

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA

Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do CURSO FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV, PUC-RJ e Cândido Mendes. Consultor Jurídico.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONCESSÕES E TERCEIRO SETOR

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2009

Copyright © 2009 by Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sumário

Abreviaturas	xvii
Prefácio	xix
Introdução	1

PRIMEIRA PARTE A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Capítulo I – As Transformações do Estado e a Organização Administrativa Moderna	7
1.1. Estado Liberal, Estado Social e o Estado Democrático de Direito: a eclosão do Estado Subsidiário.....	7
1.2. Direito Administrativo Comunitário e a organização administrativa.....	11
1.3. A constitucionalização do Direito Administrativo: da Administração unitária e imperativa à Administração poliêntrica e consensual.....	14
1.4. “A fuga para o direito privado” e as parcerias entre o Poder Público e os particulares: a pluralidade de regimes jurídicos.....	17
1.5. Federação e o princípio da separação de poderes: o exercício da função administrativa.....	20
1.6. As atividades administrativas e os direitos fundamentais.....	24
1.7. Desconcentração e descentralização administrativa.....	26
1.8. A organização administrativa em setores: 1º Setor – Estado, 2º Setor – Mercado e 3º Setor – Sociedade civil.....	28

SEGUNDA PARTE (1º SETOR) ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

Capítulo II – Administração Pública	33
2.1. Administração Pública e seus sentidos: subjetivo e objetivo.....	33
2.2. Administração Pública e Governo.....	34
2.3. A distinção entre Administração Pública Direta e Indireta.....	35
Capítulo III – Órgãos Públicos	37
3.1. Conceito e a Teoria do órgão público.....	37
3.2. Criação e extinção.....	39
3.3. Capacidade processual ou judiciária excepcional.....	40

3.4. Capacidade contratual e o contrato de gestão.....	42
3.5. Classificações.....	44
Capítulo IV – Administração Pública Indireta	47
4.1. Entidades da Administração Pública Indireta	47
4.2. Características comuns das Entidades administrativas.....	48
4.2.1. Reserva legal	49
4.2.2. Controle ou vinculação	50
Capítulo V – Autarquias.....	53
5.1. Conceito	53
5.2. Criação.....	53
5.3. Objeto: atividade típica de Estado	53
5.4. Regime de pessoal.....	54
5.5. Patrimônio: natureza dos bens.....	56
5.6. Atos e contratos	58
5.7. Foro processual	58
5.8. Responsabilidade civil	59
5.9. Prerrogativas especiais.....	60
5.10. Classificações.....	60
5.11. Agências executivas e agências reguladoras.....	62
5.12. Associação Pública.....	64
Capítulo VI – Agências Reguladoras	65
6.1. Origem e evolução das agências reguladoras nos Estados Unidos.....	65
6.1.1. <i>New Deal</i> e o boom das agências reguladoras	66
6.1.2. Críticas e desconfianças em relação às agências reguladoras: reforço dos controles judicial, presidencial e parlamentar	68
6.1.3. O poder normativo das agências reguladoras americanas: o rulemaking .	70
6.1.4. Modalidades de agências administrativas americanas.....	70
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>).....	71
6.2. Origem e fontes normativas das agências reguladoras no Brasil	74
6.3. Atividade regulatória: sentido.....	77
6.4. Modalidades de Agências Reguladoras.....	81
6.5. Regime jurídico especial.....	82
6.6. Função normativa e a deslegalização.....	84
6.7. Autonomia administrativa	95
6.7.1. Estabilidade reforçada dos dirigentes.....	96
6.7.2. Impossibilidade de recurso hierárquico impróprio	97
6.8. Autonomia financeira e as taxas regulatórias	100
6.9. O risco da Teoria da Captura e a legitimidade das agências reguladoras.....	101

Capítulo VII – Empresas Estatais: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista	107
7.1. Conceito	107
7.2. Diferenças entre empresas públicas e sociedades de economia mista	108
7.2.1. Composição	109
7.2.2. Forma societária	109
7.2.3. Foro competente para julgamento dos litígios	110
7.3. Criação	111
7.4. Objeto: serviços públicos e atividades econômicas	111
7.5. Regime de pessoal	115
7.6. Patrimônio: natureza dos bens	116
7.6.1. Penhora	117
7.6.2. Usucapião	119
7.7. Atos, licitação e contratos	120
7.7.1. Licitação: atividade-fim x atividade-meio	120
7.7.2. A licitação na Petrobrás	122
7.7.3. Arbitragem nos contratos das estatais	124
7.8. Responsabilidade civil	125
7.9. Controle do Tribunal de Contas	126
7.10. Imunidade tributária	127
7.11. Falência	127
Capítulo VIII – Fundações Estatais	129
8.1. Natureza jurídica: fundações estatais de direito público e fundações estatais de direito privado	129
8.2. Conceito	131
8.3. Criação	132
8.4. Objeto: atividades sociais	132
8.5. Regime de pessoal	134
8.6. Patrimônio: natureza dos bens	134
8.7. Atos e contratos	135
8.8. Foro processual	135
8.9. Responsabilidade civil	136
8.10. Prerrogativas especiais	136
8.11. Controle	136
Capítulo IX – Consórcios Públicos	139
9.1. Introdução	139
9.2. Os consórcios públicos antes da Lei nº 11.107/05	140
9.3. Discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.107/05 – competência legislativa da União para legislar sobre normas gerais?	143
9.4. Os consórcios públicos após a Lei nº 11.107/05 e suas “novidades”	146
9.4.1. Contratualização do consórcio	146
9.4.2. Partícipes	147
9.4.3. Personalidade jurídica	147

9.4.4. Necessidade de autorização legislativa.....	148
9.5. O procedimento legal para formalização do consórcio.....	148
9.6. Contrato de rateio.....	149
9.7. Contrato de programa.....	149
9.8. Associação Pública.....	151
9.8.1. Natureza jurídica: autarquia interfederativa.....	151
9.8.2. Criação.....	154
9.8.3. Objeto.....	156
9.8.4. Regime de pessoal.....	156
9.8.5. Patrimônio: natureza dos bens.....	157
9.8.6. Atos e contratos.....	158
9.8.7. Foro processual.....	158
9.8.8. Responsabilidade civil.....	160
9.9. Pessoa jurídica de direito privado.....	160
9.9.1. Natureza jurídica: fundação estatal de direito privado interfederativa..	161
9.9.2. Criação.....	162
9.9.3. Objeto.....	162
9.9.4. Regime de pessoal.....	163
9.9.5. Patrimônio: natureza dos bens.....	163
9.9.6. Atos e contratos.....	163
9.9.7. Foro processual.....	164
9.9.8. Responsabilidade civil.....	164
9.10. Alterações legislativas promovidas pela Lei dos Consórcios Públicos.....	165
9.10.1. Licitação (Lei nº 8.666/93).....	165
9.10.2. Improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).....	166

TERCEIRA PARTE

(2º SETOR) CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Capítulo X – Serviços Públicos	171
10.1. A expressão “serviço público” e sua evolução.....	171
10.1.1. O serviço público na França: origem do instituto.....	171
10.1.2. As <i>public utilities</i> e o sistema da <i>common Law</i>	173
10.1.3. Os “serviços de interesse econômico geral” ou “serviços universais” na União Europeia.....	174
10.1.4. A crise permanente do serviço público e suas tendências.....	176
10.1.5. O serviço público no direito brasileiro.....	177
10.2. Princípios.....	180
10.2.1. Princípio da continuidade.....	181
10.2.2. Princípio da igualdade ou uniformidade ou neutralidade.....	183
10.2.3. Princípio da mutabilidade ou atualidade.....	184
10.2.4. Princípio da generalidade ou universalidade.....	184
10.2.5. Princípio da modicidade.....	185

10.3. Classificação	186
10.3.1. <i>Uti universi e uti singuli</i>	186
10.3.2. Federais, estaduais, distritais, municipais e comuns	189
10.3.3. Administrativos, comerciais (ou industriais) e sociais	189
10.3.4. Essenciais e não essenciais	191
10.3.5. Próprios e impróprios (virtuais).....	192
10.3.6. Inerentes e por opção legislativa	193
Capítulo XI – Concessão Comum de Serviços Públicos	195
11.1. Conceito, fontes normativas e modalidades.....	195
11.2. Concessão de serviço público e autorização legislativa: controvérsias	197
11.3. Concessão X permissão de serviço público	198
11.4. Remuneração do concessionário: tarifa e receitas alternativas.....	203
11.5. Licitação: peculiaridades	204
11.5.1. Modalidades de licitação	205
11.5.2. Tipos de licitação	205
11.5.3. Contratação direta: dispensa e inexigibilidade	206
11.6. Contrato de concessão: características e prazo	207
11.6.1. Cláusulas essenciais	207
11.6.2. Prazo.....	208
11.6.3. Prorrogação.....	209
11.6.4. Subcontratação, subconcessão e transferência da concessão ou do controle acionário.....	210
11.7. Encargos do Poder Concedente e da Concessionária	212
11.8. Direitos e obrigações dos usuários.....	213
11.9. Serviço público e o CDC	214
11.10. Interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário.....	221
11.11. Gratuidade do serviço público e o contrato de concessão: limites e possibi- lidades.....	224
11.12. Extinção da concessão	229
11.13. Inaplicabilidade da <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	233
11.14. Arbitragem	235
11.15. Reversão dos bens.....	237
11.16. Responsabilidade civil.....	237
11.17. Autorização de serviço público: polêmicas.....	241
Capítulo XII – Concessão Especial de Serviços Públicos: as Parcerias Público-Privadas (PPPs)	247
12.1. Origem e justificativas para implementação das PPPs.....	247
12.2. Competência legislativa.....	249
12.3. PPPs: sentidos amplo e restrito da expressão.....	250
12.4. Modalidades de PPPs (PPP Patrocinada e PPP administrativa) e suas dife- renças.....	251
12.4.1. Remuneração	251
12.4.2. Objeto do contrato.....	252

12.5. Quadro comparativo (PPP patrocinada x PPP administrativa), exemplos e a questão relativa à indelegabilidade do poder de polícia	254
12.6. Concessões comuns e PPPs: diferenças	256
12.6.1. Remuneração	257
12.6.2. Repartição de riscos	258
12.6.3. Requisitos específicos para as PPPs	261
12.7. O enquadramento jurídico das PPPs	266
12.8. Sociedade de Propósito Específico (SPE)	267
12.9. Licitação e contratos: peculiaridades	268
12.10. Garantias diferenciadas e a constitucionalidade do FGP	269
12.11. PPPs e os consórcios públicos	271

QUARTA PARTE **(3º SETOR) AS ENTIDADES PÚBLICAS NÃO-ESTATAIS**

Capítulo XIII – O Terceiro Setor	277
13.1. Fundamentos para o surgimento do Terceiro Setor	277
13.2. Significado da expressão “Terceiro Setor” e suas características gerais	279
13.3. As qualificações jurídicas no Terceiro Setor	280
13.3.1. Serviços Sociais Autônomos (Sistema S)	280
13.3.2. Organizações Sociais (OS)	281
13.3.3. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)	283
13.3.4. Fundações de Apoio	284
13.3.5. Quadro comparativo: OS X OSCIPs	285
13.4. Aspectos relevantes e controvertidos no Terceiro Setor	286
13.4.1. Foro processual competente para as causas do Terceiro Setor	286
13.4.2. Controle pelo Tribunal de Contas e controle social	287
13.4.3. Regime de pessoal	288
13.4.4. Patrimônio	289
13.4.5. Licitação e contratos	290
13.4.6. Responsabilidade civil	297
13.4.7. Imunidade tributária	301

QUINTA PARTE: CONCLUSÕES

Capítulo XIV – Conclusão e Proposições Finais	307
Referências Bibliográficas	309