

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

# Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor

3.<sup>a</sup> edição  
revista, atualizada e ampliada



SÃO PAULO

- A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

*Copyright © 2015 by*

**EDITORA MÉTODO LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714

metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

A Editora Método passou a publicar esta obra a partir da 3ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

O51a

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende

Administração pública, concessões e terceiro setor / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 3. ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-5883-1

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

## SUMÁRIO

ABREVIATURAS.....	25
INTRODUÇÃO.....	27

### **Primeira parte**

#### **A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

<b>Capítulo I – AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA MODERNA .....</b>	<b>33</b>
1.1. Estado Liberal, Estado Social e o Estado Democrático de Direito: a eclosão do Estado Subsidiário .....	33
1.2. Direito administrativo comunitário e a organização administra- tiva .....	39
1.3. A constitucionalização do Direito Administrativo: da Administração unitária e imperativa à Administração policêntrica e consensual...	42
1.4. “A fuga para o Direito privado” e as parcerias entre o poder público e os particulares: a pluralidade de regimes jurídicos .....	45
1.5. Federação e o princípio da separação de poderes: o exercício da função administrativa .....	48
1.6. As atividades administrativas e os direitos fundamentais.....	52
1.7. Desconcentração e descentralização administrativa .....	54
1.8. A organização administrativa em setores: Primeiro Setor: Estado; Segundo Setor: Mercado; e Terceiro Setor: Sociedade civil.....	56

## **Segunda parte (Primeiro Setor)**

### **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA**

<b>Capítulo II – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	61
2.1. Administração Pública e seus sentidos: subjetivo e objetivo.....	61
2.2. Administração Pública e Governo .....	62
2.3. A distinção entre Administração Pública Direta e Indireta .....	63
<b>Capítulo III – ÓRGÃOS PÚBLICOS</b> .....	65
3.1. Conceito e a teoria do órgão público .....	65
3.2. Criação e extinção .....	67
3.3. Capacidade processual ou judiciária excepcional.....	68
3.4. Capacidade contratual e o contrato de gestão.....	70
3.5. Classificações.....	72
<b>Capítulo IV – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA</b> .....	75
4.1. Entidades da Administração Pública Indireta .....	75
4.2. Características comuns das entidades administrativas.....	76
4.2.1. Reserva legal .....	77
4.2.2. Controle ou vinculação.....	78
<b>Capítulo V – AUTARQUIAS</b> .....	81
5.1. Conceito.....	81
5.2. Criação.....	81
5.3. Objeto: atividade típica de Estado .....	81
5.4. Regime de pessoal .....	82
5.5. Patrimônio: natureza dos bens .....	84
5.6. Atos e contratos .....	86
5.7. Foro processual .....	86
5.8. Responsabilidade civil.....	87
5.9. Prerrogativas especiais .....	88
5.10. Classificações.....	89
5.11. Agências executivas e agências reguladoras .....	90
5.12. Associação pública.....	92

<b>Capítulo VI – AGÊNCIAS REGULADORAS</b> .....	93
6.1. Origem e evolução das agências reguladoras nos Estados Unidos .....	93
6.1.1. <i>New Deal</i> e o <i>boom</i> das agências reguladoras.....	95
6.1.2. Críticas e desconfianças em relação às agências reguladoras: reforço dos controles judicial, presidencial e parlamentar.....	96
6.1.3. O poder normativo das agências reguladoras americanas: o <i>rulemaking</i> .....	98
6.1.4. Modalidades de agências administrativas americanas .....	98
6.1.5. Lei do Procedimento Administrativo Federal de 1946 ( <i>Federal Administrative Procedure Act – APA</i> ): regulamentos ( <i>rules</i> ) e atos administrativos ( <i>orders</i> ).....	99
6.2. Origem e fontes normativas das agências reguladoras no Brasil....	103
6.3. Atividade regulatória: sentido .....	106
6.4. Evolução da regulação e o papel do Estado Regulador .....	110
6.5. Modalidades de agências reguladoras.....	113
6.6. Regime jurídico especial.....	114
6.6.1. Poder normativo e deslegalização.....	115
6.6.1.1. Lei e superveniência de ato regulatório: revogação diferida.....	124
6.6.1.2. Atos regulatórios x atos regulamentares .....	127
6.7. Autonomia administrativa.....	128
6.7.1. Estabilidade reforçada dos dirigentes.....	128
6.7.2. Impossibilidade de recurso hierárquico impróprio.....	130
6.8. Autonomia financeira e as taxas regulatórias .....	133
6.9. Análise de Impacto Regulatório (AIR) .....	134
6.10. Regulação e promoção da concorrência .....	139
6.10.1. Liberdade de entrada .....	139
6.10.2. Liberdade relativa de preços.....	140
6.10.3. Fragmentação do serviço público ( <i>unbundling</i> ).....	140
6.10.4. Compartilhamento compulsório das redes e infraestruturas ( <i>essential facilities doctrine</i> ) .....	141
6.10.5. Controle da concorrência nos setores regulados: Cade x agências reguladoras.....	143
6.11. Controle de preços .....	145

6.12.	Acordos decisórios ou substitutivos na regulação .....	146
6.13.	O risco da teoria da captura e a legitimidade das agências reguladoras.....	148

## **Capítulo VII – EMPRESAS ESTATAIS: EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....** 155

7.1.	Conceito e espécies .....	155
7.2.	Diferenças entre empresas públicas e sociedades de economia mista.....	157
7.2.1.	Composição.....	158
7.2.2.	Forma societária.....	159
7.2.3.	Foro competente para julgamento dos litígios.....	160
7.3.	Criação.....	161
7.4.	Objeto: serviços públicos e atividades econômicas.....	161
7.5.	Regime de pessoal.....	165
7.6.	Patrimônio: natureza dos bens .....	166
7.6.1.	Penhora.....	168
7.6.2.	Usucapião.....	170
7.7.	Atos, licitação e contratos.....	171
7.7.1.	Licitação: atividade-fim x atividade-meio .....	172
7.7.2.	A licitação na Petrobras .....	173
7.7.3.	Arbitragem nos contratos das estatais.....	175
7.8.	Responsabilidade civil.....	176
7.9.	Controle do Tribunal de Contas .....	177
7.10.	Imunidade tributária.....	180
7.11.	Falência .....	180

## **Capítulo VIII – FUNDAÇÕES ESTATAIS .....** 183

8.1.	Natureza jurídica: fundações estatais de Direito público e fundações estatais de Direito privado.....	183
8.2.	Conceito.....	184
8.3.	Criação.....	185
8.4.	Objeto: atividades sociais.....	186
8.5.	Regime de pessoal .....	187
8.6.	Patrimônio: natureza dos bens .....	188
8.7.	Atos e contratos.....	188
8.8.	Foro processual .....	188

8.9.	Responsabilidade civil.....	189
8.10.	Prerrogativas especiais .....	189
8.11.	Controle.....	189
<b>Capítulo IX</b>	<b>– CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....</b>	<b>191</b>
9.1.	Introdução.....	191
9.2.	Os consórcios públicos antes da Lei n.º 11.107/2005.....	192
9.3.	Os consórcios públicos após a Lei n.º 11.107/2005 e suas “novidades” .....	195
9.3.1.	Contratualização do consórcio.....	196
9.3.2.	Partícipes.....	196
9.3.3.	Personalidade jurídica.....	197
9.3.4.	Necessidade de autorização legislativa.....	197
9.4.	Discussão sobre a constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005 – competência legislativa da União para legislar sobre normas gerais?.....	197
9.5.	O procedimento legal para formalização do consórcio.....	201
9.5.1.	Protocolo de intenções.....	201
9.5.2.	Autorização legislativa.....	202
9.5.3.	Contrato de consórcio.....	202
9.5.4.	Personificação do consórcio.....	202
9.5.5.	Contrato de rateio.....	203
9.5.6.	Contrato de programa .....	203
9.6.	Consórcio público de Direito público: associação pública.....	204
9.6.1.	Natureza jurídica: autarquia interfederativa.....	205
9.6.2.	Criação.....	208
9.6.3.	Objeto.....	209
9.6.4.	Regime de pessoal .....	210
9.6.5.	Patrimônio.....	210
9.6.6.	Atos e contratos .....	211
9.6.7.	Foro processual.....	212
9.6.8.	Responsabilidade civil .....	213
9.6.9.	Controle do Tribunal de Contas.....	213
9.7.	Consórcio público de Direito privado.....	214
9.7.1.	Natureza jurídica: fundação estatal de Direito privado interfederativa .....	215
9.7.2.	Criação .....	216

9.7.3.	Objeto.....	216
9.7.4.	Regime de pessoal .....	216
9.7.5.	Patrimônio.....	217
9.7.6.	Atos e contratos .....	217
9.7.7.	Foro processual.....	217
9.7.8.	Responsabilidade civil .....	218
9.7.9.	Controle do Tribunal de Contas.....	218
9.8.	Alterações legislativas promovidas pela Lei dos Consórcios Públicos .....	218
9.8.1.	Licitação (Lei n.º 8.666/1993).....	218
9.8.1.1.	Valores diferenciados para escolha da modalidade de licitação (art. 23, § 8.º, da Lei n.º 8.666/1993).....	218
9.8.1.2.	Nova hipótese de dispensa de licitação (art. 24, XXVI, da Lei n.º 8.666/1993).....	219
9.8.1.3.	Valores diferenciados para dispensa de licitação (art. 24, § 1.º, da Lei n.º 8.666/1993).....	219
9.8.1.4.	Licitação compartilhada (art. 112 da Lei n.º 8.666/1993).....	222
9.8.2.	Improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/1992).....	222

### Terceira parte (Segundo Setor)

## CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Capítulo X – SERVIÇOS PÚBLICOS.....	227
10.1. A expressão “serviço público” e sua evolução .....	227
10.1.1. O serviço público na França: origem do instituto.....	227
10.1.2. As <i>public utilities</i> e o sistema da <i>common law</i> .....	230
10.1.3. Os “serviços de interesse econômico geral” ou “serviços universais” na União Europeia.....	231
10.1.4. A crise permanente do serviço público e suas tendências.....	232
10.1.5. O serviço público no Direito brasileiro .....	233
10.2. Criação do serviço público ( <i>publicatio</i> ) .....	235
10.3. Princípios.....	236
10.3.1. Princípio da continuidade .....	237
10.3.2. Princípio da igualdade ou uniformidade ou neutralidade...	240



10.3.3. Princípio da mutabilidade ou atualidade .....	241
10.3.4. Princípio da generalidade ou universalidade .....	241
10.3.5. Princípio da modicidade .....	242
10.4. Classificação .....	242
10.4.1. <i>Uti universi e uti singuli</i> .....	243
10.4.2. Federais, estaduais, distritais, municipais e comuns.....	245
10.4.3. Administrativos, comerciais (ou industriais) e sociais .....	246
10.4.4. Essenciais e não essenciais.....	247
10.4.5. Próprios e impróprios (virtuais) .....	248
10.4.6. Inerentes e por opção legislativa .....	248
10.5. Modalidades de execução: direta e indireta.....	249
<b>Capítulo XI – CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....</b>	<b>251</b>
11.1. Conceito, fontes normativas e modalidades.....	251
11.2. Concessão de serviço público e autorização legislativa: controvérsias .....	253
11.3. Concessão X permissão de serviço público .....	255
11.4. Remuneração do concessionário: tarifa e receitas alternativas.....	259
11.5. Licitação: peculiaridades.....	261
11.5.1. Modalidades de licitação .....	261
11.5.2. Tipos de licitação.....	262
11.5.3. Contratação direta: dispensa e inexigibilidade.....	262
11.6. Contrato de concessão comum: peculiaridades.....	263
11.6.1. Cláusulas essenciais .....	264
11.6.2. Prazo .....	265
11.6.3. Prorrogação .....	266
11.6.4. Subcontratação, subconcessão e transferência da concessão ou do controle acionário .....	267
11.7. Encargos do poder concedente e da concessionária .....	269
11.8. Direitos e obrigações dos usuários .....	271
11.9. Serviço público e o CDC.....	272
11.10. Interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário...	278
11.11. Gratuidade do serviço público e o contrato de concessão: limites e possibilidades.....	281
11.12. Extinção da concessão .....	286
11.13. Inaplicabilidade da <i>exceptio non adimpleti contractus</i> .....	288

11.14. Arbitragem .....	291
11.15. Reversão dos bens .....	293
11.16. Responsabilidade civil.....	293
11.17. Autorização de serviço público: polêmicas .....	297

## **Capítulo XII – CONCESSÃO ESPECIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS: AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) .....**

<b>12.1. Origem e justificativas para implementação das PPPs.....</b>	<b>301</b>
12.2. Competência legislativa .....	303
12.3. PPPs: sentidos amplo e restrito da expressão.....	304
12.4. Modalidades de PPPs (PPP patrocinada e PPP administrativa) e suas diferenças.....	306
12.4.1. Remuneração.....	306
12.4.2. Objeto do contrato .....	307
12.5. Quadro comparativo (PPP patrocinada x PPP administrativa), exemplos e a questão relativa à indelegabilidade do poder de polícia.....	309
12.6. Concessões comuns e PPPs: diferenças.....	312
12.6.1. Remuneração.....	312
12.6.2. Repartição de riscos .....	314
12.6.3. Requisitos específicos para as PPPs .....	316
12.6.3.1. Valor mínimo do contrato de concessão.....	316
12.6.3.2. Prazo contratual .....	319
12.6.3.3. Objeto complexo .....	321
12.6.4. Quadro comparativo (concessões comuns e PPPs).....	321
12.7. O enquadramento jurídico das PPPs.....	322
12.8. Licitação e contratos de PPPs: peculiaridades .....	322
12.8.1. Edital e consulta pública .....	323
12.8.2. Necessidade de autorização legislativa em determinados casos.....	323
12.8.3. Outras exigências na fase interna da licitação.....	323
12.8.4. Modalidade de licitação.....	324
12.8.5. Tipos de licitação.....	324
12.8.6. Saneamento de falhas.....	325
12.8.7. Arbitragem.....	325
12.9. Sociedade de Propósito Específico (SPE) .....	325

12.10. Garantias diferenciadas e a constitucionalidade do FGP .....	327
12.11. PPPs e os consórcios públicos .....	329
12.12. Responsabilidade civil nas PPPs .....	331

### **Quarta parte (Terceiro Setor)**

#### **AS ENTIDADES PÚBLICAS NÃO ESTATAIS**

<b>Capítulo XIII - O TERCEIRO SETOR.....</b>	<b>335</b>
13.1. Fundamentos do Terceiro Setor.....	335
13.2. Significado da expressão “Terceiro Setor” e suas características gerais .....	338
13.3. As qualificações jurídicas no Terceiro Setor .....	339
13.3.1. Serviços sociais autônomos (Sistema S).....	340
13.3.2. Organizações Sociais (OS) .....	341
13.3.3. Organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips).....	342
13.3.4. OS x Oscip: quadro sinótico .....	344
13.3.5. Fundações de apoio.....	345
13.4. O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil (OSCs): aspectos relevantes da Lei n.º 13.019/2014.....	347
13.4.1. Introdução .....	347
13.4.2. A abrangência federativa da Lei n.º 13.019/2014 e a necessidade de sua interpretação conforme a Constituição.....	348
13.4.3. O âmbito de aplicação da Lei n.º 13.019/2014 às entidades privadas sem fins lucrativos e às entidades da Administração Pública .....	350
13.4.4. Procedimentos de seleção de entidades parceiras.....	352
13.4.4.1. Procedimento de manifestação de interesse social (PMIS).....	352
13.4.4.2. A exigência de chamamento público para seleção de organizações da sociedade civil.....	353
13.4.5. Instrumentos jurídicos de parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil: termo de colaboração e termo de fomento.....	356
13.4.6. Contratações realizadas pelas organizações da sociedade civil .....	363

13.4.7. Atuação em rede de organizações da sociedade civil .....	365
13.4.8 Prestação de contas e <i>accountability</i> .....	367
13.4.9. Responsabilidade civil e sanções administrativas .....	368
13.4.10. Vigência da Lei n.º 13.019/2014 e regras de transição .....	369
13.5. Aspectos relevantes e controvertidos no Terceiro Setor .....	370
13.5.1. Foro processual competente para as causas do Terceiro Setor .....	370
13.5.2. Controle pelo Tribunal de Contas e controle social .....	371
13.5.3. Regime de pessoal .....	372
13.5.4. Patrimônio .....	374
13.5.5. Licitação e contratos .....	374
13.5.5.1. A necessidade de processo objetivo para celebração do contrato de gestão e do termo de parceria .....	375
13.5.5.2. A controvérsia a respeito da necessidade de licitação nas contratações com dinheiro público pelo Terceiro Setor .....	377
13.5.6. Responsabilidade civil .....	380
13.5.6.1. A responsabilidade civil das entidades que integram o Terceiro Setor .....	380
13.5.6.2. A responsabilidade civil do Estado em razão dos danos causados por entidades do Terceiro Setor .....	381
13.5.7. Imunidade tributária .....	384

### **Quinta parte**

## **CONCLUSÕES**

<b>Capítulo XIV – CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES FINAIS .....</b>	<b>391</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>393</b>
<b>Apêndice – COMENTÁRIOS AO ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ENTIDADES PARAESTATAIS E ENTIDADES DE COLABORAÇÃO .....</b>	<b>407</b>
1. Composição da Comissão de juristas .....	407
2. Normas gerais sobre organização administrativa: limites e possibilidades .....	407

3.	Proposta de uma nova organização administrativa: Administração Pública, entidades paraestatais e entidades de colaboração.....	408
3.1	Entidades estatais .....	409
3.1.1.	Criação, organização, funcionamento e extinção dos órgãos .....	409
3.1.2.	Subsidiárias das entidades estatais .....	409
3.1.3.	Autarquias .....	409
3.1.4.	Empresas estatais .....	411
3.1.5.	Fundações estatais: natureza jurídica .....	411
3.1.6.	Consórcios públicos .....	413
3.1.7.	Regime jurídico das entidades estatais de Direito privado .....	413
3.1.8.	Contrato de autonomia .....	415
3.1.9.	Planejamento, articulação e controle das entidades estatais.....	416
3.2.	Entidades paraestatais .....	418
3.2.1.	Paraestatais: polissemia da expressão .....	419
3.2.2.	Corporações profissionais .....	419
3.2.3.	Serviços sociais autônomos .....	421
3.3.	Entidades de colaboração .....	421
3.3.1.	Contrato público de colaboração e o chamamento público .....	422
3.3.2.	Fomento e controle das entidades de colaboração.....	424
3.3.3.	Seleção de pessoal por entidades de colaboração .....	424

<b>Anexo - TEXTO INTEGRAL DO ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ENTIDADES PARAESTATAIS E ENTIDADES DE COLABORAÇÃO.....</b>	<b>425</b>
1. Apresentação.....	425
2. Exposição de motivos.....	426
3. Minuta do anteprojeto de Lei Orgânica.....	442