

ano 15 - n. 62 | outubro/dezembro - 2015  
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA  
**Fórum**

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral  
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial  
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis  
Daniel Wunder Hachem  
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial  
Felipe Klein Gussoli

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

#### Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito\*

Caroline Müller Bitencourt

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul – RS). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul – RS). Advogada. E-mail: <carolinemb@unisc.br>.

Janriê Rodrigues Reck

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul – RS). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo – RS). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: <janriereck@unisc.br>.

---

Resumo: O problema que move este trabalho envolve a especulação sobre o que é identidade do Direito Corruptivo. A hipótese é a de que a identidade pode ser alcançada a partir das categorias de diferença, operação e sistema. Objetiva-se iniciar o processo reflexivo para o estabelecimento de trabalhos mais compreensivos futuramente. Em um primeiro momento será abordado como a matriz pragmático-sistêmica<sup>1</sup> trabalha o problema da identidade para, em seguida, demarcar, de modo especulativo, os limites do Direito Corruptivo.

Palavras-chave: Direito Corruptivo. Corrupção. Matriz pragmático-sistêmica. Autonomia científica. Sistema.

Sumário: Introdução – 1 Noções preliminares sobre a identidade – 2 Funções do Direito Corruptivo – 3 Unidade da pluralidade – 4 Classificações jurídicas – 5 Conceitos adicionais – Considerações finais – Referências

---

\* Pesquisa desenvolvida no marco do projeto internacional financiado “Prevenición y lucha contra la corrupción en la contratación pública: instrumentos administrativos y penales” (Programa CAPES/DGPU de Cooperação entre Brasil e Espanha – Edital nº 40/2014), coordenado pela Universidade da Coruña-Espanha e UNISC (Universidade de Santa Cruz do Sul).

<sup>1</sup> A metodologia de trabalho, portanto, será a luhmanianna, ou seja, a pergunta pela diferença que faz a diferença – acrescida, em alguns momentos, das observações de Jürgen Habermas, cuja metodologia inspira a interrogação pelos fundamentos e construção de uma argumentação racional, capaz de obter a adesão racional. Desse modo, as menções a Habermas são apoio à teoria sistêmica, que continua sendo a matriz principal deste trabalho. A mesma matriz foi utilizada em: RECK, Janriê Rodrigues. Competência pública enquanto categoria fundamental da teoria geral do direito pragmático-sistêmica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 179-197, abr./jun. 2013, e BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul./set. 2012.

## Introdução

O tema deste ensaio é a identidade do Direito Corruptivo. Justifica-se a presente pesquisa justamente por ser um problema que emerge no seio da sociedade e que tem colocado à prova temas tão ricos para o direito, como a lisura, a ética e o interesse público. Não é obviamente um tema novo,<sup>2</sup> contudo, o que talvez se inove é nos meios com os quais a sociedade vem buscando construir respostas ao seu enfrentamento.

Conceito-chave para estas breves reflexões é o de identidade para a teoria pragmático-sistêmica. A adoção de uma teoria nos dá contornos para observar algo no mundo, justificando-se a sua eleição pela forma com que a mesma ocupa-se da complexidade. Por identidade entendam-se as diferenças que fazem a diferença para a comunicação sobre algo. O problema é precisamente, então, o de como formar e quais são as diferenças relevantes sobre o Direito Corruptivo em relação aos demais ramos do Direito, ou dito de outra forma, se o Direito Corruptivo é capaz de formar importantes diferenças capazes de propiciar certa autonomia a fim de tratá-lo como um ramo do Direito com intuito de dar a ele um tratamento mais complexo.<sup>3</sup> Como hipótese, a de que a matriz pragmático-sistêmica pode lançar luzes sobre a questão, estabelecendo categorias úteis à resolução do problema, tais como as de operação, comunicação e sistema, que ao aplicá-las o presente trabalho inclina-se para a tese que a produção de complexidade na observação do problema da corrupção tende a propiciar respostas mais produtivas aos problemas que se apresentam na sociedade contemporânea.

Logo, uma observação sobre a questão do enfrentamento da corrupção com certa autonomia ultrapassa os problemas da faticidade e validade que encontraremos ao observá-la sobre a ótica do direito administrativo,<sup>4</sup> do direito penal, da responsabilidade civil, entre outros. Os objetivos deste ensaio são modestos, e se resumem à especulação sobre os

<sup>2</sup> Nessa linha, ver os estudos de Alfonso Buteler: BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013; e BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014.

<sup>3</sup> Para Habermas, a evolução social possibilitou não só maior complexidade como também maior racionalidade e descentração – diferente de Luhmann, cuja percepção de tempo liga-se à maior complexidade. Habermas demonstra sua vinculação com os ideais iluministas ao perceber uma maior racionalidade, isto é, um estado melhor do que o passado. HABERMAS, Jürgen. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

<sup>4</sup> No caso do Direito Administrativo, a relação entre faticidade e validade vem se transformando muito nos últimos anos, notadamente com os impactos dos direitos humanos e fundamentais no Estado Constitucional de Direito. Ver, sobre o tema: DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>>; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015; BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014; e DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>>.

fundamentos da identidade do Direito Corruptivo.

Ainda, justifica-se em termos introdutórios a terminologia utilizada Direito Corruptivo. Diga-se que não há essências ou verdades sobre a nomenclatura dos ramos do Direito, logo, o que há é uma escolha que, através desta que já é uma comunicação, buscar-se-á estabelecer outras comunicações. Nesse caso, especificadamente, a escolha do Direito Corruptivo foi opção por questões estéticas e sociais, especialmente porque a temática da corrupção indiscutivelmente tornou-se fato cotidiano no mundo das relações sociais. Se bem que talvez o termo “Direito da Probidade” fosse mais adequado, já que o presente ramo do Direito busca preservar a probidade, contudo, correr-se-ia o risco de uma aproximação muito forte do Direito Administrativo e já se partiria de determinados prejuízos, ou seja, talvez repetiríamos os mesmos que acionamos quando se pensa no Direito Administrativo, ainda, obviamente, que estes e muitos outros deverão estar presentes quando da observação desse novo ramo que se propõe. O fato é que o termo corrupção está generalizado na sociedade brasileira, sendo mais representativo das funções do presente Direito.

## 1 Noções preliminares sobre a identidade

A identidade é formada por um consenso linguístico acerca de diferenças.<sup>5</sup> Socializa-se, através de um processo algo espontâneo e incontrolável, expectativas sociais acerca de diferenças com relação a algo. Não existe uma diferença “natural”, como querem fazer crer determinadas variantes do jusnaturalismo, querendo encontrar essências do que vem a ser corrupção ou probidade.<sup>6</sup> O que existe são diferenças – diferenças estas socialmente generalizadas, aderidas e reforçadas mediante consenso. Por outro lado, também parece implausível a perspectiva nominalista e positivista de criação de uma linguagem artificial e pura, desvinculada de qualquer ideologia ou pré-juízo, uma vez que qualquer linguagem só pode ser entendida e remetida a outra linguagem, e portanto a toda teia de significações possíveis. Assim, é ingênua a tentativa de criação de graus zero de significação, com ilusão de desnecessidade de acesso à tradição da comunidade. Daí a razão pela qual fora utilizado o termo “corrupção”, já que ele é o que genericamente reúne as expectativas sociais sobre o tema.

Assim, o processo da construção da identidade de um ramo do Direito é um processo que necessariamente vai ser uma explicitação reconstrutiva dos usos linguísticos de

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 458: “En el fondo de los conceptos subyace, por cierto, la tautología y la recursividad general de las operaciones del sistema. Pelo los conceptos posibilitan precisamente el despliegue de la tautología, su descomposición en identidades distinguibles a las que puede hacer referencia para distinguir problemas de derecho.”

<sup>6</sup> Uma visão jusnaturalista do Direito Administrativo é defendida por: COVIELLO, Pedro José Jorge. *Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.

uma dada comunidade.<sup>7</sup> Falar-se sobre a identidade do Direito Corruptivo é falar sobre as diferenças que compõem este ramo dos demais ramos, diferenças essas que nem são “criadas a partir de um grau zero” e tampouco existem em um mundo puro de ideias.

Os ramos do Direito podem ser observados como unidades operativas. Significa dizer que o “ramo” é um conjunto de operações que provoca outras observações dentro do Direito.<sup>8</sup> Como os sentidos não existem de per se, mas sempre como observações, a observação de um fenômeno a partir de uma ou outra perspectiva gera sentidos peculiares. Assim, o Código Civil adquirirá um sentido a partir do Direito Administrativo, e outro a partir do Direito do Trabalho.

Neste sentido, existir um ramo do Direito significa uma unidade operativa de programas de observação. Os ramos permitem significações diferenciadas a enunciados normativos que estão à espera de significação. Assim, o Direito Corruptivo será uma estrutura operativa do Direito, ou um conjunto de programas, cuja função será unificar diferentes perspectivas sobre corrupção em um regime próprio. Este regime próprio conterá programas de observação peculiares e que caracterizam o Direito Corruptivo.<sup>9</sup>

O que se ganha com a autonomia da corrupção enquanto ramo autônomo é justamente a possibilidade de constituição de um novo regime jurídico em relação aos demais ramos, que não significa que não haja uma inter-relação necessária, mas traz em si uma gama de prejuízos que já são predispostos quando se observam questões sobre a ótica do direito administrativo, do direito penal, ou do direito civil, por exemplo. Ao produzir uma identidade própria, a mesma ganhará mais sentidos e contornos toda vez que interligar-se aos demais ramos, o que obviamente é rico e inevitável.

Observar os programas normativos a partir do Direito Corruptivo, assim, será re-significar toda uma série de tradições, a partir de algumas estruturas básicas – estruturas básicas que compõem o centro do Direito Corruptivo – e que cumprem determinadas funções ao Direito,<sup>10</sup> conforme o tópico a seguir.

## 2 Funções do Direito Corruptivo

A diferença que vai caracterizar o Direito Corruptivo vai residir na sua função que cumpre para o Direito. Se se conseguir identificar funções peculiares e com utilidade para o Direito, então o Direito Corruptivo merecerá generalização. Note-se que a função vem antes mesmo do conceito,<sup>11</sup> haja vista que o conceito se estabiliza e se desestabiliza a partir das funções que este produz. Sendo assim, se for possível produzir funções para o direito corruptivo, que justifiquem sobre a ótica de outras formas de comunicação já

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Universidad Iberoamericana: México, 2002.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Universidad Iberoamericana: México, 2002.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

existentes, então também o conceito de corrupção poderá ser melhor produzido e comunicado no sistema jurídico.

De fato, uma série de normas vem surgindo e se agregando à tradição das normas que envolvem corrupção, de maneira que surgiu um problema e a necessidade de se resolver este problema dentro do sistema jurídico. Nesse sentido, buscaremos fundamentos racionais que levem à demonstração das possíveis funções que poderão ser atribuídas aos Direito Corruptivo (o que não exclui a possibilidade da existência de tantas outras):<sup>12</sup>

a) Criar conexões possíveis entre os diversos ramos do Direito que tratam do problema da corrupção: exemplifica-se como um ato praticado por um chefe do Poder Executivo, juntamente com seus secretários de Estado e deputados de seu partido, que “compra, negocia” o voto de outros deputados, buscando beneficiar uma votação parlamentar, cuja destinação da verba é uma emenda parlamentar que indica a construção de uma obra que beneficia uma empreiteira que superfatura tal obra, justamente porque contribuiu para a campanha eleitoral do partido político do chefe do Poder Executivo, que sequer declarou tal doação em sua prestação de contas. Este simples e não tão “bizarro” exemplo, vai envolver uma série de dispositivos em diferentes ramos do direito, e que seguem inclusive diferentes lógicas quanto à natureza jurídica de eventual condenação por ilicitudes cometidas. Certamente se discutiria o problema da improbidade administrativa, o problema do crime de responsabilidade, o tráfico de influências e a corrupção ativa e passiva, a responsabilidade da empresa,<sup>13</sup> o problema das contas não prestadas sob a ótica eleitoral, a questão do vício formal da votação legislativa, e tantos outros. Pensar a corrupção como um ramo teria a função que ao observá-lo sobre tantas óticas distintas

<sup>12</sup> A tese inicial de Habermas é no sentido de que, uma vez fracassadas as tentativas de fundamentação da razão em termos conteudísticos ou metafísicos, a prática diária permite a observação de que se consideram racionais aqueles que agem motivados e capazes de defender seus pontos de vista em razões. FREITAG, Bárbara. *A Teoria Crítica Ontem e Hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 59-60. “Habermas inclui em sua teoria da ação comunicativa a elaboração de um novo conceito de razão, que nada tem em comum com a visão instrumental que a modernidade lhe conferiu, mas que também transcende a visão kantiana assimilada por Horkheimer e Adorno, isso é, de uma razão subjetiva, autônoma, capaz de conhecer o mundo e de dirigir o destino dos homens e da humanidade. A concepção de uma razão comunicativa implica uma mudança radical de paradigma, em que a razão passa a ser implementada socialmente no processo de interação dialógica dos atores envolvidos em uma mesma situação. A razão comunicativa se constitui socialmente nas intenções espontâneas, mas adquire maior rigor através do que Habermas chama de discurso. Na ação comunicativa cada interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa que seu interlocutor possa, se assim o quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada (begründet), isso é, com argumentos. É nisso que consiste a racionalidade para Habermas: não uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado, mas um procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade. Tanto no diálogo cotidiano como no discurso, todas as verdades anteriormente consideradas válidas e inabaláveis podem ser questionadas; todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados; todas as relações sociais são consideradas resultado de uma negociação na qual se busca o consenso e se respeita a reciprocidade, fundados no melhor argumento. A razão comunicativa circunscreve um conceito para o qual o questionamento e a crítica são elementos constitutivos, mas não sob a forma monológica, como ainda ocorria na Dialética do Esclarecimento ou na Dialética Negativa, e sim de forma dialógica, em situações sociais em que a verdade resulta de um diálogo entre pares, seguindo a lógica do melhor argumento.”

<sup>13</sup> Para uma análise legislativa atual, conferir: GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

pudéssemos produzir uma percepção mais holística sobre o enfrentamento do fenômeno, basta pensar que a prova produzida teria diferentes pesos e diferentes medidas, dependendo do ramo em que a mesma estaria sendo utilizada!

b) Servir de espaço para o debate doutrinário acerca destes elementos de conexão: observa-se o quão nesse sentido a doutrina é fragmentada, falar-se em corrupção em uma doutrina administrativista terá outra concepção que tratá-lo em uma doutrina do Direito Penal, começando pelos diferentes princípios que informam cada uma das doutrinas, pelas diferentes penas que se produzem, bem como sobre a lógica da interleção ou não das condutas dos agentes. Não há como exigir que a doutrina de diferentes ramos tenha os mesmos domínios, daí se ganha quando ao observar a constituição como um ramo autônomo a preocupação dessas inter-relações seja a preocupação a priori dessa doutrina.

c) Elaborar, trabalhar e categorizar conceitos<sup>14</sup> que envolvam corrupção: por tudo que já foi dito, a autonomia do Direito Corruptivo propiciará o que em termos luhmannianos chama-se de “reentrada da forma na forma”, ou seja, permitiria que a observação sobre a observação do conceito de corrupção trouxesse a crítica para que houvesse a necessária complexidade no trato do mesmo, inclusive, na distinção do quão a sociedade refuta quando praticada sob a ótica pública ou sob a ótica privada, daí, discutir-se sob diferentes óticas o “bem jurídico” que a sociedade busca proteger.

Algumas reflexões preliminares sobre o signo da corrupção nos levam a entender que o termo corrupção vai ser um elemento de agregação do Direito Corruptivo. De fato, se cabe ao Direito Corruptivo estabelecer uma rede de significações<sup>15</sup> onde se agreguem os diferentes programas normativos dos diferentes ramos, então há de se ter um elemento capaz de fazer esta reunião. Se bem que a honestidade e a probidade são símbolos<sup>16</sup> e objetivos a serem alcançados pelo Direito Corruptivo, é importante lembrar que dado o caráter negativo de boa parte das normas jurídicas (que punem certas condutas que não deveriam ter sido praticadas), a corrupção é muito mais tratada no ordenamento que a própria honestidade e a probidade.<sup>17</sup> De fato, se seguir o Direito é ser honesto, em um primeiro momento pelo menos, então em boa parte das ações sociais possíveis de

<sup>14</sup> Em Habermas, então, a individualização e a conceituação de algo estão ligadas com o consenso, pois diferença conceitual é intersubjetividade. Assim, só existe diferença no consenso e vice-versa. Essa diferença e esse consenso são formados pela linguagem; esta, por sua vez, é entendida como um meio, ou seja, “um médio de comunicación que sirve al entendimiento, mientras que los actores, al entenderse entre sí para coordinar sus acciones, persigue cada uno determinadas metas” (HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa, I. Madrid: Taurus, 1999. p. 145).

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>16</sup> Por função simbólica, entende-se a atribuição de valores que circulam nos sistemas pertinentes ao conceito de serviço público. Existem diversas observações possíveis de serem feitas a partir dessa perspectiva. Todas essas observações estão ligadas e aparecem, no sistema, como unidade.

<sup>17</sup> Nesse sentido, ver: SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 15-27, jan./mar. 2013; LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

serem descritas ser honesto será evitar certas condutas que o Direito sanciona, muito embora existam normas no ordenamento jurídico brasileiro que trabalhem certa noção de honestidade.<sup>18</sup>

Como estabelecido anteriormente, o termo corrupção<sup>19</sup> é o termo generalizado utilizado no Brasil para as condutas que denotam falta de cuidado para com a coisa pública, realizado por particulares ou agentes públicos.<sup>20</sup> Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o termo aparece apenas em dois tipos penais. Intenta-se, contudo, a partir do Direito Corruptivo, não só alargar o uso do termo corrupção para conectá-lo com a figura do peculato, por exemplo, mas também com ilícitos tais como a improbidade administrativa e os atos lesivos perpetrados por empresas contra a Administração Pública, por exemplo.

Então é evidente que a corrupção será caracterizada como um ilícito. Entretanto, não cumprir um contrato civil é também um ilícito. A ilicitude não é algo fora do Direito; pelo contrário, o Direito se preocupa às vezes muito mais com a ilicitude do que com a licitude, estabelecendo suas consequências. Quando se trata de uma conduta que é de algum modo sancionada (ou, ao contrário, premiada), então é claro que o que se pretende, em termos de coordenação da ação, é que se realize outra ação social. Assim, entendendo-se o Direito tanto na perspectiva habermasiana de coordenação da ação como na luhmanniana de manutenção de expectativas normativas, o ilícito vai ser uma espécie de programa que, ao mesmo tempo, vai coordenar ações indicando que a conduta presente na norma não deve realizada, e vai deflagrar as consequências para quem as realizou e os comportamentos possíveis/necessários por parte das autoridades administrativas e de

<sup>18</sup> No ordenamento espanhol, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). Revista de Investigaciones Constitucionales, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>>.

<sup>19</sup> O problema é que, como diz Bignotto, não há na tradição do pensamento político ocidental consenso sobre o que vem a ser a corrupção, não se podendo falar de uma Teoria Política da Corrupção madura e já constituída, existindo tão somente diferentes abordagens do tema, a partir de determinados marcos teóricos e filosóficos específicos. O mesmo autor chama a atenção, no particular, às contribuições da chamada (1) Teoria da Modernização, que reduz a narrativa da corrupção às modelagens da sociedade capitalista, as quais provocam momentos de disfunções das instituições políticas; da (2) Teoria da Escolha Racional, que prefere identificar como fator predominante da corrupção o tipo de relação existente entre setor público e privado, notadamente no que diz com a adoção de prêmios/vantagens/subornos/propinas/comissões, associado à ausência de controles públicos e sociais eficientes, que permitem aos agentes políticos maximizarem utilidades pessoais ou corporativas. Em trabalho instigante, Renato Janine Ribeiro lembra que não há corrupção sem uma cultura de corrupção, pois tal fenômeno demanda o endosso, mesmo que tácito, do seu entorno, com níveis de aceitação social e institucional. E mais, esta cultura cresce nos costumes que a reproduzem, os quais, por sua vez, têm natureza política destacada. BIGNOTTO, Newton. Corrupção e opinião pública. In: AVRITZER, Leonardo; FIGUEIRAS, Fernando (Org.). Corrupção e Sistema Político no Brasil. Op. cit., p. 31; RIBEIRO, Renato Janine. A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Lembra Janine que os costumes funcionam como cimento da obediência, como linguagem comum pela qual nos entendemos, pela qual constituímos nossa coisa pública, no caso republicano, ou nossa contrafação da república, quando a corrupção se generaliza. (p. 167).

<sup>20</sup> Aqui se prefere trabalhar com um conceito mais complexo como o enunciado por Leal, que nos diz: "A corrupção em termos de delimitação conceitual se afigura como um fenômeno de múltiplos fundamentos e nexos causais, tratada por diversos campos do conhecimento (filosofia, ciência política, economia, sociologia, antropologia, ciência jurídicas, etc.), não sendo de fácil compreensão e definição. Ao menos desde a Modernidade ocidental a filosofia e a teoria política de matiz liberal tem contribuído para a agudização maniqueísta da separação entre Sociedade e Estado enquanto condição indispensável de se pensar a liberdade e o caráter virtuoso da primeira em face da condição potencialmente corruptível do segundo" (LEAL, Rogério Gesta. Patologias corruptivas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014).

mais cidadãos. Serve também, com base em Luhmann, para manter a expectativa social de que algo é errado, mesmo que continuamente realizado pelos atores sociais.

Entretanto, o Direito Corruptivo terá de ir além do mero foco na ilicitude, haja vista que ele tem de ser preocupar com os meios administrativos de controle, manejo e prevenção da corrupção.

A corrupção é um sentido cuja fronteira é cruzada quando há a presença do patrimônio público em sentido amplo e a desigualdade. Somente estes elementos reunidos e conectados caracterizam a corrupção. Por patrimônio público entendam-se não só os bens públicos, mas também os bens e serviços que garantem os direitos dos cidadãos (florestas em áreas de preservação permanente), serviços (como o de saúde), poder de polícia (polícia sanitária) e a própria imagem do poder público, dentre outros. Para a configuração da corrupção é necessário que algum valor administrativo como o descrito acima seja atingido. Quando este valor é atingido – vamos supor por um particular que sonega tributos – gera uma violação da igualdade entre os cidadãos – com isto configurando o aspecto da injustiça corruptiva.

Unificando e diferenciando a Corrupção. Ao mesmo tempo que o Direito Corruptivo unifica sob o signo da corrupção e seus princípios diversos ramos, por outro lado dialoga com eles, respeitando seus postulados básicos. Assim, se o tema dos crimes relacionados com corrupção for tratado pelo Direito Corruptivo, é evidente que o Direito Corruptivo tem muito a contribuir com conceitos e regime jurídico, mas por outro lado não poderá subverter os princípios dos demais ramos, como por exemplo o Direito Penal, tais como legalidade, subsidiariedade e fragmentariedade.

d) Estabelecer princípios: o estabelecimento de princípios próprios do direito corruptivo, permitiria que não fosse tão necessário se fazer uma verdadeira “ginástica jurídica” em relação ao enquadramento de condutas que envolvam o problema da corrupção. Como exemplo, basta pensar como se espera a produção de provas no âmbito de uma negociação pública que envolva a violação de interesses públicos; não se passa “recibo” de uma troca de favores entre partidos políticos que pudesse configurar um “nepotismo cruzado” ou mesmo um dispositivo em um edital que acabe beneficiando uma determinada marca na aquisição de um automóvel ou na contratação de uma empresa ou no envio de cartas convites para um processo licitatório. Daí, por exemplo, nem todos os crimes contra a Administração Pública terão a pena de reclusão e, portanto, a prova de escutas telefônicas não poderá ser meio eficaz para combater ou provar crimes de improbidade, embora o resultado prático possa ser devastador ao interesse público. Esse singelo exemplo, demonstra que os princípios do direito penal e do direito administrativo sob a ótica do Direito Corruptivo não dão conta de responder o problema da complexidade da corrupção, especialmente quando praticada por quem deveria cuidar e zelar pelo interesse público.

Por princípios entendam-se unidades simbólicas.<sup>21</sup> Eles servem para reunir programas (normas) diversos e, com isto, dar um novo significado à união destes programas, em um processo de retroalimentação. Pode-se dizer que são princípios específicos do Direito Corruptivo:

- princípio da cumulatividade: as punições de diferentes ordens podem ser cumuladas;
- princípio da probidade: na interpretação de qualquer norma, está-se a estabelecer um parâmetro de comparação com um comportamento devido; este geralmente é construído a partir de expectativas sociais, e não somente pelas pistas contidas no enunciado linguístico; assim, para se interpretar as normas relacionadas com corrupção, é necessário imaginar que o comportamento devido é o honesto – tal não é uma constatação trivial, já que pessoas honestas não contratam parentes, a despeito de a abertura do texto constitucional poder eventualmente levar à impressão de que é um comportamento permitido;
- princípio da titularidade ampliado direito de ação decorrente do direito difuso: uma vez sendo a probidade na Administração Pública um direito de todos, releva notar que no campo do Direito Corruptivo as ações podem ser manejadas ou por qualquer pessoa, no caso da ação popular, ou com amplo rol de legitimados, no caso das ações civis públicas.

São princípios que adquirem novas cores quando inseridos no Direito Corruptivo:

- princípio da legalidade, posto que, a despeito da necessidade de taxatividade das penas e condutas, esta taxatividade é mais aberta que a consagrada no campo penal, para a abertura à moralidade e às normas administrativas;
- princípio do interesse público, o qual é expandido para abranger diversos interesses, como o patrimônio moral, histórico e ambiental da comunidade;<sup>22</sup>
- princípio da humanidade das penas: não só as penas de caráter penal, mas também as de caráter administrativo, devem manter a racionalidade do devido processo legal e evitar que eventuais corruptos sejam crucificados em nome da vingança de sangue popular.

e) Descrever os regimes jurídicos: novamente aqui, um regime jurídico próprio permitiria que se ultrapassasse algumas barreiras impostas pela natureza jurídica que hoje envolvem os crimes de corrupção quando praticados e observados sob a ótica de ramos distintos.

Por script entenda-se todo aquele esquema socialmente generalizado de “isto causa

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>22</sup> A respeito da noção de interesse público, conferir: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. No Direito espanhol: MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010.

aquilo”.<sup>23</sup> Os scripts<sup>24</sup> estão generalizados na sociedade e no Direito<sup>25</sup> (LUHMANN, 2007). Dado o caráter em rede do Direito, as relações de causa e efeito nunca são isoladas e impunes, mas sempre sistêmicas, isto é, relacionadas com o todo e com as demais operações. As normas podem ser observadas a partir desta perspectiva. Os scripts são relações sociais. Assim, há uma expectativa socialmente generalizada de, ao se encontrar algum amigo na rua, dar-lhe bom dia. O mesmo vale, desde modo, para o direito: ao se deparar com a palavra “recurso”, sabe-se que é algo ligado a uma rediscussão de uma decisão. Assim, as expectativas podem ser frustradas; recurso pode então significar, em um dado contexto, outra coisa que uma rediscussão.<sup>26</sup> Mas o fato é que a ordem gerada pela contínua satisfação das expectativas, ou esperança na satisfação destas, possibilita a existência de cadeias programadas de comportamento – e não resta dúvidas que o Direito se especializou na linguagem destas cadeias programadas de comportamento.<sup>27</sup>

O regime jurídico é uma espécie complexa de script. Como é evidente, o regime jurídico não é imanente, mas sim construído a partir de um esforço conjunto e contínuo da doutrina e da jurisprudência no tempo, passando por processos de aprendizagem. Quando alguém fala em contrato, há o processamento social de um script que leva a uma teia construída de determinadas relações. O uso da palavra contrato, ou ato administrativo, ou que seja, leva a que uma série de outras normas e conceitos (liberdade contratual, interesse público, função social, validade, eficácia etc.). É importante notar que esta atividade de conexão entre o fenômeno e o conseqüente regime jurídico raramente é dada pela lei. Assim, é uma atividade normativa das mais relevantes a conexão entre, por exemplo, a concessão/não concessão de um diploma de uma entidade privada de ensino com o ato administrativo, e conseqüentemente com o regime jurídico. Com o regime jurídico, o sistema jurídico mantém uma certa abertura para a evolução, uma vez que se torna possível recombinar os diversos elementos que conformam um dado regime jurídico a todo instante. Assim, um desafio do Direito Corruptivo é construir o regime jurídico da corrupção.

<sup>23</sup> NAFARRATE, Javier Torres. Luhmann: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p. 378: “En el medio de la causalidad los scripts pueden ser expresados bajo la fórmula general “esto causa esto”. La opinión pública vive de esas representaciones, aunque el hecho de que esto suceda en el medio de la causalidad habla de que no pueden quedar excluidas otras causas y otros efectos. Los scripts no llevan directamente a la decisión. Lo que ofrecen es tan sólo un esquema contingente compacto con el que, por ejemplo, se puede discutir la política migratoria: si se amplían o se restringen los límites.”

<sup>24</sup> O script tem origem nos esquemas. “We begin from them fact there must be mechanisms that, regardless of what triggers them, produce adequate determinacy.” LUHMANN, Niklas. Social Systems. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 83. Os esquemas evoluem para os sistemas de diversos modos. Um dos esquemas mais sofisticado é o próprio código dos sistemas. Entretanto, aqui se trata de um tipo de esquema que evoluiu de modo diferenciado. Evoluiu para o Direito, vez que “los esquemas pueden concretarse y adaptarse a cualquier necesidad”. LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007. p. 81.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1983.

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

Uma nota importante do regime jurídico do Direito Corruptivo é a da superação da dicotomia público-privado, mas principalmente das dicotomias penal/administrativo judicial e administrativo servidor.

A existência de princípios, conceitos unificadores e conceitos adicionais permite a formação de um novo regime jurídico que ultrapasse as convenções anteriormente estabelecidas sobre as naturezas jurídicas.

De fato, ainda é uma dificuldade para o Direito classificar a existência dos chamados “crimes de improbidade administrativa”, a aplicação simultânea de sanções por parte dos tribunais de contas e da Administração Pública, a aplicação de uma sanção penal, a ação civil pública, a ação popular e a lei da corrupção privada. Todos estes institutos foram criados casuisticamente, por sobreposição e na tentativa de tratamento dos atos corruptivos, antes mesmo da existência desta categoria. Sob os signos de controle financeiro ou controle da Administração Pública, é momento de se reunir todos estes institutos sob um mesmo regime jurídico.

Este regime jurídico não faz a distinção entre instâncias, dado o princípio da cumulatividade. Assim, emerge do regime jurídico do Direito Corruptivo uma regra de inexistência de bis in idem e a necessidade de pensar em outras classificações que a natureza do tratamento do ato corruptivo.

De fato, melhor é se pensar em um regime jurídico que trabalhe em uma perspectiva de sanção e tratamento do interesse público atingido pelo ato corruptivo. Assim, faz parte da teia de significações do Direito Corruptivo tratamento e recuperação levados a cabo tanto dentro do Poder Judiciário, com as múltiplas ações possíveis, e também dentro da Administração Pública. Implica superar a metafísica da natureza jurídica para se entender que a improbidade administrativa é uma nova categoria, não precisando se confundir com o Direito penal; implica dizer que é possível dois processos administrativos, e que o simples fato de serem processos administrativos não gera bis in idem.

f) Preparar decisões no campo da corrupção: discutir a possibilidade de decisão é discutir a capacidade de produção de razões justificadores<sup>28</sup> e, conseqüentemente, de controle, sendo que através da contribuição da racionalidade discursiva busca-se preencher os “espaços em branco” ou, ao menos, clarificar a estrutura dos argumentos a partir

<sup>28</sup> O conceito de ação comunicativa retroliga-se com o conceito de racionalidade discursiva. A ação comunicativa pressupõe atores capazes de, utilizando-se da linguagem, tomarem postura frente às pretensões de validade apresentadas pelo outro. Como o mundo da vida aparece desdiferenciado aos indivíduos, a reconstrução de uma oferta de fala leva à conclusão de que as pretensões de validade defendidas sempre estarão referenciadas aos três mundos (objetivo, social e subjetivo). Dessa forma, quem oferece um ato de fala comunicativamente, ou seja, orientado à cooperação, necessariamente, fundamenta seu ato na pretensão de que é verdadeiro em relação ao mundo objetivo, correto em relação ao mundo social e veraz com relação ao mundo subjetivo. A capacidade de diferenciar esses diferentes âmbitos de validade dos atos de fala denota uma forma de vida racional. Estas pretensões pressupõem mais uma quarta pretensão de validade, qual seja, o uso correto da linguagem. HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa, I. Madrid: Taurus, 1999. p. 37.

da sua aceitabilidade racional e qualitativa, o que faz ser possível a crítica.<sup>29</sup> Apesar de reconhecer que o Poder Judiciário se valerá mais dos discursos de aplicação, não significa que a fundamentação e aplicação são discursos que possam ser lidos separadamente, pois um anda ao lado do outro (haja vista a interdependência desses discursos). Muito mais em se tratando de decisões sobre a corrupção, que requer um retorno às razões justificadoras, ou seja, um retorno à fundamentação como forma de produzir o que a sociedade em si busca refutar,<sup>30</sup> ou melhor, os bens jurídicos materiais e imateriais que ela busca proteger,<sup>31</sup> somando ao problema das múltiplas variantes e conhecimentos que a solução de tal problema exigirá do julgador. Assim, ao se pensar na autonomia e observar a função, o regime jurídico, a produção de doutrina própria estar-se-á munindo o julgador da devida complexidade para produção de seus discursos de aplicação e fundamentação. Lembrando Luhmann: “one can answer de question ‘how knowledge is possible’ with the ‘by the introduction of a distinction’”.<sup>32</sup>

Assim, a identidade do Direito Corruptivo pode ser caracterizada pela função que cumpre este ramo para o Direito – a função de unificar diferentes normas sob o conceito de corrupção, estabelecendo princípios, conceitos auxiliares e regimes jurídicos.

### 3 Unidade da pluralidade

A noção de unidade da (ou na) pluralidade é um conceito fundamental para se escapar da metafísica. Paradoxalmente, trata-se de um conceito que tem certa raiz na metafísica da trindade sagrada. Tudo aquilo que pode ser observado e gerar sentido tem uma identidade. Esta identidade, contudo, ao contrário da perspectiva das filosofias do sujeito, não reside em uma essência, mas sim em diferenças<sup>33</sup> (socialmente observadas, evidentemente). Estas diferenças geram formas que são duais (ou é ou não é – unidade),

<sup>29</sup> Se uma sociedade consegue e pode atuar sobre si mesma através de uma linguagem específica como o Direito, mas sob a condição de que esse Direito seja legítimo, ou conforme o princípio da Democracia ou do Discurso, tanto mais legítimo será o Direito se for possível retroceder à legitimidade de sua formação, ou seja, uma formação racional, cognitivamente aberta para o poder comunicativo dos cidadãos. Nesse sentido, Habermas: “Até agora consideramos o uso público de liberdades comunicativas somente sob o aspecto cognitivo da possibilidade da formação racional da opinião e da vontade: o fluxo livre de temas e contribuições, informações e argumentos, deve fundamentar a suposição de racionalidade para resultados obtidos conforme o procedimento correto. Todavia, as convicções produzidas através do discurso e compartilhadas intersubjetivamente possuem também uma força motivadora. Mesmo que ela não seja mais do que a pequena força motivadora que está presente nos bons argumentos, pode-se afirmar que o uso público de liberdades comunicativas é, sob esse aspecto, um gerador de potenciais de poder” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 186).

<sup>30</sup> LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>>.

<sup>31</sup> A análise de quais bens jurídicos são tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa é realizada por: LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consecutórias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 75-103, jul./set. 2013.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 130.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México: Anthropos, 1996. p. 295.

mas que são motivadas por uma série de diferenças. No pensamento metafísico, existe um elemento que caracteriza definitivamente algo; sem a presença deste elemento, algo não é algo. Daí a busca incessante pelas “naturezas” (jurídicas) e assemelhados. Ocorre que sim, as identidades são duras, mas o que faz que algo seja ou não algo é múltiplo. Por exemplo, na prática cotidiana não há “meio” relógio; ou algo é relógio ou não (assim como não há “meio” direito, ou parte tem ou não tem, ou determinado sentido é inconstitucional ou não é). Então, por exemplo, pode-se dizer que ter ponteiros, marcar horas, que um dia marcou horas, ter a forma de relógio, estar na parede, estar no pulso – são múltiplas diferenças que, em potência, podem ser utilizadas para marcar a diferença relógio/não relógio. É interessante notar que nem todas as diferenças que são possíveis de serem utilizadas necessariamente precisam ser invocadas para que seja identificado um relógio na prática comunicativa cotidiana. Assim, um relógio pintado em quadro de Salvador Dali, ou relógio no pulso de algum caractere de um game nunca marcou alguma hora, mas é identificado como relógio. Na matriz pragmático-sistêmica, as unidades são possibilidades que marcam diferenças motivadas por uma série de diferenças possíveis. Apenas falar-se em ato voluntário não designa um contrato; é necessário, ainda, adicionar mais diferenças, como uma descrição de vontades convergentes, interesses divergentes e não exclusão dogmática (como no casamento, considerado por muitos “instituição” e não “contrato”) para se alcançar um consenso mínimo acerca da identidade de uma dada operação social como contrato. Têm-se, no Direito, infundáveis e infrutíferas discussões motivadas acerca de qual é o elemento “essencial” para que se cruze a fronteira da forma, indicando a identidade, uma vez que não se tem consciência da unidade da multiplicidade. É necessário lembrar, por fim, que mesmo que se considere “interesses divergentes” uma diferença que, junto a outras diferenças, forme a diferença contrato/não contrato, os referidos termos são eles mesmos unidades da multiplicidade de outras diferenças, as quais estão conectadas com outras diferenças até o infinito de possibilidades. Deste modo, inegável o caráter em rede e sistêmico do conhecimento.<sup>34</sup>

#### 4 Classificações jurídicas

Também uma constelação interessante de script, conceito e unidade da diferença. É semelhante ao regime jurídico, mas se trata de uma operação com um perfil um pouco mais diferenciado. Também um conceito que sofreu fortes influências da metafísica, a qual considera que a categorização<sup>35</sup> é um processo real (as palavras conteriam uma

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1983.

<sup>35</sup> As atividades mais comuns levadas a cabo pela dogmática são a conceituação de algo juridicamente e a categorização desse algo dentro de algum esquema de organização jurídica. Obviamente que tais atividades só podem acontecer dentro de um sistema, no caso, o sistema jurídico, a partir de suas próprias referências. Na dogmática, isso é levado a efeito a partir de referências extremamente simples e/ou metafísicas. Deve-se notar que a maneira pela qual um dado conceito se estabiliza e se difunde no sistema acaba por se transformar em estrutura do sistema e, dessa forma, passa a condicionar as novas operações. Com isso, quer-se dizer que a conceituação e a categorização de um

conexão com uma realidade).

As categorias referem-se a grupos. São unidades da diferença. Cada grupo conterà diversas diferenças, as quais possibilitam cruzar a fronteira de uma outra forma. Assim, a palavra cavalo pode levar tanto ao conceito quanto à categoria cavalo. No caso, podem entrar nesta categoria todas aquelas operações comunicativas que contiverem as diferenças relacionadas a cavalo (um cavalo em um livro, um cavalo correndo, um cavalo que já existiu ou vai existir etc.). É interessante que a metafísica estipula para certas categorias, por exemplo, mamíferos, um caráter de definidade e verdade. Ocorre que, por exemplo, poder-se-ia utilizar qualquer outra categoria para agrupar animais, como os animais de cor branca e os coloridos, ou os mordedores ou não mordedores. Se na Biologia se trata apenas de classificações, no Direito o problema das categorias se conecta com a natureza jurídica e com os respectivos regimes jurídicos. Ocorre que, a despeito da existência de classificações meramente acadêmicas, a inserção (o que os juristas chamam de natureza jurídica, mas que de “natural” não tem nada) de um dado jogo de linguagem em uma ou outra categoria leva a um ou outro regime jurídico. Por exemplo, primeiro é criada a classificação tributos reais/pessoais, e depois são estipulados regimes jurídicos para cada dos lados desta forma (por exemplo, pode incidir a progressividade tributária ou não). As classificações, deste modo, são um modo de a doutrina e a jurisprudência realizarem um certo controle do ordenamento, a despeito do que venham a dizer as normas formalmente estatuídas. Trata-se de um grande poder e de uma grande responsabilidade. As classificações e as conexões com os respectivos regimes jurídicos são, deste modo, formas de redução da complexidade. Com isto, o sistema ganha em capacidade de operação.

Dentro do Direito Corruptivo será necessário construir classificações primárias, visando à sistematização do conhecimento. Em um ensaio preliminar, pode-se pensar como unidades da diferença os sujeitos atingidos (quem sofreu o prejuízo), o ramo do direito de apoio (Direito Penal, com os crimes corruptivos, ou Direito Constitucional, com os crimes de responsabilidade, ou o Direito Administrativo, com os crimes de improbidade administrativa, dentre outras figuras espalhadas pelo ordenamento).

## 5 Conceitos adicionais

Todo ramo do Direito envolve conceitos-chave ou adicionais aos princípios. Estes conceitos servem como elementos de transformação de complexidade estruturada em operativa. Assim, por exemplo, “trabalho” é um destes elementos para o Direito do Trabalho. Os conceitos adicionais orbitam em torno dos princípios e servem para a constituição da identidade do Direito Corruptivo.

Os conceitos adicionais podem ser tomados de outros ramos e, no processo descrito

---

instituto são relevantes para se perceber e antecipar as operações do sistema.

anteriormente, adquirirem outras cores quando colocados na teia de significações que forma o regime jurídico do Direito Corruptivo.

São conceitos emprestados, por exemplo, os de servidor público, subsídio, peculato, particular, tipo penal e empresa, dentre outras centenas. O conceito dentro do Direito é importante porque, como dito anteriormente, são estruturas que geram outras estruturas. Assim, quando se fala servidor público logo há a conexão com outros conceitos tais como estatuto e processo disciplinar. Eles servem, portanto, de elementos de aumento de complexidade, dada a capacidade de conexão, e de diminuição de complexidade, pois a teia pode ser oculta quando assim se faz necessário.

São conceitos adicionais específicos, e que portanto demandam um processo de ressignificação, quando os signos são utilizados, os de corrupção, como já visto, improbidade, vantagem ilícita e patrimônio público, entre outros.

## Considerações finais

Tratar da temática da corrupção não é algo novo, contudo, observar o tema da corrupção, com a devida autonomia que ele exige, faz que o Direito seja capaz de uma percepção mais sistêmica e, portanto, mais complexa que a comunicação sobre corrupção tem exigido da sociedade contemporânea.

Propôs-se, aqui, observar a identidade, a função (de categorizar, de regime próprio, de produção de princípios, de preparar às decisões), a classificação e outros conceitos adicionais que podem ser emprestados de outros ramos do Direito, a fim de se discutir se o Direito Corruptivo é ou não capaz de produzir unidades de pluralidades a partir de suas diferenças que contribuam para demarcar e limitar um campo para um ramo do Direito que, estética e socialmente, optou-se por chamar de Direito Corruptivo.

A partir deste ensaio foi possível verificar que o empreendimento de construção de um Direito Corruptivo é algo que vale a pena, especialmente porque a partir das contribuições das "categorias" da teoria pragmática sistêmica pode-se brevemente demonstrar os benefícios de seu tratamento enquanto observação autônoma dos demais ramos do Direito, com especial atenção no que toca a função de se estudar o Direito Corruptivo. De fato, há uma complexidade de relações sociais ricas que pode ser observada e formalizada. Com isso, o Direito ganhará em complexidade para o enfrentamento das contingências passadas e presentes sobre o tema que emerge e exige um processo de intelecção no trato das questões de facticidade e validade.

---

Pragmatic-Systemic Construction of the Basic Concepts of Corruptive Law: Comments on the Possibility of Treating Corruption as an Independent Branch of Law

Abstract: This Works problem develops around the speculation about what is the Corruptive Law identity. The hypothesis could be reach with the use of the difference, operation and systems categories. The objective is initiate the reflexive process for the future grounding of more comprehensive works. At first moment, the focus

will be how the pragmatic-systemic deals with the identity problem, and then draw, by speculative manner, the corruptive law limits.

Key words: Corruptive Law. Corruption. Pragmatic-systemic matrix. Scientific autonomy. System.

## Referências

- ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.
- BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BIGNOTTO, Newton. Corrupção e opinião pública. In: AVRITZER, Leonardo; FIGUEIRAS, Fernando (Org.). Corrupção e Sistema Político no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- BITENCOURT, Caroline Müller, RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul./set. 2012.
- BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.
- BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación del derecho de acceso a la información pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.
- DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>>.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>>.
- FREITAG, Bárbara. A Teoria Crítica Ontem e Hoje. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.
- HABERMAS, Jürgen. A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa, I. Madrid: Taurus, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia II: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.
- LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível

em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>>.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consectárias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 75-103, jul./set. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Theories of Distinction*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM, 2004.

RECK, Janriê Rodrigues. Competência pública enquanto categoria fundamental da teoria geral do direito pragmático-sistêmica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 179-197, abr./jun. 2013.

RIBEIRO, Renato Janine. *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>>.

SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 15-27, jan./mar. 2013.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

---

Recebido em: 13.04.2015

Aprovado em: 12.06.2015