Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 38 – Abril/Maio/Junho de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA MORALIDADE – UMA ABORDAGEM APOIADA NO ELEMENTO ALTERIDADE

Marco Aurelio Greco
Advogado – Doutor em Direito.

1.- Introdução

O tema da moralidade tributária tem preocupado a doutrina nacional e estrangeira. Estudos aprofundados sobre o tema são encontrados na doutrina mais recente, e diversos são os aspectos importantes que têm merecido sua atenção. Sobre ele, por exemplo, ocupou-se RICARDO LOBO TORRES no seu *Ética e Justiça Tributária*.[1] Na doutrina estrangeira, além de outros, merece destaque o livro de KLAUS TIPKE, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*,[2] em que o tema é examinado da perspectiva do legislador, do administrador e do próprio contribuinte, suscitando debates relevantíssimos, como, por exemplo, dentre outros, a relação entre a moralidade tributária e o princípio da capacidade contributiva.

Este estudo não pretende desenvolver um exame abrangente do tema nos seus diversos aspectos. Seu propósito é bem mais modesto. Visa apenas a trazer para o debate um único aspecto, aquele consistente na relevância do elemento alteridade (a visão a partir do "outro") para o equacionamento das principais questões que cercam o tema.

Para tanto vou dividir a exposição em duas partes. Na primeira parte, tentarei extrair o significado do princípio da moralidade previsto no art. 37 da Constituição Federal. Vale dizer, o que ele significa e o que se pode extrair dessa previsão constitucional. Na segunda parte, examinarei a diferença que, a meu ver, existe entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade moral, buscando realçar por que estas duas figuras são diferentes, e em que medida se opõem ou complementam. Para isso, precisarei interligar os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, que são três princípios também previstos no art. 37 da Constituição Federal.

[1] No volume coletivo de Estudos em Homenagem a Brandão Machado, coordenado por Luís Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilveti, ed. Dialética, São Paulo, 1998.
[2] Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, Tradução de Pedro M. Herrera Molina.

O presente estudo tem caráter eminentemente teórico e dele não fará parte o exame de casos concretos, embora esta perspectiva seja outra dimensão de análise igualmente importante. Com a presente análise, pretendo desenvolver uma linha de pensamento à luz da teoria e da filosofia sem com isto descurar da possibilidade de extrair conseqüências práticas da abordagem.

2.- Ainda os princípios

Diversamente das regras – que correspondem a pautas de qualificação de condutas concretas que, não sendo seguidas, implicam violação – os princípios têm a feição de diretrizes amplas e valores básicos que devem ser levados em consideração na tomada de decisão e na ponderação das situações, para o fim de definir a conduta a ser seguida.[3]

Analisar princípios, portanto, é menos examinar condutas concretas e mais buscar encontrar o caminho para o exercício de certa atividade ou realização de certa conduta, caminho que será definido pela graduação que for adotada para a ponderação de cada um dos princípios.

Como tal, os princípios, diferentemente das regras, assumem capital importância na interpretação do ordenamento positivo, pois compõem a sua tessitura, com o que interferem na compreensão e aplicação do Direito. Ademais, exercem a função de verdadeiras regras de calibração do sistema jurídico, visando assegurar a sua imperatividade.

Legalidade, moralidade e impessoalidade são princípios que mutuamente se implicam; todos formam o perfil definido pela Constituição para a maneira de ser da atuação administrativa. Agir administrativamente deve ser agir atendendo à legalidade, à moralidade e à impessoalidade.

Tais princípios têm merecido constante exame pela doutrina,[4] não sendo o caso de reproduzir amplamente suas considerações, porém, alguns aspectos específicos devem ser sublinhados, pois iluminam o contexto em que se insere o presente estudo.

3.- Moralidade no contexto da CF/88

O princípio da moralidade administrativa tem sido objeto de estudo pela doutrina, especialmente depois da promulgação da Constituição de 1988 que o consagrou expressamente no *caput* do seu artigo 37.[5] Seu exame, muitas vezes é feito sob a luz de uma concepção filosófica de origem kantiana[6] que assume como ponto de partida uma ontologia básica da qual resulta uma visão "idealista" de Moral.

O primeiro ponto a referir, quando se trata de moralidade, é de que esta é uma previsão nova na Constituição Federal, posto que não existia nas Constituições anteriores. Isto é óbvio, mas o óbvio, às vezes, necessita de uma advertência prévia

[3] Ronald Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1982, págs. 108 e 94.
[4] Para um amplo exame destes princípios, acompanhado de diversas referências bibliográficas, veja-se Celso Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, em conjunto com Ives Gandra da Silva Martins, 3º volume, tomo III, pág. 23 e segs. Em matéria tributária, a moralidade foi, inclusive, tema específico do XXI Simpósio de Direito Tributário.
[5] Para um rol de estudos a respeito, vejam-se as referências contidas no texto de Celso Bastos referido *supra*.
[6] Veja-se a expressa invocação feita neste sentido por Celso Bastos.

do tipo "irei falar o óbvio". A decorrência principal desta constatação é a de que, na medida em que a Constituição consagra o princípio da moralidade, não é possível interpretar a Constituição e nem pretender aplicá-la, sem levar em conta esse princípio.

Por um lado, não se pode afirmar que o tema não seria jurídico posto que a Moral estaria fora do Direito. Esta postura é incompatível com o Texto Constitucional, posto que ele contempla expressamente o princípio, donde não se pode negar seu caráter jurídico positivo. Também não é suficiente afirmar que o agir no Direito deve ser um "agir moral".

A dificuldade é determinar o significado jurídico que o princípio possui. Há quem sustente que o princípio da moralidade é mera referência, em grande medida etérea, dentro da Constituição, e que pouco pode dele se extrair. Seria mais uma sugestão ou recomendação, do que propriamente uma determinação concreta voltada à ação administrativa.

Por outro lado, não me parece pertinente afirmar, pura e simplesmente, que a moralidade se reduz à legalidade, porque se ela se reconduzisse à legalidade tal referência não precisaria constar da Constituição.

Todo princípio constitucional corresponde a uma diretriz ou previsão positiva em determinada direção. O princípio indica a estrada pela qual devemos caminhar, diversamente do que ocorre com as regras, pois estas irão dizer se temos de obedecer uma velocidade mínima ou máxima, se devemos trafegar pela direita ou pela esquerda, e assim por diante. Então, dizer que a Constituição consagra um princípio, significa dizer que ela consagra uma diretriz positiva a ser seguida na ação da Administração Pública. Como todo princípio, ele deve ser levado em conta na tomada de decisão administrativa, embora a circunstância de eventualmente não prevalecer em determinado caso concreto não significará que ele tenha sido violado.

Qual, então, o significado do princípio da moralidade? Penso ser útil proceder a uma distinção entre moralidade e moralismo, e, a partir daí, acentuar que o princípio é da moralidade administrativa, mas não de um moralismo administrativo. Ou seja, a Constituição exige moralidade, sem que isto signifique cair num moralismo.

4.- Moralidade sem moralismo

O princípio da moralidade tem sido visto sob a luz de uma concepção filosófica de origem kantiana[7] que assume como ponto de partida uma ontologia básica da qual resulta uma visão "idealista" de Moral. Vale dizer, segundo esta concepção, o ponto de partida do conhecimento é o "ser" (no caso, o Ser Humano). Assume-se que esta compreensão somente pode se dar mediante a utilização de conceitos fundamentais inafastáveis e que resultam da própria natureza das coisas (os "a priori") e o conhecimento se desenvolve identificando as características e qualidades deste "ser".

Desta ótica, surgem, então, a identificação de "razão" e "vontade" como elementos do "Ser Humano"; destes conceitos se extrai, por exemplo, a idéia de que o Direito é o fruto de um "ato de vontade" e de que a "racionalidade", em última

[7] Veja-se a expressa invocação feita neste sentido por Celso Bastos.

análise, resultaria num poder sobre o objeto, ao exigir-se dele a compatibilidade com a natureza das coisas etc.

Desta ótica, resulta também, a separação clássica entre Direito e Moral no sentido de que aquele regularia a conduta do Ser Humano em seus aspectos externos, enquanto a Moral se voltaria para os aspectos internos. De forma singela, poder-se-ia dizer que, para esta visão idealista, o Ser Humano "tem" uma Moral.

> Esta visão kantiana deu à Moral uma feição semelhante ao Direito, na medida em que ela seria igualmente formada por um conjunto de regras e pautas de conduta. Neste contexto, moralidade passou a ser vista como um conjunto de padrões mais rigorosos que os jurídicos, como uma sobreposição de restrições, além daquelas que já resultassem das normas jurídicas. Não é raro ouvir-se a frase: "não basta ser jurídico, é preciso ser moral"; frase utilizada no sentido de vetar condutas admitidas pelo ordenamento jurídico a partir de uma concepção prévia destes "padrões" morais que deveriam informar a conduta do Ser Humano.

Neste contexto, um comportamento imoral suporia um "desrespeito" a este conjunto de padrões prévios e imperativos.

A distinção entre moralidade e moralismo apóia-se numa diferença de concepção quanto à postura do homem perante o mundo. Moralismo – na acepção que estou dando no presente estudo – corresponde à atitude consistente em reduzir o debate sobre a moralidade a um rol de pautas de condutas concretas a serem realizadas. Ou seja, a moralidade deixaria de ser uma questão de postura perante a realidade para ser o cumprimento de normas ou códigos de conduta pré-definidas aos destinatários que, pelo seu próprio caráter abstrato e prévio, se distancia das circunstâncias que cercam o caso concreto diante do qual o agente público deve decidir.

Esta distinção entre moralidade e moralismo resulta de distintas concepções filosóficas. Destaco duas visões filosóficas distintas, as quais, embora estejam ambas preocupadas com o comportamento humano, apresentam uma diversidade de postura que pode fazer com que a moralidade se reduza a um moralismo. A primeira vem dos ensinamentos de Kant (aqui já referido) e parte da idéia de separação entre homem e mundo, entre sujeito e objeto, e parte da idéia de que todo conhecimento tem de se iniciar a partir de um determinado "Ser". Conhecer é conhecer um "ente". Conhecer o homem, conhecer a conduta, conhecer o objeto, conhecer, em última análise, um "ser", partindo da premissa de que o homem distingue-se do seu objeto; dele se distancia. Na visão Kantiana, na medida em que o ponto de partida é o conhecimento do ser, isto leva ao predomínio de uma ontologia, que é a parte da filosofia que se dedica ao conhecimento dos seres, sejam viventes, sejam ideais, etc.. O que isso traz de conseqüências?

Isto traz importantes conseqüências, pois se o objeto se distingue do sujeito e tem vida autônoma que não se confunde com o sujeito, então discutir sobre determinado assunto é buscar discutir a natureza das coisas. É muito comum na área jurídica, quando se fala sobre tributo, automaticamente discutir a natureza jurídica de determinado instituto. Quando alguém vai realizar uma análise econômica, questiona-se a natureza econômica de determinada relação etc. Quando se está preocupado com a natureza de alguma coisa, está-se preocupado com a essência daquele objeto, a essência daquele ser. Todas estas são posturas tipicamente Kantianas.

Na medida em que (vou me concentrar apenas no tema da moralidade e no tema da conduta) a análise parte de uma essência, falar em moral significa identificar uma determinada essência. Ou seja, falar em moralidade significa definir uma determinada essência. “Isto é moral”, ou “moral é isto”. Isto provoca o surgimento de pautas, tabelas de conduta: “posso fazer isso, não posso fazer aquilo; devo fazer isso, não devo fazer aquilo; a conduta tal é moral, a conduta tal não é moral”. A partir desta visão, tem sentido a previsão de uma tábua de comportamentos e o surgimento de regras específicas de conduta. Isto instaura o que denomino de “moralismo”. É como se alguém quisesse montar um código de moralidade, como existe um Código Civil, um Código Tributário, um Código Penal, e assim por diante.

Não se nega a importância da existência de pautas de conduta a serem seguidas pela Administração Pública, porém não se pode negar que, ao assim ser, a questão deixa de ser propriamente sobre Moral, para ser de aplicação do Direito (as normas positivas de conduta, que veicularam tais pautas). Também não se pode deixar de mencionar que a Moral não é questão de atribuição de competência jurídica a quem quer que seja. Tais pautas são relevantes e é conveniente que existam, mais como a estratificação de experiências vividas do que como únicos comportamentos adequados em quaisquer circunstâncias.

Esta é a maneira pela qual é freqüente ver tratado o tema da moralidade administrativa, mas esta postura provoca diversas conseqüências altamente críticas.

Primeiro: quem vai dizer qual o padrão de conduta a ser realizado? Se o tema é definir conduta, a primeira pergunta é: quem vai dizer qual a conduta adequada? Algum ser inspirado vai enumerar as condutas que são consideradas morais e quais não o são?

Segundo: aquele que vai definir as pautas de conduta será alguém que estará fora do mundo, fora do contexto concreto. Com efeito, na medida em que a premissa filosófica é a de que o homem está separado do mundo (objeto), então ele está fora do referido mundo; por decorrência ele estará fora da relação individual, concreta, que estará efetivamente ocorrendo. Sucede que esta é a situação concreta que vai pedir uma determinada atitude, uma determinada ação do administrador tributário.

Terceiro: na medida em que se estabelece uma pauta de condutas, isto vai ensejar um reforço da eficácia desta pauta, no seguinte sentido: não basta dizer que o comportamento moral tem que se dar através de uma lista de atitudes, é preciso que esta lista de atitudes esteja reforçada mediante uma responsabilização de alguém se aquele conjunto de atitudes não for seguido. Ou seja, para que a pauta de condutas seja operativa há necessidade de sancionar seu descumprimento (de acordo com o modelo jurídico clássico: dever - infração - sanção).

Quarto: de onde virá este conjunto de previsões? Virá de uma visão religiosa, política, constitucional, de uma determinada autoridade, de uma determinada pessoa?

Enfim, o que estou denominando de moralismo resulta, em certa medida, desta postura filosófica perante o mundo, em que se coloca o homem separado do objeto de sua conduta e distante do contexto de sua ação. Desta ótica resulta também a separação clássica entre Direito e moral, no sentido de que o Direito regularia a conduta do homem nos seus aspectos externos, enquanto a moral se voltaria para os aspectos internos do Ser Humano. De uma forma singela, pode-se

dizer que, para esta visão, que é uma visão idealista – porque distanciada da realidade concreta – "o homem tem uma moral".

Esta é a primeira visão freqüentemente defendida. Cabe agora expor uma segunda visão possível.

5.- Moralidade e circunstâncias

Essa visão ontológica de Moral, como algo ligado ao Ser enquanto tal, tem sofrido nas últimas décadas uma revisão, em decorrência da mudança do ponto de partida do conhecimento.

Isto se encontra, por exemplo, nos estudos do filósofo MARTIN HEIDEGGER na linha de uma visão fenomenologista ao sustentar que, para a compreensão do Ser Humano, não basta conhecê-lo enquanto Ser. Fundamental é ter presente "o Ser e sua circunstância". Frase simples, mas de grande profundidade.

Com esta singela afirmação, ilumina-se um novo ponto de partida, não mais unitário (=apenas o Ser), mas formado pelo conjunto de Ser Humano e suas circunstâncias, vale dizer, de Ser Humano e seu contexto. Para compreender o Ser Humano, não basta compreender o ser. É preciso ter presente o Ser a sua circunstância. Ou seja, o Ser Humano não existe sozinho no mundo, ele só pode ter sua real dimensão se enxergarmos o contexto em que ele se insere, vale dizer, o conjunto das circunstâncias práticas em que ele vai agir, em que de fato vai ser colocado.

Ora, o contexto em se encontra o Ser Humano tem como componente fundamental o "outro Ser Humano" (daí a idéia de "alteridade"),[8] perante o qual ele age e que lhe fornece o referencial da sua própria identidade. Só sei quem sou, a partir do Outro.

A idéia é simples, mas enxergar o outro é uma revolução!

Nesta medida, o ponto de partida não é mais o "existir" do Ser, mas sim a própria "existência" deste conjunto, como algo complexo formado pela reunião de, pelo menos, dois homens, que são mutuamente interlocutores.

Desta ótica, não se trata mais de conhecer um "ser", mas de compreender aquele conjunto, identificar um convívio, uma relação em funcionamento e o significado que as condutas têm perante o respectivo interlocutor. O referencial deixa de ser a essência, para ser uma situação, para ser um contexto com peculiaridades muitas vezes impossíveis de prever por antecipação.

Numa visão Kantiana, o agente vai para a situação com uma moralidade pronta – a pauta de conduta pré-definida. Desta outra ótica, na medida em que se parte do reconhecimento do Outro, o agente vai encontrar a moralidade dentro daquela situação, naquele contexto, perante aquele interlocutor, diante das circunstâncias que, a priori, não sabe quais serão. Como situação, ela estará formada por um conjunto de circunstâncias fáticas, econômicas, políticas, sociais, e por um conjunto de pessoas, que, fundamentalmente pode ser chamado de o "Outro", o interlocutor ao qual a conduta se dirigirá.

[8] Sobre este tema, veja-se Emmanuel Lévinas, *Entre nós – Ensaios sobre a alteridade*, Ed. Vozes, Petrópolis, 1997.

Assim, desta nova perspectiva, a idéia inicial que informa o pensamento não é uma ontologia (=conhecimento do Ser), mas uma Ética, no sentido de uma compreensão das condutas no seu significado perante o "outro". Ou seja, não é mais ter uma pauta de condutas, mas é posicionar-se perante o Outro de uma certa maneira.

Esta visão vem exposta por LÉVINAS e ETCHEGOYEN e traz conseqüências importantíssimas. A primeira é a de que a Moral não será mais uma moral "interna" e "ideal", mas sim "externa", ou seja, em relação a alguém, e uma moral "real", naquela circunstância, que pode ser aferida naquele momento e naquele conjunto de dados. O Homem deixa de "ter" uma Moral, para "viver" uma Moral; desta ótica, "filosofia e vida se confundem",[9] "pensar não é mais contemplar, mas engajar-se".[10]

Além disso, a Moral deixa de ser concebida como um código de regras absolutas e imperativas, previamente definidas como instrumento a ser utilizado pelo Ser Humano no seu relacionamento com o "outro", para ser vista como o sentido da sua conduta em relação ao Outro.

Em suma, é uma visão de Moral vista do "externo para o externo".

> Desta ótica, conduta imoral não é a que "desobedece" um padrão prévio, mas sim a que causa "injustiça" a alguém. Moralidade, pois, é conceito que só pode ser aferido em relação ao Outro que é destinatário da conduta.

Este tema levou ao surgimento de uma nova deontologia administrativa, como expõem FRANÇOIS CHAMBON e OLIVIER GASPON, em que assume relevância a "obrigação dos agentes públicos de prestar contas da utilidade social das suas ações".[11] Não é mais apenas dizer que cumpriu o que deveria ser cumprido; é avaliar qual foi a repercussão, o reflexo social daquela ação. É estar, em certa medida, comprometido com a utilidade social daquela ação, e não meramente com o cumprimento de uma seqüência de tarefas, ou uma seqüência de condutas.

Assim, **conduta imoral** não é aquela que viola um preceito subjetivo (muitas vezes construído no âmbito de uma consciência imperscrutável) [isto é infração jurídica], mas sim **aquela que agride o conceito de justiça à luz das circunstâncias do caso concreto**.

O princípio da moralidade, portanto, não olha para o interior do Ser Humano, mas sim para o seu exterior, onde se encontram os destinatários da sua ação, ou seja, aqueles que poderão sofrer as injustiças da sua conduta.

Exigir um comportamento moral, portanto, é exigir que a conduta se volte para o destinatário e suas circunstâncias e que não inviabilize o justo equilíbrio buscado pela própria norma.

Isto significa que não existe solução pronta; a priori. Podem existir diretrizes, mas não existem respostas prontas. A solução será construída com o interlocutor naquele caso, naquela circunstância, naquele contexto. Por isso, é tão difícil, por exemplo, fazer uma avaliação moral quatro anos depois, quando se tem simplesmente o retrato do que foi a conduta, mas muitas vezes perde-se o perfil do contexto em que aquela conduta foi adotada, qual era o momento, o que estava sendo vivenciado quatro anos antes em termos de contexto social, político,

---

[9] Lévinas, op. cit., pág. 23.
[10] Op. loc. cit.
[11] *La déontologie administrative*, L.G.D.J., Paris, 1996, pág. 23.

econômico, jurídico, etc.. A tendência inicial é do moralismo, vale dizer: "vou verificar a ação realizada e então, submeter aquela ação a um crivo."

Ocorre que não é possível avaliar moralmente dessa forma; é preciso entender que aquele agente, quatro anos antes, estava inserido num determinado contexto que, eventualmente, não permitia que ele tivesse a liberdade de ação que quatro anos depois, alguém sentado numa cadeira confortável irá dizer "realmente ele deveria ter decidido diferentemente". Essa é a grande mudança que estou tentando expor neste estudo.

Neste contexto, legalidade e moralidade se compõem, na medida em que, dentro da legalidade e sem infringi-la, é possível ter uma conduta moral no sentido de reconhecimento do significado e relevância do destinatário do ato, como verdadeiro integrante de um conjunto abrangente. Isto é possível em duplo sentido, seja **dimensionando** (dentro da legalidade) a ação e não cometendo excessos, ainda que legalmente autorizados; seja **encontrando** na interpretação da lei (sem deturpá-la) o sentido que melhor atenda a um parâmetro de justiça, vista sob a perspectiva do destinatário.

Esta visão quebra a relação de dominação do sujeito sobre o objeto e instaura uma relação de convivência entre interlocutores.

Em suma, minha proposta nesta primeira parte do estudo é no sentido de ser possível haver moralidade administrativa sem moralismo! Deixando de ver a moralidade como mera lista de pautas de condutas, e vendo a moralidade como posicionamento perante o interlocutor, para que a ação, ainda que legal, não seja instrumento de instauração de injustiças a ele destinadas.

6.- Legalidade da ação administrativa

Traçado um panorama da moralidade, cumpre proceder ao cotejo entre responsabilidade moral e responsabilidade jurídica. Este exame, porém, supõe uma breve releitura do princípio da legalidade, para situar essas duas responsabilidades. Além disso, cumpre fazer breve referência à impessoalidade, porque só vamos compor na sua plenitude o princípio da moralidade se o conjugarmos com a legalidade e a impessoalidade.

O princípio da legalidade administrativa tem sido desenhado como a exigência de que toda ação administrativa deve encontrar na lei sua razão de ser. Discorre a doutrina que, para indivíduo e Administração Pública, vigorariam princípios opostos, no sentido de que o indivíduo pode fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Assim formulado, o princípio da legalidade pouco diz, mesmo porque estas duas formulações podem ser formalmente reconduzidas uma à outra, como tentei demonstrar em outra oportunidade.[12] A rigor, tais formulações consagram um alto teor ideológico, resultante da maneira pela qual é concebido o relacionamento entre indivíduo e Estado, na verdade indicando critérios voltados ao controle do exercício do poder. Conceber a legalidade como limite à ação administrativa é vê-la como instrumento de controle exercido sobre a ação do Executivo, pelos cidadãos através de seus representantes. Esta visão de controle, em que a legalidade é fundamento e

[12] *Dinâmica da tributação e procedimento*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, pág. 53.

limite da ação administrativa, é essencial e dela não podemos nos afastar. Porém, não basta para bem equacionar a problemática que cerca o assunto.

Não é o momento para uma longa digressão sobre o tema, mas é importante apontar dois aspectos que, por vezes, têm passado sem o devido aprofundamento pela doutrina.

O primeiro aspecto é o de que "legalidade" não é submissão propriamente à lei em sentido formal. Embora, no passado, a lei já tenha sido vista como o único padrão de legitimidade da ação administrativa, em período que levou ao último grau a concepção legalista do Direito Administrativo, a realidade e a experiência atual têm apontado um perfil do princípio da legalidade em certa medida diferente.

Atualmente, legalidade tem o sentido de obediência ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas, cega e limitadamente ao texto da lei em sentido formal.

Isto desdobra duas conseqüências. A primeira aponta no sentido de que "legal" será a conduta que, mesmo sem existir lei prevendo-a, encontrar fundamento diretamente na Constituição. O agir da Administração não depende da existência de lei, se a própria Constituição já indicar o caminho a seguir. Este conceito veio a ser expressamente consagrado pelo Supremo Tribunal Federal quando teve de examinar a constitucionalidade de um ato administrativo do órgão de controle das importações que proibia a importação de certos produtos usados, sem lei que contivesse ou autorizasse tal proibição.[13] Nessa oportunidade, decidiu o Tribunal que o ato administrativo era válido, pois a Constituição Federal no seu artigo 237 já continha autorização para tanto.

Portanto, legalidade não é conformidade com a lei formal, mas conformidade com o ordenamento como um todo.

O segundo aspecto a sublinhar é o de que, como ensina NORBERTO BOBBIO,[14] o ordenamento não é formado apenas por normas. Há algo além delas que as une e lhes dá sentido. São os valores, é a realidade concreta, os fins e objetivos consagrados pelo ordenamento, em suma, é a vida, sem o que a Teoria do Direito ficaria restrita a uma leitura estéril de formulações lingüísticas.

Estes dois aspectos apontam na mesma direção, qual seja a de que (nas palavras do artigo 37) "obedecer ao princípio da legalidade" não é ler a lei apenas em sua literalidade, mas é encontrar seu real significado em função dos valores consagrados pelo ordenamento, interpretando e aplicando as leis tendo em consideração, também, as finalidades a que se destinam e o perfil objetivo dos institutos adotados. Numa feliz formulação clássica, igualmente aplicável ao administrador, "na interpretação e aplicação da lei dever-se-á ter em conta os fins sociais a que se destina e as exigências do bem comum."[15]

7.- Legalidade e responsabilidade

Outro desdobramento da idéia de legalidade encontra-se no plano da responsabilidade imposta ao agente público. Toda idéia de responsabilidade jurídica aponta no sentido de uma infração ou um mal causado pela ação de alguém. Pela

[13] RE n. 203.954, DJU-07.02.97.
[14] *Teoria dell'ordinamento giuridico,* cit.
[15] Artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

prática da infração, "impõe-se" uma determinada sanção. A responsabilidade jurídica reúne três ingredientes,[16] a saber:

a) uma relação de causalidade;

b) a natureza negativa do ato ou de suas conseqüências; e

c) o "Outro" (destinatário) visto como vítima daquela conduta.

O denominado princípio da legalidade traz em seu bojo esta concepção de responsabilidade, na medida em que, desatendê-lo, é cometer infração, violar o ordenamento e incidir em sanções.

Esta idéia de uma responsabilidade "negativa" é natural que induza a uma postura protetiva perante a previsão contida na lei, no sentido de que, havendo mais de uma interpretação em tese possível, preferível será aquela que reduzir o risco de responsabilização. Esta postura, compreensível no plano dos fatos, faz com que a legalidade, vista de um ângulo até certo ponto míope, muitas vezes ao invés de resultar num vetor positivo de ação administrativa, acaba resultando num escudo para a inação do agente.

Examinando este aspecto, ALAIN ETCHEGOYEN, membro do Comitê Nacional de Ética da França, aponta seis deturpações (às quais acrescentei os comentários entre parênteses) que podem ser induzidas por uma visão acanhada da responsabilidade sob o ângulo jurídico, a saber:

(1) o desejo da inação ("é preferível ficar parado");

(2) o medo da sanção ("dela devo fugir");

(3) o esquecimento da moral, ou o esquecimento do "Outro" (que se torna um "risco coberto por seguro");

(4) a incapacidade de admitir o acidente (a eventualidade pode acontecer);

(5) o abandono das causalidades abstratas e a busca dos responsáveis (a "caça às bruxas"); e

(6) a obsessão pela definição para dizer o que está dentro e o que está fora do alcance da sanção.[17]

Estas seis deturpações que, por si, ocupam importante parte da monografia citada, mostram os excessos a que pode levar uma visão restrita à legalidade pura, que assuma caráter meramente formal, apegada à literalidade das palavras, distanciada da realidade que a norma visa regular e dos fins que procura atingir.

Sábia foi a Constituição de 1988 quando, ao lado do princípio da legalidade, impôs à Administração Pública a obediência ao princípio da moralidade.

8.- Moralidade e responsabilidade

A dualidade de visões filosóficas acima exposta traz repercussões também no campo da denominada responsabilidade moral, apontando a profunda diferença que existe em relação à responsabilidade jurídica.

[16] Para um estudo mais amplo do tema aqui desenvolvido, veja-se Alain Etchegoyen, *La vraie morale se moque de la morale*, Ed. Seuil-essais, Paris, 1999.
[17] Op. cit., pág. 93.

Retomando aquelas seis distorções mencionadas acima, resulta nítida a sua diferença.

Assim, enquanto a responsabilidade jurídica conduz (1) ao desejo da inação, pois é através da inação que se minimiza o risco de responsabilidade, por outro lado, **(i) "não existe responsabilidade moral sem risco**."[18] Isto implica ser inerente a todo este debate a existência de margens de incerteza e insegurança.

Ademais, agir por (2) medo da sanção, não apresenta nenhuma dimensão moral ainda que isto provoque uma utilidade social. Para agir moralmente "nós deveríamos quase sempre pensar que não estamos sendo vistos pelos outros".[19] **O agir moral (ii) não é o agir para não ser punido pelos outros**.

Da mesma forma, (3) o esquecimento do outro, pela "securitização" do risco é (iii) incompatível com uma perspectiva moral, pois não cabe um seguro sobre a responsabilidade moral. **O seguro "des-moraliza"**, pois reduz a um número e a uma equação formal aquilo que é relevante para a vida do Ser Humano, ou até o próprio Ser Humano.[20] "A responsabilidade moral não pode consistir simplesmente em responder perante os tribunais."[21]

Também (4) a incapacidade de admitir o acidente, é uma característica que distancia a responsabilidade moral da responsabilidade jurídica. "A idéia de um *accidit!* – em latim, "ele chega", "isto ocorre" – não é mais admitida no campo jurídico."[22] No jurídico puro, tudo passa a ser visto como tendo uma causa direta, próxima, imediata o que leva freqüentemente a negar o acaso e proteger-se contra todo e qualquer risco; enquanto **(iv) na Moral real não há um certo/errado absoluto ou inexorável**.

Isto provoca (5) o abandono das causalidades abstratas e a busca dos responsáveis, pois do ângulo jurídico estes sempre deveriam existir. Mas a realidade não se reconduz a uma formulação tão simplista. Impor uma responsabilidade absoluta é criar a ficção da inexistência de responsabilidade dos demais; é aplacar a ira dos Deuses que se voltam contra todos, apresentando alguém em sacrifício, quando, na realidade, **(v) todos têm em certa medida uma responsabilidade moral sobre o que ocorre**.

Por fim, (6) a obsessão pela definição surge como corolário da busca de cobertura ou proteção. "Definir para se proteger" é um apanágio da responsabilidade jurídica, como são bons exemplos as inúmeras "ressalvas" colocadas em contratos etc. Na responsabilidade moral, (vi) não é possível definir, é preciso, ao revés, adaptar-se e inventar constantemente à vista das circunstâncias concretas. "A obrigação de agir que dela decorre não é compatível com uma obsessão pelo limite e pelas reservas."[23] **A responsabilidade moral pressiona em direção à ação; a Moral impõe um dever de agir** o que conflita com a previsão de definições limitativas de responsabilidade.

Em suma, a partir desta visão, o Ser Humano não "tem e guarda" uma Moral; ao revés, ele "exerce e vivencia" uma Moral. Da mesma forma, a responsabilidade

[18] Etchegoyen, op. cit. pág. 96.
[19] Etchegoyen, op. cit. pág. 99.
[20] Idem, pág. 100.
[21] Idem, pág. 102.
[22] Idem, pág. 103.
[23] Idem, pág. 109.

moral que ele tem não lhe é "imposta negativamente". Responsabilidade moral "assume-se positivamente" e perante o Outro.

Agir com moralidade é assumir um compromisso de agir perante o Outro; agir positivamente e, certamente, com riscos!

Ou seja, legalidade e moralidade se completam, sendo possível ter um comportamento moral dentro da legalidade, sem que isto se transforme num "moralismo" imperativo, a partir de uma concepção idealista de padrões de conduta, pois este seria o caminho mais curto para o autoritarismo em qualquer de suas múltiplas formas.

Assim, obedecer ao princípio da moralidade é enxergar o destinatário da norma; é assumir uma responsabilidade perante ele; é não cometer uma injustiça, mediante a simplista invocação de um legalismo míope.

9.- Princípio da impessoalidade

Enxergar o "outro/destinatário", como relevante para definir o atendimento ao princípio da moralidade, assim como não pode significar ultrapassar os limites da legalidade, também não pode implicar admitir que se instaure uma "pessoalidade" na ação administrativa.

O princípio da impessoalidade tem sido visto como importante instrumento para evitar hipóteses de desvio de finalidade ou abuso de poder, além de inibidor da prática de atos arbitrários pela autoridade administrativa, sempre que ela informar sua ação em elementos de cunho estritamente pessoal. Tem sido visto, ademais, como um desdobramento da legalidade e da própria isonomia de tratamento, na medida em que os ditames da lei não devem sofrer torções em função de características pessoais.[24]

O tema da impessoalidade da ação administrativa, além dos aspectos ligados à legalidade e à isonomia, apresenta dois níveis distintos de aplicação.

Num primeiro nível, a impessoalidade deve ser assegurada em relação ao destinatário da ação, no sentido de que o fato de tratar-se de certo destinatário não deve ser a razão determinante da ação administrativa, seja para deferir-lhe algo, seja para negar-lhe. A CF-88 exige um tratamento impessoal aos destinatários, no sentido de que não é porque se está perante determinada pessoa que isto é razão bastante para ser deferida prerrogativa não consagrada na lei ou negada a que nela se encontre.

O conteúdo dos atos da Administração deve ser apresentado "perante" o destinatário, mas não ser definido "por causa" dele.

Esta dimensão da impessoalidade voltada para o destinatário é, porém, apenas parte da amplitude que tem o princípio. De fato, sua outra dimensão encontra-se voltada para o próprio agente público. Ou seja, agir impessoalmente quer dizer agir no sentido da busca do interesse público, tal como consagrado na lei, o que significa que o juízo definidor de qual é o interesse público nas situações contempladas é do legislador e não do administrador.

[24] Sobre este tema, veja-se Celso Bastos, op. cit. pág. 33.

Impessoalidade, neste nível, consiste em o administrador **não se substituir ao legislador na escolha e prestígio dos interesses a serem protegidos**. Não apenas no sentido de prevalência de um interesse pessoal (o que é raro), mas também no sentido de prevalência do interesse do serviço, em detrimento do interesse público geral, mediante a reelaboração, pelo administrador, do juízo que levou o legislador a conceder determinado regime.

Assim, a interpretação das normas (apesar de ser plenamente compreensível a tendência à proteção do interesse do serviço) não pode frustrar o atendimento ao interesse público geral por elas visado.

Qualquer destas formas configura desatendimento ao princípio da impessoalidade consagrado no artigo 37 *caput* da CF-88.

No contexto da nova visão de moralidade realista (e não idealista) exposta acima, a impessoalidade também atua como instrumento de temperamento da busca do "outro". Com efeito, atuar moralmente é agir em contemplação do outro, mas isto não pode chegar ao ponto de adotar, como razão determinante de a ação administrativa ser neste ou naquele sentido, características estritamente pessoais.

Em suma, os três princípios aqui examinados implicam-se mutuamente, pois verifica-se que é preciso haver:

(1) legalidade com moralidade;

(2) moralidade com impessoalidade; e

(3) impessoalidade para não haver ilegalidade.

10.- Conclusão

O tema da moralidade tributária comporta inúmeras perspectivas de abordagem. No presente estudo, procurei realçar o aspecto da alteridade para o fim de equacionar o desenho da moralidade tributária o que não exclui – ao contrário exige – o cotejo com outras perspectivas de análise.

Com o presente texto, não se está criticando uma específica conduta, nem afirmando que, no global, o princípio está, ou não, satisfatoriamente atendido. Limitou-se a examinar a perspectiva teórica do tema e propor uma abordagem da moralidade vista a partir da consideração do "Outro" que é o destinatário das condutas administrativas. Afastou-se a visão de uma moralidade por pautas de conduta, sem afirmar que estas não sejam relevantes. Elas o são, porém correspondem apenas a uma parte do complexo contexto da ação administrativa.

Em suma, desta perspectiva, **conduta imoral** não é aquela que viola um preceito subjetivo, mas sim **aquela que agride o conceito de justiça à luz das circunstâncias do caso concreto**.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GRECO, Marco Aurélio Greco. NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA MORALIDADE – UMA ABORDAGEM APOIADA NO ELEMENTO ALTERIDADE. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 38, abril/maio/junho de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-MARCO-AURELIO-GRECO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.