

SOCIEDADE ANÔMALA DA IMPROBIDADE E CORRUPÇÃO E A PERSPECTIVA DO “*DEVER SER*” KELSENIANO

*ANOMALY SOCIETY OF IMPROBITY AND
CORRUPTION AND THE PERSPECTIVE
OF KELSENIAN “OUGHT”*

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.5.0002

Rebeka Souto Brandão Pereira¹

 <https://orcid.org/0000-0001-9099-9003>.

 <http://lattes.cnpq.br/4189189988175321>

Vladimir da Rocha França²

 <https://orcid.org/0000-0001-9977-3617>

 <http://lattes.cnpq.br/5120480321290362>.

RESUMO: O presente estudo tem como **objetivo** realizar reflexões sobre a (in) existência de uma sociedade voltada para a ilicitude no âmbito da administração pública, mediante a análise da normalidade desse tipo de sociedade, sob os aspectos da teoria pura do direito e suas peculiaridades, com a finalidade de discutir a distinção entre o “*ser*” e o “*dever ser*” à luz da teoria Kelseniana. O **método** utilizado foi o hipotético-dedutivo, tendo por instrumento a pesquisa bibliográfica para o estudo de doutrinas interdisciplinares e publicações científicas no que pertine à problemática. Os **resultados** obtidos apontaram para o “jeitinho” como aspecto da cultura brasileira, e, sob o prisma de Kelsen, ocorrem distorções do direito, já que o próprio sistema jurídico de gestão pública foi criado com liames de subjetividade, oportunizando a formação de sociedades

¹ Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Doutorado pela CAPES. Mestra em Direitos e garantias fundamentais pelo Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: rebekasbrandao@gmail.com.

² Advogado. Mestre em em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

voltadas às práticas da corrupção e improbidade que contrariam a normatividade jurídica, sendo, portanto, consideradas anormais.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Corrupção. Cultura brasileira. Kelsen. Sociedade anômala.

ABSTRACT: The study aims to reflect on the (in) existence of a society focused on illegality within the scope of public administration, analyzing under the aspects of the pure theory of law and its peculiarities, with the purpose of discussing the distinction between “being “And the” should be “in the light of the Kelsenian theory the normality of the existence of these societies. The method used was the hypothetical-deductive, using as an instrument the bibliographic research for the study of interdisciplinary doctrines and scientific publications as it pertains to the problem. The results obtained pointed to “jeitinho” as an aspect of Brazilian culture, and under Kelsen’s viewpoint, there are distortions of law in which the legal system of public management itself was created with links of subjectivity providing opportunities for the formation of societies focused on the practices of Corruption and improbity that contradict legal norms, therefore, are considered abnormal.

Keywords: Administrative improbity. Corruption. Brazilian culture. Kelsen Anomalous society.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como propósito preambular realizar reflexões acerca da existência de uma sociedade voltada para a ilicitude no âmbito da administração pública, a partir de uma análise conduzida sob os aspectos da obra *Teoria Pura do Direito* e suas peculiaridades, de forma a perfazer uma incursão na teoria Kelseniana, analisando a normalidade da existência de sociedades voltadas à corrupção e à improbidade e avaliando a suposição de que tais condutas ilícitas são inerentes à cultura brasileira.

Nesse sentido, torna-se oportuno responder aos seguintes quesitos: quais as peculiaridades da sociedade brasileira e de que forma a cultura propicia e reforça a existência de grupos com finalidades voltadas às

práticas de corrupção e improbidade? Qual a relação entre a teoria pura do direito e a sociedade anômala da improbidade e da corrupção? Existem sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade?

Na seção inicial, o trabalho faz uma digressão histórica sobre as particularidades da sociedade brasileira, traçando uma abordagem jusfilosófica sobre o surgimento da cultura do “jeitinho” e como o direito pode afetar diretamente na prática de atos ilícitos na gestão do patrimônio público. Para tanto, serão utilizadas literaturas de Livia Barbosa (1992), Héctor A. Mairal (2018) e Keith S. Rosenn (1998).

Na seção seguinte, trata-se o tema da setorização do *ser* e do *dever ser*, a fim de encontrar subsídios para responder qual a relação entre a teoria pura do direito e a sociedade anômala da improbidade e da corrupção. Nesse aspecto, adentraremos a doutrina de Hans Kelsen (2009), dialogando com os autores utilizados na seção anterior.

Na última seção, o estudo aborda a existência de sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade. Será utilizada a obra de Calil Simão (2019), que expõe a temática do cometimento de atos de corrupção e improbidade administrativa por grupos de pessoas, demonstrando tais eventos, por meio da dogmática jurídica e análise do discurso na fundamentação das sentenças contendo a formação de grupos para o cometimento de atos de improbidade e corrupção.

O método utilizado no presente estudo foi o hipotético-dedutivo e, como instrumento, a pesquisa bibliográfica, o que proporciona o aprofundamento das questões epistemológicas sobre a existência e correlações da sociedade anômala da corrupção e improbidade com a cultura brasileira no contexto da sociedade moderna.

2. A SOCIEDADE BRASILEIRA E O “JEITINHO”

Os cidadãos brasileiros, na atualidade, vêm aderindo a hábitos que contribuem para mudança de postura, pois a restauração do Estado de Direito teve por consequência a intenção reducionista dos impactos adquiridos desde a origem das nossas raízes paternalistas. Trata-se, portanto, de uma nova corrente de pensamentos e posturas voltados para o rompimento de paradigmas arraigados nas origens histórico-culturais dos brasileiros³.

Desse modo, é indispensável promover uma digressão histórica – reflexões acerca da nossa sociedade e sua relação com as habilidades do sujeito ímprobo e corrupto e o “jeitinho” na cultura brasileira, sendo cabível uma apreciação com o viés socioantropológico de Barbosa (1992), que aponta o “jeitinho” como identidade nacional do Brasil, isso, pois a autora considera que as identidades sociais significam construções culturais erguidas pelas relações entre grupos e pessoas que:

(...) funcionam como sistema codificador de uma vasta teia de relações. É um sistema de classificação que separa e ordena uma população numa série de categorias que se opõem e complementam. Elas são produzidas pelos diversos discursos que se entrecruzam no interior da sociedade e que lhes conferem um sentido de posição no conjunto do campo discursivo em função do contexto em que tais enunciados são explicados. (BARBOSA, 1992, p. 125-126)

Na visão da autora supramencionada, ao comparar a cultura brasileira com a norte-americana, e as relações sociais, no Brasil ocorre que é natural que os sujeitos compartilhem suas personalidades com estranhos com a finalidade de deixar suas relações pessoais

.....
³ Prefácio da obra *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Keith S. Rosenn.

mais operacionais na tentativa de lograr a sobreposição da moral à Lei. No caso dos Estados Unidos da América, é o oposto, pois expor suas particularidades é se tornar vulnerável, além de aniquilar um dos princípios básicos do credo americano: “*self-reliance*”, a autoconfiança.

De tal modo, conclui a autora que “embora o norte-americano acredite na equivalência de todos perante a lei, ele hesita dessa equivalência no plano moral”. Isso ressaltando a preocupação com os aspectos morais nas suas relações sociais, o que para o brasileiro é uma parte da estratégia de lograr êxito nas relações sociais (BARBOSA, 1992, p. 121-122).

Dessa maneira, de forma ampla e direta, podemos observar os desvios éticos, e muitas vezes não ilegais, promovidos por ocupantes de cargos junto à administração pública para benefício próprio ou dos seus, isso pela própria peculiaridade do sistema normativo brasileiro ser frequentemente moldado a fim de atingir seus objetivos práticos (ROSSEN, 1988, p. 12).

Nesse aspecto, Charles Morazé (1954, p. 195), um cientista social francês, afirma que o jeito é “uma engenhosa operação que torna o impossível, possível; o injusto, justo; o ilegal, legal”, reforçando as ideias acima explanadas.

Assim, é possível compreender que o jeitinho brasileiro se trata de um instituto, criado e conservado pela cultura brasileira como um mecanismo que nos proporciona uma releitura de alguns princípios individualistas na perspectiva de hierarquia entre os sujeitos, tal como a expressão “você sabe”, “recebendo um peso, um valor e reconhecimento de sua existência social, isso ocorreu pelo fato do individualismo, enquanto ideologia, circunscrito em sua expressão no nível jurídico

e legal, passou a contaminar outros domínios e níveis da vida social brasileira.” (BARBOSA, 1992, p. 83-85).

Numa visão mais sistêmica, Mairal, na sua obra *As raízes legais da corrupção*, destaca que tais posturas nos países da América latina, onde, na gestão pública, se desprezam alguns dos princípios éticos e legais, acabam por premiar a lealdade pessoal ao círculo de amigos e família, afirmando que: “um funcionário que aplique rigorosamente a lei administrativa (aduaneira, fiscal, etc) a um familiar ou a um amigo será socialmente objeto mais de críticas do que de elogios” (MAIRAL, 2018, p. 25).

Dessa maneira, é possível afirmar que são diversas as causas da corrupção, sendo essa retroalimentada por um sistema legal formal que favorece e canaliza a corrupção. Noutras palavras, trata-se do uso da própria máquina pública, do seu acervo legal, de forma legítima para o cometimento de atos de improbidade e corrupção.

Dar-se-á, nessa ótica, uma nova perspectiva da análise da corrupção, a qual consiste em desfocar dos culpados e centralizar o olhar nas causas legais e estruturais que incidem direta e indiretamente sobre a corrupção (MAIRAL, 2018, p. 30-32).

Portanto, ao perfazer-se uma análise das causas legais da corrupção, não serão ponderadas as questões ideológicas na sistemática de importância na visão dos corruptos, trata-se da questão financeira de forma objetivada, importando para a sociedade civil uma postura mais ativa, impondo aos políticos um padrão mínimo de ética nas decisões que envolvam o patrimônio público.

O jeito pode ser subdividido em cinco tipos de diferentes comportamentos: o primeiro como aquele em que o servidor público

deixa de cumprir a sua função legítima para troca de promoção funcional ou obtenção de vantagem pecuniária; o segundo, o particular que emprega um subterfúgio para frustrar a prestação de uma obrigação legal e justa; o terceiro, o servidor público que cumpre as suas funções com rapidez somente mediante promessa de promoção funcional ou obtenção de vantagem pecuniária; o quarto, o particular que burla uma lei utópica, injusta ou economicamente ineficiente; por fim, o quinto comportamento do jeito, o servidor público que foge do cumprimento de seu dever legal em razão de sua convecção de que a Lei é ficta, injusta ou economicamente ineficiente (ROSSEN, 1998, p. 13-14).

Nota-se que os três primeiros padrões de condutas se amoldam nos dispositivos legais que tratam da corrupção e da improbidade administrativa, denotando-se um comportamento desonesto que objetiva beneficiar a si ou a outrem, violando os princípios da administração pública e dilapidando o patrimônio da edilidade. Já o quarto e o quinto comportamentos são aqueles em que é admissível dizer que o interesse público seria melhor servido se as obrigações legais fossem burladas.

O que reforça a ideia trazida por Barbosa (1992), e agora complementada por Rosenn (1998), de que o jeito não comporta um estigma, pelo contrário, os comportamentos identificados no jeito o fazem uma “instituição brasileira” altamente compensadora.

Mas as raízes do jeito possuem extremidades na formação do Estado português, com a postura portuguesa no tocante ao direito, que foi necessariamente influenciada pelo Direito Romano, pelo pluralismo legal e pelo Catolicismo. Como consequência da colonização que o Brasil vivenciou, a sua herança foi sistematizar e replicar as influências do Direito Romano em relação ao sistema jurídico.

Nesse sentido, as atitudes brasileiras concernentes ao manejo do direito receberam cargas peculiares de caráter da regra colonial portuguesa. Rosenn (1998) destaca cinco características culturais oriundas da herança portuguesa: “1) alta tolerância da corrupção; 2) falta de responsabilidade cívica; 3) profunda desigualdade socioeconômica; 4) sentimentalismo e 5) disposição de chegar a um acordo.” [SIC].

Depreendem-se, portanto, os contornos subjacentes da cultura brasileira, destacando-se primordialmente, no sentido de amenizar ou justificar os atos corruptos e ímprobos, o que já reflete na questão da falta de interesse pelo que é público, coletivo, do povo. Isso implica na crescente desigualdade social, no sentimentalismo “programado” para o que é certo demonstrar e, por fim, no arranjo de conciliar propostas e metas, a fim de se resolver litígios e definir proveitos.

Por meio dos dados levantados pelo portal da Transparência Internacional, que divulga o panorama atual da corrupção, pode-se perceber que:

O Brasil caiu 9 posições no IPC este ano em comparação ao ano anterior, ocupando a 105^a colocação entre 180 países avaliados. A pontuação passou de 37 para 35. Este é o pior resultado desde 2012, quando os dados passaram a ser comparáveis ano a ano, e representa a 3^a queda anual seguida. (Transparência Internacional, 2019)⁴

Logo, constata-se que o jeito está radicado em todos esses legados e, ao traçar-se um paralelo entre o jeitinho, a cultura da corrupção e a

.....
⁴ O site da Transparência Internacional explica que o referido Índice se trata da Percepção da Corrupção (IPC) que “é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que 0 significa que o país é considerado altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro”. Acesso em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>.

prática de atos de improbidade administrativa, torna-se cabível, por ora, tratar sobre quais prejuízos disseminados na população são decorrentes de tais posturas lesivas.

O Poder Público possui como objetivos fundamentais fomentar e concretizar os direitos à educação, à saúde, à defesa externa, à justiça, à habitação e ao transporte. Tudo fica prejudicado, uma vez que, não tendo recursos, ou sendo eles devidos, há fatal prejuízo à boa prestação de serviços. Pois, em decorrência da corrupção, os recursos públicos deixam de vir aos cofres do Estado o que prejudica a população (OLIVEIRA, 2004, p. 1387).

Isso se justifica, pois os desvios de recursos públicos representam perda para determinada sociedade e, com tais mecanismos ilegais, as verbas não chegam ao seu destino. Assim, dos 25% (vinte e cinco por cento) das receitas dos impostos que estados, Distrito Federal e municípios devem destinar à educação, valor mais protegido e privilegiado pelo constituinte, cerca de 5% (cinco por cento) são desviados de seu destino. Na saúde, a EC 29/2000 determina investimentos com percentuais consideráveis que também são desviados. E o mesmo ocorre com os recursos destinados à habitação, saneamento básico e justiça (OLIVEIRA, 2004, p. 1388).

Portanto, não há dúvidas quanto à visão da corrupção como agressora dos direitos humanos:

(...) na medida em que os recursos públicos são desviados para pagamento de propinas, para extorsão de servidores, para fraudes, para compras de consciências, para liberação acelerada de verbas, para ganho em licitações, para o não pagamento de tributos, para sonegação, enfim, para deturpação de qualquer espécie, o lesado não é o governo, mas o ser humano. (OLIVEIRA, 2004, p. 1389)

Pois, de maneira reflexa e indireta, os recursos são desviados dos cofres públicos por meio da violação moral superior⁵ (moralidade pública), qualificada pela presença da exploração do poder (força) – deturpada, muitas vezes pela confiança (fantasiosa) transmitida pelo agente público em razão do cargo. O que, inevitavelmente, poderá repercutir na prestação dos serviços públicos, os quais têm como objetivo garantir e sanar os direitos sociais traçados no texto constitucional.

De tal maneira, é patente a informação de que não se confunde a improbidade com a simples ilicitude, pois o ato ímprobo é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, de sorte que o Superior Tribunal de Justiça considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10⁶.

O Direito se alia à corrupção na medida em que características do próprio texto normativo abrem precedência para a corrupção, seja por imperfeições ou distorções normativas, ou seja, é o liame subjetivo que cria espaço para a insegurança jurídica, campo este fértil para a corrupção (MAIRAL, 1998).

Frise-se que, em que pese o ordenamento jurídico servir, em tese, para propugnar a segurança, a paz, e a justiça, por outro lado, os liames subjetivos das normas nos levam ao inverso das pretensões jurídicas. Nesses termos, o desvelamento ontológico com foco nas subjetividades

.....
⁵ Conceito utilizado pelos autores Oliveira Junior e Kazmierczak no estudo de título “Violação dos direitos fundamentais decorrente da corrupção e o direito fundamental ao governo honesto.”. Artigo publicado no CONPEDI, 2019. 25p.

⁶ O citado entendimento foi extraído do julgado oriundo do STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, de 28/9/2011.

normativas tornar-se-á prioridade para a aplicabilidade do direito dentro dos seus parâmetros objetivos.

Por consequência, torna-se essencial trazer à baila as considerações de Kelsen (2009) acerca do tema, a fim de buscar possíveis correlações entre a teoria pura do direito e o liame subjetivo da interpretação e aplicação das normas, vez que o jeitinho brasileiro desvelou a existência e o agir da sociedade anômala da improbidade e da corrupção.

3. O SER E O DEVER SER KELSENIANO

A setorização do *ser* e do *dever ser* são as consequências do agir conforme as normas de direito e/ou de acordo com as questões volitivas do sujeito no campo das condutas em que se enquadram a corrupção e a improbidade, a fim de se trazer as discussões, segundo Hans Kelsen (2009), sobre a sociedade anômala da improbidade e da corrupção, objetivando descobrir subsídios para responder qual a relação entre a teoria pura do direito e a sociedade.

Inicialmente, é importante delinear que as contribuições da obra *Teoria Pura do Direito* baseiam-se originariamente no princípio da pureza, consistindo no princípio metodológico fundamental, sendo para este um instrumento delimitador da ciência jurídica, usando-se tanto o método quanto a teoria jurídica. E, para o autor, o direito necessita ser aceito como uma norma posta e não como fato social⁷.

.....
⁷ Kelsen, que objetivava libertar a ciência jurídica de influências de outras ciências, tais como a Filosofia e a Sociologia, propôs o princípio da pureza, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo, neste sentido, “A pureza de método da ciência jurídica é posta em perigo, não apenas por se levar em conta os limites que separam esta ciência jurídica da ciência natural, mas – muito mais ainda - pelo fato da ciência jurídica não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de se distinguir claramente entre Direito e Moral.” (2009, p. 64).

Além disso, compreende-se que a ciência jurídica em si “tão só” apreende a conduta humana (determinada por norma jurídica), a qual representa uma interpretação normativa dos fatos dessa conduta. Descreve as normas jurídicas através dos atos de vontade que não de ser aplicados (as normas) e observados também por atos de conduta e, por consequência, descrevem-se as relações constituídas através dessas normas jurídicas (KELSEN, 2009, p. 80 e 81).

As proposições jurídicas são os juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem (em conformidade com a ordem jurídica) – dado o conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento.

E as normas jurídicas são “produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e observadas pelos destinatários do Direito”. Trata-se de mandamentos (comandos, imperativos), permissões e atribuições (de poder ou competência). E não instruções (ensinamentos). “O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência – não ensina nada” (KELSEN, 2009, p 80).

Ao passo que, para o autor, as normas morais não só recaem sobre a conduta de um homem em face de outro, mas há condutas morais que prescrevem uma conduta do homem em face de si mesmo. Afirma ainda que:

Essas normas morais (em face de si mesmo) apenas surgem na consciência de homens que vivem em sociedade e que, portanto, ainda que imediatamente digam respeito ao homem, mediamente referem-se aos membros da comunidade. Para um indivíduo que vivesse isolado não teriam sentido. (KELSEN, 2009, p 64)

O autor, ao ponderar uma ligação entre o direito e a moral, afirma que, para tanto, deveria haver elementos morais objetivos, absolutos e necessários, mas que esses elementos morais objetivos, absolutos e necessários não existem. Por outro lado, Robert Alexy (2013, p. 153-171) defende que elementos morais objetivos, absolutos e necessários existem e só existem por serem fundamentais.

Complementa Alexy (2013) que de acordo com a mencionada tese de Hans Kelsen:

*(...) de que un sistema social inmoral no es jurídico presupone una moral absoluta, es decir, una moral que sea válida en todas partes y en todo tiempo*⁸. (ALEXY, 2013, p. 154)

Assim, é patente que a discussão entre direito e moral não se dá de maneira linear entre os autores, de forma que, na perspectiva Kelseniana, há uma antinomia natural entre a moral e o direito.

Atente-se que, para Kelsen (2009), a conduta humana – *ser* – apenas adquire aceção jurídica quando coincide com uma previsão normativa válida – *dever ser* –, podendo a conduta humana se conformar ou contrariar uma norma e, dessa forma, pode ser avaliada como positiva ou negativa. Ao passo que as normas são postas por ato volitivo e, por esse motivo, os valores através delas constituídos são arbitrários e relativos.

Por conseguinte, outros atos de vontade humana poderiam gerar distintas normas, diferentes das primeiras, e, igualmente, compor outros valores. Pois bem, o liame entre *ser* e *dever ser* admite que a teoria jurídica concebida independa do conteúdo material das normas jurídicas.

.....
⁸ Tradução para português: “de que um sistema social imoral não é jurídico pressupõem uma moral absoluta, é decidir, uma moral que seja válida em todas as partes e em todo tempo”.

A propósito, o conceito de *dever ser* traduz-se como um ato de vontade humana direcionada ao comportamento de outro indivíduo, no sentido de permissão, atribuição de poder e/ou prescrição. Todavia, é inconfundível a norma jurídica com o comando (ou o ato volitivo) que a ensejou, ou seja, estão em espectros distintos, o *ser* e o *dever ser*. O mencionado autor exemplifica que a existência de uma norma jurídica criada pelo Legislativo não depende mais da vontade deste após sua edição:

A “existência” de uma norma positiva, a sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe. [...] É errôneo caracterizar a norma em geral e a norma jurídica em particular como “vontade” ou “comando” – do legislador ou do Estado –, quando por “vontade” ou “comando” se entenda o ato de vontade psíquica. (KELSEN, 2009, p. 11)

Assim, oportuno se faz traçar debates acerca das tensões e limites na concepção de direito e de ciência do direito em Hans Kelsen (2009)⁹, bem como se deu a recepção da obra *Teoria Pura do Direito* no Brasil¹⁰.

Nesse segundo aspecto, adentrando as “normas” da cultura brasileira, o autor busca dimensionar o modo pelo qual a “Teoria Pura” foi recepcionada¹¹ pelos juristas sul-americanos, destacando os seus limites e seus equívocos, para além do problema do idioma – a edição

.....
⁹ Tal pensamento foi extraído do artigo científico do autor Caio Santiago Santos, cujo título é “O formalismo jurídico em Hans Kelsen: tensões e limites”.

¹⁰ Entendimento extraído da obra *A Recepção da “Teoria Pura” na América do Sul*, que no Brasil foi escrita por Carlos Eduardo de Abreu Boucault, sobre Hans Kelsen.

¹¹ O autor explica que “O fenômeno da recepção” entre as culturas jurídicas não é um processo automático, considerando-se que preexiste uma cultura autóctone que tende a absorver ou a rejeitar a influência da cultura dominante. Nesse sentido, as teorias não são recepcionadas e aplicadas segundo a ideação dos matizes epistemológicos, isto em razão de diferentes concepções, tanto no plano da política como das instituições locais.

original, com relação a traduções e à disseminação da teoria na esfera das elites jurídicas do país.

Atente-se que o formalismo jurídico, de modo geral, pode ter diversos significados e aparecer de distintas formas, segundo Boucault (2015), no Brasil, os pontos basilares da Teoria Pura se ilustram nas seguintes questões:

a) a separação entre o direito e a moral; b) o positivismo e o jusnaturalismo como expressão de uma dicotomia enfraquecida, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 139); c) as funções do Direito e a teoria funcional; d) o positivismo jurídico e seu caráter autoritário e coativo; e) a questão da validade e da eficácia das normas em face dos pressupostos da validade, a norma jurídica isolada e o pertencimento ao sistema jurídico; f) a questão da validade e da justiça de normas e seu perfil objetivo; g) o formalismo como fator equivalente ao positivismo; h) os fundamentos teóricos do “Ser” e do “Dever Ser” e a questão do Direito Natural; i) a Supremacia da Constituição no sistema jurídico; j) a teoria da Norma Fundamental: sua aporia e filiação à doutrina de Kant; k) a faticidade e a autonomia do Direito Internacional; l) o domínio da interpretação das leis – a teoria da moldura e o poder do intérprete; m) a hierarquia das normas, do aluno de Kelsen, Adolf J. Merkl, e a dinamização do sistema jurídico; n) a interpretação das normas como ato de vontade. (BOUCAUTL, 2015, p 102)

Por isso, considera-se que a proposta Kelseniana foi especialmente desenvolver uma ciência do direito com o enfoque no estudo de normas jurídicas positivas, independentemente do seu conteúdo específico e, com isso, a aplicação destas pelo Poder Judiciário na concretização de direitos constitucionais.

Com base na distinção entre plano do *ser* e plano do *dever ser*, o autor preconizou o formalismo metodológico para o estudo de normas jurídicas, sabendo que a distinção entre o *ser* e o *dever ser* é alcançada pela ciência do direito e não pela prática jurídica.

Assim, a tentativa da pureza metodológica pode gerar algumas lacunas na aplicação do direito no atual contexto, sustentando, inclusive, a questão trazida por Hector Mairal (2018), de que o Direito se alia à corrupção na medida em que características do próprio texto normativo abrem precedência para a corrupção, seja por imperfeições ou distorções normativas, ou seja, é o liame subjetivo que cria espaço para a insegurança jurídica, campo este fértil para a corrupção.

Portanto, considera-se que a adoção de uma ou outra compreensão sobre o direito e/ou conhecimento jurídico tende a conformar a sua própria prática, e, especificamente, em relação à justificação de decisões judiciais, abre margem às interpretações.

Dessa forma, o autor indica que o direito é “impuro”, ou seja, sofre influência da política e da economia, não sendo possível para ele que essas influências alcancem também a ciência do direito:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia, sociologia, ética e teoria política], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 2006, p. 1-2)

O aspecto da normatividade na visão kelseniana equivale a um *dever ser* genuíno, com uma demanda justificada na deliberação prática que tenha por conteúdo uma razão válida para a pessoa. Portanto, a normatividade jurídica consiste em imperativos condicionais, se apoiada em um ponto de vista normativo exato e determinada pela Norma Fundamental, sendo esta que subsidia o esclarecimento sobre o senso de que o direito é um domínio normativo e explica em que consiste essa normatividade.

Assim, em que pese haver uma razão de se justificar o “jeitinho” como identidade nacional do Brasil, sendo este um vetor à prática da corrupção e improbidade no contexto brasileiro, a perspectiva da Teoria Pura do direito nos induz a afastar a possibilidade idealista de conformar essa postura com a normalidade.

Mairal (2018, p. 21-39) aduz que a corrupção é multicausal, ou seja, não possui apenas uma causa, mas várias – sendo retroalimentada por um sistema legal e formal que favorece e canaliza a corrupção.

A aplicação da norma, na visão Kelseniana, é a “criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou a execução do ato coercivo estatuído por uma norma” e quem a aplica é a autoridade judiciária ou administrativa (KELSEN, 2009, p. 260).

Noutros termos, na sistemática da prática da improbidade e corrupção – em que os sujeitos ativos¹² não são tão somente os servidores públicos, mas também aqueles que detêm o *múnus* público, ou seja, a obrigação decorrente de lei da função pública, é possível depreender que se abre um espaço para o uso legítimo da própria máquina pública e do seu sistema legal para o cometimento de atos de improbidade e corrupção, vez que quem cria e aplica as normas são as autoridades judiciária, legislativa e/ou administrativa.

Portanto, é possível deduzir que todo o sistema de gestão pública foi criado com liames de subjetividade, considerando que é a cultura do jeitinho – retroalimentada por um sistema normativo, criado e fomentado pelos interessados que criam e sustentam interesses comuns

.....
¹² Conforme estabelece os artigos 1º, 2º e 3º da Lei de Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/1992.

– que sustenta uma rede social que gira em torno dos seus, havendo, portanto, a setorização do *ser* e do *dever ser*.

Nesse contexto, as próprias características da sociedade brasileira nos impõem o raciocínio de que são vetores importantes para os lastros das subjetividades normativas, de modo que tanto o momento da produção da norma como o seu processo de hermenêutica mostram-se permeados pelas subjetividades e possíveis distorções legais, reforçando a ideia da teoria da multicausalidade da corrupção, segundo a qual a corrupção é retroalimentada por um sistema legal e formal que a favorece e canaliza.

Em que pese essa incursão nas teorias das causas plausíveis de corrupção e improbidade, para Kelsen, sob o ponto de vista jurídico, as sociedades contrariam a normatividade jurídica, portanto, são consideradas anômalas.

4. FORMAÇÃO DA SOCIEDADE ANÔMALA DA IMPROBIDADE E DA CORRUPÇÃO

Os dados do Poder Judiciário¹³ nos auxiliam na percepção de que a corrupção e a prática de atos de improbidade administrativa são um fenômeno social, pois se o Estado é corrupto, a sociedade também o é, uma vez que os dois são praticamente indissociáveis desde a concepção. Isso significa que os elementos da corrupção variam entre as

.....
¹³ Dados extraídos da página do Conselho Nacional de Justiça apontaram que, em 2013, apenas na Justiça Estadual, o número de processos entre passivos e julgados em improbidade administrativa era 49.791, os que versavam sobre Crimes contra a administração pública eram 104.437 processos, o que só nessa área totaliza mais de 150 mil demandas ajuizadas em que a probidade administrativa foi violada.

sociedades, o que reforça a ideia da cultura do jeitinho já consolidada na sociedade brasileira.

A corrupção em âmbito estatal (ou social) é qualificada pela falta de capacidade moral dos cidadãos de assumir compromissos éticos voltados para o bem comum, ou seja, de sustentar compromissos que não lhes tragam alguma gratificação pessoal (SIMÃO, 2019, p. 39).

A improbidade administrativa em nível de uma patologia social deve ser reprimida juridicamente por meio da Lei de Improbidade Administrativa, na busca de redução dos privilégios irrazoáveis, irracionais ou absolutos dos detentores de poderes políticos e administrativos (OSÓRIO, 2007, p. 21-22).

A Lei de Improbidade Administrativa tem por objetivo regulamentar o §4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e como finalidade específica combater a improbidade e a corrupção, de forma a proteger a moralidade administrativa e a dilapidação do patrimônio público (DUARTE JÚNIOR, 2017, p. 47).

Por sua vez, a corrupção, cuja conduta criminosa do mesmo modo viola os princípios norteadores da Administração Pública e resulta em prejuízos econômicos ou financeiros para o patrimônio público, é combatida por meio da ação penal por crime contra a administração pública e está embasada no §6º, do artigo 37, da CF/88 e no Título XI do Código Penal (BEZERRA FILHO, 2018, p. 33-34).

Nota-se, portanto, a impositividade cultural brasileira por meio dos padrões comportamentais do “jeitinho” trazidos por Rosenn (1998, p. 13-14), na postura do sujeito ao desenvolver função pública – propugnando a conformação de condutas desonestas que objetivam beneficiar a si, ou a outrem, violando os princípios da administração

pública e dilapidando o patrimônio da edilidade, bem como aqueles nos quais é admissível dizer que o interesse público seria mais bem servido se as obrigações legais fossem burladas.

É necessário ressaltar que, para isso, deve-se dar uma especial atenção à vinculação e diferença das questões éticas no sentido estrito e moral, bem como ao direito (ZAN, 2004, p. 14), pois é nesse sentido que tal raciocínio causará maior significância e contribuições para o presente estudo.

Nesse sentido, podemos depreender que, por ser a sociedade formada por pessoas que se reúnem em prol do bem comum, entrelaçadas por uma lealdade que contribui para agrupar seus membros, do mesmo modo, podemos deduzir que existe uma sociedade anômala da improbidade e da corrupção, ou seja, uma sociedade formada por pessoas que se unem para a prática ilícita no âmbito da administração pública, rompendo com as barreiras legais ou se aproveitando do poder para criar ou fortalecer as subjetividades das normas.

Pois, conforme aludido, constatam-se inúmeros processos ajuizados pelo Ministério Público ou mesmo terceiro interessado em face de grupos de pessoas que dilapidaram em comum esforço o patrimônio público por interesses pessoais, o que reforça a realidade da sociedade anômala supracitada.

Na seara da improbidade administrativa (e, também, no cometimento de crimes contra o patrimônio público), são sujeitos ativos o autor, o coautor, o partícipe e o autor imediato – sendo aquele(s) que no exercício da função pública, direta e indiretamente, realiza(m) o núcleo do tipo legal incriminador. O primeiro é aquele que executa diretamente o núcleo do tipo. A coautoria é quando duas ou mais pessoas atuam em

comunhão de esforços (cada um pratica uma ação em particular) para a consumação do ato ilegal, com efeitos mediatos ou imediatos (SIMÃO, 2019, p. 169-170).

O autor ressalta ainda que são requisitos da coautoria: “1) Pluralidade de condutas; 2) Relevância causal e jurídica de cada uma das condutas; 3) Vínculo subjetivo entre os coautores;”. O autor distancia a coautoria da participação, na qual o agente não realiza o núcleo do tipo, mas concorre para o objetivo pretendido podendo ser de cunho moral ou material, e esta última não se confunde com coautoria, por apenas o partícipe oferecer ajuda acessória.

Assim, não há que afastar a formação de grupos para o cometimento de atos de improbidade e corrupção e, por consequência, existência de sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade.

A construção da concepção de Constituição e de direitos fundamentais surge de forma intrínseca ao ideal de Direito liberal, trazendo consigo duas características identificadoras da ordem liberal, quais sejam, a postura individualista abstrata de um “indivíduo sem individualidade” e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão (MIRANDA, 1995, p. 4).

No âmbito da evolução histórica dos direitos fundamentais, a formação do Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático trouxe debates teóricos e filosóficos internos sobre questão da dimensão formal e substantiva de dois conceitos básicos: Estado de Direito e democracia.

No ponto de vista de Canotilho (2000, p. 97-98), o Estado Constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de Direito, ele

precisa se estruturar como um Estado de Direito-Democrático, isto é, com uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no Estado Democrático de Direito significa, assim, que o poder do Estado deve ser organizado em termos democráticos¹⁴.

Uma sociedade complexa, talvez não moderna, devido às peculiaridades de ordens ancestrais já explicadas nas sessões anteriores, mas para além do Estado Democrático do Direito, que “se forma através de uma tensão interna entre direito e política, e, além de suas funções próprias, vez que o direito regula conflitos interpessoais ou coletivos de ação, enquanto a política elabora programas coletivos de ação”¹⁵. Retroalimentando-se, no sentido de que cada sujeito deve desempenhar funções recíprocas para o outro, vez que a política, como polo instrumental, tem condão de anuir às normas jurídicas de capacidade de coação, enquanto o direito, como polo normativo, deve emprestar sua própria legitimidade para as decisões políticas.

Os direitos fundamentais – centro de uma sociedade que busca a implantação de um sistema democrático – abarcam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais compreende esses direitos como pertencentes ao indivíduo, oponíveis contra o Estado, inicialmente entendido como o único potencial ofensor

.....
¹⁴ Para Bobbio (2004, p. 6): “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.”

¹⁵ Pensamento sustentado por Aylton Barbieri Duraó, que interpretou Habermas na obra “os fundamentos do estado democrático de direito” no ano de 2009.

dos direitos fundamentais. Ou seja, aquela que compreende os direitos de *status* negativo (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 52).

Podemos mencionar, então, uma evolução do direito a partir de uma sociedade de solidariedade inconsistente – cujas normas de cunho moral se misturam com normas jurídicas para o direito de uma sociedade de solidariedade orgânica – onde ocorre uma separação notória entre as normas jurídicas e morais – entendimento este trazido por Luhmann segundo a teoria sociológica de Durkheim (LUHMANN, 1983, p. 26-27).

Em análise realizada a respeito das sociedades complexas e da interação do Direito, Otero e Silva afirmam que a atual função social do direito está para além de reduzir riscos e compensar danos, ocorrendo por meio da inclusão de pessoas para a deliberação social e benefício de toda a sociedade. Para os autores, eis uma forma de minimizar o liame subjetivo entre a aplicação e a formação das normas do direito. Afirma que:

Não se duvida, portanto, que o Direito, cada vez mais, abandone ideais extremamente individuais para se conformar a uma ética mais comunitária, ainda que os interesses individualistas possam ainda predominar em face das condutas pessoais e corporativas de obter a máxima utilidade pela multiplicação das chances de acumular riquezas. Resta ao Direito também a função de antever os riscos e de racionalizar o ambiente de modo a garantir uma repartição do produto gerado com o trabalho e com a garantia de direitos sociais que possam reduzir os efeitos provocados pelas situações de risco, ameaças e os prejuízos de consideráveis proporções. (OTERO e SILVA, 2012, p. 19)

Para os autores, esse discurso proporciona, em tese, um meio eficiente de controle das sociedades voltadas às práticas da corrupção e

improbidade, por serem complexas e fechadas, além de não vulneráveis, tendo em vista a qualidade de sujeitos que dela fazem parte.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante das análises realizadas para a presente pesquisa, foi possível constatar que o Direito se alia à corrupção na medida em que características do próprio texto normativo abrem precedência para a ilegalidade, seja por imperfeições ou por distorções normativas. Assim, constata-se que o liame subjetivo (o sujeito em si, no ato da criação normativa ou no exercício da hermenêutica jurídica) cria espaço para a insegurança jurídica, campo este, fértil para a corrupção.

Dessa maneira, existe uma tênue correlação entre a teoria pura do direito e o liame subjetivo da interpretação e aplicação das normas, vez que o jeitinho brasileiro (identidade nacional do Brasil) expôs a existência e o agir da sociedade anômala da improbidade e da corrupção.

O que propugnou o desvelamento ontológico de que todo o sistema de gestão pública foi criado com liames de subjetividade, vez que é a cultura do jeitinho – retroalimentada por um sistema normativo, criado e fomentado pelos interessados, que criam e sustentam interesses comuns sustentando uma rede social que gira em torno dos seus, havendo, portanto, a setorização do *ser* e do *dever ser*.

Além disso, em conformidade com os dados extraídos pelo Conselho Nacional de Justiça, percebem-se os inúmeros processos ajuizados pelo Ministério Público – sobre os quais a estatística aponta que a probidade administrativa foi violada em mais de 150 mil demandas ajuizadas, apenas no ano de 2013.

Isso implica que a alta demanda representa os gestores públicos e terceiros envolvidos na prática do ato de improbidade, formadores de grupos de pessoas que dilapidaram em comum esforço o patrimônio público por interesses pessoais, e, por consequência, a inevitável existência de sociedades voltadas às práticas da corrupção e improbidade.

A Constituição Federal de 1988, portanto, inaugurou um novo cenário jurídico nacional, pois, anteriormente, a sociedade brasileira viveu 30 anos de supressão de liberdade em razão do regime militar. A ditadura que suprimiu liberdade de expressão, política, torturas, perseguições ideológicas e repressão institucionalizadas¹⁶.

A Lei Maior veio com o escopo de instituir um Estado Democrático de forma a assegurar os direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nesse cenário, sob o ponto de vista jurídico e na perspectiva Kelseniana, é possível concluir que as coletividades que contradizem a normatividade jurídica são apreciadas como anômalas por romperem com os obstáculos legais, seja por criarem ou fortalecerem as subjetividades das normas em prol da sua própria moral.

.....
¹⁶ Ver na obra de George Marmelstein, Curso de Direitos Fundamentais, 5ª edição, Editora Atlas: São Paulo, 2014, p. 62. Nesse panorama, Ulisses Guimarães afirmou: “O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Gratificamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a constituição cidadã.”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho, Moral e la existência de los derechos humanos**. SIGNOS FILOSÓFICOS, vol. XV, núm. 30, julio-diciembre, 2013: 155-171.

BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Manual dos crimes contra o erário**. 2ª Ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018. P. 33 e 34

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu. RODRIGUES, José Rodrigo. **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosófica em contextos imperfeitos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen – **A Recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil**. Sequência (Florianópolis) [online]. 2015, n.71, pp.95-106. ISSN 0101-9562.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Ação de Improbidade Administrativa (AIA) 30/AM**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/9/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

DUARTE JR, Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DURAO, Aylton Barbieri. **Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito**. Trans/Form/Ação, Marília, v. 32, n. 1, p. 119-137, 2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100008&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Feb. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732009000100008>.

KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. A Recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem dela Constituição Portuguesa - Um Fenômeno de Conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional. Revista de direito administrativo, 199: 1-20. Jan-Mar: 1995.

MORAZÉ, Charles. **Les trois ages du Brésil**. Paris: Libraire Armand Colin: 1954.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública corrupção e ineficiência**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

OTERO, C. S.; SILVA, N. T. R. C.. **A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana**. Encontro Nacional do CONPEDI

(21.: 2012: Uberlândia, MG) Anais do [Recurso Eletrônico] XXI Encontro Nacional do CONPEDI. 1.ed.Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2012, v., p. 13963-13984.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Caio Santiago. **O formalismo jurídico em Hans Kelsen: tensões e limites**. Revista Quaestion Iuris. (Rio de Janeiro) vol. 11, nº. 04, Rio de Janeiro, 2018. pp. 2653-2667 DOI: 10.12957/rqi.2018.34095

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 4ª ed. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla, Percival Panzoldo de Carvalho. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

ZAN, Julio. **La ética, Los derechos y la justicia**. Uruguay: Adenauer, 2004. ISBN 9974-7868-2-7