
ABRIL — MAIO — JUNHO DE 1986

REVISTA

FORENSE

FUNDADA EM 1904

PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

MENDES PIMENTEL
ESTÊVÃO PINTO



DIRETORES

BILAC PINTO
JOSÉ FRANCISCO REZEK
CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
J. DE MAGALHÃES PINTO
JOSÉ MONTEIRO DE CASTRO
JOSÉ DE ALMEIDA PAIVA

REDATOR-CHEFE

MIGUEL SEABRA FAGUNDES

○ pensamento jurídico de Seabra Fagundes (análise de parte de seus estudos)

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Juiz Federal (RN) e Professor Assistente
do Departamento de Direito Público da UFRN

I. O ADMINISTRATIVISTA

Direito Subjetivo Público

1. Reafirmando os seus conceitos sobre a impossibilidade de a Administração Pública revogar o ato administrativo que gerou direito subjetivo, mesmo sob a invocação do interesse público, o mestre SEABRA FAGUNDES publicou parecer emitido na questão surgida entre o Praia Ipanema Palace Hotel S/A *versus* Estado da Guanabara (REVISTA FORENSE, p. 61, n. 239/72).

O parecerista analisou, em primeiro ângulo, a legitimidade do ato de licenciamento, entendendo que o mesmo fora expedido em obediência às normas legais e regulamentares aplicáveis à espécie. Fundado em tal pressuposto, reconheceu o nascimento de direito subjetivo a proteger a empresa, que ficou autorizada a edificar, nos moldes do projeto licenciado.

2. Defendendo o princípio já enunciado na RDA, vol. 42, ps. 3-4, de que "o real interesse público estará na preservação da situação jurídica individual, nascida à sombra do Direito", entendeu que a simples invocação do interesse público, visto sob um prisma diferente, não era suficiente para invalidar o ato que foi legalmente praticado.

3. Na verdade, o pensamento do mestre se coaduna com os efeitos do art. 6.º do C. Civ., comando assegurado por disposição constitucional (art. 153, § 6.º), que institucionaliza o direito adquirido.

4. Na pesquisa que realizou sobre o assunto, comentou vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Estaduais, quando se entendeu que o ato administrativo "que gerou direito subjetivo não pode ser revogado" (STF, MS n.º 4.609, RDA, vol. 53, ps. 167-71; RMS n. 3.791, RDA, vol. 51, ps. 277-291; RMS n. 1.944, RDA, vol. 48, ps. 130-132).

Do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: a) AC n. 74.725, RDA, vol. 48, ps. 138-144; b) AC n. 20.314, RDA, vol. 53, p. 176; c) MS n. 74.498, RDA, vol. 49, ps. 201-208.

Do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara:

"Se o ato produziu seus efeitos, criou situações jurídicas novas, é evidente que a autoridade administrativa fica adstrita ao respeito àqueles direitos legalmente adquiridos" (MS n. 1.410, RDA, vol. 56, ps. 218-219).

5. No campo específico das licenças para construir, mostrou o mestre que a jurisprudência não é vacilante. Registrou os acórdãos:

a) MS n. 1.410, RDA, vol. 56, ps. 218-219, TJ do antigo Distrito Federal, Sexta Câmara Civil;

b) MS n. 1.415, RDA, vol. 56, ps. 219-222, TJ do antigo Distrito Federal, Primeira Câmara Civil;

c) Ag. n. 6.679, RDA, vol. 41, ps. 239-240, TJSP, Primeira Câmara Civil;

d) AC n. 7.769, RDA, vol. 41, ps. 241-243, TJSP, Segunda Câmara Civil.

6. Os fundamentos do parecer estão concordes com a linha de entendimento manifestada pelo parecerista, a partir do seu conceito de direito subjetivo público do indivíduo. Definiu-o como "um poder de ação, assente ao direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse". (*in* "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", p. 171, 4.ª ed.)

Reconheceu, também, que não se pode deixar de enfatizar o problema da individualização do direito subjetivo, por, somente assim, este passar a ter real existência, quando ocorrer o fato do titular se interessar diretamente pela prestação. Resumiu a sua preocupação com o ensinamento de BONNARD:

"Somente quando este seja posto diante da Administração Pública, como interessado imediato na prestação, é que se torna titular do poder de exigir" (ob. cit., p. 172).

7. O desdobramento da doutrinação do mestre SEABRA FAGUNDES, sobre os efeitos dos direitos públicos subjetivos, nos leva a formular um esquematização sintetizada dos princípios sobre o assunto:

a) Obedecendo-se a terminologia do nosso Direito Constitucional, os direitos públicos subjetivos se desdobram em direitos políticos e direitos individuais;

b) os direitos políticos são: o direito de nacionalidade e o direito de cidadania;

c) os direitos individuais compreendem todos os outros direitos concernentes à liberdade, à segurança, à propriedade etc.;

d) a fonte essencial dos direitos públicos subjetivos é a lei, podendo, entretanto, também sê-lo o ato administrativo;

e) os procedimentos administrativos se destinam a torná-los eficazes;

f) a violação dos direitos subjetivos públicos deve ser reparada por iniciativa do administrado;

g) nem sempre o ato administrativo, mesmo quando ilegal, acarreta prejuízo ao titular de direito subjetivo;

h) a ilegalidade de atos administrativos não legitima, por si só, a indenização, que só há se a prática desses atos prejudicar ao administrado;

i) um ato administrativo ilegal, porém, que foi aceito de boa fé por ambas as partes, não concede liberdade à Administração Pública para desfazer os efeitos já consumados. "Se o ato tem aparência regular e originou direito subjetivo, não pode a revogação ter efeito" (STF, RMS n. 2.220, RDA, vol. 52, ps. 242-247).

8. Os fundamentos de direito que foram emitidos pelo jurista SEABRA FAGUNDES estão perfeitamente sintonizados com o entendimento da doutrina. Esta reconhece ser a licença para construir um dos vários gêneros ou espécies de atos administrativos. Gera direitos e tem capacidade de vincular a administração que o emitiu, bem como a quem se destina. Por se apresentar fortalecida de tal natureza, a anulação ou revogação de tais atos, por igual, se encontra subjugada a rígidos postulados.

Uma remissão à doutrina sobre o assunto demonstra que FRANCISCO CAMPOS, in "Direito Administrativo", vol. III, p. 63, já se manifestara no mesmo sentido:

"... Ainda os autores que tendem à opinião radical de que, em princípio, os atos administrativos são suscetíveis de revogação pela autoridade que os editou, estabelecem a esta regra geral uma exceção peremptória: são imutáveis por atos contrários da administração, os atos administrativos que constituem ou declaram direitos."

9. Invocando-se o direito alienígena, verifica-se não ser outro o rumo seguido.

Na obra "Précis de Droit Administratif", vol. I, p. 387, publicada no ano de 1969, MARCEL WALINE, Professor de Direito Administrativo, em Paris, advertiu:

"775-B — *Retraite impossible. L'autorité administrative ne peut retirer pour simple motif d'inopportunité l'acte qui a fait acquiescer des tiers.*

... *Le Conseil d'État considère même que le principe de l'intangibilité de droit, a le caractère législatif: 29 mai 1968, Manufacture Française de Pneumatiques Michelin.*"

No ano de 1969, AUGUSTIN A. GORDILLO publicou uma monografia sobre "El Acto Administrativo", quando repudiou a tese de revogação dos atos administrativos subjetivos públicos, entendendo que "*contraria elementales principios jurídicos de orden y seguridad, la propia garantía constitucional de la pro-*

iedad, que solo cede ante uno by que califique el interés público" (p. 411).

Na doutrina alemã, a opinião não se modifica, conforme nos mostra a obra de ERNEST FORSTHAFF, professor em Heidelberg, "Traité de Droit Administratif Allemand", tradução belga, 1969, edição alemã de 1966, p. 404:

"*C'est pourquoi le besoin de protection juridique est chaque jour plus gravé et un droit administratif soucieux de protéger l'individu se doit de le satisfaire.*

"*L'autorité ne peut pas révoquer l'acte administratif régulier dont elle est l'auteur sous prétexte qu'un changement dans les circonstances de fait est intervenu.*"

10. O col. STF, em várias oportunidades, tem acolhido a tese de que a revogação não pode ser exercida. Os acórdãos no sentido exposto encontram-se nos repositórios seguintes:

a) Arquivos do Ministério da Justiça: n. 84, p. 250; n. 52, p. 172; n. 46, ps. 148-149;

b) Revista de Direito Administrativo: vol. 49, p. 231; vol. 52, p. 246; vol. 18, p. 280; vol. I, p. 174; vol. 48, p. 350; vol. 30, p. 262; vol. 48, p. 121; vol. 69, p. 187; vol. 96, p. 64;

c) RTJ: vol. 47, p. 9.

11. Unificando o pensamento jurisprudencial, surgiu a Súmula n. 473, com o enunciado de que:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Referência: CF 1967, art. 150, §§ 2.º e 3.º; Dec. n. 52.379, de 19.8.63 (DO de 23.8.63); Dec. n. 53.410, de 17.1.64; CF 1969, art. 153, §§ 2.º e 3.º; MS n. 12.512, 22.7.64, Pleno, REVISTA FORENSE 212-98; MS n. 13.942, 31.7.64, Pleno, REVISTA FORENSE 212-91; RE n. 27.031, 20.6.55, 1.ª T., AJ 117-108; RMS n. 16.935, 6.3.68, 2.ª Turma, DJ 24.5.68.

12. Na verdade, permanece íntegra a lição de que o cidadão, dentro do Estado, tem duas personalidades; como parte da sociedade é elemento integrante do povo. E, também, objeto do poder público (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, in "Estudos de Direito Público", edições Ministério da Justiça, 2.ª ed., p.164, 1977).

A condição de vida do homem dentro da sociedade é necessariamente observada pelo Direito. Investigando-a e analisando o seu desenvolvimento na sociedade, obriga-se a dar-lhe forma de norma de conduta, garantindo, assim, sua livre manifestação pela força da coação possuída pelo Estado.

É uma conquista que limita, em certo sentido, o Poder Público e fixa o direito subjetivo do indivíduo, em face de lhe haver sido con-

ferida a capacidade de reter consigo pedaços da soberania estatal.

13. A perfeita integração das mensagens de SEABRA FAGUNDES com a filosofia jurídica é evidente. Na conceituação expressa sobre a natureza e efeitos dos direitos subjetivos públicos, vê-se a sintonia com o positivismo jurídico que entende o Estado como sendo a fonte do Direito, pelo que não se pode imaginar Direito fora da complexidade da organização estatal.

14. Os positivistas não aceitam qualquer espécie de poder acima do Estado que o force a limitá-lo juridicamente. Contrapõem-se, assim, à concepção do Direito Natural, que não acredita no Estado como única fonte do Direito, por defender a existência de um direito positivo institucional.

Contudo, tanto em decorrência de uma corrente, como de outra, o Estado se autolimita, ordenando, consequentemente, as liberdades do homem, conforme notou LUÍS RE-CASÉNS SICHES, in "Filosofia del Derecho", 1.^a ed., México, 1959.

Com efeito, a existência dos chamados direitos públicos subjetivos representa uma marca do Estado de Direito. Há, por consequência, direitos atribuídos aos particulares que condensam uma espécie de poder jurídico, o que implica, na lição de SYLVIO LESSONA ("Introduzione al Direito Administrativo e sue Estruture Fundamentale", Bologna, 1960; p. 10), "o reconhecimento de dois elementos essenciais: a vontade e o interesse, constituindo-se no poder jurídico de querer reconhecido ao titular de um interesse para satisfação do interesse mesmo".

15. Desdobrando-se a ordem jurídica positiva, encontramos o enquadramento dos direitos públicos subjetivos, relacionados com os interesses legítimos ou os interesses simples. O direito subjetivo, com a capacidade de extrorverter "a proteção que a ordem jurídica outorga de maneira exclusiva a um determinado indivíduo. O interesse legítimo, procurando a proteção assegurada na ordem jurídica geral a classes determinadas de indivíduos. O interesse simples, refletindo a posição que corresponde a todo administrado no sentido de apelo à legalidade". (Ver MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, no verbete *Direitos Processuais e Direitos Administrativos*, p. 272, vol. 28, Enciclopédia Saraiva do Direito).

16. Não se deve deixar de lembrar que o direito subjetivo público, tanto pode ter como sujeitos ativos o Estado, como o particular. Independentemente do titular que o detém, representa, de acordo com a doutrina tradicional, uma facilidade específica de exigir, que recebe proteção jurisdicional através do emprego dos vários *remedia juris*.

Sobre ser o direito subjetivo entendido como algo que o sujeito tem de modo garantido (*facultas agendi*), merece registro a divergência moderna existente entre correntes

filosóficas jurídicas que se posicionam em lados opostos.

Embora seja afirmado que vários textos romanísticos contêm a *facultas agendi*, conotação própria do direito subjetivo, há dúvidas se os romanos chegaram a ter uma noção exata de direito subjetivo, transformando-se, assim, ele próprio, em tema disputado pela Teoria Jurídica.

GOFFREDO TELLES JÚNIOR chega ao extremo de admitir que os direitos subjetivos não são facultades. São permissões dadas por meio de normas jurídicas, portanto chamadas de permissões jurídicas. A razão do seu entendimento parte do princípio de que as facultades são qualidades dadas ao homem pela natureza. O direito subjetivo é construído, pertence ao mundo da cultura, pelo que não tem possibilidade de fornecer ao homem o que a natureza é capaz de fazer (ps. 300-302, verbete *Direito Subjetivo*, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 28).

O grande número de teorias sobre a essência do direito subjetivo determina uma permanente complexidade sobre o seu real conteúdo. O normativismo de KELSEN identificou o direito subjetivo com o direito objetivo. Entendeu que o primeiro seria apenas uma espécie de fenômeno do segundo, sem possuir, portanto, autonomia. Assim o fez, por defender que a "norma de Direito não é um enunciado acerca de um objeto de conhecimento, mas uma prescrição, e como tal, um imperativo; a estrutura lógica da norma, ou melhor, a proposição é que é um enunciado ou um juízo que enlaça um comportamento humano estabelecido como devido, com uma consequência jurídica que deve ser aplicada pelo órgão da comunidade" (p. 106, MARIA HELENA DINIZ, in "A Ciência Jurídica, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, s/data).

A conclusão mostrada por KELSEN é de que "aquilo que se pretende como direito subjetivo nada mais é do que o reflexo de um dever jurídico, que existe por parte dos outros em relação ao indivíduo de que se diz ter um direito subjetivo", conforme feliz observação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR.

A discussão não deixa de criar profundas meditações sobre o assunto. Todavia, que exista ou não direito subjetivo, que seja facultade ou permissão jurídica, não é possível o ordenamento legal deixar de reconhecer a sua potencialidade, em face dos efeitos de sua estrutura, que tem função de facilitar as relações de direito.

II. O ADMINISTRATIVISTA E O CONSTITUCIONALISTA

Desapropriação e Interesse Público

I

O Estado tem, na atualidade, a responsabilidade de promover o bem comum. Isso cons-

titui sua missão e seu fim. Em qualquer tipo de relação a que se submeta, está sempre atuando para satisfazer as necessidades públicas, conseguindo, portanto, o bem comum temporal.

A sua ação há de estar baseada na Justiça, pelo que, utilizando a técnica unilateral da imposição ou a bilateral da contratação, estabelece uma relação jurídica, isto é, de direito. E, "*el Derecho que rige las relaciones entre Estado y particulares, baseado en principios de la justiça distributiva, es el Derecho Público, cuja finalidad es atender a la concreción de lo justo común*" (EDUARDO SOTO KLAS, Prof. de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Chile, in "*La Contratación Administrativa*", p. 42, Arquivos do Ministério da Justiça, n. 150, abril/junho).

O Estado Administrador desenvolve o seu atuar baseado no princípio da juridicidade, que se propõe, também, a proteger o interesse coletivo, que é o de obter a satisfação concreta das necessidades públicas.

II

A doutrina, recebendo o apoio do mestre PONTES DE MIRANDA ("*Comentários à Constituição de 1967*", Tomo V, FORENSE), reconhece três espécies de interesse público: a) necessidade pública; b) utilidade pública; c) interesse social.

O interesse público é o que é de todos, do particular e do Estado. Não representa interesse parcial, isto é, de camadas sociais ou da sociedade. A abrangência contratual de que é dotado permite que em seu nome o Estado se apresente diante do indivíduo, criando ou extinguindo direitos, bem como a conceder relativa autonomia às entidades capazes da organização de um serviço público em determinadas condições legais.

O interesse público não pode ser privilégio de alguns. Ele é universal. Com razão, analisando tal princípio, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, p. 197, in *Os Serviços de Utilidade Pública*, artigo publicado na obra "*Estudos de Direito Público*", Ministério da Justiça, 1977, 2.^a ed., afirmou:

"O interesse público não é de alguns, por ser de todos. Na afirmação, categórica por excelência, assenta uma regra coercitiva universal de conduta. O que se impõe, em face da limitação discricionária estatal, é que casos particulares não se motivem apenas na legalidade, mas que ao menos se afirmem por meios que não firam a moralidade administrativa.

A expressão "interesse público" caminha ao lado da expressão "utilidade pública". Esta, contudo, não fornece matizes significativas que permitam distingui-lo, de modo absoluto, da necessidade pública."

As significações se apresentam de modo relativo. HELY LOPES MEIRELLES, p. 495, "Di-

reito Administrativo Brasileiro", 2.^a ed., RT, formulou a seguinte diferença:

"A necessidade pública surge quando a Administração defronta problemas que só se podem resolver com a transferência de bens particulares para o domínio da pessoa administrativa incumbida de solucioná-los.

A utilidade pública se apresenta quando a utilização de bens particulares é conveniente aos interesses administrativos, se bem que não sejam imprescindíveis."

A reger os conceitos de necessidade pública e de utilidade pública, há o marco divisório da imprescindibilidade, em face de a Administração se encontrar diante de um problema inadiável e premente.

III

Não foi possível ao Direito Privado, que contém quase toda a teoria geral do direito, perceber a verdadeira noção do interesse público. O Direito Público foi quem se tornou capaz de salientar a importância social jurídica dessas duas palavras. E, comungando com os reais princípios do Direito Público, o jurista SEABRA FAGUNDES, em várias passagens de sua extensa obra jurídica, invocou os postulados científicos, que ele próprio contribuiu para sua existência, principalmente quando cuidou da causa determinante do ato administrativo de desapropriação, a fim de fixar um conceito de interesse público.

IV

O direito de expropriação foi reconhecido por SEABRA FAGUNDES como "baseado na necessidade política de armar a Administração Pública com meios eficazes de realização de seus objetivos, a despeito dos interesses individuais, que ocasionalmente nos possam contrariar, e é, por sua natureza, exclusivo do Estado" ("*Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*", p. 348).

Partindo de tal afirmação, concordou com o STF quando este entendeu ser a desapropriação um instituto jurídico misto, por ter uma parte sujeita ao Direito Administrativo (meio aquisitivo da propriedade) e uma parte subordinada a certas normas do Processo Civil, bem como a alguns preceitos do Direito Civil (modo de perda da propriedade imóvel, conforme o art. 590) (Ac. de 13.1.74, Rev. de Direito, vol. 33, p. 472).

V

Apoiado em VIVEIROS DE CASTRO (*Da Desapropriação por Utilidade Pública, segundo a Legislação e a Doutrina Brasileira*, in Revista de Direito, vol. 118, p. 411), entende que a desapropriação não implica em extinguir o direito de propriedade, mas leva à substituição do seu objeto. Não obstante o ponto de vista assumido, reconhece que "A verdade, no

entanto, é que, através dessa modificação do objeto, sempre interessante ao proprietário, pela sua natureza peculiar, o Estado penetra profundamente na órbita dos interesses privados, obrigando o indivíduo a sofrer uma substancial transformação no sentido econômico do seu primitivo direito" ("O Controle..."; p. 349, nota de rodapé).

VI

O motivo determinante do direito de desapropriação se encontra condicionado a que haja, no seu exercício, interesse social, necessidade ou utilidade pública. Embora a tricotomia salientada de causas para a expropriação seja desnecessária, por a "utilidade" ter um sentido mais amplo e abranger o interesse social e a necessidade, encontrando-se, também, consagrada pelo apoio constitucional de 1946.

O destaque do postulado básico para a desapropriação foi aprofundado por SEABRA FAGUNDES, em suas obras "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário" e "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", tendo se inspirado em ensinamentos de ROGER BONNARD ("Droit Alm.", ps. 458-459), MAURICE HAURIU ("Précis de Droit Administratif et de Droit Public", p. 695, nota 1) e PAUL ERRERA ("Traité du Droit Public Belge", p. 344, § 229), conforme faz anotar.

Sendo chamado a reviver o tema, em 17 de fevereiro de 1975, ofereceu parecer na questão surgida com as desapropriações necessárias à construção da Cidade Industrial de Curitiba (REVISTA FORENSE, 249/75, ps. 109-111).

Na ocasião, registrou que a ampliação do direito de desapropriar, por necessidade ou utilidade pública, começou a ser feita a partir da Constituição de 1891, art. 72, § 17, tendo sido repetida nas Cartas Magnas de 1934 (art. 113, n. 17) e 1937 (art. 122, n. 14). Em 1946, o constituinte acresceu a referência a interesse social (art. 141, § 16), mantida na Carta de 1967 (art. 150, § 22) e bem assim na Emenda n. 1 (art. 153, § 22).

No parecer citado, verifica-se a preocupação científica do mestre SEABRA FAGUNDES, em enfatizar o interesse público como elemento básico para o exercício do poder desapropriatório. Destacou com nitidez que o texto constitucional não exige que a pessoa beneficiada pela desapropriação seja de direito público, por considerar que a moderna colocação de expropriação se baseia unicamente no interesse público, não se encarnando, necessariamente, numa pessoa jurídica pública ou em pessoas com delegação do poder público.

VII

Entendemos que o pensamento desenvolvido pelo doutrinador SEABRA FAGUNDES está dentro do círculo conceitual de utilidade

pública, a partir da sua própria definição, in "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", 2.^a ed., 1949 p. 23 quando reconheceu que ocorre utilidade pública "quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui imperativo irremovível".

A história registra a expressão utilidade pública empregada, pela primeira vez, no Código Napoleônico, já convivendo ao lado do conceito de necessidade pública, como causa idônea para alicerçar a atividade do Estado na restrição imposta ao direito de propriedade.

Na evolução de nossa doutrina, ao lado de SEABRA FAGUNDES, merecem ser citados, entre outros, os mestres que contribuíram para uniformizar o conceito de utilidade pública.

MATOS DE VASCONCELOS, in "Direito Administrativo", vol. II, p. 173, 1937, disse:

"É evidente que, na declaração de utilidade pública, está, muita vez, o império da necessidade, de sorte a tornar o fato premente e inadiável."

No ano de 1968, BARCELOS DE MAGALHÃES, em "Teoria e Prática da Desapropriação", p. 24, resumiu o seu conceito, dizendo:

"Qualidade de tudo quanto possa servir ou contribuir para tornar melhor, mais fácil, a vida em comum, mais produtiva a ação do Estado em benefício da coletividade, eis a utilidade pública."

Em 1947, ILDEFONSO MASCARENHAS DA SILVA havia doutrinado:

"A utilidade pública abrange todas as manifestações do bem-estar social que, sem ter relações diretas com a ordem jurídica estabelecida, beneficia principalmente o estado material, econômico e higiênico da sociedade, proporcionando-lhe um maior bem-estar físico."

VIII

No interesse público há, também, o interesse social que, discretamente, a Constituição de 1934, art. 113, inciso XVII, fez referência como um novo fundamento para a desapropriação.

SEABRA FAGUNDES firmou o entendimento de que o conceito de interesse social está ligado aos fenômenos determinados pelos problemas sociais, isto é, "àqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo, em geral, pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais". ("Da Desapropriação ...", 2.^a ed., 1949, p. 23).

O interesse social não representa um gênero, de que a necessidade pública e a utilidade pública seriam as respectivas espécies. Ele está informado pela força do interesse público, que prevalece sobre o interesse privado e visa a satisfação de interesses sociais de toda uma coletividade, por possuir uma classe social

menos favorecida, conseqüentemente, envolvida com problemas que exigem solução inadiável do Estado Moderno.

O art. 5.º do DL n. 3.365, de 21.6.41, e a Lei n. 4.132, de 10.9.62, consideraram os casos de utilidade pública, relacionando-os para efeitos de desapropriação as situações que se enquadram como sendo de interesse social.

A conclusão a que se chega é que, em nenhum momento, o interesse social pode ser confundido com a necessidade pública ou com a utilidade pública. Diz, com razão, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, p. 404, "Comentários às Leis de Desapropriação", que nem qualitativa, nem quantitativamente o interesse social pode ser incluído no conceito de necessidade pública ou de utilidade pública, pois, pode o primeiro existir sem a presença dos últimos.

IX

Embora a tricotomia de causa para a desapropriação (interesse social, necessidade ou utilidade pública) se encontre consagrada no texto constitucional (art. 153, § 22), entende SEABRA FAGUNDES que, no fundo, é desnecessária. Para o mestre a "utilidade pública, tendo um sentido mais amplo, abrange, quer o interesse social, quer a necessidade, e, portanto, desde que é dada como motivo capaz de autorizar o direito de expropriação, dispensável seria a menção dessas outras causas. Aliás, a lei de desapropriação não alude senão a utilidade pública — arts. 1.º, 2.º, 5.º, 6.º, 7.º e 9.º" (p. 387, "O Controle dos Atos Administrativos ...", FORENSE, 1957).

Mesmo defendendo o posicionamento acima, precisou os sentidos de:

a) *Necessidade pública* — "quando a Administração está diante de um problema inadiável e presente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do Estado, o bem particular".

b) *Utilidade pública* — "quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível".

c) *Interesse social* — "quando o Estado esteja diante dos chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, a uma mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade".

III. O CONSTITUCIONALISTA

A intervenção do Estado na Ordem Econômica

1. Os artigos 145 e 146 da CF de 1946 foram alvo de um profundo estudo por parte do jurista SEABRA FAGUNDES, em trabalho publicado na REVISTA FORENSE, 201/63, ps. 12-19, sob o título *Da Intervenção do Estado*

na Ordem Econômica em face da Constituição Federal.

2. Naquela oportunidade, mostra a filosofia inspiradora do constituinte ao ter pretendido que o princípio de livre empresa comandasse, de um modo normal, a dinâmica econômica do país. Todavia, proclamando o valor da iniciativa privada vinculado à realização da justiça social e à valorização do trabalho, e, por cima, condicionando o exercício do direito de propriedade ao bem-estar de todos. Necessário era que o legislador tornasse o Estado um meio eficaz para a contenção da livre empresa, tornando-a compatível com o bem coletivo. Assim, surgiu o art. 146 da Constituição de 1946, que, em largos termos, permite a intervenção estatal do domínio econômico:

"Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição."

3. Entende o doutrinador SEABRA FAGUNDES que o Estado passou a aceitar a livre empresa e a estimulá-la, sem, porém, o seu crescimento importar desvalorização do trabalho humano e afetação do bem-estar social.

4. O passo seguinte é o da análise dos pressupostos exigidos para que a intervenção do Estado se processe.

O primeiro é relacionado com a competência privativa da União para qualquer medida intervencionista. Os Estados e Municípios só atuarão quando receberem legislações, por lei federal, só para executar medidas intervencionistas. Em nenhuma hipótese poderão instituí-las por atos seus, salvo as imediatas e vagas, quando agravam onerosamente certos produtos de consumo supérfluo ou desaconselhável.

O segundo pressuposto é de que a intervenção só poderia surgir de lei especial que, além de "regular especificamente a matéria, o faça de modo a abranger todos os seus aspectos vitais (competência, setores atingidos, etc.)".

De acordo com o processo legislativo vigente na época, o conceito de lei especial, para o caso de intervenção, foi exposto com detalhes pelo mestre. Entendeu, conseqüentemente, que a lei especial deva fixar todos os aspectos do atuar intervencionista, contendo: "a competência de cada autoridade para cada ato; a discriminação do setor ou setores a serem atingidos; o elenco de medidas a serem tomadas; as sanções que poderiam ser impostas, nos casos de infringência das obrigações instituídas".

5. O penúltimo pressuposto exigido, focalizado pelo autor, é o de que o ato de intervenção deve atender ao interesse público. É evidente a posição do legislador constituinte em excluir o personalismo da intervenção, evitando, assim, de modo peremptório, quaisquer

desvios de finalidade quando o Estado atuar nesse setor.

6. O quarto e último pressuposto foi visto por SEABRA FAGUNDES como sendo o mais delicado do processo de intervenção, a preservação dos direitos fundamentais assegurados na própria Constituição.

Focalizou, em plano primeiro, o sentido e o conteúdo da expressão "direitos fundamentais", entendendo que nela não se compreendeu apenas os direitos públicos subjetivos assegurados pela Constituição, no capítulo "Dos Direitos e das Garantias Individuais" aos brasileiros em geral e aos estrangeiros residentes no Brasil. A intenção do legislador foi a de assegurar algo mais do que os direitos tradicionalmente reconhecidos à pessoa humana, portanto, não só os individuais propriamente ditos, com os que se encontram no título consagrado à ordem econômica e alguns outros dispersos pelo texto da Carta Magna.

7. Penetrando-se no conteúdo do pensamento do mestre SEABRA FAGUNDES, vamos encontrar alguns princípios lançados e que se impuseram pela fidelidade ao assunto.

Assim sendo, podemos enumerá-los:

a) as circunstâncias atuais que envolvem a sociedade mundial impõem a participação do Poder Público na disciplina e na gestão da vida econômica, fazendo-o de modo bem acentuado;

b) os fatores que a isso conduzem são identificados:

b.1) a necessidade de reconstruir as estruturas econômicas, após duas guerras mundiais;

b.2) os efeitos da paz, quando as exigências sociais se avolumaram;

b.3) as reivindicações sociais que se tornaram mais atuantes;

b.4) a divisão do mundo em dois blocos pelo que a economia capitalista foi levada a se proteger;

c) a transformação do Estado, de poder político em poder econômico;

d) ilimitação do poder de intervenção estatal na economia, nem quanto à natureza das medidas, nem quanto à sua multiplicidade, nem quanto à sua duração.

SEABRA FAGUNDES E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 96 DA CONSTITUIÇÃO DE 1967

1. Ao entrar em vigor a Constituição Federal de 1967, uma das normas básicas estatutárias do funcionalismo público foi a do art. 96:

"Art. 96. Não se admitirá vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do serviço público."

2. Em 19 de julho de 1968, M. SEABRA FAGUNDES foi chamado pelo Estado do Paraná a oferecer parecer sobre a aplicação do dispositivo *supra*, o que fez conforme notícia a REVISTA FORENSE, vol. 229, ps. 25-29.

Após detalhar com profundidade a extensão da norma constitucional, concluiu que "inexistência de direito adquirido a servidores, civis ou militares, ativos ou inativos, ao regime de vinculação dos seus vencimentos ou proventos aos de determinados cargos, instituídos por leis anteriores aos textos constitucionais proibitivos, seja de quaisquer vinculações e equiparações nessa matéria, seja de percepção na inatividade, de vantagens superiores às percebidas no serviço ativo".

3. O desenvolvimento das idéias do parecerista, mostra que o seu entendimento repousa na afirmativa de que as vinculações de vencimentos cessaram por força do disposto no artigo da CF, que correspondia ao art. 96 da Carta de 1967, em sua redação originária.

Dentro dessa mesma ordem de pensar, revela que os proventos de aposentadoria, de acordo com a CF de 1967, art. 101, § 3.º, também não estão vinculados a critérios específicos, havendo, contudo, a possibilidade de se sujeitarem a regras de revisão.

4. Considera o art. 96 da CF de 1967, como determinação do constituinte em diminuir os ônus financeiros com pessoal, em face da "sobrecarga que os vinham agravando, em consequência de freqüentes equiparações de vencimentos e vantagens de servidores de algumas carreiras, a servidores doutras melhores estipendiadas por circunstâncias próprias de sua natureza (Magistratura, Ministério Público, etc.).

5. O princípio setorial de Direito Administrativo, de que o interesse do serviço público deve prevalecer entre servidor na ativa e Estado, pelo qual o legislador pode modificar o regime existente, sendo inatingíveis, apenas, as garantias que a Constituição outorga aos funcionários, foi amplamente defendido. Invocou em prol de sua posição, julgamentos do Tribunal de Justiça do Paraná (RT, 368/352; RT, 374/252, que selou a tese da legitimidade de supressão, a qualquer tempo, das equiparações ou vinculações de uns cargos a outros, realçando, assim, a natureza estatutária da relação funcionário-Estado.

6. Com razão, enumerou exaustivamente, o que a Constituição Federal garante aos funcionários:

a) estabilidade, após dois anos, quando nomeado por concurso;

b) disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, quando goza de estabilidade e o seu cargo seja extinto;

c) aposentadoria voluntária, após trinta anos de serviço, quando do sexo feminino, e trinta e cinco, se do sexo masculino.

7. A questão da irredutibilidade ficou reconhecida como sendo exceção constitucional, só existindo quando a Carta Maior assegurar. Não ficou sem registro a Súmula n. 22, do col. STF.

8. A inexistência de direito adquirido ao regime de vinculação não foi pregada, unicamente, para os servidores civis da ativa. Na

mesma situação, o mestre SEABRA FAGUNDES considerou os militares e inativos. Quanto a estes, fez demonstrar que deixam de fazer parte dos quadros de pessoal do serviço público quando se aposentam. São transformados em pensionistas do Estado, pelo que o direito à pensão é um direito autônomo em relação aos vencimentos (lembrou a lição de J. GUIMARÃES MENEGALE, "O Estatuto dos Funcionários", 1.^a ed., vol. II, p. 471).

Sendo o inativo um servidor já retirado do serviço público, sem cargo, não há possibilidade de se firmar equivalência entre o que percebe e o nível de vencimentos de um cargo qualquer, determinou o parecerista.

9. Com base na Súmula n. 359, que interpreta ser o direito à inatividade regido pela lei vigente na data em que o funcionário satisfaz os requisitos necessários para requerê-la, considerou no tocante aos inativos, a remissão a outro cargo válida para o momento em que o servidor se afasta da atividade.

Destacou em nosso Direito Constitucional legislado o critério próprio no referente ao reajustamento de proventos dos aposentados, diferente ao aplicável ao servidor da ativa, pelo que "Nem há razão para pretender que os proventos dos aposentados se elevem em percentagens idênticas à que beneficiam os cargos, aos quais eram vinculados os cargos que ocupavam antes da passagem à inatividade, cessada, com esta, as vinculações, não pode haver direito adquirido (feito) de liame (causa) que deixou de existir" (SEABRA FAGUNDES, REVISTA FORENSE 209/27).

10. É desnecessário acentuar que o termo equiparação se deriva de equiparar (*aequiparare*), onde predomina o sentido de igualação. Assim, a equiparação no campo da Ciência do Direito visa imprimir em situações diferentes efeitos jurídicos. Não se quer afirmar, em tais circunstâncias, que equiparação tenha o mesmo conteúdo interpretativo de equivalência. Nesta, as condições podem ser substituídas; naquelas, elas se igualam e sempre têm consigo tal natureza.

Por outro lado, vinculação (de vínculos, do latim *vinculus*) exprime a ação e o efeito de vincular, de se subordinar a determinado comando jurídico.

11. A sensibilidade jurídica do mestre SEABRA FAGUNDES não deixou de lado o verdadeiro conceito jurídico das expressões "vinculação" e "equiparação", procurando, assim, penetrar com profundidade no alcance do art. 96 da CF de 1967.

A interpretação da norma reclamou, também, que a *extinção* conceitual do direito adquirido não ultrapassasse os limites dos seus efeitos, sob pena de se descaracterizar um dos mais importantes postulados constitucionais.

Para tanto, partiu da colocação elementar de que o direito adquirido é o que já se incorporou ao patrimônio de uma pessoa, embora seja necessário para a sua estruturação que o fato jurídico sucedido, de que se originou o

direito, tenha se cristalizado no patrimônio do sujeito, de forma legal. De outro modo, ele atua, mesmo resultando de um fato revestido de idoneidade com capacidade, portanto, de produzi-lo de acordo com a lei vigente, ao tempo em que tal fato se realizou, embora não se tenha apresentado ensejo para fazê-lo valer, antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo fato jurídico, já sucedido."

12. À luz desse entendimento, o col. STF, através de voto do Min. ELOY DA ROCHA, consagrou:

"O art. 177, § 1.º, assegurou a aposentadoria com os direitos e vantagens previstas na legislação anterior, mas não afastou a regra do art. 96, proibitiva de vinculação ou equiparação de qualquer natureza, para efeito de remuneração do pessoal do serviço público".

Em outra parte do voto, acrescenta:

"Não há direito adquirido à regra de equiparação" (MS n. 15.627, de 23.11.66; RTJ, 41/21 e 22). Harmonizou-se com essa orientação, entre outras, os julgados nas representações ns. 754, de 19.3.69 (RTJ, 50/235, 236 e 244); 755, de 14.5.69 (RTJ, 52/509 e 526); 861, de 23.8.72 (RTJ, 63/593 e 609). (RDP, p. 87, n. 31 setembro/outubro 1974).

13. O estudo mais aprofundado do assunto enfocado revela que o constituinte estabeleceu no art. 96, um princípio a ser seguido pela União, pelos Estados e pelos Municípios, pelo que, ao Poder Judiciário só cabe aplicá-lo.

Os princípios jurídicos significam os pontos básicos que indicam o alicerce do Direito. Expressam sentido da maior relevância e constituem a razão ou ser da própria norma ou regra jurídica.

IV. O CIVILISTA

Solo criado

1. No ano de 1977, mês de maio, a Fundação Prefeito Faria Lima, promoveu, na Cidade de São Paulo, um ciclo de conferências sobre o solo criado. O mestre SEABRA FAGUNDES, no dia 31 de maio, discorreu sobre o tema "Aspectos Jurídicos do Solo Criado". A conferência encontra-se publicada na RDA, vol. 129, julho/setembro/1977, ps. 1-10.

2. A primeira parte do trabalho foi dedicada à definição de "solo criado". O jurista SEABRA partiu do entendimento de que o "solo criado é o solo constituído por pisos superpostos sobre o solo natural ou a ele subposto". Explica, a seguir, tratar-se de figura jurídica nascida do crescimento demográfico das populações citadinas, supervalorizada com a aparição de novas técnicas na construção civil, motivando, conseqüentemente, os edifícios de vários andares, onde os apartamentos representam problemas de condomínio parcial a serviço de propriedades exclusivas.

Destacou o fenômeno social surgido com o solo criado. "O seu uso indiscriminado influiu negativamente e de modo flagrante e grave na qualidade da vida urbana". Foi uma

de suas afirmações para despertar a Administração Pública quanto à necessidade de subornar o uso do solo criado ao interesse geral.

Não deixando de reconhecer ser difícil a disciplina do solo criado, identificou, contraindo para tanto, três forças negativas: a) o crescimento da população a exigir, cada vez mais, a construção vertical; b) a ambição do lucro pelo aproveitamento dos lotes de solo natural; c) o direito de disponibilidade de terra pelo proprietário.

Citou o Professor JOHN COSTONES, autor de "Space Adrift", ed. Univ. of Illinois Press, p. 3, que assinalou as mesmas dificuldades em seu país.

Depois de analisar o aspecto social do solo criado, enfocou-o sob o prisma jurídico, destacando a sua conciliação com o direito de propriedade, este atuando como direito subjetivo do indivíduo, bem como a competência para editar regras de limitação severa ao exercício de tal direito, em defesa do interesse geral.

No capítulo 6, fez uma incursão sobre a evolução do conceito de função social da propriedade. Iniciou com a Declaração de Direitos de 1789, art. 17, quando foi afirmado "inviolável e sagrado", lembrando que, entre nós, veio a aparecer com a Constituição de 1934, em seu art. 113, n. 17, primeira parte:

"É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar."

Registrou a repetição da Carta de 1946, com a complementação sobre justa distribuição da riqueza:

"Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com a observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos."

Não deixou, também, de observar o retrocesso havido na Carta de 1967 (Título III) com a EC n. 1 (Título III), no que se refere à justa distribuição da propriedade, embora tenha sido mantido entre os princípios basilares da ordem econômica e social, a função social da propriedade (art. 157, inciso III; art. 160, inciso III).

Estabeleceu o pensamento, em consequência do direito de propriedade, em nosso país, encontrar-se condicionado à sua compatibilidade e ao seu entrosamento com o interesse comum, ser da obrigação do "legislador, não somente no delimitar o conteúdo de tal direito, como no traçar regras para o seu exercício, vinculá-lo ao padrão constitucional fixado, isto é, fazê-lo harmônico com o interesse social na sua mais ampla expressão".

Na disciplina do solo criado, defendeu o poder do legislador, amparado que se encontra pela Carta Magna, de dispor sobre o que lhe afigure próprio para resguardar as cidades brasileiras contra o uso indiscriminado ou nocivo, da construção vertical.

Dentro de tal círculo, destaca, considerando com aspecto mais relevante, a autonomia do direito de construir, ou seja, a possibilidade de havê-lo como distinto do direito de propriedade.

Insurge-se, entretanto, contra os adeptos de tal doutrina, por entender que conflita com a garantia constitucional da propriedade. Explica que, "em se tratando de imóvel localizado em área urbana, e na possibilidade de construir, via de regra, que está a essência econômica da propriedade".

Alinhou as seguintes restrições que a disciplina do solo criado pode impor:

a) critérios de alinhamento, gabarito, estilo, etc.;

b) proteção aos imóveis de valor histórico, artístico, estético ou arqueológico;

c) estabelecimento de coeficientes de aproveitamento variáveis;

d) imposição de coeficiente único de edificação;

e) gravame a ser estabelecido sobre os favorecidos pela criação de solo, com fundamento no § 5.º do art. 18, da Carta Política.

Abordou a matéria relacionada com a incompetência para legislar sobre solo criado.

Fixou-se no seguinte esquema:

a) o município é quem deve disciplinar o direito de construir, e, por conseguinte, o de criar solo;

b) caberia à União regular os aspectos de negociabilidade do solo criado;

c) os Estados-membros, em virtude da Emenda n. 1, art. 13, § 1.º, podem dispor sobre planos urbanísticos regionais, quando a abrangência de vários municípios exigir um "planejamento integrado de desenvolvimento econômico e social" (L. Compl. n. 14, de 8 de junho de 1973, art. 5.º, n. 1).

Revela haver sido signatário da Carta do Embu, onde vários aspectos jurídicos sobre a noção de solo criado foram assinalados.

Lembra que se insurgiu com a conclusão de n. 2, por não concordar com a "entrega pelo interessado ao Poder Público de áreas proporcionais ao solo criado" ou "sua substituição pelo equivalente econômico". A conversão em dinheiro lhe pareceu "preterir o fundamento jurídico básico da disciplina do solo, com restrição ao direito de propriedade, que o condicionamento deste interesse maior da coletividade, ou seja, nos termos da Carta Política ao desempenho de uma função social".

Por outro lado, convertendo-se a permissão para construir, além do coeficiente normal de aproveitamento normal do solo em fonte de receita para o município, haverá um desvio de finalidade, que é a de proporcionar melhor qualidade ao ambiente urbano.

Concordou que um ônus até maior possa agravar tais construções, porém, através de tributo.

V. SEABRA FAGUNDES E A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

1. A função exercida pelo Poder Judiciário sempre foi colocada pelo jurista SEABRA FAGUNDES, como de categoria mais elevada, considerando-a acima dos demais poderes do Estado, por desempenhar a função de fiscalizá-lo em sua atuação e de agir no sentido de que toda a atividade seja exercida de acordo com os princípios impostos pela Constituição e pelas leis.

2. A posição do Judiciário como sustentáculo da ordem jurídica estabelecida, atuando no sentido de mantê-la íntegra e assegurando, por seu turno, o respeito às liberdades públicas e aos direitos individuais do cidadão. Representa uma constante no pensamento do mestre. Preocupa-se com o fato histórico da pouca expressão política do Poder Judiciário na época do império, quando, segundo relata, era "um poder que se limitava a dirimir as controvérsias de direito privado, de modo que os atos da Administração Pública escapavam por inteiro ao seu controle". "Resultou, do mesmo modo, o advento da República como único elevador do Poder Judiciário, que passou à categoria de um dos poderes do Estado". E, esclarece o mestre:

"Atribuiu-se-lhe, ao lado da função que já era de mero dirimidor das questões de ordem privada, uma outra de maior importância: a de guardar os direitos individuais contra as infrações decorrentes de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive, e, notadamente, quando esses atos afetassem textos constitucionais. Isto equivalia, de certo modo, a fazê-lo fiador da seriedade mesma do regime como construção política, pois, ao declarar a prevalência da Lei Suprema, em face de atos legislativos ou administrativos que a afetavam, o que fazia o Judiciário era preservar as próprias instituições republicanas, pela contenção dos demais poderes nas suas órbitas estritas de ação e pela garantia ao indivíduo de sobrevivência dos seus direitos, fossem quais fossem as prevenções contra elas armadas" (REVISTA FORENSE, vol. 155, p. 7).

3. Mesmo assim, o Estado não deu e não vem dando condições para que o Poder Judiciário acompanhe a velocidade do nosso ritmo de mudança que, por ser muito grande, há ausência de soluções para problemas emergentes.

O Estado Democrático Moderno deve ser dotado de meios eficazes para deter ou controlar as situações excepcionais quando as instituições são colocadas em perigo decorrente das reivindicações do seu povo, como são as relativas à prestação da justiça.

As dificuldades para ser implantada uma ampla reforma no Poder Judiciário podem ser detectadas, inicialmente, na Constituição de 1891. Esta, considerada como de estrutura restrita, ficou limitada ao que contenha o seu texto que caracterizava a sua noção material, ou seja, aquilo que é materialmente constitu-

cional (Organização dos Poderes Políticos e a Declaração dos Direitos Individuais).

A Carta de 1891 era excessivamente idealista e, conseqüentemente, irreal em relação às necessidades do país, pelo que não levou em conta as condições sociais já existentes na época, que estavam impondo substanciais modificações em todos os segmentos da sociedade, especialmente, no Poder Judiciário.

A preocupação do legislador constituinte não alcançou a necessidade de ser implantada uma justiça que primasse pela rapidificação e que não se tornasse uma dependente da burocratização.

4. Sente-se nas idéias de SEABRA FAGUNDES a constante preocupação com as atividades do Poder Judiciário e a sua não modernização. Com relação ao STF, que, na expressão de JOÃO MANGABEIRA, deveria ser um grande poder político e que, na realidade, até hoje não o é, sempre identificou a crise permanente em que vive, por continuar engolfado com as questões de direito civil e de direitos patrimoniais, que deviam receber trânsito em julgado na segunda instância.

A sensibilidade jurídica do mestre SEABRA FAGUNDES para com a reforma do Poder Judiciário nos ensina que o problema deve ser tratado, inicialmente, com a tentativa de se mudar a mentalidade dos legisladores e convencê-los, através dos programas dos Cursos de Direito a criar um processo expedito para a nossa época.

As reformas não produzirão efeitos, quer sejam criados tribunais novos, quer seja elevada a quantidade de juizes, enquanto julgamos no país, de acordo com as ordenações filipinas, seguindo o formalismo herdado do processo civil português, os Tribunais continuarão congestionados. A primeira instância será sempre tardia. Má, sempre será a justiça.

5. EDONARD JAMBERT ao prefaciar a obra de EMANUEL LEVY "La Vision Socialiste du Droit", p. 12, afirmou categoricamente que "todo jurista é conservador, pois que é da essência do jurismo manter a disciplina dos condutos e conservar a ordem constituída. E o jurista, como defensor espontâneo das situações adquiridas é, essencialmente conservador".

Ninguém, entretanto, pode admitir que o jurista não procure rejuvenescer a sua ciência e que acompanhe a civilização de cada tempo que impede a cristalização de condutos jurídicos.

A verdade deve ser buscada pela presente geração de juristas, reivindicando, para tanto, do Estado, que crie condições de ser aplicada uma justiça eficaz e rápida, pois, na feliz expressão de EDMUND PICARD, "A justiça, para merecer o seu grande nome, deve abraçar toda a sociedade, não fornecer as suas vantagens a alguns, mas a todos; não ser apenas a servidora de poderosos, mas sobretudo dos humildes; não esquecer ninguém e não esquecer nenhuma necessidade; exigir o concurso de

todos, mas nos limites das forças de cada qual; penetrar na organização social, como um fluido benéfico”.

6. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO lembra que, quando da elaboração da Constituição de 1824, pretendeu-se impor ao Brasil a afrancesada Constituição de Cadiz (p. 84, “Direito Constitucional — Teoria da Constituição, as Constituições do Brasil”, FORENSE, 1976). Revela, assim, que as instituições políticas do Império foram construídas sobre alicerces do Direito escrito francês, embora sem fugir da influência do Direito não escrito ou costumeiro, inglês.

Conclui-se, portanto, em face de tais influências, que, em termos constitucionais, o Poder Judiciário iniciou sua missão no Brasil, adotando comportamentos artificiais, servindo, apenas, à reduzida camada dirigente do país, pelo que se explica o constante estado de dificuldades em que sempre se desenvolveu.

O fracasso institucional que perdurou durante todo o Império, prolongando-se pela fase Republicana, originando o movimento revolucionário de 1930.

O Judiciário Federal não possuía tradição política e recebeu os efeitos do desprestígio da própria Constituição.

Nascido em estado de crise, nele permaneceu o Poder Judiciário. O seu prestígio foi contestado e as suas atividades foram burladas, durante os anos de 1930 até o golpe de 1937, ao ponto de se tornar conhecida a expressão “Justiça escravizada”.

A estabilidade institucional do Poder Judiciário não foi encontrada nos anos que se seguiram. Continuou como poder não adequado à realidade nacional, em face dos grupos dirigentes não lutarem para fortalecê-lo.

7. Embora se reconheça que o “sistema legal é o mais refratário à mudança e o de passo mais lento no sentido das crises e transformações”, conforme afirmou FRANCISCO CAMPOS, sabemos, entretanto, que a norma jurídica só ganha corpo e produz efeitos, quando for fielmente aplicada.

O pensamento de SEABRA FAGUNDES se harmoniza com o entendimento de que o Poder Judiciário não é um simples distribuidor de sentença. Representa a grande força de equilíbrio do Estado, pelo que não pode atuar como instrumento de uma classe privilegiada, caminhando nos liames de uma máquina conservadora. É um poder com função de nivelar as desigualdades humanas, executando-a através da interpretação das leis.

V. O PROCESSUALISTA

Remoção de Tutor

A REVISTA FORENSE vol. 243, ano de 1973, ps. 54-57, contém a interpretação que SEABRA FAGUNDES fez do art. 604 do C. Pr. Civ. de 1939, ao emitir parecer em rumorosa questão sobre remoção de tutor.

A 8.^a Câmara Cível do TJRJ, apreciando a questão, decidiu, por maioria de votos, que o art. 604 do C. Pr. Civ. de 1939 só disciplinava a suspensão da administração do tutor ou curador, bem como de que a remoção é processada sob a forma ordinária, dispensada a representação do MP ou a portaria do Juiz.

O atual C. Pr. Civ. cuida do assunto nos arts. 1.187 a 1.198, tendo dedicado um capítulo sob o título “Das Disposições Comuns à Tutela e à Curatela”.

A redação do art. 604, do Código anterior, foi criticada por SEABRA FAGUNDES, considerando imperfeita a técnica legislativa adotada, por ter feito mencionar no *caput* a suspensão provisória do tutor ou curador, mero incidente do processo de remoção, como se fora o objeto principal do texto.

Identificou uma suposição no conteúdo do artigo, que ensejaria uma tomada de posição errônea por parte do intérprete, ao entender que não há relação da privatividade de iniciativa do juiz e do órgão do MP com as remoções, mas apenas com a medida de suspensão provisória do tutor ou curador.

A redação do art. 604, do C. Pr. Civ. de 1939, expressava que “Ocorrendo causa para a remoção do tutor ou curador, este poderá, mediante representação do órgão do MP, ou portaria do Juiz, ser provisoriamente suspenso da administração da pessoa e dos bens do tutelado, ou curatelado”.

Valendo-se da exegese sistemática, o parecerista encontrou no texto o seu sentido próprio, isto é, o que determina ser da iniciativa exclusiva do MP ou do Juiz as remoções do tutor ou do curador.

Argumentou que todo o processo de remoção de tutores ou curadores se encontrava no art. 604 do C. Pr. Civ., não só porque se encontra fazendo parte do título “Da Nomeação e Remoção dos Tutores ou Curadores”, como também, os dois parágrafos que lhe seguem anunciarem todo o processo (autuação, intimação, audiência de instrução e julgamento, sentença) a ser seguido no caso de remoção.

A suspensão, sendo como é uma medida administrativa, não está sujeita ao sistema contraditório, podendo ser decidida de plano, o que não justificaria dela cuidarem os parágrafos do *caput* do art. 604, do C. Pr. Civ. de 1939.

Partindo de tais pressupostos, o jurista SEABRA FAGUNDES concluiu que a lei condicionou à exclusividade de iniciativa do MP ou do Juiz, tanto a suspensão como a remoção do tutor ou do curador.

A inteligência assumida quanto ao art. 604, do C. Pr. Civ. de 1939, contrariou a interpretação que sobre o mesmo já foi dada por parte de PONTES DE MIRANDA, em seus “Comentários ao C. Pr. Civ.”, 1949, vol. III-2, p. 881. Não obstante a força da argumentação deste último, a maioria da doutrina entendeu da forma explicitada por SEABRA FAGUNDES. Este fez um levantamento doutrinário e citou

os mestres que lhe inspiraram na defesa da argumentação desenvolvida e que são: a) ZOTICO BATISTA ("C. Pr. Civ. Anotado e Comentado", ed. Jacinto, vol. II); b) DE PLÁCIDO E SILVA ("Comentários ao C. Pr. Civ.", 4.^a ed., vol. 15); c) JORGE AMERICANO ("Comentários ao C. Pr. Civ., 1941, vol. II); d) INOCÊNCIO BORGES DA ROSA ("Processo Civil e Comercial Brasileiro", 1941, vol. III); e) CARVALHO SANTOS ("C. Pr. Civ. Interpretado", 2.^a ed., vol. VII, 58); e f) CLOVIS BEVILÁQUA ("Código Civil Com.", vol. 2, obs. ao art. 445).

A fidelidade à pesquisa é uma constante em toda a obra de SEABRA FAGUNDES. Não obstante o enunciado que cristalizou sobre o art. 604, do C. Pr. Civ., não deixou de registrar que antes da vigência do C. Pr. Civ., isto é, sob o império das Ordenações (Livro I art. 88, § 50 e art. 62, § 33) e do Regulamento de 2 de outubro de 1851 (art. 32, § 4.^o), a remoção de tutor podia "ser decretada a requerimento de qualquer pessoa do povo" (LAFAYETTE, "Direito de Família", 1889, p. 294, nota 2).

O atual C. Pr. Civ., no art. 1.194, regulamentou a matéria, de modo que não mais há razão para se estabelecer polêmica sobre a matéria.

A redação, no projeto original, tinha o seguinte enunciado:

"Art. 1.210. Compete ao Órgão do Ministério Público, nos casos previstos na Lei Civil, requerer a remoção do tutor ou curador."

O Senador DANIEL KRIEGER foi o autor da emenda que resultou no art. 1.194, em vigor:

"Art. 1.194. Incumbe ao Órgão do Ministério Público, ou a quem tenha legítimo interesse, requerer, nos casos previstos na Lei Civil, a remoção do tutor ou curador."

A fundamentação do parecer de SEABRA FAGUNDES contribuiu de modo decisivo para a redação do art. 1.194, pois, conforme se verifica na justificativa da emenda do Senador DANIEL KRIEGER, os argumentos apresentados coincidem com as posições tomadas pelo parecerista.

