

DOCTRINA

ENSAIO DE UMA VISÃO AUTOPOIÉTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

Alexandre Santos de Aragão**

Como o próprio título denota, o presente estudo não se pretende exaustivo do tema, colocando-se mais como a exteriorização de algumas reflexões que estamos fazendo acerca da necessária atualização metodológica do Direito Administrativo na contemporaneidade.

Com efeito, estudando o Direito Administrativo brasileiro, notadamente a sua vertente econômica,¹ refletindo sobre as relações entre o Direito e a Economia, percebe-se o quanto as noções tradicionais das Teorias do Direito e do Estado deveriam ser revistas diante da atual realidade do poder estatal.²

O exercício do poder político coletivo, desde a derrocada do feudalismo até bem recentemente, sempre pressupôs a sobrepujança do Direito, seu principal instrumento, sobre as demais formas de exercício de poder coletivo existentes na sociedade (poder econômico, poder religioso, poder da mídia, poder das tradições comunitárias, etc.).

As redes que passaram a se formar ao longo do globo entre estes diversos interesses parciais de organização da sociedade, propiciadas pelos avanços comunicacionais verificados, colocaram em xeque a presunção de o Estado poder, de *per se*, fazer as suas regras de conduta terem os efeitos sociais desejados.

A sua coerção passou a sofrer a influência, há muito (talvez desde o final do feudalismo) não sentida com tamanha intensidade, de forças sociais de propulsão jurídica positiva – levando o poder político a se direcionar no sentido da encampação/juridicização das suas normas – e negativa – impedindo ou dificultando a efetivação de pautas jurídicas antitéticas às suas lógicas. E reversamente, como afirma LETÁCIO JANSEN, "as regras jurídicas são elas próprias um elemento constitutivo de um certo sistema econômico, no

* Adaptação com pequenas alterações do Prefácio que tivemos a honra de elaborar para a obra de JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

** Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor Visitante do Instituto de Economia da UFRJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro (alexaragao@zipmail.com.br).

¹ André de Laubadère já denotava ser o Direito Administrativo Econômico a vanguarda do Direito Administrativo (LAUBADÈRE, André de, *Direito Público Econômico*, Trad. Maria Teresa Costa, Ed. Almedina, Coimbra, 1985, pp. 110 – 113).

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2.ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, 1.ª Parte.

sentido de que contribuem a formá-lo, isto é, a forjá-lo de um modo e não de outro".³

A dificuldade de o Estado se impor a estas poderosamente novas forças sociais e econômicas deve necessariamente levar à análise das Teorias Gerais do Estado e do Direito sob um novo prisma.

O Direito não pode ignorar a realidade social sobre a qual incide. As regras jurídicas devem ter a validade da sua aplicação aferida do ponto de vista da sua eficácia, instrumental à realização prática dos seus objetivos públicos, não apenas do ponto de vista de sua conformidade em tese com os atos normativos hierarquicamente superiores.⁴ Uma regra que, fora de qualquer zona cinzenta de juízo, indubitavelmente não está realizando as finalidades públicas às quais se destina, ou pior, as está contrariando, não pode, inclusive por força do Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, *caput*, CF), ser aplicada aos casos concretos em que tenha esses efeitos.

A este propósito, são essenciais as lições de LUCIO IANNOTTA, para quem, "no que diz respeito à fundamental relação com o princípio da legalidade, a Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de quantidade e qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custos-benefícios, etc. A Administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc. Este dilema é constituído por dois termos: redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância da lei. No primeiro

³ Ver JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, Capítulos 1 e 2.

⁴ FÁBIO KONDER COMPARATO observa que "em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados". Arremata afirmando que "a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente" (COMPARATO, Fábio Konder. *Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, Vol. 2, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 350/1).

caso, teríamos a instrumentalização (ou mesmo sacrifício) da lei em relação ao resultado, e no segundo, do resultado em relação à lei."⁵

Mais adiante, o autor italiano vai ainda além, afirmando, diante da eficácia expansiva dos direitos fundamentais, que, "à luz do princípio (F. SATTA), hoje cada vez mais aplicado, pelo qual a Administração, salvo expressa vedação da lei, pode sempre adotar os instrumentos mais idôneos para realizar os fins impostos ou indicados pelas leis, a Administração – sempre que não sejam possíveis até mesmo a interpretação de adequação ou a desaplicação, em razão da clareza do dispositivo limitador de direitos fundamentais e pela correspondência integral dos fatos a ele – poderá e, portanto, deverá, diante de direitos fundamentais injustamente atingidos, buscar outras vias que não produzam tal efeito".⁶

Sob a mesma inspiração, ENRIQUE GROISMAN observa que "a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou a também ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde. A discussão sempre se coloca em relação a quais são as políticas mais adequadas para atingir estes fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para uma série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica".⁷

O dilema deve, ao nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que todas as suas regras devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos seus objetivos.

Esta instrumentalidade das normas jurídicas faz com que os métodos da sociologia jurídica sejam indispensáveis à defesa da sua aplicação

⁵ IANNOTTA, Lucio. Principio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in *Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999)*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 37/8.

⁶ IANNOTTA, Lucio. Principio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in *Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999)*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 46.

⁷ GROISMAN, Enrique. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico, *Revista de Derecho Industrial*, vol. 42, p. 894, passagem na qual o autor lembra que "esta situação suscitou o comentário paradoxo de que 'o direito não pertence mais aos juristas'." ANTONIO MARTÍNEZ MARÍN assevera que "a legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício" (MARÍN, Antonio Martínez. *El buen Funcionamiento de los Servicios Públicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 13).

ou não, o que nos obriga necessariamente a considerar na regulação das relações sociais e econômicas os signos e as regras próprias dos subsistemas regulados.⁸

Uma das mais criativas e estruturadas teorias que vêm tentando explicar este fenômeno é a Teoria dos Sistemas, segundo a qual a sociedade é um Sistema continente de vários subsistemas, entre os quais o Direito, a Política, a Economia, a Religião, a Ciência, cada um deles funcionando de acordo com as suas próprias referências, códigos e regras. Por exemplo, para o Direito, o código legal-ilegal, para a Economia, mais lucrativo—menos lucrativo.

Esta auto-referencialidade dos subsistemas sociais não ilide, contudo, a necessidade da existência de mecanismos de comunicação entre eles: como todos fazem parte do mesmo Sistema — o social —, sobre o qual pretendem atuar e influenciar, não há como os seus objetivos parciais serem realizados sem a colaboração — acoplamento —, necessariamente parcial, com os objetivos e as lógicas dos outros subsistemas sociais.⁹ A regulação do Estado contemporâneo só pode ser eficiente (realizável praticamente) se considerar estas condicionantes, existentes nas relações entre todos os subsistemas — e o Direito não é o único nem o mais poderosos deles —, e que alcançam, em estado ideal, o acordo intersistêmico.¹⁰

Nas palavras de GUNTHER TEUBNER, "uma tal visão das coisas é recorrente na análise econômica do direito, onde, como sabemos, as normas jurídicas são consideradas como puros factores de custo e onde a respectiva observância depende estritamente da circunstância de os benefícios retirados da conduta proibida não excederem os respectivos custos (caso em que

⁸ "O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está cada vez mais perdendo o seu ímpeto. NOBERT ELIAS já falava, na década de 70, que a preocupação em separar a História da Sociologia devia ser revista. O mesmo, cremos, vale para a Teoria do Direito, a sociologia e a antropologia. Concluindo, a Teoria do Direito como sistema lógico não poderá suprir-se por si mesma e será cada vez mais exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva, que unifique e reconheça a falta de base teórica desta Teoria do Direito e a abra para o convívio com outras ciência de maneira não "colonizadora", ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia restabelecer suas características de narrativa lógica" (VERONESE, Alexandre. Os Conceitos de Sistema Jurídico e de Direito "em rede": análise sociológica e da teoria do Direito, in *Plúrima - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF*, vol. 24, p. 147).

⁹ Nas palavras de NIKLAS LUHMANN, "o sistema jurídico é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto" (LUHMANN, Niklas. *L'Autoriproduzione del Diritto e i suoi Limiti*, in *Politica del Diritto*, vol. 12, p.41). Comentando a Teoria de Luhmann, CELSO FERNANDES CAMPILONGO afirma que "fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 67).

¹⁰ A instrumentalização do Direito Econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades negativas.

a conduta proibida não apenas é escolhida, mas é também tida como a opção correta)".¹¹

Em outra obra, o mesmo autor¹² adverte que "não podemos esquecer que as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada senão ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estrutural (entre os dois sistemas) não é possível. Neste caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros. (...) Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estarão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade. (...)

Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos que nele se desenvolvem representam perturbações que servem para melhorar ou modificar as suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a auto-referência e a heterorreferência, ele pode utilizar os acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que 'ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances'." Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação inter-sistêmica.

É interessante como a ciência jurídica, talvez em uma equivocada manifestação do pós-modernismo, vive uma fascinação contínua e sucessiva por novas ondas de pensamento. Não que haja nada negativo em prestigiar e analisar profundamente estas novas Teorias, muito pelo contrário, mas a sua análise não pode ser feita com indiferença a análises menos recentes da Ciência do Direito que também revelam com brilhantismo a mútua dependência entre o Direito e os demais subsistemas sociais.

NORBERTO BOBBIO, por exemplo, há algumas décadas já notava a emergência de uma "Teoria Realista do Direito que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e

¹¹ TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, p. 188.

¹² TEUBNER, Gunther. *Droit et Reflexivité: L'auto-référence en Droit et dans l'Organisation* (trad. Nathalie Boucquoy), LGDJ-Bruylant, Paris, 1996, pp. 157 – 159.

sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, (...) procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. (...) A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente".¹³

Pretendemos, com este Ensaio, trazer o tema à discussão, destacando que as relações intersistêmicas são, sob as mais diversas denominações, há muito estudadas pelo Direito, e que a Teoria Autopoiética pode, ainda que não acolhida em sua inteireza, fornecer muitas luzes aos desafios regulatórios contemporaneamente enfrentados pelo Direito Administrativo, para o que possui inclusive o necessário esteio constitucional, mormente por meio das finalidades traçadas pela Constituição para serem perseguidas pelos Poderes Públicos e no Princípio da Eficiência na realização destes objetivos (art. 37, *caput*, CF)

Note-se, por derradeiro, que o Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.¹⁴

¹³ BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 56. É inclusive neste ponto que a citada obra de LETÁCIO JANSEN é relevante, já que, abordando o Direito Monetário, traça o perfil das relações Direito-Economia nas sociedades contemporâneas a partir das mais importantes e diversas fontes teóricas, as quais o autor criticamente harmoniza e potencializa, colocando, como precursor do Direito Monetário brasileiro, a moeda como um dos principais elos entre o Direito e a Economia.

¹⁴ A consequência imprescindível é a necessidade de "uma revisão do papel constitucional da Administração e do próprio Princípio da legalidade", que a doutrina é chamada a elaborar, em um momento em que já está em fase avançada a transição normativa para uma Administração por objetivos, que exalta o papel da eficiência da ação administrativa" (MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 165).