

006/97

0363



Assunto:

DIREITO ADMINISTRATIVO

DOCTRINA

SUPLEMENTO - JAN/97

PÁGINA 9

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Ivez Gandra da Silva Martins\*

Desde a Constituição de 1988, reabriu-se a discussão entre constitucionalistas, administrativistas e tributaristas sobre a extensão do princípio da moralidade administrativa em nosso ordenamento, em face do disposto no artigo 37, *caput*, e seu § 6º, ambos assim redigidos:

"A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e, também, ao seguinte:

...

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos *responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*" (grifos meus).

Muito embora o princípio da moralidade administrativa já fosse aceito pela doutrina e pela jurisprudência pátria, à luz da lição de Hauriou encampada por todos os juristas, no país e fora, o certo é que, pela primeira vez, um texto constitucional tem o princípio fundamental da Administração, a moralidade, ao lado da legalidade, impessoalidade e publicidade.

Toda a questão que se coloca, todavia, é saber o que, de rigor, o princípio hospeda. Apenas a moralidade formal, o que vale dizer, a "moralidade legal", ou a moralidade mais ampla, ou seja, a "moralidade material", que todo o sistema jurídico deve ter?

Não obstante ser a expressão "moralidade material" pouca técnica, permite, todavia, que se compreenda que há uma moral que deve informar todo o direito, independentemente da norma escrita, e que a autoridade encarregada de interpretá-la ou executá-la não pode esquecer.

No julgamento de Nuremberg, à luz de uma "moralidade formal", nenhum daqueles criminosos de guerra teriam sido condenados, pois obedeciam estritamente à "lei formal" de seu país e, se tudo o que é legal é moral, à evidência, estariam agindo estritamente nos limites da "moral formal" dos positivistas.

O Tribunal de Nuremberg, entretanto, em 1º de outubro de 1946, condenou mais de uma dezena destes "cumpridores das leis formais do nazismo", por violação a princípios de direito natural, que devem conformar toda a ordem jurídica, dando-lhe o desenho ético, ou seja, a moralidade de convivência em sociedade.

Parece-me que é desta moralidade que cuidou o constituinte brasileiro, impondo ao administrador princípios, que não podem ser distorcidos pela legislação, principalmente aquela feita "pro domo sua" pelos agentes da Administração.

Ora, no campo do direito tributário, não poucas vezes a responsabilidade do Estado por ferimento ao princípio da moralidade, tem sido detectada, visto que, nas relações entre o Estado e ao cidadão — ou, na infeliz expressão do direito brasileiro, entre o administrador e o administrado — a teoria de dois pesos e duas medidas é prevalecente, com generosa tendência dos administradores públicos de não respeitarem a Ética, quando o interesse é do Estado.

Assim, não poucas vezes, o Poder Público contrata, não paga e exige o tributo sobre aquela operação em que é inadimplente, obtendo um duplo benefício (mercadoria ou serviço "sem ônus" e tributo incidente sobre a operação) e gerando um duplo prejuízo ao contribuinte (prestação onerosa de serviços ou fornecimento de mercadorias sem reembolso e pagamento de tributo, que deveria ser adimplido com o pagamento do fornecimento de mercadorias ou prestação de serviços, independente do recebimento do preço).

Não poucas vezes, exige, o Governo, correção monetária nos débitos dos contribuintes e nega-se a pagar o que arrecadou indevidamente, com correção monetária.

Não poucas vezes, o Governo insiste em discutir questões já pacificadas no Judiciário, apenas para retardar pagamentos que deveria ter feito aos cidadãos, por variados motivos.

Não poucas vezes, pela inadimplência, nega-se o Governo a pagar o que deve, gerando prejuízos incalculáveis ao cidadão, sob a única alegação de dificuldades financeiras, na maior parte decorrentes de malbaratação de recursos públicos, e sem perceber que descompassa a gestão das empresas que negociaram com o Estado e nele confiaram.

Não poucas vezes, a própria lei viola a moralidade ao distorcer os conceitos consagrados na Constituição, como faz a Lei Complementar nº 87/96, ao estabelecer que a "imediate e preferencial restituição" da quantia paga indevidamente, prevista, na hipótese de não-ocorrência do fato gerador presumido, pelo § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, deve ser entendida como em 90 dias!!!

Sempre que ocorrem ações dessa natureza — com o Poder Público sustentando, pelo seu "departamento de compras", o direito de discutir, nos limites da lei, as pendências ou atrasos envolvendo o cumprimento de suas obrigações con-

tratuais, mas exigindo de seus credores a adimplência de tributo, pelo "departamento de execuções" — o princípio da moralidade é tisonado e a lesão causada implica, a meu ver, a necessidade de ressarcimento, que poderá ser exigido, posteriormente, ao próprio Estado e, em ação de regresso, ao administrador público, em casos de dolo ou culpa.

E tais ações de ressarcimento ou de regresso são imprescritíveis, conforme estatuído no § 5º do artigo 36 da Constituição Federal, assim redigido:

"A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*" (grifos meus).

Tenho para mim que o princípio da moralidade administrativa não é apenas formal, mas material. O uso abusivo da forma por parte do Poder Público para justificar ações aéticas, no plano moral, fere o princípio da moralidade e devem ser, Estado e seus agentes, punidos exemplarmente sempre que isto ocorra.

Creio que os juristas mais deveriam se debruçar sobre a matéria, pois, a meu ver, a estabilidade da democracia reside em ser o Estado ético.

---

\* Professor Emérito das Universidades Mackenzie e Paulista e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia e do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.