais**. Exemplo: convênio de ICMS celebrado entre a União e os Estados-membros.

Entretanto, com a promulgação da **Lei n. 11.107/2005**, que “dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum” (art. 1º), foi criada **outra espécie de contrato de consórcio público**. Na referida lei, os consórcios públicos podem ser celebrados **entre quaisquer entidades federativas**, do mesmo tipo ou não.

Deve-se, portanto, concluir pela existência de dois tipos de contratos de consórcio público no Brasil:

- consórcios públicos convencionais: celebrados entre entidades federativas do mesmo tipo;
- consórcios públicos regidos pela Lei n. 11.107/2005: firmados entre quaisquer entidades federativas.

#### 8.12.12.1 Consórcios públicos da Lei n. 11.107/2005

A **base constitucional** para a celebração de consórcios públicos é o **art. 241** da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda n. 19/98: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos** e os **convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a **gestão associada de serviços públicos**, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

Assim, a Lei n. 11.107/2005 foi promulgada com a finalidade de regulamentar o art. 241 da Constituição Federal, viabilizando a celebração de consórcios públicos entre quaisquer entidades federativas.

Sendo aplicável a todas as esferas federativas, a **Lei n. 11.107/2005** tem natureza jurídica de **lei nacional**.

A prova da Magistratura/TO considerou INCORRETA a assertiva: “Os consórcios são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: “A Lei n. 11.107, de 6-4-2005, regulamentando o art. 241 da Constituição Federal, disciplinou a gestão associada de atividades entre os entes federados mediante transferência total ou parcial de encargos, pessoal e bens essenciais à continuidade de serviços públicos. O instituto disciplinado por essa lei chama-se consórcio público”.

No entanto, a **grande novidade** dos consórcios públicos regidos pela Lei n. 11.107/2005 é que, agora, a celebração do contrato resulta na **instituição de uma nova pessoa jurídica**, com personalidade distinta da personalidade das entidades consorciadas. A criação dessa **sociedade de propósito específico** indica uma tendência no Direito Administrativo brasileiro à “**personificação**” ou “**pejotização**” contratual, isto é, o nascimento de uma nova pessoa jurídica especializada na gestão contratual.

A lei prescreve que o consórcio público poderá adquirir personalidade jurídica:

**a) de direito público:** no caso de constituir **associação pública**, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; **b) de direito privado:** mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil (art. 6º).

Como se vê, as entidades consorciadas têm liberdade para escolher qual natureza jurídica será dada à nova pessoa jurídica: se de direito público, caso em que será denominada associação pública; ou de direito privado, sendo regida pela legislação civil.

Optando pela criação de pessoa de direito público, a **associação pública passa a integrar a Administração indireta de todas as entidades consorciadas** (art. 6º, § 1º).

Se o consórcio tiver personalidade jurídica de **direito privado**, estará adstrito às normas de direito público no que concerne à realização de **licitação**, celebração de **contratos, prestação de contas e admissão de pessoal**, que será regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 6º, § 2º).

Nota-se, portanto, que os consórcios públicos com personalidade de direito privado somente podem contratar pessoal no regime de emprego público. Nas **associações públicas**, ao contrário, deve predominar a contratação no **regime estatutário**, regime de cargo público.

▶ **ATENÇÃO:** A União só poderá participar de consórcios públicos dos quais também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

#### 8.12.12.1 Conceito e atribuições

É possível conceituar consórcio público, nos termos da Lei n. 11.107/2005, como o **contrato administrativo multilateral**, firmado **entre entidades federativas**, para persecução de **objetivos comuns**, que resulta na **criação de uma nova pessoa jurídica** de direito público, caso em que recebe o nome de associação pública ou de direito privado.

Ao adquirir personalidade jurídica autônoma, **o consórcio público poderá:**

**a) firmar convênios**, contratos, acordos de qualquer natureza, **receber auxílios**, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

**b) promover desapropriações e instituir servidões** nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público;

**c) ser contratado pela Administração direta ou indireta** dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação;

**d) emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos** pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado;

**e) outorgar concessão, permissão ou autorização** de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

#### 8.12.12.2 Procedimento para celebração do consórcio

A celebração do contrato de consórcio pressupõe, inicialmente, a elaboração de um **protocolo de intenções** a ser subscrito pelos interessados.

O protocolo de intenções terá as seguintes **cláusulas obrigatórias** (art. 4º):

“a) a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;

b) a identificação dos entes da Federação consorciados;

c) a indicação da área de atuação do consórcio;

d) a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

e) os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;

f) as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

g) a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

h) a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;

i) o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

j) as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

k) a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: 1) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; 2) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; 3) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços; 4) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão



associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados; 5) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

l) o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público”.

O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial. Após isso, o contrato de consórcio será celebrado com a **ratificação do protocolo de intenções**, por meio de **lei específica** aprovada no âmbito de cada entidade consorciada. A ratificação fica dispensada para o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

A lei admite que a ratificação seja realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

Por fim, cabe destacar que ratificação realizada após dois anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

▶ **IMPORTANTE:** O art. 10 da Lei n. 11.107/2005 foi vetado pelo Presidente da República. A regra nele contida prescrevia que “os consorciados respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelo consórcio”. O texto da **Mensagem de Veto n. 193/2005** esclarece: “A intenção do legislador, aparentemente, era dizer que os consorciados respondem subsidiariamente; contudo, constou que os consorciados respondem solidariamente. Na responsabilidade subsidiária, a Administração direta somente responde por obrigações quando comprovada a insolvência patrimonial do ente que integra a Administração indireta. **Com o veto, o regime a ser aplicado aos consórcios públicos será o da responsabilidade subsidiária, que é o ordinário da Administração indireta**”.

### 8.12.12.1.3 Regras especiais sobre licitações

A Lei n. 11.107/2005 estabeleceu várias regras especiais sobre licitações envolvendo consórcios públicos, tais como:

a) **limites maiores para as faixas de valor das modalidades licitatórias:** os limites definidores do cabimento da concorrência, da tomada de preços e do convite devem ser aplicados em dobro para consórcios formados por até três entes da Federação, e em triplo quando formado por maior número (art. 23, § 8º, da Lei n. 8.666/93);

A prova de Procurador do Estado/SP 2005 considerou CORRETA a assertiva: “O contrato de programa pode ser firmado entre entes da Federação com o objetivo de permitir a gestão associada de serviços públicos”.

b) **dispensa de licitação para contratação de consórcios públicos:** é dispensável a licitação “na celebração de **contrato de programa** com ente da Federação ou com entidade de sua Administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma asso-

ciada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação” (art. 24, XXVI, da Lei n. 8.666/93);

c) **aplicação do dobro do percentual para contratação direta sem licitação:** na contratação de seus fornecedores, os consórcios públicos possuem o dobro do

limite aplicável às demais entidades para autorizar a dispensa de licitação (art. 24, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

### 8.12.13 Contrato de convênio

Convênio é o **acordo administrativo multilateral** firmado entre **entidades públicas** de qualquer espécie, ou entre estas e **organizações particulares**<sup>19</sup>, visando a **cooperação recíproca para alcançar objetivos de interesse comum** a todos os conveniados.

A prova da Procuradoria do Município de São Paulo considerou CORRETA a assertiva: “Entende-se por convênio administrativo o ajuste firmado entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, para a realização de objetivos de interesse comum”.

Segundo doutrina majoritária, a celebração de convênios sempre depende de **prévia autorização legislativa**. Mas o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a obrigatoriedade dessa autorização legal por violar a independência dos Poderes<sup>20</sup>.

Os convênios diferem dos consórcios, essencialmente, quanto a dois pontos:

a) convênios podem ser celebrados entre quaisquer entidades públicas, ou entre estas e organizações particulares; consórcios são firmados somente entre entidades federativas;

b) convênios não resultam na criação de novas pessoas jurídicas; os consórcios da Lei n. 11.107/2005 têm como característica fundamental a instituição de uma pessoa jurídica autônoma.

### 8.12.14 Contrato de credenciamento

Credenciamento é o contrato administrativo pelo qual o **Poder Público habilita qualquer interessado** em realizar determinada atividade, sem necessidade de estabelecer competição. Normalmente, o credenciamento é utilizado para casos em que todos os interessados podem ser contratados diante da conveniência em **disponibilizar a maior quantidade possível** de prestadores da atividade credenciada. Exemplos: credenciamento de hospitais para o Sistema Único de Saúde – SUS; credenciamento de clínicas para realizar exame médico de habilitação em motoristas.

Como o credenciamento não envolve competitividade entre os interessados, na celebração do contrato **não se realiza procedimento licitatório**.

### 8.12.15 Contrato de trabalhos artísticos

É o contrato celebrado pelo Poder Público visando a realização de obra de arte. Em regra, tal contratação exige **prévio procedimento licitatório** na modalidade **concurso** (art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93). Excepcionalmente, se o profissional do setor artístico for **consagrado pela crítica especializada** ou **pela opinião pública**, admite-se a contratação direta por **inexigibilidade de licitação** (art. 25, III, da Lei n. 8.666/93).

<sup>19</sup> Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo*, p. 383.

<sup>20</sup> Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo*, p. 384.

### 8.12.16 Contrato de empréstimo público

Empréstimo público é o contrato por meio do qual a Administração Pública obtém recursos junto a instituições financeiras privadas para atender situações de emergência ou de peculiar interesse público.

### 8.12.17 Contrato de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda (Lei n. 12.232/2010)

A Lei n. 12.232, de 29-4-2010, estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º).

Nos termos do art. 2º da lei, “considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integralmente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral”.

A licitação será sempre julgada com base nos critérios de **melhor técnica** ou **técnica e preço**.

Trata-se, na verdade, de um contrato comum de prestação de serviços com peculiaridades no procedimento licitatório que antecede a contratação, como a **inversão das fases naturais** do certame, de modo que o julgamento das propostas antecede a fase de habilitação (arts. 5º e 6º) e, especialmente, no que se refere à nova figura da **multiadjudicação**, que consiste na possibilidade de o objeto da licitação ser adjudicado a mais de uma empresa licitante.

Após a multiadjudicação, será promovido um **novo processo seletivo**, com regras fixadas pelo órgão público ou entidade contratante, somente entre as agências adjudicatárias, tendo a finalidade de selecionar quem irá celebrar o contrato. É uma outra competição após a licitação.

### 8.13 FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A prova de Advogado da CEB elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: “Verificando-se vício de formalização do contrato, a Administração deverá promover sua anulação, independentemente de ação judicial”.

Como **regra geral**, os contratos administrativos devem ter a **forma escrita**. “É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração” (art. 60, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93).

Porém, o referido dispositivo admite importante exceção a tal regra, autorizando a celebração de **contrato verbal** para **pequenas compras de pronto pagamento** feitas em regime de adiantamento.

Consideram-se “pequenas compras” aquelas de **até R\$ 4.000,00** (quatro mil reais).

Constitui requisito indispensável para a produção de efeitos publicação resumida do contrato e de seus **aditivos na imprensa oficial**.

Nos termos do art. 62 da Lei n. 8.666/93, o instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, **nota de empenho** de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

A prova de Analista Financeiro da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: “A publicação resumida do contrato e dos seus aditivos na imprensa oficial é condição indispensável para a sua eficácia”.

A prova de Analista Financeiro da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: “A lei faculta à Administração Pública substituir o instrumento de contrato por outro, como, por exemplo, a Nota de Empenho, para valores situados abaixo dos limites de Tomada de Preços e Concorrência”.

### 8.14 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Uma das características fundamentais dos contratos administrativos é a presença das chamadas cláusulas exorbitantes. São regras que conferem **poderes contratuais especiais**, projetando a Administração Pública para uma **posição de superioridade** diante do **particular contratado**. São prerrogativas **decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado** e, por isso, **são aplicáveis ainda que não escritas** no instrumento contratual.

Importante esclarecer que o qualificativo “exorbitantes” não tem qualquer sentido pejorativo, ou que denote **abusividade**. Ao contrário, as cláusulas recebem tal denominação porque são dispositivos incomuns, atípicos, anormais para a lógica igualitária dos contratos de **Direito Privado**. Por isso, se previstas nos contratos privados celebrados pela Administração, serão nulas.

Como as cláusulas exorbitantes **têm previsão legal** (Lei n. 8.666/93), não podem ser consideradas **abusivas**.

A existência das cláusulas exorbitantes relaciona-se, também, com o fato de os contratos administrativos assemelharem-se a **contratos de adesão** (Maria Sylvia Zanella

A prova de Fiscal do ICMS/SP elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: “Consideram-se cláusulas exorbitantes em um contrato administrativo as que disponham, nos termos da lei, sobre prerrogativas especiais da Administração, não extensíveis à outra parte contratante”.

A 22ª prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a assertiva: “A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, inadmissíveis nas relações contratuais particulares, significa minimização dos interesses do representante da iniciativa privada no objeto de sua pretensão contratual com a Administração Pública”.

A prova de Procurador do Bacen elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: “As ditas ‘cláusulas exorbitantes’ de um contrato administrativo são aquelas que estabelecem prerrogativas à Administração Pública, como parte contratante, não previstas, em regra, nos contratos regidos pelo Direito Privado”.