



IVAN LIRA DE CARVALHO:

Após o brilhante pronunciamento do Desembargador e professor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, que trouxe luzes e encantamento sobre a obra e a pessoa de Miguel Seabra Fagundes, nós teremos agora a satisfação de ouvir o primeiro palestrante da noite, na parte científica, o professor Edilson Pereira Nobre Júnior que é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, é membro do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, é ex-juiz federal desta casa, professor da graduação e do mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, e que fará a sua exposição de forma brilhante, como sempre, no espaço de trinta minutos.

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Desembargador, excelentíssimo desembargador Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, presidente em exercício do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, e a quem parabeno pela excelente palestra; caro doutor Ivan Lira de Carvalho, Excelentíssimo Senhor diretor do foro desta secção judiciária; caro doutor Eduardo Seabra Fagundes, que representa a família de Miguel Seabra Fagundes e que honra e abrilhanta bastante esta sessão; meu caro colega doutor Manoel Maia de Vasconcelos Neto, diretor da Escola de Magistratura, do núcleo local da Escola de Magistratura Federal e os meus caros amigos do Instituto Potiguar de Direito Público, em nome da doutora Elke Mendes Cunha, eu tenho a gratidão de saudar e também de agradecer a ambos, porque é uma honraria para qualquer pessoa do mundo jurídico falar de justiça, numa casa de justiça, de Seabra Fagundes.

Então, meu caro doutor Paulo Eduardo, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e meu caro professor Vladimir da Rocha França, que destaco a sua importância para

<sup>1</sup> Cf.: QUINTA JURÍDICA, 45, 9 set. 2010, Natal. Controle Judicial dos Atos Administrativos: Uma Homenagem ao Centenário de Miguel Seabra Fagundes. **Transcrição de áudio...** Revista FIDES, Natal, v. 2, n. 1, jan./jun. 2011. [palestra de Edilson Pereira Nobre Júnior]. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/issue/view/3>>.

este ato porque eu quero dizer que foi de Vossa Excelência o pioneirismo de lembrar do centenário de Miguel Seabra Fagundes.

Meus caros senhoras e senhores, meus caros estudantes de Direito, primeiramente, gostaria de me referir ao jurista e ao homem. A atividade doutrinária de Miguel Seabra Fagundes foi uma atividade exemplar e brilhantíssima. Dela, destaca-se inicialmente a trilogia literária do seu do controle, do livro de desapropriação no Direito Brasileiro, do livro de recursos ordinários no processo civil e magníficos artigos.

A atividade doutrinária de Miguel Seabra Fagundes não se resumiu nestes três livros. Há uma centena de maravilhosos trabalhos em forma de artigos. A obra de Miguel Seabra Fagundes, eu posso conceituá-la, e me deu inspiração um livro de literatura que, recentemente, eu comecei a ler, e procurava muito, que é o livro de Ítalo Calvino “Por que ler os clássicos?” Quando Ítalo Calvino fala do que é um clássico, três, pelo menos, das características estão presentes na obra de Miguel Seabra Fagundes.

Primeiro, é que os escritos de Miguel Seabra Fagundes, quando lidos na idade madura, representam um prazer extraordinário. Segundo, é que os escritos de Miguel Seabra Fagundes exercem uma influência particular no seu leitor e são escritos com relação aos quais toda releitura é uma leitura de descoberta, como se fosse a primeira leitura. A importância de Miguel Seabra Fagundes no cenário jurídico nacional pode ser muito bem retratada. E nisto eu tive um certo momento de certa alegria.

Eu recebi de um ex..., hoje mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, a revista da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. E logo na apresentação da revista consta um pequeno elenco de juristas que receberam da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco o título de professor honorário. E a minha alegria de ver o nome do conterrâneo ao lado de apenas os seguintes juristas: Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua, Carvalho de Mendonça, Pontes de Miranda e Mendes Pimentel.

Mas, além do jurista, Miguel Seabra Fagundes foi um homem público extraordinário. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte... A Constituição de 1974 foi a Constituição que criou nos tribunais o quinto constitucional e o primeiro integrante do quinto constitucional do nosso Tribunal foi Miguel Seabra Fagundes. E depois ocupou vários cargos jurídicos, como lembrou o doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, desembargador Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

Mas um traço de Miguel Seabra Fagundes me ficou na memória desde que eu entrei na Faculdade de Direito. Meu pai não era formado em Direito, mas ele gostava de comentar a surpresa que as pessoas de Natal tinham. Ele, meu pai, aos dezoito anos. O Desembargador

Seabra Fagundes, desembargador presidente do Tribunal Eleitoral e então interventor. Meu pai ia, aos finais de semana, aos cinemas da capital, e causava uma estranheza ver o desembargador Seabra Fagundes, interventor do Estado no Rio Grande do Norte, da mesma forma de que qualquer cidadão, na fila de ingressos, como os demais cidadãos que se encontravam presentes.

Então, a simplicidade de Miguel Seabra Fagundes foi algo que me foi legado assim, não por um conhecimento familiar jurídico, mas por um conhecimento do meu pai, por um testemunho de meu pai, sempre lembrava desse fato de Miguel Seabra Fagundes.

Mas aqui, na minha exposição, e doutor Ivan Lira disse que é científica, eu quis destacar uma qualidade da obra de Miguel Seabra Fagundes que foi muito bem ressaltada pelo doutor Eduardo Seabra Fagundes. Mas eu quero ressaltar o fato de Miguel Seabra Fagundes ter sido o divulgador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte para o cenário jurídico nacional.

O livro “Desapropriação no Direito Brasileiro” foi escrito em homenagem ao cinquentenário do então Tribunal de Apelação, que era a denominação existente antes da Constituição de 1946. E os inúmeros julgados que, de uma hora para outra, as poucas revistas jurídicas que existiam no Brasil, talvez as mais tradicionais, como a Revista Forense, a Revista de Direito Administrativo, passaram a ser ilustradas com julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

O excelente julgado sobre a questão do uso privativo de bens públicos, um julgado que eu me recordo bem que tive a alegria de consultar. Um ofício que não pude exercer por contingências do tempo foi a advocacia. Mas, eu fiz uma petição como advogado, como estagiário da OAB, e era uma Ação Rescisória e a ação rescisória era de uma sentença proferida numa ação reivindicatória e passei a pesquisar o conceito de posse justa, de acórdão com o art. 524 do então Código Civil brasileiro. E, para minha surpresa, já prestes a me formar em Direito, o conceito modelar de posse justa no Direito Civil brasileiro era um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, da lavra de Miguel Seabra Fagundes.

Mas o que eu queria destacar aqui, já que o tema é de controle jurisdicional dos atos administrativos, foi o julgamento da Apelação Cível 1.422, que se tratava de uma discussão entre duas empresas de transportes, que faziam a linha Natal-São José de Mipibu e Natal-Macaíba, e uma dessas empresas ela tinha o direito de fazer trafegar os seus veículos no período de cinco e trinta da manhã até sete horas sete e meia da manhã, num intervalo de meia em meia hora – de maneira que ela atingia a grande massa dos trabalhadores que se deslocavam das cidades circunvizinhas até a capital – e, voltando seus ônibus, a partir das

cinco horas da tarde. Enquanto que à outra empresa foi reservada uma linha às dez horas da manhã, que vinha pouquíssima gente, e às dez horas da noite.

Então, a empresa não pedia não era nem uma concorrência tão forte, mas pedia que se fosse facultado trafegar mais um ônibus naquele horário, naqueles horários que foram reservados à primeira empresa. E a segurança contra ato do que deveria ser o atual secretário de transportes, era o inspetor de transportes, foi denegada e há uma apelação ao Tribunal de Justiça.

Nessa apelação, há um magnífico voto-vista do desembargador Miguel Seabra Fagundes que, esgotando o assunto no tema do direito estrangeiro, não só da família romano-germânica, mas também da *common law*, sua excelência firmou aquilo que foi o controle da competência discricionária no Brasil.

E a repercussão desse julgado foi tamanha. Por exemplo, Vitor Nunes Leal, que foi um dos maiores juristas também que esta terra brasileira teve, e que foi um grande ministro do Supremo, escreveu um artigo na revista de Direito Administrativo, uma das primeiras revistas de Direito Administrativo. Esse artigo é exclusivamente um comentário ao acórdão de um Tribunal de um Estado que não tinha nenhuma ressonância na vida política brasileira, que era o Rio Grande do Norte. O acórdão é muito citado por Temístocles Brandão Cavalcante no seu “Tratado de Direito Administrativo”, mas encontrei em Caio Tácito, no seu “Curso de Direito Administrativo”, quantas referências? Umas cinco... Acho que... Cinco referências e eu destaco uma das cinco referências. Disse Caio Tácito:

“A mais expressiva manifestação jurisprudencial porque lastreada de substância doutrinária e adequação da hipótese é o acórdão de 28 de julho de 1948, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na Apelação Cível 1.422, que se fundou em erudito voto do desembargador Seabra Fagundes. Trata-se de Mandado de Segurança versando sobre o exercício de poder de polícia no trânsito por parte de autoridade estadual competente, que fixou horário para tráfego de determinada companhia de ônibus visando a prejudicá-la em benefício de empresa concorrente.

Decidiu unanimemente o Tribunal potiguar que o ato da inspetoria estadual de trânsito não atendia ao interesse público previsto em lei, ou seja, ao bom funcionamento do serviço de transporte, mas objetivava outro fim estranho ao conteúdo de sua competência.

É interessante advertir, desde logo, sobre a analogia entre a espécie e o caso *Lesbats*, no qual se iniciou, como vinhos, a criação do *détournement de pouvoir* na jurisprudência do Conselho de Estado da França. A aproximação não escapou à argúcia do desembargador Seabra Fagundes, que alude, expressamente, a coincidência da matéria de fato. Singulariza-se

o voto do eminente jurista pela precisão de conceitos e a riqueza de referências, deduzindo, logicamente, a nulidade do ato impugnado, em função do desvio de poder de polícia.

Depois de marcar o cunho vinculado da regra da finalidade, Seabra Fagundes demonstra a inexistência material dos motivos alegados no ato de autoridade e desvenda o sentido oculto e ilícito do procedimento administrativo” [fecho aspas].

Também... Os estudantes podem encontrar substanciosas referências do julgamento em Celso Antônio Bandeira de Melo, tanto no Curso, como no livro de “Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional”, onde aponta o julgado como o *leading case* do desvio de poder no Direito Brasileiro; e Diogo de Figueiredo, no seu “Curso de Direito Administrativo”, para citar apenas alguns juristas de porte.

É o primeiro ensinamento de Miguel Seabra Fagundes, porque este acórdão, que é um acórdão que eu tenho basilar, que como bem fez a comparação doutor Marcelo, ele talvez esteja para o direito brasileiro, como o *Marbury versus Madison*, no direito norte-americano, embora um em matéria de controle de constitucionalidade, e o outro em matéria de controle de ato administrativo.

Duas as lições do Desembargador Seabra Fagundes: primeiro, desvendar o que é a competência vinculada e o que é competência discricionária. A competência discricionária seria hipóteses onde há uma maior mobilidade do administrador na tomada de decisões e, portanto, haveria uma imunidade ao direito, ao controle jurisdicional, em tese. Até se fazia referência à doutrina francesa, e àquela lição célebre de Hauriou, que depois também, no comentário de Hauriou ao aresto graciette, de que não existe ato discricionário, o que existe é competência discricionária, que pode ser maior ou menor.

O mestre Seabra Fagundes escreveu sobre a discrecionabilidade administrativa um trabalho magnífico, que está num artigo que ele publicou chamado “O conceito de mérito no Direito Administrativo”. E que eu digo a vocês é a maneira... eu sempre tive dificuldade como estudante de compreender bem o que era bem discrecionabilidade administrativa, mas o trabalho do professor Miguel Seabra Fagundes, ele explica com uma clareza, de uma maneira perceptível, o que é a discrecionabilidade administrativa. E não só a clareza, mas substanciosa. É tanto que esse trabalho, aqui quando estive na Seção judiciária do Rio Grande do Norte, na nossa revista da seção, resolvi criar uma seção de memória, o nome da seção chama-se “Memória”.

Publiquei, publicou-se na primeira revista que conteve essa seção um trabalho do professor Edgar Barbosa sobre grupos de pressão que foi recomendado pelo professor Nelson Saldanha. No desse volume que está por vir, há um trabalho do professor Múcio Vilar Ribeiro

Dantas, “O novo Direito Constitucional”. E nesse terceiro trabalho dessa revista, que ainda pude fazer quando aqui estava, achei por bem escanear “O conceito de mérito no Direito Administrativo”, onde eu tenho aqui... Gostaria de transcrever um trecho que está publicado na revista Forense e na revista de Direito Administrativo: “Constitui um aspecto do procedimento da administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e à índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento”.

E algumas conclusões do mestre Seabra: “O método consistia no seguinte político do ato administrativo e traduziu-se nas normas de boa administração a representar a justiça, equidade, utilidade, razoabilidade, oportunidade e conveniência”. Não seria um elemento do ato administrativo que essa teorização dos elementos do ato administrativo foi de Seabra Fagundes, mas o aspecto dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária e que assume uma especial importância na delimitação do controle jurisdicional das posturas administrativas.

E, bem a discricionariedade, no voto, se consta referências acerca da justificativa da discricionariedade, mas também há naquele pronunciamento uma outra lição, além da possibilidade do controle do que é competência discricionária e da possibilidade do seu controle, que é justamente a lição de que toda a atuação administrativa há de ser voltada ao interesse público e o administrador não pode utilizar da competência de que dispõe para satisfazer interesses pessoais.

O próprio Conselho de Estado da França, e que é citado, são citados dois acórdãos no voto, que foi a teorização do desvio de poder e até alguém podia perguntar: “Será que, em 1948, aquilo não constituía, já não constituía algo conhecido?” Porque o primeiro precedente do Conselho de Estado, talvez date de 1854, o aresto vers.

Mas, no Brasil, a nossa prática jurisprudencial era demasiado incipiente quanto ao reconhecimento do desvio de finalidade. E precisava justamente de alguém que pudesse desbravar a questão do desvio de poder. Desvio de poder, como todos vocês sabem, é um ato que é praticado no exercício de uma competência formalmente legal, mas que é empregada para fins alheios à salvaguarda do interesse público e do interesse do serviço público.

Os franceses, até o Maurice Hauriou, no seu tratado, fala de uma identificação do desvio de finalidade ou desvio de poder com a moralidade administrativa. Se mencionam, no Conselho de Estado, duas categorias acerca do desvio de poder, e que foram as categorias, que são as categorias básicas que é o desvio de poder genérico, que ocorre quando a

autoridade administrativa pratica um ato, mas não visa interesse público nenhum; visa-se satisfazer o interesse pessoais, seja de perseguição, seja de favorecimento.

Foi um caso muito interessante numa decisão do Conselho de Estado de um determinado prefeito no interior da França que proibiu todos os bailes nas estalagens existentes na cidade que ele governava. No entanto, excepcionou uma estalagem onde poderia haver bailes, que era justamente a estalagem de propriedade do prefeito. E o Conselho de Estado entendeu que havia um desvio de poder; como também o Aresto Zimmermann, que foi um prefeito que queria também agir por perseguição a determinada funcionária pública, que era, ao mesmo tempo, servidora da prefeitura e era professora, e que marcava as reuniões da prefeitura com essa servidora justamente no horário em que a servidora não poderia atender porque ela estaria atuando como professora. E, depois, o próprio Conselho de Estado estabeleceu a teoria do desvio de poder específico. Quer dizer: você tem um ato praticado com interesse geral, mas com o uso inadequado de uma competência. Foi o caso dos vestuários nas praias na França.

Quer dizer: havia cabines para as pessoas se trocarem para tomar banho nas praias francesas e essas cabines eram alugadas pelos particulares. E o prefeito, a pretexto de resguardar a moral pública, ele proibiu que as pessoas fossem àquelas cabines, mas que elas poderiam ir nas cabines da prefeitura, porque a prefeitura cobrava e a prefeitura arrecadava. O Conselho de Estado também considerou indevida essa prática.

E essa prática ocorre ainda hoje, se você observar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, muitas das quais fazendo referência, na atualidade, a esse aresto do Tribunal de Justiça. Você tem uma situação que ocorreu num município de São Paulo há pouco: um prefeito foi entrar num baile de carnaval e quis entrar com sua família e alguns amigos e o proprietário do clube ou o diretor do clube entendeu que... ele só deixou ele entrar com os seus familiares, mas o prefeito ficou magoado e, no outro dia, cancelou a licença para que o clube pudesse funcionar no carnaval.

E aí houve um pedido na Justiça. Mas a singularidade desse voto é justamente o fato da caracterização do desvio de poder, hoje como improbidade administrativa, na Lei de Improbidade. Outro caso, um caso de uma remoção de uma funcionária do Ministério Público do Rio Grande do Sul e muitos e muitos casos ainda.

Agora, eu aqui, no final, que, na realidade, essa exposição ela tem por base um texto. Primeiro foi... tudo começou com um artigo que eu publiquei na Tribuna do Norte, de 11 de julho deste ano, um artigo de cinquenta linhas, justamente com o título “A lição

imortalizada”<sup>2</sup>. E esse artigo era no sentido de fazer referência ao julgamento da Apelação Cível. E depois eu resolvi ampliar esse artigo e terminei fazendo um comentário da Apelação Cível, que estou enviando à Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório, no seu terceiro volume. Mas aqui eu falo num capítulo – Um olhar para o futuro – sobre o controle da discricionariedade e o controle do desvio de poder.

Primeiro, a questão que se vê hoje do respeito à moralidade administrativa. São novos aspectos que esse julgado inaugural, ele persiste no tempo e nos convoca a pensar sobre os novos aspectos diante desses dois pontos. A legalidade hoje não é só o respeito à lei. Que até, como diz o jurista, não é o escravo da lei, mas o respeito aos valores superiores do ordenamento jurídico. Os valores superiores que determinam a ação administrativa estarão no âmbito da moralidade administrativa. Moralidade administrativa essa que a jurisprudência brasileira vem desenvolvendo, seja nas decisões do Supremo Tribunal Federal, onde indica que a invalidação do ato administrativo por vício de moralidade administrativa dispensa prejuízo material do Estado; seja um caso maravilhoso onde se entendeu que a nomeação para determinados cargos, no caso era um julgamento, eu acho que era nomeação para Conselheiro do Tribunal de Contas, eu não sei, eu acho que era do Tocantins, e o Supremo invalidou porque não havia o mínimo requisito de condições para aquele exercente ser nomeado para aquela função e o Supremo entendeu, e ratificou, que aquilo era um caso de desrespeito à moralidade administrativa.

As decisões sobre concursos públicos e alterações de regras dos concursos no decorrer dos certames; a questão da desconsideração da personalidade jurídica por ato administrativo, magnífico julgado do Superior Tribunal de Justiça; um interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o revide político a um sindicato praticado por governador. E um outro ponto que, há um desafio sobre o desvio de poder, no controle do desvio de poder, é justamente um recente julgado do Conselho de Estado na França. E que o Conselho de Estado, para muitos, teria revisto um pouco a questão do desvio de poder quando os atos são praticados em benefício do interesse particular. Normalmente a competência indutiva do Estado na Economia ela sempre vai gerar um benefício particular, mas com a finalidade de haver um benefício ao interesse público. Foi o caso de Ville de Sochaux, em 1971, onde houve a construção de um desvio de uma rodovia até a fábrica da Peugeot e o Conselho de Estado entendeu que havia também um interesse público, porque na hora em que ele

---

<sup>2</sup> Nota da Revista FIDES: Cf.: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A lição imortalizada. **Tribuna do Norte**, Notícias, Natal, 11 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/a-licao-imortalizada/153937>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

incentivava a fábrica da Peugeot, ela tinha uma importância também para a economia daquela região.

Depois o Conselho de Estado evoluiu numa terceira categoria que não é referida pela doutrina brasileira do desvio de poder, que é o desvio do procedimento. São hipóteses onde a autoridade ela escolhe um procedimento, que é inadequado à prática de um determinado ato administrativo, justamente para privar o administrado de determinadas garantias. Um outro ponto que também assume destaque é a questão do controle da discricionariedade técnica, tendo em vista que hoje há uma tecnificação da atividade jurídica. A sociedade é cada vez mais complexa e isso gera isso.

Há uma discussão no Direito, no Tribunal Constitucional Espanhol, avançada sobre o controle da discricionariedade técnica, enquanto que, no Brasil, há uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que eu creio que deva ser embrionária, mas que ela visa a dar, pelo menos da forma como ela está redigida, uma certa imunidade às agências reguladoras na emissão de normas porque, sob o prisma da discricionariedade técnica, eu acho que é uma decisão preocupante. Outro ponto... Eu tou assim alinhavando porque já recebi uma notificação... É a questão de hoje dos conceitos jurídicos indeterminados.

E, por fim, a questão do desvio de poder legislativo. Mas esses são sete novos aspectos que envolvem, na atualidade, a doutrina do Direito Público acerca daqueles dois temas que foram versados no voto da Apelação Cível 1.422 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Mas eu gostaria de encerrar, primeiro dizendo as duas primeiras frases desse artigo que publiquei na Tribuna do Norte: “Os homens passam, suas ideias ficam” e o final do que eu afirmei: “Que o mestre Miguel Seabra Fagundes pode dormir o sonho dos justos, pois, com o seu ensinamento, contribuiu para o lançamento de uma das pedras fundamentais para a construção do Estado democrático de Direito no Brasil”.

Muito obrigado!