

RECEBIDO EM: 22/02/2020

APROVADO EM: 20/05/2020

# A IMPORTÂNCIA DA NOÇÃO DE SISTEMA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO

## *THE IMPORTANCE OF THE SYSTEM CONCEPT FOR ADMINISTRATIVE LAW*

*Felipe Fernandes*

*Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.*

*José Luiz Souza de Moraes*

*Doutor em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Estado e Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor de Direito Internacional e Constitucional na Universidade Paulista – UNIP. Procurador do Estado de São Paulo*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Evolução do Conceito de Sistema; 1.1 Evolução e Conceito; 1.2 Sistemas Jurídicos; 1.3 Sistema Jurídico e Princípios 1.4

Perspectiva Sistêmica do Direito; 1.5 Fixação de Premissa: Elementos Essenciais; 2 Sistema e Direito Administrativo; 2.1 Aspectos Dogmáticos; 2.2 Aspectos Pragmáticos; 2.2.1 Autonomia da Advocacia de Estado; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar a importância da noção de sistema para o Direito Administrativo. Para tanto, fixamos, primeiramente, o que entendemos por sistema, pela análise das teorias sistemática e sistêmica do Direito, observando-se, nesta toada, tanto aspectos internos quanto a relação que o Direito possui com os demais sistemas sociais. Em seguida, analisamos os fundamentos do Direito Administrativo, baseado na ideia de defesa do interesse público. Concluímos, que, no plano dogmático, se cada agente normativo fosse livre para editar normas próprias, destoantes daquelas consagradas no regime jurídico administrativo, este acabaria por ser fatalmente consumido, o que impõe a necessidade de uma orientação sistemática. No plano pragmático, a falta de rigor sistemático poderia levar tanto à produção de decisões conflitantes quanto à corrupção do Direito pelos demais sistemas, provocando o mau funcionamento de suas instituições, hipótese escrutinada por meio da defesa da necessidade lógica de reconhecimento de autonomia aos órgãos de Advocacia de Estado, que, como órgãos jurídicos, devem ter sua atuação pautada pelo código do Direito, o que lhes garante imunidade frente à influência política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ciência. Sistema. Princípios. Direito Administrativo. Regime Jurídico Administrativo.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the importance of the notion of system for Administrative Law. To do so, we first fix what we understand by system, by analyzing the systematic and systemic theories of law, observing, in this tone, both internal aspects and the relationship that law has with other social systems. Then, we analyze the fundamentals of Administrative Law, based on the idea of defending the public interest. We conclude that, on the dogmatic level, if each normative agent were free to edit their own rules, different from those enshrined in the administrative legal regime, it would eventually be fatally consumed, which imposes the need for systematic guidance. At the pragmatic level, the lack of systematic rigor could lead to both the production of conflicting decisions and the corruption of law by other systems, causing the malfunction of their institutions, a hypothesis scrutinized through the defense of the logical need for recognition of

autonomy to the organs of law. State advocacy, which, as legal bodies, must have their performance guided by the code of law, which guarantees them immunity from political influence.

**KEYWORDS:** Science. System. Principles. Administrative Law. Administrative Legal Regime.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo se dedica a tecer uma análise acerca da interrelação entre a concepção de sistema e o Direito Administrativo, verificando a importância da adoção daquela para o melhor desenvolvimento desta disciplina.

Haja vista a multivocidade do termo “sistema”, nos prestaremos, num primeiro momento, a fixar um conceito e as principais características do objeto sobre o qual nos debruçamos, tarefa realizada tanto sob uma perspectiva sistemática, quanto sob um viés sistêmico, a fim de analisar a forma da interação do direito com os demais sistemas.

Da oposição entre essas duas vertentes, extrairemos elementos essenciais que serão úteis na análise da fenomenologia ínsita ao regime jurídico administrativo.

Por fim, analisando especificamente esse regime, verificaremos as consequências do uso da teoria dos sistemas nos planos dogmático e pragmático, sendo que, neste último, será enfocada a atuação dos órgãos de Advocacia de Estado como forma de testar a hipótese inicialmente suscitada.

## 1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SISTEMA

### 1.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO

Primeiramente, precisamos estabelecer o que entendemos pelo conceito de sistema, cientes de que esse termo sofreu com certa multivocidade ao longo dos anos.

Trata-se de termo tem origem grega (*systema*), sendo que o significado hoje consagrado difere daquele originariamente adotado pelos gregos, para os quais “na sua significação mais extensa, o conceito aludia, de modo geral, à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes” (FERRAZ JR., 1976, p. 9).

Para efeitos da presente pesquisa, daremos um salto na evolução do signo para partirmos de uma concepção mais moderna, destacando-se que é a partir do Século XVII que o termo se generaliza e fixa as bases da conceituação hoje consagrada, com destaque para a teoria de Christian Wolff (Século XVIII), segundo a qual “sistema é sobretudo ‘nexus veritatum’, que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução” (FERRAZ JR., 1976, p. 11). Nesta esteira evolutiva, destaca-se ainda o estudo de Heinrich Lambert, que observa o sistema como “um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução” (FERRAZ JR., 1976, p. 12).

Neste sentido, é possível identificar genericamente sistema como “um discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras” (ABBAGNANO, 2007, p. 908).

Destacamos que Immanuel Kant, para além dessa noção, subordinou o conceito de sistema à unidade do princípio, dando ênfase, à ideia de uma articulação, diferente de um mero amontoado de elementos (FERRAZ JR., 1976, p. 12). O filósofo abandona a perspectiva mecânica outrora consagrada, substituída pela orgânica, no sentido de que o sistema “pressupõe uma força única, central, interna, agindo de modo teleológico”. (FERRAZ JR., 1976, p. 12).

A partir disso, mais modernamente, outras concepções foram propostas, com destaque para aquela desenvolvida por Ludwig von Bertalanffy, biólogo que se dedicou ao estudo da Teoria Geral dos Sistemas, reconhecido como o fundador dessa (CAVALCANTI; DE PAULA, 2012). Sua concepção teórica foi desenvolvida numa “tendência de teorias generalizadoras, na tentativa de unificação das ciências” (CAVALCANTI; DE PAULA, 2012). Ou seja, buscava-se desenvolver um tipo de raciocínio que possibilitaria a abordagem de diversos ramos científicos, por meio da identificação de “leis formalmente idênticas ou isomórficas em campos diferentes” (VON BERTALANFFY, 2008, p. 62).

Assim, sistemas foram definidos como complexos de elementos em situação interação, identificáveis em diversos fenômenos, tais como seres vivos, comunidades animais ou sociedades humanas. A partir da investigação desses objetos distintos seria possível identificar conceitos, modelos e leis similares, o que se apresenta de grande valia para efeito de análise das respectivas realidades.

Desse modo, seja em um ser vivo, em um bioma ou nas leis de determinado ordenamento, é possível identificar elementos em interação,

interação essa que depende de certa lógica para que seja mantido o equilíbrio necessário à sua sobrevivência. Essa moderação é mantida e garantida pelos próprios elementos, que, voltados para um fim, deverão controlar os fenômenos ocorrentes em seu interior, orientados por uma “tônica” essencial à feição do todo e refletida em cada uma das partes.

Diante do exposto, sob uma perspectiva sistemática, podemos conceituar o objeto do nosso estudo como a identificação de um conjunto de elementos relacionados, os quais se comunicam e controlam entre si, dentro de uma lógica coesa e coerente internamente estabelecida, lógica essa marcada por um fim, mantida a possibilidade de corte ou decomposição em subsistemas.

Dito isso, passemos aos tópicos posteriores, nos quais analisaremos os sistemas jurídicos sob três perspectivas: primeiramente, os sistemas nas teorias positivistas clássicas; num segundo momento, o impacto da substantivação do direito, por meio dos princípios, na teoria sistemática do direito e, por fim; analisaremos a teoria sistêmica do direito, uma abordagem de viés sociológico que busca explicar a interação do sistema do direito com os demais.

## **1.2 SISTEMAS JURÍDICOS**

Iniciamos este tópico destacando que a própria noção de ciência passa por uma concepção de sistema, vez que essa seria “um sistema de expressões que pode ser justificado em relação a todos os elementos competentes, sistema que serve para angariar e ordenar conhecimentos sobre determinado âmbito de coisas segundo determinada perspectiva” (KELLER, 2009, p. 42). Sendo assim, abordar qualquer todo caótico sob um prisma científico envolve racionalizar seus elementos, de maneira que se identifique uma relação coerente entre eles.

Dessa maneira, com a proposta de abordagem científica do direito, os juristas também passaram a buscar critérios racionais por trás do amontoado de normas que compõem o ordenamento jurídico, em outras palavras, uma forma coerente de ordenar o caos representado pelo produto normativo em seu estado bruto.

Por essa razão, a abordagem sistemática foi de grande valia, pois franqueou a possibilidade de tratar de forma lógica e coerente aquele conjunto antes desordenado de normas, sendo pertinente lembrar que diversas foram as teorias que se prestaram a isso, nos atendo neste estudo às abordagens que consideramos mais pertinentes à proposta inicial.

Norberto Bobbio (2014, p. 77-78), ao tratar da necessidade de coerência do Ordenamento Jurídico, identifica este como uma espécie de sistema, tomando a definição do termo por uma totalidade ordenada, ou seja, uma unidade sistemática em que os elementos estão em relação não apenas com o todo, mas também em coerência entre eles. Neste sentido, os elementos se inter-relacionam, devendo guardar entre si, além de unidade, coerência entre seus componentes.

É importante lembrar ainda que Bobbio (2014, p. 82-84) vislumbrou três acepções para a palavra sistema jurídico, podendo este ser identificado como: a) um sistema que se aproxima do dedutivo, no qual todas as normas derivadas de alguns princípios gerais; b) uma jurisprudência sistemática, por meio da qual se reúnem dados fornecidos pela experiência para fornecer conceitos generalíssimos que permitem unificar todo o aspecto material; c) o ordenamento jurídico é um sistema, pois nele não podem coexistir normas incompatíveis (as normas de um ordenamento devem possuir compatibilidade entre si e a ideia de sistema é exatamente a de exclusão das incompatibilidades).

Bobbio, assim como Hans Kelsen, se refere a sistemas estáticos e dinâmicos. Segundo Kelsen (2014, p. 217-219), sistema estático seria aquele em que as normas estão ligadas umas às outras, como proposições de um sistema dedutivo ao passo que sistema dinâmico seria aquele no qual as normas que o compõem derivam uma das outras por meio de sucessivas delegações de poder. Com efeito, Kelsen (2014, p. 221) se refere a uma construção escalonada do ordenamento jurídico, segundo a qual as normas inferiores se justificariam e tirariam sua validade das normas superiores até se chegar à norma fundamental, que seria o termo unificador do sistema.

Para esses autores, os ordenamentos jurídicos seriam sistemas dinâmicos, ao passo que os ordenamentos morais teriam as características que se relacionam ao sistema estático.

Diante disso, observamos que, assim como as demais ciências, o Direito também foi abordado sob um viés sistemático, o que foi muito importante para essa área do conhecimento, vez que apenas a partir dessa sistematicidade foi possível uma abordagem científica: por meio dela, pôde-se ordenar o todo caótico de normas, produzido de forma assistemática pelo legislador, permitindo uma leitura coerente conforme as necessidades estabelecidas pela racionalidade intrínseca ao pensamento científico.

No entanto, é preciso lembrar que essas teorias germinais acerca do ordenamento jurídico foram realizadas com inspiração nos postulados

da física clássica, que se baseava em relações de causa e efeito e teve em Isaac Newton seu grande nome, prevendo que a natureza seria ditada por regras mecânicas precisas e infalíveis. Ocorre que, modernamente, com a teoria da relatividade, de Albert Einstein, e a consagração do princípio da incerteza, por Robert Eisberg, foram deixadas de lado as certezas para se trabalhar com probabilidades (MARTINS, 2010, p. 47-48).

Dadas essas mudanças, espalhadas tanto na análise de fenômenos sociais como na abordagem científica, a teoria jurídica passou por algumas reformulações, as quais investigamos abaixo.

### 1.3 SISTEMA JURÍDICO E PRINCÍPIOS

É importante lembrar que, com o advento da Segunda Guerra Mundial e as atrocidades perpetradas pelo regime nazista, estas consideradas juridicamente válidas segundo o Ordenamento Jurídico da Alemanha de então, a ciência do direito passou por um processo de revisão, em especial para superar a questão da validade meramente formal das leis. Afinal, bastaria que a lei seguisse todo o processo legislativo para que fosse válida?

Como sabemos, a resposta a esse questionamento tendeu a ser negativa na “pós-modernidade” (para o fenômeno jurídico, pode ser chamada de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo), procurando os teóricos uma forma de produzir modos de substantivação do fenômeno jurídico sem a perda da segurança jurídica nem do rigor científico. Ou melhor, como fazer com que as leis cumpram a vontade do Ordenamento Jurídico também sob a perspectiva do sentimento de justiça?

Após algum amadurecimento teórico, uma das teorias mais consistentes desenvolvidas (e hoje mais consolidadas) foi a teoria dos princípios. Esse termo possui muitas acepções, sendo possível seccioná-lo em três fases, razão pela qual fazemos uma breve explanação: haveria uma fase inicial, na qual princípio se confundiria com os fundamentos de uma disciplina; uma segunda fase, na qual esses são vistos como elementos estruturantes do sistema normativo e uma terceira, na qual aos princípios é reconhecida a estrutura lógica de normas jurídicas, constituindo, ao lado das regras, espécie desse gênero, “expressões irreduzíveis de manifestação do deontico” (MARTINS, 2010, p. 13-29), ou seja, em suma, princípios são normas tanto quanto as regras. A primeira fase se encontra superada, mas a segunda e a terceira coexistem, fazendo-se necessário apenas que o intérprete identifique em qual sentido utiliza o signo naquele momento.

É importante lembrar que a noção de princípio jurídico desenvolvida na segunda fase foi amplamente difundida por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, que define o termo como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas” (2014, p. 144).

Tal conceito se relaciona com a Teoria Geral dos Sistemas, tal como lecionado por Ludwig von Bertalanffy (2008, p. 103-107), o qual observou que alguns elementos seriam mais importantes que outros, as chamadas “partes dirigentes”. Para efeito de sistemas jurídicos, identificam-se os princípios como tais. Os demais objetos do sistema orbitariam em torno deles, ao que se chama “centralização”. Neste diapasão, sendo o próprio sistema uma composição de elementos sob perspectiva unitária, a tendência é a de que o todo passe a ganhar as feições daquelas partes mais importantes, inclusive de forma autômata, num processo associado, chamado de mecanização progressiva. Sendo assim, qualquer alteração nas partes dirigentes importaria radical modificação no próprio sistema. Se são elas que dão a tônica ao todo, modificá-las ou subvertê-las é modificar ou subverter o todo.

No entanto, também sob uma perspectiva da terceira fase (princípios como normas jurídicas ao lado das regras), identificamos a centralização do sistema em torno desses elementos fundantes: para além de um elemento aglutinador, é possível afirmar que, agora, esses atuam na conformação do sistema de forma mais aguda.

Neste sentido, esclarece-se que princípios são normas de estrutura com dupla estrutura (ou estrutura dicotômica): incidirão tanto quando uma regra for editada (o editor da regra deverá efetuar uma ponderação de princípios nesse processo de criação) quanto quando as circunstâncias lhes atribuam determinado peso que imponha a edição de uma regra (MARTINS, 2010, p. 20).

Toda regra representa a concretização de um princípio. Essa concretização dialoga com o próprio princípio, no que consiste um “processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco” (CANOTILHO, 2000, p. 1.139), o que poderia ser afirmado da seguinte forma: “a regra é posta visando a concretizar um valor que, por sua vez, está positivado num princípio expresso ou implícito” (MARTINS, 2010, p. 18). Com efeito, o princípio restará esclarecido pelas suas concretizações e essas pela sua união com o princípio. Trata-se de um ciclo virtuoso, no qual o princípio inspira a regra, mas também a aplicação da regra se dá de forma a concretizar o princípio.



Os conceitos postos em questão são de extrema importância, pois “sem princípio não há sistema e sem sistema não há Ciência” (MARTINS, 2010, p. 25), de modo a se observar que a ideia de sistema permite não só a abordagem científica do direito, mas também a preservação da manutenção de suas características. Isso porque, se os elementos devem se replicar e se conformar à semelhança das partes dirigentes (princípios), o sentido desses se irradiará e impregnará todo aquele objeto: uma vez identificada uma norma em discordância, ela deverá ser conformada por meio de uma interpretação conforme ou, quando não isso não for possível, extirpada daquele Ordenamento por incompatibilidade material.

Assim, observamos que o direito acompanhou a teoria dos sistemas e identificou elementos que possibilitam a sua utilização, mantendo, assim, seu caráter científico, mesmo na pós-modernidade.

#### 1.4 PERSPECTIVA SISTÊMICA DO DIREITO

É importante destacar que as concepções acima referenciadas tiveram grande importância para o desenvolvimento da ciência do direito. No entanto, dado o fato de estabelecerem sistemas fechados em si mesmos (com destaque para a concepção kelseniana), pouco explicavam acerca das interferências dos processos sociais no direito.

Podemos chamá-las de concepções sistemáticas do direito, em oposição às quais surgiu a perspectiva sistêmica, para a qual teve grande valia a teoria de Niklas Luhmann, que abandona a antiga oposição entre todo e parte, passando a tratar da clivagem entre sistema e ambiente (MELLO, 2006, p. 354), superando ainda a distinção entre sistemas abertos e fechados.

Neste sentido, a formação do sistema seria factual e autorreferencial, formando-se ele em oposição ao ambiente, operativamente fechado, mas cognitivamente aberto, ou seja, apto a receber comunicações do ambiente ou de outros sistemas (irritações), as quais, todavia, internaliza de acordo com o seu próprio código (LUHMANN, 2016, p. 62). Em outras palavras, embora o sistema seja operacionalmente fechado, ele não se fecha na comunicação com os demais (LUHMANN, 2016, p. 46), recebendo estímulos daqueles, mas interpretando-os de acordo um código que lhe pertence. Sobre esse código, esclarece-se que cada sistema possui um código binário, competindo, no caso, ao direito, a oposição entre lícito e ilícito, de modo que, caso algo não possa ser analisado sob essa valência, não fará parte do sistema jurídico. Diante dessas características, é possível afirmar que o sistema possui autonomia em relação ao ambiente.

Ainda, Luhmann se valeu da doutrina dos biólogos chilenos Maturana e Varela para tratar da chamada autopoiese, em suma a capacidade que os sistemas possuem de produzir e de se reproduzir. Os sistemas seriam dotados, portanto, de autorreprodução autopoietica, fechamento operativo e autonomia (LUHMANN, 2016, p. 57).

Doutra ponto, merece destaque a doutrina de Gunther Teubner, que incorpora a ideia de reflexividade, explicando a tensão entre fatores internos e externos (MELLO, 2006, p. 354). Assim, por meio de uma perspectiva historicista, busca Teubner “estabelecer as condições da comunicação sistema/ambiente, no caso concreto da interação entre sistema jurídico e subsistemas social, político e econômico” (MELLO, 2006, p. 357). Nessa toada, por meio da incorporação da reflexividade à teoria de Luhmann, o autor explica a interação de fatores externos (pressões sociais) e internos (formalismo jurídico) na formação dos sistemas jurídicos (MELLO, 2006, p. 363).

### 1.5 FIXAÇÃO DE PREMISSE: ELEMENTOS ESSENCIAIS

Conforme observado acima, o conceito de sistema foi submetido a diversas abordagens ao longo da história, convindo, para fins didáticos, que esclareçamos qual perspectiva adotamos.

Neste sentido, pensamos não ser incompatível a concepção luhmanniana com aquela desenvolvida pelos cientistas do direito no neoconstitucionalismo: Luhmann se preocupa com uma abordagem sociológica, por meio da qual observa com competência a interação dos sistemas entre si e com o ambiente; por outro lado, pensamos ser possível, uma vez recepcionada a comunicação pelo Direito, a adoção da concepção sistemática nos processos decisórios para que se possa dizer se aquela mensagem corresponde a algo lícito ou ilícito.

Assim, defendemos a possibilidade da adoção de uma ideia de sistema autônomo, operativamente fechado e autopoietico, que se utilize dos paradigmas normativos (regras e princípios) no seu interior para a identificação do que é lícito e o que é ilícito. Neste diapasão, os princípios, reconhecidamente *normas jurídicas*, na sua função de centralização progressiva e mecanização seriam engrenagens aptas à orientação do processo de autopoiese: a capacidade de produção e reprodução se dará orientada pelo arcabouço principiológico depositado naquele sistema, ao mesmo tempo em que o fechamento normativo estará garantido, pois princípios são normas.

É importante notar que Luhmann estabelece a necessidade de o direito certificar a si mesmo por meio da positivação, razão pela qual tece críticas à utilização de valores nos sistemas jurídicos. No entanto, os princípios são elementos efetivamente juridicizados, ou seja, *normas jurídicas* situadas em plano distinto daqueles (princípios estão no plano deôntico ao passo que valores estão no plano axiológico), razão pela qual julgamos defensável um modelo que trabalhe com a sua utilização, o que tornaria possível a compatibilidade ora defendida.

Diante do exposto, a fim de fixar elementos essenciais à nossa concepção de sistema, consideramos ser imprescindível a dotação de fechamento operativo, autopoiese e autonomia a eles, o que não exclui peremptoriamente a abordagem sistemática dentro do seu próprio corpo para a obtenção do código (lícito ou ilícito), o que se dá por meio da análise de normas (regras e princípios) ordenadas coerentemente e sob lógica em determinado sentido.

## 2 SISTEMA E DIREITO ADMINISTRATIVO

Nos tópicos anteriores, vimos a evolução do conceito de sistema, assim como a adaptação deste às mudanças dos paradigmas científicos, fenômeno também acompanhado pelo Direito, firmando os pontos de importância, com destaque para a adoção da sistematicidade como pressuposto da cientificidade.

Para analisar de forma mais profunda a relevância da teoria dos sistemas para o Direito Administrativo, iniciaremos com um argumento a contrário: e se fosse negada sua sistematicidade? Quais seriam as consequências?

Primeiramente, para responder aos questionamentos, precisamos lembrar que o Direito Administrativo brasileiro é a disciplina que trata das regras e princípios inseridos naquilo que se convencionou chamar de “regime jurídico administrativo”. Esse regime consubstancia, em apertada síntese, o arcabouço normativo referente à organização, funcionamento e atuação da Administração Pública, seus órgãos e agentes.

Oportuno destacar que o Direito Administrativo se baseia na ideia de função, ou seja, na concepção de que o Poder Público age em nome e em benefício da coletividade, utilizando prerrogativas meramente instrumentais no limite estritamente necessário para a persecução do interesse público.

Não obstante, a atuação administrativa é muitas vezes marcada pela discricionariedade e, dada a falta de uma codificação, trata-se de disciplina desenvolvida a partir de leis esparsas, o que impõe a necessidade de uma linha orientadora, a fim de, por um lado, prevenir disfuncionalidades no exercício do poder e, por outro, garantir o correto funcionamento das instituições.

Acerca dessa perspectiva bifronte (prevenção de abusos e garantia de atuação pública conforme), trazemos abaixo argumentos de ordem dogmática e pragmática para, ao final, comprová-los por meio da análise do exercício da Advocacia de Estado.

## **2.1 ASPECTOS DOGMÁTICOS**

Primeiramente, no que tange ao aspecto teórico-dogmático, lembramos que um dogma é aceito pacificamente no direito brasileiro: a supremacia da Constituição. Em razão disso, o intérprete não é livre para criar interpretações e normas do direito como um todo, haja vista que qualquer diploma deverá se submeter às regras e princípios estabelecidos no Texto Maior, o que fixa, já de início, um balizamento.

Ressalve-se que mesmo os métodos concretistas alemães, que, dão ênfase ao caso concreto na análise do Direito, utilizam o texto normativo como ponto de partida, mas também como ponto de chegada, um limite para a interpretação. Trata-se de exigência que advém do fenômeno constitucional em si: sem o condicionamento a uma ideia central, todo o plano originariamente estabelecido pelo constituinte restaria perdido, prejudicando-se, no limite, a própria rigidez e a supremacia constitucional.

Esse limitador encontra um agravante quando tratamos de Direito Administrativo, uma vez que não existe liberdade no seio da Administração Pública, mas, quando muito, discricionariedade. Nesta esteira, do mesmo modo que o administrador deve agir dentro das balizas estabelecidas pela lei, o legislador deve agir dentro dos parâmetros estabelecidos no texto constitucional, a partir de suas regras e princípios.

Neste sentido, se cada diploma editado tivesse lógica própria, destoante daquela estabelecida no plano originário, ao final teríamos diversos textos legais contrários ao quanto fixado pelas partes dirigentes, de modo que, ao final e ao cabo, o próprio sistema desapareceria, consumido de baixo para cima.

Sob uma perspectiva sistêmica, isso poderia gerar aquilo que se chama alopoiése, característica ínsita aos sistemas que não possuem capacidade de se reproduzir, os quais podem vir a sucumbir sob influências externas. Dessarte, sem o devido rigor na análise do fenômeno jurídico, existe a possibilidade de outros subsistemas (tais como a mídia, política ou economia) interferirem no direito administrativo, de modo a corrompê-lo, com a utilização de códigos da economia (ter/não ter) ou da política (poder/não poder) para dizer o que será lícito ou ilícito (SANTOS, 2018).

Assim, dentro de uma operação autopoietica, as partes dirigentes (princípios jurídicos) é que orientarão o processo de absorção da comunicação (seja incidindo diretamente, seja informando a produção de leis), garantindo, assim, a autorreprodução do sistema. Ressalvamos que essas influências externas até podem sugerir mudanças no direito (é o caso da mutação constitucional, por exemplo), o que seria garantido pela reflexividade defendida por Teubner, mas isso só poderá ocorrer sob o código que lhe próprio e, já internamente, de acordo com os parâmetros estabelecidos no texto constitucional para se identificar aquilo que é lícito e o que é ilícito.

Concluimos, portanto, como argumento de ordem dogmática, que a perspectiva sistemática é imprescindível para a manutenção da programação constitucionalmente esperada para o direito administrativo, o que se dá pela observância da lógica estabelecida nos seus princípios. Tal fato vem a garantir a supremacia da Constituição, e, sob uma ótica sistêmica, essa coerência se apresenta necessária para a manutenção da autonomia do sistema de direito administrativo frente às interferências externas, tratando-se, pois, de conceitos que se retroalimentam.

## **2.2 ASPECTOS PRAGMÁTICOS**

Além do quanto acima exposto, é importante notar que o sistema administrativo está sujeito a constantes investidas a partir de outros sistemas, de modo que, sem uma lógica estabelecida (a coerência exigida pela teoria sistemática) e sem parâmetros decorrentes dessa lógica (regras e princípios), não haveria resposta correta a qualquer questionamento.

Lembramos que, conforme mencionado acima, a ciência hoje é caracterizada pela incerteza: a física newtoniana e seus pressupostos mecanicistas foram abalados pela teoria da relatividade e a consagração do princípio da incerteza (MARTINS, 2010, p. 47-48). E isso também afetou o direito, o que, se por um lado permitiu sua substantivação (por meio dos princípios), por outro, deixou os intérpretes carentes de parâmetros

num primeiro momento. E esses parâmetros só podem ser garantidos pela correta interpretação das normas a partir de um todo completo e coerente, direcionado a um fim, consagrado nos princípios.

Dito isso, apontamos que o primeiro problema decorrente desse fenômeno de abertura semântico-axiológica é que, à falta de sistematicidade, situações jurídicas semelhantes poderiam ser tratadas de formas diversas, gerando iniquidades e perda da segurança jurídica.

Doutra ponto, haja vista o próprio fenômeno de substantivação do direito e a sua valoração, existe o risco de que, sem o devido rigor, as instituições estatais passem a ser capturadas por influências de outros sistemas. Ou seja, além da questão teórica da perda da autonomia do direito administrativo, no plano prático, existe o risco de, à falta de rigor sistemático, as instituições passem a ser submetidas a programas distintos daquele estabelecido pelo plano constitucional, resumido na busca pelo interesse público.

### 2.2.1 AUTONOMIA DA ADVOCACIA DE ESTADO

A fim de testar a hipótese acima suscitada (relevância das perspectivas sistemática e sistêmica para o direito administrativo), vários são os exemplos de casos práticos que poderiam ser utilizados, tendo sido selecionada a problemática da autonomia da Advocacia de Estado neste artigo, dado o seu escopo.

Desenvolvida por Ulisses Schwarz Viana, a tese em questão reconhece inicialmente a premissa de Luhmann acerca do sistema social parcial da política, segundo a qual esse seria composto de estrutura tridimensional dividida entre Política (Politik), Administração Pública (öffentliche Verwaltung) e Público (Publikum) (2017, p. 15).

Doutra ponta, ressalta-se o fato de a Advocacia de Estado ter sido considerada pela Constituição da República de 1988 função essencial à justiça, constituída de um “corpo de juristas públicos, pelo que só podemos concluir que sua atuação é regida por código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente jurídica” (VIANA, 2017, p. 18).

Desse modo, ainda que situada dentro da Administração Pública, por meio de uma abordagem sistêmica, é possível afirmar que a Advocacia de Estado se sujeitaria aos códigos típicos do *sistema jurídico* (lícito ou ilícito), o que acarreta importantes consequências práticas.

Com efeito, diante desse estabelecimento topográfico, forçoso notar que, não obstante se situe dentro do Poder Executivo (política), a Advocacia de Estado é órgão jurídico, de maneira que, eventualmente, caso a política a venha a enviar comunicação a ela, essa deverá ser reproduzida de acordo com os códigos próprios do sistema jurídico. Isso impõe que os órgãos de Advocacia Pública conduzam sua atuação sob uma perspectiva essencialmente jurídica (VIANA, 2017, p. 18), o que lhes confere, em termos lógicos, a devida autonomia.

Importante notar que a conexão entre sistemas se dará por meio de um “acoplamento estrutural” e, no caso, no ponto de toque entre política e direito, o acoplamento estrutural será a própria Constituição.

Assim, o órgão de Advocacia de Estado “não pode ser reduzida a mero instrumento de implementação burocrática do poder político, função a que não se presta o sistema jurídico e, por extensão, nenhuma de suas outras organizações (MP, juízes, Tribunais e advocacia em geral)” (VIANA, 2017, p. 20-21).

Possível verificar, portanto, um ponto de encontro entre as teorias sistemática e sistêmica do direito: uma vez atuando juridicamente, a Advocacia de Estado precisa ter a melhor compreensão do fenômeno jurídico, o que se dará por meio da teoria sistemática do direito, a fim de obter a decisão jurídica que mais se coadune com o arcabouço normativo do regime jurídico administrativo, razão pela qual necessita de autonomia no desempenho de suas funções, tratando-se, pois, de uma exigência de ordem lógica.

É comum vermos propostas serem apresentadas aos órgãos de Advocacia de Estado, desejadas pelos administradores, que as reputam “mais baratas” ou “mais eficientes”. Ocorre que podem se tratar, por exemplo, de medidas que violam o princípio da moralidade ou se prestem a escamotear os mecanismos de controle. Diante disso, no código jurídico, após análise de acordo com o arcabouço do regime jurídico administrativo, deverão ser consideradas inválidas, ainda que mais vantajosas sob um viés puramente econômico ou político.

Ressalvamos que não se trata da criação de órgãos de Advocacia de Estado fechados em si mesmos ou em oposição ao administrador. Trata-se, em verdade, da concepção de entidades que respeitem o código do sistema no qual inseridas, o que não lhes obstará de receber comunicações advindas da política e a elas ser sensíveis ou mesmo de influenciar a política (reflexividade).

O que se advoga, portanto, é o reconhecimento da autonomia necessária para analisar aquela comunicação sob o estrito parâmetro jurídico.

Desse modo, a Advocacia Pública possui autonomia em relação à política, pois restrita ao código do direito, devendo nortear a sua atuação pelas regras e princípios do direito administrativo, a fim de encontrar a solução juridicamente correta, salientando-se que qualquer influência política só será recepcionada caso possa ser submetida ao código jurídico.

### 3 CONCLUSÃO

Conforme verificamos no presente artigo, a ideia de sistema foi consagrada não só no Direito, mas nos demais ramos da ciência como pressuposto para a análise científica dos fenômenos observados. Em paralelo aos demais ramos científicos, essa teoria se desenvolveu na ciência jurídica, absorvendo, também, os impactos observados pelos outros ramos, em especial a evolução da física clássica à física moderna.

Desse modo, a teoria se adaptou ao pós-guerra e possibilitou aos intérpretes uma substantivação das normas jurídicas a partir dos princípios.

No entanto, observam-se na atualidade algumas vezes que questionam a utilidade da teoria dos sistemas ao direito e, em especial, ao Direito Administrativo.

Conforme demonstrado, todavia, sem a fixação de parâmetros e sem o respeito a uma lógica, o próprio Direito Administrativo como ramo viria a desaparecer (alopoiense), sucumbindo aos elementos dotados de lógica ofensiva a suas partes dirigentes, inadvertidamente incluídos no regime jurídico administrativo.

Isso levaria não só a uma situação de grave insegurança jurídica, haja vista a total liberdade de atuação dos agentes, mas também à subversão dessa disciplina: de disciplina de controle da utilização do poder a instrumento utilizado com o fito de mascarar os abusos de poder.

Doutra ponta, por meio da análise da doutrina de Luhmann, foi possível identificar o direito como um sistema autopoietico, dotado de fechamento operativo e autonomia, o que ganha efeitos práticos no direito administrativo, comprovado por meio da verificação dos órgãos de Advocacia de Estado como órgãos de código jurídico, o que lhes garante autonomia frente a comunicações de ordem política ou econômica, por exemplo.



Diante disso, defendemos não só a utilidade, mas a imprescindibilidade da utilização da teoria dos sistemas para uma correta compreensão do Direito Administrativo e de seus institutos, vez que, à falta de uma sistematicidade, esse perderia seu caráter científico, possibilitando interpretações não condizentes com o texto constitucional, além de franquear que o funcionamento de seus órgãos seja permeado por códigos distintos daqueles ínsitos ao direito.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ATALIBA, Gerado. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 217-219.

KELLER, Albert. *Teoria Geral do Conhecimento*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Loyola, 2009.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e Estrutura no Direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINELLI, Dante Pinheiro; VENTURA, Carla Aparecida Arena; LIBONI, Lara Bartocci; MARTINS, Talita Mauad (Org.). *Teoria Geral dos Sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria Jurídica da Liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*. Universidade de São Paulo, v. 18, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/issue/view/994>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Abílio Osmar. Breve apontamento da teoria de sistema de Niklas Luhmann: destruição do direito pela corrupção sistêmica da mídia na sociedade brasileira. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 173, jun. 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/filosofia/breve-apontamento-da-teoria-de-sistema-de-niklas-luhmann-destruicao-do-direito-pela-corrupcao-sistemica-da-midia-na-sociedade-brasileira/>>. Acesso em: 02 maio 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIANA, Ulisses Schwarz. Advocacia de Estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-28, jan./jun. 2017.

VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoria Geral dos Sistemas: Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.