CONFISCO DE BENS — ENRIQUECIMENTO ILÍCITO — APRECIAÇÃO JUDICIAL — MORALIDADE ADMINISTRATIVA

— Interpretação do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968.

— Idem, do Ato Complementar n.º 42, de 27 de janeiro de 1969.

— Idem, do Decreto-lei n.º 359, de 17 de dezembro de 1968.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Osmar Dutra *versus* Exmo. Sr. Presidente da República
Mandado de segurança n.º 19.839 — Relator: Sr. Ministro
ALIOMAR BALEEIRO

ACÓRDÃO

Vistos e ralatados êstes autos de mandado de segurança n.º 19.839, do Distrito Federal, em que é requerente Osmar Dutra e requerido o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, decide o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos, não conhecer do mandado, de acôrdo com as notas juntas.

Brasília, 4 de novembro de 1970. *Aliomar Baleeiro*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — 1. Trata-se de segurança impetrada contra ato dos Ministros Militares que, como titulares provisórios da Chefia da Nação, baixaram o Decreto n.º 65.157, de 1969, de acôrdo com o art. 3.º, do Ato Complementar n.º 42, de 27/1/69 (fls. 88), confiscando e incorporando ao patrimônio da União bens pertencentes ao requerente, no pressuposto de enriquecimento ilícito em detrimento dos cofres federais.

2. Sustenta o impetrante que é sujeito ao contrôle judiciário o decreto impugnado e, ainda que, dentro da própria ordem legal, revolucionária, foi praticado um ato contra a sua sistemática. Argumenta:

"E com efeito, procurando-se desde logo fazer conhecida a hipótese presente aos eminentes julgadores, escreve-se, à guisa de ementa, que se trata aqui nada mais nada menos, do que um confisco, decretado por instigação da Comissão Geral de Investigações (CGI), de bens, que teriam sido adquiridos pelo ora impetrante — com a percentagem (líquida) de incorporador *de sociedade anônima de economia mista, cujos atos de constituição foram expressamente aprovados pela própria Presidência da República do mesmo Govêrno Revolucionário!...*

"Êste destaque é feito propositadamente para que os excelsos Srs. Ministros se apercebam inicialmente de que o suplicante não quer tentar ultrapassar o ato de indenidade que as circunstâncias tristes contingentes de um movimento císmico político costumam produzir, e que está no art. 181 da mencionada consolidação constitucional. O suplicante quer sem rebuços sensibilizar desde logo os ilustres julgadores para a circunstância fundamental de que aqui êle não deseja obter um pronunciamento judicial sôbre a justiça ou a injustiça dêsse confisco (embora in-

justo sem dúvida). Êle pretende convencê-los de que, dentro da própria ordem legal, dita revolucionária, se praticou um ato contra sua própria sistemática.

"Então o excelso Pretório aprecia... *a forma*, abstendo-se do seu pronunciamento sôbre o mérito, como felizmente tem pelo menos ocorrido."

.....

"Como o ora suplicante gastasse menos, isto é, como não tivesse nada a receber além dos atualizados ..... NCr$ 1.011.666,50 — outorgou depois, em 29/3/66, a competente quitação definitiva (doc. n.º 9) à diretoria".

.....

"Quer então dizer que o próprio Govêrno Revolucionário com a assinatura do inolvidável Marechal Castelo Branco, entendeu inapelàvelmente que tudo quanto se fêz acêrca da constituição da SIDESC estava rigorosamente em ordem.

Todavia, surgiu posteriormente, em 9/6/69, contra o ora suplicante, uma denominada investigação sumária, instaurada pela Comissão Geral de Investigações (CGI) (doc. n.º 11), epitetando de enriquecimento *ilícito* o pagamento dessa remuneração de incorporador. A defesa, bitolada, cerceada pela própria sistemática dêsse juízo de exceção, haja vista por exemplo o disposto pelo art. 27 e § 1.º do seu regulamento (baixado com o Decreto n.º 64.203, de 17/3/69), a defesa costuma, *data venia*, representar apenas a exteriorização de um gesto de inconformidade simbólica do investigado. Colhe-se prèviamente aquilo que se pretende seja, segundo o espírito acusatório, o corpo de delito e se dão 8 (oito) parcos dias para o acusado balbuciar *no escuro* (*sic*) o seu desacôrdo, a que se chama de defesa; está grafado com efeito no § 1.º referido do art. 27 que "nesta fase da investigação, o indiciado ou seu procurador, não terão vista do processo, nem lhe serão fornecidas certidões" (*Doc. 11-A, B* e *C*).

.....

"Portanto, se um recebimento de remuneração de atividade de incorporador de sociedade anônima, constituída com apêlo à economia popular, foi aprovado pelo Sr. Presidente da República, uma comissão inquisitorial *data venia* não podia instaurar uma chamada investigação sumária e propor o confisco dos bens do acusado.

Impunha-se elementarmente uma revogação prévia da aprovação da constituição social *et pour cause* de todos os seus componentes.

A autolimitação do Govêrno Revolucionário na espécie consiste em que não se estabeleceu que o confisco abrangeria qualquer enriquecimento; limitou-se àqueles *ilícitos*. A autolimitação foi até delineada pelo art. 2.º do Ato Complementar n.º 42. Identificam-se as hipóteses do denominado "enriquecimento ilícito".

.....

"Em primeiro lugar: o Decreto n.º 65.157 não podia dispor sôbre a mesma matéria em sentido contrário — ao que resolvera o Decreto n.º 60.100, sem que êste — mais vigoroso na escala de valôres legislativos — fôsse prèviamente anulado".

.....

"O ato de indenidade corporificado no art. 181 da consolidação das leis constitucionais proíbe infelizmente a sua análise. Sobra, todavia, a impossibilidade do Decreto n.º 65.157 explodir o de n.º 60.100. A sobrevivência do primeiro representa uma ofensa ao direito líquido e certo do ora suplicante. Um pagamento a êle feito e aprovado passaria a ser desaprovado e indébito".

3. Pede, finalmente, segurança para que se considere inexistente o Decreto n.º 65.167/69 e declara-se sem efeito o confisco dêle decorrente.

4. Aditamentos à inicial a fls. 98 sôbre o cerceamento de defesa na CGI.

5. Informações a fls. 101, sob a forma de exposição e parecer do Doutor Britto Poltti, que invoca a indenidade do art. 181, da Constituição Federal de 1969 e, analisando as declarações de renda do autor, reafirma o locupletamento indébito.

6. A douta Procuradoria-Geral da República (fls. 138), em parecer do Prof. Xavier de Albuquerque, manifesta-se nos seguintes têrmos:

"O pedido de segurança visa ao ato de confisco de bens do impetrante, decretado pelos Srs. Ministros Militares quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional n.º 12, de 31/8/69. O impetrante começa por sustentar o cabimento do contrôle judiciário do ato acoimado, à alegação, em síntese, de que o mesmo teria refugido à sistemática da própria ordem legal revolucionária e, por essa causa, se poria fora das hipóteses que a disposição constitucional subseqüente aprovou. Ao Judiciário seria permitida a postulada apreciação do ato, porquanto, se foi instituído o confisco de bens provindos de enriquecimento ilícito, a *contrario sensu*, não o foi o de bens resultantes de enriquecimento lícito.

2. A partir dessa premissa, a inicial se estende em considerações sôbre a defendida licitude do estrondoso enriquecimento do impetrante, atribuindo-lhe como fonte primária o seu trabalho de *incorporador* da Siderúrgica de Santa Catarina S. A. — SIDESC, em razão do qual auferira percentagens no montante de *mais de um bilhão de cruzeiros antigos*, o que seria de direito a teor do art. 129, letra *b*, da Lei das Sociedades Anônimas. Por outro lado, a aprovação presidencial dos atos constitutivos da sociedade de economia mista de que fôra incumbido o impetrante como representante da União, acionista majoritária, equivaleria à aprovação das contas do *incorporador*. Isso imediria o procedimento posterior da Comissão Geral de Investigações, que se forrou no fato para propor o malsinado confisco, mediante processo investigatório, no qual não lhe foi ensejada a ampla defesa que pretendia oferecer, negando-se-lhe, inclusive, o fornecimento de certidão das peças essenciais.

3. *Preliminarmente* — Debalde o esfôrço do impetrante em traçar distinção entre os aspectos formais e materiais dos atos praticados com base nos preceitos institucionais implantados pela Revolução. A aprovação dêsses atos e a sua exclusão do contrôle judiciário pela Emenda Constitucional n.º 1 não permitem a sua decomposição em frações de forma e substância, ao propósito de delimitar-se a incidência da regra constitucional cotejada.

4. O confisco de bens, dentre os efeitos da aplicação dos Atos Institucionais que o comando constitucional preservou, e sem dúvida o que se apresenta revestido da mais típica roupagem institucional, dês que refoge aos modelos do sistema constitucional e se embasa tão-só na disciplina ditada pelo poder revolucionário. Por isso, apenas no contexto da prefalada disciplina será possível encontrar-se a indicação do órgão sob cuja jurisdição foi deixada a revisão do ato confiscatório. O Decreto-lei n.º 359/68 atende à indagação, com a precisa indicação do processo de revisão. O seu art. 9.º regulamenta o assunto, autorizando ao Presidente da República a decisão final à vista da defesa que o interessado tenha oferecido, no prazo de seis meses, perante a Comissão Geral de Investigações, a esta competindo a emissão de parecer conclusivo. Daí por que, complementando-se a recomendação institucional com a regra constitucional de sua inapreciação judicial, torna-se evidente que sòmente o Presidente da República enfeixa o poder de jurisdição para a matéria, quer se a malsine

por defeito de forma, quer se o faça por mácula de substância.

5. Admitida, *ad argumentandum*, a competência do Judiciário para a "apreciação judicial *formal*", desejada pelo impetrante, esbarrar-se-ia na invencível incindibilidade do ato indigitado, conforme demonstram as doutas informações da autoridade em trecho que vale reproduzir:

"4. A tese, brilhantemente defendida pelo patrono do impetrante, ilustre Professor de Direito da Faculdade de São Paulo, no sentido da impossibilidade de não apreciação do Poder Judiciário do caso em pauta, não pode prevalecer. Além do argumento, linhas atrás expendido, de que, no caso, é o Presidente da República quem exerce a jurisdição, impossível é separar-se o aspecto formal do aspecto material do ato de confisco. Nem se pode julgar se êle foi decretado ou não segundo as próprias normas, que vedam sua apreciação judiciária, sem que se analise, materialmente sua justiça ou injustiça.

Se o poder de confisco autolimitou-se institucionalmente, para abranger sòmente os casos de enriquecimento ilícito, e não poderia ser de outra forma, é lógico, também, que cabe tão-só à autoridade, investida daquele poder, julgar da licitude ou ilicitude do enriquecimento" (fls. 104).

6. Prova disso, acrescente-se, é que a inicial não focaliza nenhum ponto de natureza essencialmente formal. Tôdas as suas afirmativas se agasalham na principal contestação material do ato, qual seja a de que os bens confiscados provieram de enriquecimento lícito, segundo a justificativa de que a aprovação dos atos constitutivos da SIDESC importou no reconhecimento do direito que se arrogara o impetrante, de, na falsa qualidade de incorporador, perceber a elevada remuneraçãc objeto das investigações que culminaram no confisco de bens. Ao examinar-se tal justificativa, necessàriamente volta-se ao ponto de partida da discussão: a licitude do enriquecimento há de ser provada perante o órgão indicado pela disciplina do poder de confisco.

7. Destarte, verifica-se que ao Poder Judiciário não se deixou a mínima prestação jurisdicional sôbre o ato de confisco, pois, até mesmo sob o ângulo da conformação à ordem legal revolucionária, seu contrôle foi pôsto sob processo especial, de julgamento atribuído ao Presidente da República, conforme o art. 9.º do Decreto-lei número 359/68, combinado com as disposições do Ato Complementar n.º 42, de 24/1/69, e dos Decretos-leis n.ºs 446/69 e 357/69.

Enfrenta-se, assim, questão inteiramente subsumida no art. 181 e incisos da Constituição, impondo-se que se negue conhecimento ao pedido.

8. *No mérito* — Não se vislumbra direito líquido e certo a merecer proteção. A invocada licitude do enriquecimento do impetrante está longe de ser demonstrada ao abrigo da legitimidade que êle atribui àquela percepção de vantagens deferidas com exclusividade aos fundadores das sociedades anônimas. Participando dos atos constitutivos da SIDESC como mero representante da União, o impetrante exerceu simples função de preposto, que jamais poderia lhe dar a instituladа qualidade de *incorporador*, da qual se arvorou para perceber da União, legítima e única fundadora da referida sociedade de economia mista, o avultado percentual sôbre a quantia destinada à subscrição inicial das ações. Ao impetrante, como delegado que era do fundador ou incorporador, nada mais competia, em relação a tal quantia, do que recolhê-la aos fundos da incorporação sem o posterior desfalque da discutida percentagem de 10%.

9. As doutas informações, e o exaustivo parecer do renomado jurista Mi-

nistro Themístocles Cavalcanti (transcrição de fls. 114-22), respondem com proficiência a tôdas as perquirições que hajam de ser feitas quanto à posição do impetrante em face dos atos constitutivos da sociedade de economia mista, e têm por conclusão, sem margem de dúvida, a ilegitimidade da remuneração que a si próprio o impetrante. Isso nos dispensa de considerações mais alongadas, que afinal seriam ociosas à vista da inafastável prejudicial argüida contra o conhecimento do pedido".

7. Determinei que o impetrante juntasse aos autos, em cópias autenticadas, suas declarações de renda, relativas aos exercícios de 1966 a 1968, com apoio no art. 198, parágrafo único, do C.T.N. Lei n.º 5.172/66), atento ao que alegam as informações a fls. 109-10.

8. A fls. 196 vieram os documentos pedidos, além de outros e de uma petição, em 42 novas laudas, replicando as informações e o parecer da Procuradoria-Geral.

9. A douta Procuradoria-Geral da República (fls. 247) preliminarmente alega que os documentos apresentados corroboram o que argúem as informações. No mais, pondera que "o tumulto causado ao processo pelas sucessivas e intermináveis aparições do impetrante deixam evidente que, se não lhe estivesse obstado o conhecimento por fôrça do art. 181 da Constituição, o mandado de segurança não se prestaria ao exame de matéria de fato tão extremamente complexa".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator) — I. Lê-se nas informações de fls. 101 um resumo dos fatos que detedrminaram o confisco:

"A Lei n.º 4.122, de 27/8/62, autorizou a União a organizar, através do Poder Executivo, uma sociedade de economia mista, por subscrição pública de ações denominada Siderúrgica de Santa Catarina S. T. (SIDESC). Dispôs que o representante da União nos atos constitutivos da sociedade e nas assembléias de acionistas seria designado pelo Ministro do Trabalho. Estipulou o capital social da sociedade em .... NCr$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros novos), conforme alteração pela Lei n.º 4.509, de 20/11/64".

.....

"Assim o Dr. Osmar Dutra, agora impetrante do mandado de segurança, recebeu podêres para, em nome da União, efetivar a constituição da SIDESC e a subscrição da maior parte de seu capital. Recebeu o referido senhor como represente da União, os recursos destinados à subscrição das ações, em nome da União. Auto-intitulou-se o representante da União em incorporador e fêz constar do prospecto a que se refere o art. 40, III e IV, da Lei das Sociedade por Ações, que as vantagens particulares, referidas na letra *f*, do inc. IV do art. 40 da lei citada, a que êle "incorporador" teria direito, teriam por limite 10% do capital social, cf. estabelecido no art. 129, letra *d*, da mesma lei".

.....

"Na Assembléia Geral de Constituição realizada em Florianópolis, dia 29/3/66, o Dr. Osmar Dutra entregou ao Presidente da SIDESC, um recibo da importância de Cr$ 1.011.666,500 (hum bilhão, onze milhões, seiscentos e sessenta e seis mil e quinhentos cruzeiros), referente à parte do percentual de 10% (dez por cento) sôbre o capital social e destinado, segundo o prospecto de lançamento e pelo primitivo projeto do estatuto, ao atendimento dos atos constitutivos da referida sociedade".

Como se pode ver no relatório inicial da CGI apresentado pelo impetrante como o doc. n.º 11 nas fls. 47 e seguintes, referente às declarações de

impôsto de renda do Dr. Osmar Dutra, o mesmo na declaração do exercício de 1967, ano-base de 1966, apresentou notável alteração nos rendimentos (fls. 48), acrescentando aos normais:

	NCr$
Retiradas da Siderúrgica Santa Catarina S. A.	5.000,00
Corretagem paga pela Siderúrgica de Santa Catarina S. A.	625.594,35
Total	630.594,35

Lançou ainda nessa declaração de bens as seguintes observações:

"Observações — Os rendimentos de Osmar Dutra — Incorporador, serão declarados, por fôrça do Decreto número 60.100, de 20/1/67, que aprovou os atos constitutivos da Siderúrgica de Santa Catarina S. A. — SIDESC, no próximo ano (exercício de 1968). Brasília, 22/5/67". No entanto, o Dr. Osmar Dutra já havia em 1967 auferido a importância mencionada no ata da Assembléia Geral, realizada em 29 de março de 1969. Por isso, seu patrimônio cresceu vertiginosamente (cf. fls. 49 — doc. n.º 1). Na declaração do ano seguinte, exercício 67 ano-base 67, o Dr. Osmar Dutra indicou, como rendimento da cédula H, em razão da incorporação, o rendimento de ..... NCr$ 1.016.623,25 (hum milhão, dezesseis mil e seiscentos e vinte três cruzeiros e vinte e cinco centavos), pago pelos acionistas da Siderúrgica de Santa Catarina S. A. — SIDESC. Dessa importância deduziu ..... NCr$ 939.95090 (novecentos e trinta e nove mil, novecentos e cinqüenta cruzeiros novos e noventa centavos), restando um rendimento líquido cedular de NCr$ 776.672,35 (setecentos e setenta e seis mil e seiscentos e setenta e dois cruzeiros novos e trinta e cinco centavos). Entre as deduções, fêz constar NCr$ 635.573,25 (seiscentos e trinta e cinco mil e quinhentos e setenta e três cruzeiros novos e vinte e cinco centavos), correspondentes à *corretagem* que Osmar Dutra — incorporador teria pago a Osmar Dutra — corretor. Ora, além das fraudes fiscais que êsse procedimento revela, é fora de dúvida haver o representante da União nos atos constitutivos de uma sociedade de economia mista, instituindo-se incorporador da mesma, acrescentado a seu patrimônio vultosa importância, a título de remuneração paga pelos acionistas, entre os quais a União daquela sociedade.

Noticia o mencionado relatório da CGI — doc. 11 — a fls. 60 e seguintes uma petição dirigida pelo Dr. Osmar Dutra à Comissão instituída pelo Ministério do Trabalho para lhe tomar as contas pela qual êle reclama não só o complemento dos 10% do capital social no montante de ..... NCr$ 983.376,75 (novecentos e oitenta e três mil e trezentos e setenta e seis cruzeiros novos e setenta e cinco centavos), como também, o valor das despesas que realizou (NCr$ 37.607,30 — trinta e sete mil e seiscentos e sete cruzeiros novos e trinta centavos). E ainda pleiteia mais NCr$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros novos), a título de honorários advocatícios".

.....

"Se o Dr. Osmar Dutra, na qualidade de representante da União, exercia função pública, é fora de dúvida que, para efeito do Código Penal (art. 327) é considerado funcionário público, e pode ser agente do crime de peculato, tipificado no art. 312 do mesmo diploma:

Seu enriquecimento é ilícito, por suas razões principais:

a) não podia, como deputado federal que era, desde a expedição do diploma, afirmar ou manter contrato com sociedade de economia mista; e, aceitar ou exercer cargo, função ou emprêgo remunerado em sociedade de

economia mista (cf. art. 34, I, *a* e *b*, da Constituição, que reproduz normas já existentes nas Leis Maiores de 1946 e 1967;

b) recebeu, em razão da sua função, dinheiro público para subscrever, em nome da União, ações da SIDESC, e reteve em seu poder parte do dinheiro, apropriando-se do mesmo e somando-o ao seu patrimônio, a título de remuneração a incorporador, que não era, ou a título de corretagens, que não podia realizar. Assim agindo, apropriou-se na qualidade de funcionário público (por fôrça do art. 327 do Código Penal) de dinheiro, de que tinha a posse. Incurso está, pois, no art. 112 do Código Penal, que define o crime de peculato.

A absoluta falta de amparo legal, com que o Dr. Osmar Dutra enriqueceu-se, apropriando-se indevidamente de parte do dinreiro da União destinado a subscrição de ações, como se fôsse incorporador, quando era mero representante da União, é evidente. Pretendeu mesmo obter o complemento dos 10% do capital social da emprêsa, com o que a mesma ainda lhe ficaria devendo mais aproximadamente um milhão de cruzeiros novos. Pretendeu ainda, mais dois milhões de cruzeiros novos, a título de honorários advocatícios. A respeito dessas chocantes ilegalidades são mencionados, no relatório de fls. 45 e seguintes, diversos pareceres, inclusive o do eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, em consulta formulada pela SIDESC, que é concludente e definitivo..."

II. O Ato Institucional n.º 5, de 13/12/68, dispõe:

"Art. 8.º O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quanto tenham enriquecido, ilìcitamente, no exercício de cargos ou função pública, inclusive de autarquias, emprêsas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único. Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á a sua restituição".

Por outro lado, determina o Ato Complementar n.º 42 de 27/1/69:

"Art. 7.º O Presidente da República, após investigação, poderá decretar o confisco de bens de pessoa natural ou jurídica que, em relações de qualquer natureza, com a Administração, da União, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios autarquias, emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelos podêres públicos, associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, se haja enriquecido, ilìcitamente, com bens, dinheiro ou valôres,, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Art. 2.º Considera-se enrqiuecimento ilícito o que resultar de:

I. vantagem ou benefício auferido ilìcitamente, na qualidade de diretor, gerente, superintendente, administrador, sócio ou empregado das entidades mencionadas no art. 1.º, ou outras que se mantenham, no todo ou em parte, mediante contribuições periódicas, populares.

Art. 3.º Os bens confiscados de acôrdo com êste Ato Complementar serão incorporados ao Patrimônio da entidade jurídica prejudicada com o enriquecimento ilícito e, se nenhum tiver sido, ao da União".

Finalmente reza o art. 181, da Constituição Federal, na redação da Emenda n.º 1, de 1969:

"Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comendo Supremo da Revolução de 31/3/64, assim como:

I. os atos do Govêrno Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem

como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional n.º 12, de 31/8/69."

III. Não conheço da impetração pela indenidade do art. 181 da Constituição Federal. Do ponto de vista formal, o ato do Sr. Presidente da República obedeceu à forma da lei, especialmente o Decreto-lei n.º 359, de 17/12/68. Houve garantia de defesa do cidadão atingido pelo confisco. Além disso, a matéria de prova complexa transcende dos limites do mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Bilac Pinto — Sr. Presidente conheço do pedido.

E dêle conheço especialmente porque desejo discutir o mérito do mandado de segurança.

A questão jurídica suscitada pelo impetrante se insere no contexto do direito administrativo e está intimamente vinculada aos princípios éticos que comandam o comportamento de quantos se propõem servir ao Estado.

O direito administrativo é històricamente um direito não escrito, sòmente alguns dos seus institutos estão sistemàticamente regulados por lei. Êle é constituído em sua maior extensão por leis esparsas, regulamentos praxes ou regras administrativas.

Outra característica do direito administrativo é a de ser um direito predominantemente pretoriano, por isso que os casos por êle regulados surgem, quase sempre, no comércio jurídico, sem que as leis os tenham previsto. Aos juízes e sobretudo aos juízes especializados tem cabido, em tôda parte, formular as normas e os princípios que, ordenados pelos jurisconsultos, contribuem para formar os diversos sistemas de direito administrativo.

No enquadramento da hipótese no direito administrativo, não poderemos esquecer que as normas ou praxes aplicáveis têm tôdas um conteúdo ético subjacente que lhes dá relêvo singular.

Aliás, no estado moderno, a ética passou a assumir importância decisiva, tanto na política, como na Administração.

Para que se avalie o relêvo do componente ético, no comportamento de homens públicos e administradores, bastaria atentar à numerosa bibliografia dedicada ao tema:

George Adams Graham, Morality in American Politics, *New York, Random House, 1952, 337 p.; Paul H. Appleby*, Morality and Administration in Democratic Government, *Louisiana State University, 1952; Paul H. Douglas*, Ethics in Government, *Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1952; Herbert William Schneider*, Three Dimensions of Public Morality, *Ind. Univ. Press, Bloomington, 1956; F. J. Connel*, Morality and Government, *National Council of Catholic Men. Washington, D. C., 1949; W. J. King*, Moral Aspects of Dishonesty in Public Office, *Catholic University of America; R. C. Wood, "Ethics in Government as a Problem in Executive Management" (Investigative procedures and facilities to combat corruption in public administration), in* Public Administration Review, *vol. 15. p. 1-7, Winter, 1955; Phillip Monypenny, "The Control of Ethical Standards in the Public Service", in* Annals of the American Academy of Political and Social Sciences, *January, 1955; Phillip Monypenny, "A Code of Ethics a Mean of Controlling Administrative Conduct", in* Public Administration Review, *vol. 13, n.º 3 (Summer, 1953), p. 187; Friedrich Wilhelm Foerster*, Politische Ethik, *4.ª ed., Recklinghausen, Paulus-Verlag, 1956, 344 p.; B. H. Wilson*, Congress: Corruption and Compromise, *Rinchart & Co. Inc., New York & Toronto, 1951.*

O que determinou a valoração ética da conduta de políticos e administra-

dores foi a crescente intervenção do estado na ordem econômica e no domínio social.

Para que o desempenho da tarefa intervencionista se operasse eficazmente, tendo em vista seu objetivo final, que é o de assegurar melhores condições econômicas e sociais para o povo, tornou-se necessária a criação de *standards* de conduta que, embora não compendiados em leis, representam um acervo de normas éticas que devem ser rigorosamente observadas.

O alto grau de autonomia e discricionalidade conferido aos novos instrumentos de ação estatal, para que pudessem funcionar com prontidão e eficácia passou a exigir que sua gestão fôsse confiada a homens incorruptíveis e perfeitamente identificados com os objetivos do estado.

Feita esta introdução passamos a situar a hipótese dos autos no contexto do direito administrativo brasileiro.

A Siderúrgica de Santa Catarina não é a primeira sociedade de economia mista incorporada pelo Govêrno Federal.

Numerosas outras já o foram, e algumas delas de muito maior importância. Não tenho conhecimento, Sr. Presidente, de que qualquer dos incorporadores se tenha atribuído remuneração por êste trabalho.

Êsse encargo sempre foi considerado por aquêles que o receberam como delegação da mais alta confiança política, cuja primeira condição era a ausência de remuneração especial.

Êsses antecedentes constituem um conjunto de normas não escritos de direito administrativo que regulam as relações do estado com os delegados a quem cometeu a tarefa insigne de incorporar sociedades de economia mista.

O impetrante, esquecido dêsses precedentes carregados de conteúdo ético, foi buscar no art. 129, letra *a*, da Lei das Sociedades por Ações, o duvidoso apoio para a iniciativa de se fazer creditar por certa percentagem, como incorporador de sociedade de economia mista, de capital quase totalmente estatal.

Tal dispositivo legal, que aliás não contém autorização para que o incorporador se credite por honorários, é de todo em todo inaplicável, na significação que dêle abusivamente extraiu o impetrante, quando se trate de delegação do Estado para a incorporação de sociedade de economia mista.

Há outro vício insanável na sua resolução de se atribuir tal vantagem, que é a ausência de norma de competência.

Em direito público, os agentes do Estado sòmente podem praticar atos para os quais tenham recebido da lei uma delegação de competência.

A lição de Kelsen, na sua *General Theory of Law and State* (ed. 1949, p. 264) a propósito da tese acima enunciada, é peremptória:

"Um indivíduo age como órgão do Estado sòmente enquanto atua mediante a autorização de alguma norma válida.

Esta é a diferença entre o indivíduo e o estado como pessoas atuantes, isto é, entre o indivíduo agindo como pessoa privada e o indivíduo agindo como órgão do estado.

O indivíduo que não age como órgão do estado pode fazer tudo o que não seja proibido pela ordem legal, enquanto que o estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do estado pode fazer apenas aquilo que ordem legal o autorize a fazer.

Do ponto de vista da técnica legal, portanto, é supérfluo estatuir proibições para um órgão do estado.

Basta não autorizá-lo.

Se o indivíduo age sem a autorização da ordem legal, êle não está mais agindo como órgão do estado. Seu ato é ilegal pela simples razão de que não está apoiado por nenhuma autorização

legal. Não é necessário que o ato seja proibido por uma norma negal.

Só é necessário proibir a um órgão a prática de certos atos quando se deseja restingir uma anterior autorização.

A Constituição, por exemplo, normalmente concede ao órgão Legislativo uma competência ilimitada para criar normas gerais. Para impedir, entretanto, a criação, pelo órgão Legislativo, de normas de certa espécie, a Constituição proíbe, explìcitafente a sua criação.

Os órgãos dos Podêres Executivo e Judiciário, por outro lado, não têm, normalmente, competência ilimitada para criar normas individuais.

Êles são ùnicamente autorizados a executar as leis e as normas de direito costumeiro.

Ainda que a Constituição não proibisse os órgão Executivo e Judiciário de exigir uma fiança excessiva, de impor uma multa imoderada ou de infligir punições cruéis e extraordinárias, êstes órgãos não poderiam praticar legalmente quaisquer dos atos enumerados, a menos que para isso estivessem autorizados por uma lei ou por uma regra de direito costumeiro".

Nenhuma norma legal de direito público atribuía ao impetrante competência para se fazer pagar por seus serviços de incorporador da sociedade de economia mista.

Ao praticar tal ato, sem que houvesse uma outorga de competência, cometeu abuso de direito.

A matéria jurídica com que nos defrontamos neste mandado de segurança tem, como estamos vendo, importante conteúdo ético.

Os Estados Unidos podem ser apontados como o país que vem enfrentando com maior decisão o problema da moralidade na política e na administração pública.

Em quase todos os Departamentos do Govêrno da União, que correspondem aos nossos Ministérios, nas Comissões que desempenham funções quase-jurisprudenciais, e em outros setores do Govêrno, são fixados *standards* de conduta para seus servidores e funcionários, que descem a detalhes, com o propósito de estabelecer princípios éticos de conduta. Algumas Assembléias Legislativas estaduais têm o seu próprio Código de Ética.

Quando exercia atividade política, sempre me preocupei com êsse problema, tendo sido o autor do projeto que se transformou na Lei n.º 3.502, de 21/12/58, que regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função.

Na elaboração dêsse projeto estudei demoradamente todos os casos conhecidos de enriquecimento ilícito, para darlhes corretivo. Dentre êles não encontrei um sequer de delegado do Govêrno, incumbido de incorporar uma sociedade anônima, que se tivesse enriquecido ilìcitomente.

Essa a razão pela qual naquela lei não figura a hipótese de que dá notícia êste mandado de segurança.

O impetrante recebeu de uma Revolução que tinha o grave compromisso de restaurar a moralidade administrativa delegação honrosíssima, qual seja a de servir ao País e a seu próprio estado, na incorporação da Siderúrgica de Santa Catarina.

No desempenho dessa missão, que deveria proporcionar-lhe o reconhecimento público, o impetrante desatendeu às normas administrativas tradicionais e foi buscar na lei de sociedades por ações, evidentemente inaplicável, a regra que duvidosìssimamente lhe permitiria enriquecer-se ilìcitamente, cometendo com isso um abuso de confiança contra a Revolução.

Daí por que a sanção sobreveio, com o decreto que confiscou seus bens e que representou punição para o vício de seu comportamento, caracterizado pela

ausência daquela sensibilidade moral que tiveram todos os que o antecederam em missões idênitcas.

O confisco de seus bens, nos têrmos do Ato Complementar n.º 42, de 27 de janeiro de 1969, está fundado no direito e na Justiça, como sanção exemplar.

Entendo, porém, que tal sanção não deve exceder o enriquecimento ilícito obtido. Por isso concedo, em parte, a segurança para que sejam devolvidos ao impetrante os bens que excederem àquele.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Thompson Flores — Sr. Presidente.

O ponto alto da relação discutida reside na exegese que se venha a dar ao art. 181, I, da Constituição vigente, repetindo o que dispunha a Carta anterior, art. 173, I.

A respeito dêsses enunciados, já proferi voto, pelo menos, duas vêzes neste Plenário.

Não atribuo sentido absoluto a tais preceitos, arrebatando indistintamente o conhecimento do Poder Judiciário dos atos expedidos pelo Govêrno Revolucionário, nas fases ali previstas.

Certo, estão cobertos pelo manto da aprovação constitucional os otos *políticos*, no sentido próprio do têrmo, ou os que, com êles, conectos, por óbvias razões. Meu pensamento, nesse passo, concilia-se, em parte, com o que também ensejou votos do eminente Ministro Luiz Gallotti.

Reservo-me para o exame de cada caso, inspirado naquele princípio: a natureza do ato.

Aqui não posso negar o conteúdo político, pelas próprias razões que o determinaram.

É o suficiente para arrebatar o conhecimento do mandado, *data venia* do voto do eminente Ministro Bilac Pinto.

Todavia, se pudesse conhecer do *writ*, tenho que o resultado não seria melhor.

Os fatos, como salientou o eminente Relator, são complexos, demandando provas e sua discussão; em outras palavras, demandam alta indagação. Não se conciliam tais pressupostos com a índole do mandado, onde a matéria de fato deve ser de certeza absoluta.

Em conclusão, como o eminente Relator, e pedindo vênia ao eminente Ministro Bilac Pinto, não conheço do mandado.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Amaral Santos — Sr. Presidente, não é a primeira vez que tenho votado que atos idênticos estão cobertos pelo art. 181 da Constituição.

Acompanho V. Exa.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Barros Monteiro — Sr. Presidente, ainda que se entendesse não se achar o ato impugnado excluído de apreciação do Poder Judiciário, nos têrmos do art. 181, da Emenda Constitucional de 69, parece-me evidente que líquido e certa não se apresenta o direito a ques e arroga o impetrante, dada a complexidade da matéria de fato ligada à impetração.

Em que pese, pois, à brilhante sustentação do ilustre Professor que patrocina a causa do requerente, acompanho o voto de V. Exa., não conhecendo do pedido.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso — Sr. Presidente, também não conheço. Entendo que estamos impedidos de conhecer, segundo resultou bem claro do debate.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Djaci Falcão — Sr. Presidente, também tenho para mim que o ato impugnado foge ao contrôle jurisdicional, nos têrmos do inciso I, do art. 181, da Constituição em vigor. E quando assim não fôsse, ante a complexidade da matéria de fato, seria inidôneo o mandado de segurança, para o deslinde da questão suscitada pelo requerente.

Aocmpanho V. Exa.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Eloy da Rocha — Sr. Presidente, não conheço do mandado de segurança, em atenção tanto ao art. 181, inc. I, da Constituição, como ao art. 153, § 21, êste sôbre a garantia do mandado de segurança. Não se apresenta, no caso, direito líquido e certo do impetrante.

EXTRATO DA ATA

MS 19.839 — DF — Rel., Ministro Aliomar Baleeiro. Reqte., Osmar Dutro (Advs., Philomeno Joaquim da Costa e outro). Recdo., Exmo. Sr. Presidente da República.

Decisão: Contra o voto do Ministro Bilac Pinto, que conhecia e deferia, em parte, para restituição da diferença a mais entre o valor dos bens confiscados e o *quantum* do enriquecimento indébito, não conheceram. Falou o Prof. Philomeno Joaquim da Costa, pelo requerente, o Prof. Xavier de Albuquerque, Procurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal.

Presidência do Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, Vice-Presidente, na ausência justificada do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Eloy da Rocha, Djoci Falcão, Adaucto Cardoso, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores e Bilac Pinto.