

N. 3 2011

REVISTA BRASILEIRA DE
Direito Administrativo
e Regulatório

MP
EDITORA

REVISTA BRASILEIRA DE
Direito Administrativo e Regulatório

DIRETOR RESPONSÁVEL
Marcelo Magalhães Peixoto

REVISÃO
Mônica A. Guedes

PROJETO GRÁFICO
Veridiana Freitas

EDITORÇÃO
Mônica A. Guedes

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
Orgrafic

FONTE GARAMOND PRO | TRADE GOTHIC
MIOLO OFF SET 75 G/M²
CAPA SUPREMO DESIGN 250G/M²

Todos os direitos desta edição reservados à

© MP Editora – 2011
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2482, 6. andar
01402-000 – São Paulo
Tel./Fax: (11) 3101 2086
adm@mpeditora.com.br
www.mpeditora.com.br

ISSN: 2177-0476

N. 3 2011

REVISTA BRASILEIRA DE Direito Administrativo e Regulatório

COORDENADORES: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti
Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega

CONSELHO EDITORIAL: André Ricardo Cruz Fontes
Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti
Edilson Pereira Nobre Júnior
Fernando Facury Scaff
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Ricardo do Nascimento Varejão
Luciana de Medeiros Fernandes
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Marcos Nóbrega
Paulo Gesteira Costa Filho
Tânia Vainsencher
Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega
Vladimir da Rocha França



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
<i>Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti</i>	
BASE CONCEPTUAL DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA	13
<i>Andry Matilla Correa</i>	
1. Presentación histórica general mínima	13
2. Concepto de concesión administrativa	31
3. Características de la concesión administrativa	53
A LIÇÃO IMORTALIZADA	67
<i>Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	
1. O jurista	67
2. O feito	69
3. O ensinamento	71
4. Um olhar para o futuro	76
Autores consultados	83
MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ECONÔMICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA REPARTIÇÃO CONTRATUAL DO RISCO	85
<i>Fabio Luiz de Oliveira Bezerra</i>	
1. Introdução	85
2. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato	86
3. A clássica teoria das áleas do direito administrativo	89

4. Contrato como instrumento de distribuição de riscos e a manutenção do equilíbrio econômico como garantia desta distribuição	92
5. Conclusão	97
Referências bibliográficas	97

A DESAPROPRIAÇÃO E O PAGAMENTO “PRÉVIO”: REVISITANDO UM VELHO TEMA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	101
--	-----

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

OS TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTE DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE NORMATIZAÇÃO NEGOCIADA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS	119
--	-----

Juliana Tôres de Vasconcelos Bezerra Cavalcanti

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E POLÍTICAS PÚBLICAS: COMPETÊNCIAS PARA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO	143
---	-----

Luís Alberto de Fischer Awazu

1. Introdução	143
2. Evolução histórica da divisão de poderes	144
2.1 Crítica à teoria clássica da divisão de poderes e o crescente aumento de funções do Poder Executivo	146
3. Separação de poderes e políticas públicas: competências para formulação e execução	148
3.1 Aspectos políticos da iniciativa de políticas públicas por meio do orçamento público	150
4. Formas de implementação, execução das políticas públicas e a separação de poderes	151
4.1 Controle judicial das políticas públicas e sua legitimidade	152
4.2 Exemplos de participação popular na execução de políticas públicas e orçamentárias	154
5. Recursos e a separação de poderes	155
6. Das políticas e a <i>accountability</i>	155
7. Conclusão	158

8. Referências	159
9. Bibliografia	159
ESTUDO DE CASO: MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECISÃO JUDICIAL MODIFICATIVA DA JURISPRUDÊNCIA	161
<i>Marco Bruno Miranda Clementino</i>	
1. Apresentação do caso	162
2. Análise da decisão francesa	163
3. Análise da decisão brasileira	166
4. Conclusão	171
5. Bibliografia	172
ABONO DE PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO: AQUISIÇÃO, CONCESSÃO E FRUIÇÃO	173
<i>Tatiana de L. Nóbrega</i>	
<i>Leonardo Goes de S. Campelo</i>	
<i>João Hélio de F. M. Coutinho</i>	
1. Introdução	173
2. Evolução histórica	175
3. Definição e finalidade	177
4. Abono de permanência – hipóteses de concessão	178
5. Do lapso contributivo (isenção previdenciária) ao lastro contributivo (abono de permanência)	185
6. Efeitos financeiros do abono de permanência	186
7. Abono de permanência: questões controversas	188
7.1. Abono de permanência e aposentadoria	188
7.1.1 Servidor pode se aposentar com regra de aposentadoria voluntária diferente da que fundamentou seu abono de permanência?	188
7.1.2 Servidor aposentado pode obter abono de permanência que lhe era devido quando em atividade?	192
7.2 Natureza jurídica do abono de permanência	193
8. Conclusão	196
9. Referências	197

LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 199

Vladimir da Rocha França
Catarina Cardoso Sousa França

REFLEXÕES SOBRE A COMPETÊNCIA NORMATIVA DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS 205

Vladimir da Rocha França

- 1. Introdução 205
- 2. Princípio da legalidade administrativa na Constituição Federal 206
- 3. Sobre a competência regulamentar do Presidente da República e competência normativa dos Ministros de Estado 208
- 4. Competência normativa das agências reguladoras 210
- 5. Limites à competência normativa da ANA 212
- 6. Considerações finais 215
- Referências bibliográficas 216

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA: SUPERPOSIÇÕES E CONFLITOS NORMATIVOS 219

Walber Agra

- Enfoque temático 219
- Repartição de competência 220
- Tipos de competências 223
 - 1. Competência exclusiva 223
 - 2. Competência privativa 224
 - 3. Competência comum 225
 - 4. Competência concorrente 227
- Conflito normativo na repartição de competência 229
- Conceitos jurídicos indeterminados 230
- Jurisprudencialização 232
- Conclusão 235
- Bibliografia 236

APRESENTAÇÃO

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Doutor em Direito
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5
Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco – TRE/PE

Chega-se ao terceiro número da *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*. Motivados pelo sucesso dos números anteriores, procuraram os coordenadores a diversificação das temáticas abordadas, de modo a propiciar aos leitores uma gama de opções de textos dentro do amplo campo do direito administrativo, do direito administrativo econômico e dentro deste, do chamado direito da regulação, ou direito regulatório. Sabido é que mesmo os campos mais tradicionais do direito administrativo necessitam ser relidos e reconcebidos partindo do moderno referencial constitucional. Muitas vezes a conjugação entre o moderno constitucionalismo e o direito administrativo não é feita, mantendo-se formas e instrumentos de interpretação anacrônicos que em nada contribuem para a evolução deste último. Esse aspecto será aqui examinado.

Procurou-se aqui, manter o ecletismo de pensamentos e das contribuições. A revista pretende ser um palco aberto, uma tribuna livre para os estudiosos do direito público, apresentando, por vezes posições até conflitantes, desde que relevantes. Neste número contamos com contribuições de juristas já consagrados, mas também procuramos estimular jovens autores, publicando textos selecionados, dentre os muitos recebidos.

O ilustre Doutor Andry MATILLA CORREA brindou a Revista com denso artigo sobre a **base conceptual de la concesión administrativa**, fazendo uma profunda leitura do instituto, desde sua origem, sua construção fundada nos melhores autores, como HAURIOU, MAYER, dentre tantos outros, para, ao final, traçar de modo preciso os contornos mais modernos do instituto.

Já o Doutor Edilson NOBRE JÚNIOR nos traz uma relevante reconstrução do perfil científico de um dos maiores publicistas brasileiros, o inesquecível SEABRA FAGUNDES, responsável por relevantes alterações no direito administrativo brasileiro. Recupera NOBRE JUNIOR não só as obras, mas também, julgados pioneiros do grande jurista. É artigo que merece acurada leitura.

Já o Mestre e Magistrado Fabio Luiz de OLIVEIRA BEZERRA examina, com cientificidade e acuidade a tormentosa questão do *equilíbrio financeiro-econômico do contrato administrativo enquanto instrumento de preservação da repartição contratual do risco*. Aqui se mesclam interesses os mais diversos e antagônicos. De um lado administrados interessados em preços módicos, do outro lado as empresas contratantes que, evidentemente, vislumbram no contrato uma atividade negocial como outra qualquer, buscando nela obter a maximização de lucros. Nesse contexto entram problemas os mais variados, tais como a ineficiência dos entes públicos partícipes, ou reguladores das atividades, as assimetrias informacionais, os direitos decorrentes dos contratos, na busca de seu equilíbrio econômico-financeiro etc. É nesse tormentoso mar que navega OLIVEIRA BEZERRA, fazendo-o como um grande timoneiro.

Escolhi, como articulista, um tema aparentemente antigo, antiquado, não tão atual como os referentes à regulação e a questões outras mais modernas. Debrucei-me sobre um tema que representa a necessidade de adequação do regramento legal preexistente a interpretações mais adequadas ao moderno constitucionalismo. Fixei-me no consagrado equívoco interpretativo acerca do conceito de pagamento *prévio* nas desapropriações.

Já Luís Alberto de FISCHER AWAZU desenvolveu relevante estudo sobre a temática do controle das políticas públicas frente à figura da separação dos poderes. Outra questão de extrema atualidade, pois, de um lado está a necessária atuação do Judiciário em

busca da concretização dos direitos fundamentais e de outro lado encontram-se figuras como a da reserva do possível, a preservação do poder político como definidor legitimado para a definição e implementação das políticas públicas. A busca do ponto de equilíbrio é o que se busca e o que se examina nesta importante contribuição, a partir de elementos cientificamente lançados.

Segue-se com o estudo de Juliana TÔRRES DE VASCONCELOS sobre a atuação de uma das mais relevantes instituições estruturadas na Constituição de 1988 que é o Ministério Público e a utilização dos termos de compromisso de ajuste de conduta (TACs) como opção para a redução de litigiosidade nas relações sociais, inclusive tendo o poder público como partícipe.

Já o Professor MARCO BRUNO Miranda Clementino aborda a temática da *modulação de efeitos de decisões judiciais*. É de se recordar que essa modulação foi inicialmente acolhida, expressamente, pelas leis disciplinadoras das figuras das ADCs, ADINs e das ADPFs perante o colendo STF. Posteriormente, a colenda Corte passou a aplicar o instituto em Recursos Extraordinários, a partir de inovador Acórdão da relatoria de Carlos Velloso. Hoje, se discute a aplicação da referida figura, instrumento de adequação das decisões judiciais à preservação da ideia de segurança das relações e até do sentimento de justiça por outros órgãos judiciais. Tal questão é dissecada com maestria pelo ilustre doutrinador.

O trabalho que se segue é de grande interesse para os intérpretes e operadores do direito em relação aos *servidores públicos*. Reuniram-se JOÃO HÉLIO COUTINHO, LEONARDO CAMPELO e TATIANA NOBREGA, para confeccionar uma minuciosa peça acerca da figura do *abono de permanência em serviço* – e o fizeram com técnica acurada.

Já o conhecido Professor VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA brinda a Revista com dois artigos. Um sobre a competência da Agência Nacional de Águas. Cuida-se de excelente inserção em temática complexa, intrincada, envolvendo questões pertinentes aos limites da regulação frente à moldura legal e frente ao federalismo. No outro artigo em conjunto com a pesquisadora CATARINA FRANÇA, os autores dedicaram-se a um tema que representa um dos princípios mais relevantes da ordem econômica na Constitui-

ção vigente, expressamente inserido no art. 170 daquela Carta, que é o da *livre iniciativa e da livre concorrência*. Sem dúvida, trata-se de tema de muita importância, sobretudo frente à complexidade da economia hodierna, sua globalização, a redução da capacidade dos Estados nacionais de serem elementos eficientes de contenção de abusos. Por outro lado, a atuação de órgãos controladores internacionais, como os integrantes da OMC, passa a ter destaque nas situações de *dumping fiscal e social* praticados com a participação de Estados-Membros.

Encerra-se o elenco de artigos com a análise do doutor WALBER AGRA sobre *repartição de competências: conflitos e superposições*. Esse é, sem dúvida, um dos grandes problemas enfrentados em estruturas federativas complexas como a brasileira, em que se pretendeu implantar um “*federalismo cooperativo*”. A título de exemplo, poder-se-iam citar os problemas existentes na área do *direito ambiental*, onde se vislumbram, ao lado de eventuais discrepâncias em relação ao conteúdo normativo nas várias esferas de produção normativa, sobretudo, nas atuações administrativas, como p. ex., nas *áreas referentes a licenciamentos ambientais*, em que a jurisprudência dos Tribunais Federais está repleta de discussões envolvendo a atuação conflitante de Órgãos Estaduais e do IBAMA, os primeiros com atuações muitas vezes permeadas por forte influência de interesses locais, pretendendo se sobrepor a valores maiores. O trabalho de WALBER AGRA é, sem dúvida, uma trilha segura a se seguir para ultrapassar esse campo minado, muitas vezes mal incursionado pelos operadores do direito.

Fica, aqui, de logo, o agradecimento aos que colaboraram com este número e a esperança de atender à expectativa dos leitores.

BASE CONCEPTUAL DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA*

Andry Matilla Correa

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Miembro Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

1. PRESENTACIÓN HISTÓRICA GENERAL MÍNIMA

En ámbitos como el Derecho Administrativo es siempre un punto de partida necesario en el análisis, la referencia a la perspectiva histórica de la institución jurídica objeto de estudio, pues esa base, además de coadyuvar a su mejor entendimiento, es el derivado insoslayable del carácter histórico de las construcciones jurídico administrativas. Como resultantes de la vida social del hombre, los avatares de dichas instituciones son consecuencia lógica del constante evolucionar de la sociedad, en el que se expresan los intereses de esta última, sus necesidades, logros y, por qué no, también sus deficiencias y miserias.

Acercándonos a la *concesión administrativa*, hay que decir que su origen como figura jurídico-administrativa está ligado al del Derecho Administrativo y, en consecuencia, al del Estado Moderno. En la configuración actual, tanto estructural y funcional, como lingüística, de la categoría concesional administrativa, han jugado un papel determinante los cambios sociales, culturales, económicos, políticos, jurídicos, históricos en general, que propiciaron el surgi-

* Este trabajo constituye la versión inicial del primer capítulo de nuestra obra en preparación: *Principios para una teoría jurídica de las concesiones administrativas*.