
ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE

STATE'S ATTORNEY AND ITS CONTRIBUTION TO THE REDUCTION OF COMPLEXITY

Alexandre Moreira de Souza Anaguchi

Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela FDSM. Especialista em Direito Público pela PUC/MG. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Procurador do Estado de Minas Gerais com atuação na Advocacia Regional do Estado em Varginha/MG sendo coordenador do Núcleo Tributário Fiscal

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceitos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann; 2. Da possível topografia da Advocacia Pública de Estado na teoria dos sistemas; 3. A Advocacia Pública de Estado e a decisão jurídica; 4. Considerações finais; Referências.

RESUMO Este artigo trata da possível contribuição da Advocacia Pública de Estado, por meio da sua atuação na construção da decisão jurídica, para a redução da complexidade. O método utilizado na pesquisa é bibliográfico analítico, tendo como marco teórico a teoria dos sistemas de Luhmann. De início, serão apresentados os conceitos básicos sobre as organizações sociais e a função do Direito para Luhmann. No segundo momento, será efetuado um estudo sobre a Advocacia Pública de Estado com o objetivo de identificar em qual sistema social (sistema político ou sistema jurídico) tal função pode ser inserida. Na terceira seção, o foco é a delimitação do que é decisão jurídica e, a partir de tal ponto, promove-se a discussão sobre a atuação da advocacia de Estado como sistema de organização e a sua relação com a possível redução da complexidade ao modificar sua atuação na construção da decisão jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia de Estado. Organização Social. Redução da Complexidade. Decisão Jurídica. Niklas Luhmann.

ABSTRACT: This article deals with the possible contribution of State's Attorney, through its performance in the construction of legal decision, to reduce complexity. This research uses the bibliographic analytical method, setting as a theoretical guideline the Systems Theory, from Luhmann. Firstly, it will be presented the basic concepts about social organizations and the function of Law according to Luhmann. Secondly, it will be carried out a study about State's Attorney, aiming to identify in which social system (political or legal) this function can be inserted. Thirdly, the focus is on the delimitation of what is legal decision and, from that point on, it is promoted the discussion on the performance of State's Attorney as an organization system and its relation to the possible reduction of complexity by modifying its performance in the construction of legal decision.

KEYWORDS: State's Attorney. Social Organization. Complexity Reduction. Legal Decision. Niklas Luhmann.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma continuação da pesquisa sobre a Advocacia Pública de Estado iniciada com a dissertação de mestrado em Direito, será feito em parte o caminho trilhado naquela pesquisa no que tange a atuação da Advocacia Pública de Estado, posteriormente, será cotejado a possível reconstrução da citada atuação da Advocacia Pública de Estado em relação a redução da complexidade¹.

“No final, tudo começa com ideias” (CARVALHO, 2015, p. 16). Li essa frase em artigo em que o autor analisa Kafka e o Sistema Tributário Brasileiro. No referido texto, Carvalho (2015, p. 13) menciona que “não é de surpreender a complexidade irracional de nosso ordenamento, tampouco a imensa dificuldade do particular em conhecer, compreender e finalmente obedecer à legislação”.

Ao terminar a leitura do citado trabalho, a crítica à complexidade no Direito Tributário deu início à ideia exposta neste artigo, principalmente quando Carvalho (2015, p. 14), em outro momento, aduz “ora, um sistema simples e objetivo prescindiria de tantos advogados especializados na área, sendo que a sua complexidade gera bons negócios, cria oportunidades (teses tributárias; mecanismos criativos para elisão fiscal)”.

Considerando a atual hipercomplexidade das relações do direito público, em especial as relações do Direito Tributário e Financeiro, o presente artigo visa a despertar a discussão sobre os modos de construção da decisão jurídica, portanto, pretende inserir no âmbito da ciência jurídica e ainda da atuação da advocacia de Estado uma nova perspectiva, o que poderá estabelecer benefícios a toda a sociedade.

No modelo brasileiro, a advocacia de Estado é função essencial à justiça, que exerce a representação jurídica e presta consultoria aos entes públicos². Neste trabalho, por meio do método analítico bibliográfico, perquire-se se a função pode atuar no momento da tomada da decisão jurídica, com o objetivo de que seja reduzida a complexidade.

Não se tem a pretensão neste artigo de discutir a teoria dos sistemas de Luhmann, até mesmo por não ser possível isto dentro de um único

1. A dissertação apresentada como requisito do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul Minas (FDSM) foi publicada em livro com o título NOVA ADVOCACIA PÚBLICA E DECISÃO JURÍDICA: legalidade, legitimidade e atuação pela Editora Juruá em 2021 após a apresentação e defesa deste trabalho.

2. É o que consta da Constituição Federal nos artigos 131 e 132: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” e “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas” (BRASIL, 1988).

trabalho. Muito menos é possível abordar toda a parte que envolve o direito da sociedade ou ainda a concepção de política. No primeiro tópico, serão abordados os conceitos de complexidade e organização social, tudo com o intuito de proporcionar o entendimento deste artigo.

Com os conceitos de Luhmann e as contribuições de Viana (2017), a segunda parte do trabalho é dedicada ao estudo da Advocacia Pública de Estado como função no contexto da teoria dos sistemas, principalmente para identificar a sua topografia. O objetivo é perquirir em qual dos sistemas sociais a Advocacia Pública de Estado pode ser incluída, se está inserida na função política (legislativo) ou na função judicial (judiciário).

Na terceira parte do presente artigo, será abordado o conceito de decisão jurídica para Luhmann, principalmente pelo destaque que tal conceito tem nas ideias de sistema social do Direito para a teoria dos sistemas. Será estabelecida a diferença entre decisão jurídica e decisão judicial. Ao final da seção, serão relacionados os conceitos de organização social e decisão jurídica, correlacionando-os com a advocacia pública.

Após demonstrar em qual sistema social a Advocacia Pública de Estado está inserida e partindo da ideia de que é uma organização social, será tematizado como a advocacia pública de Estado, inserida no sistema de organização, pode, por meio de sua atuação, proporcionar a redução da complexidade. A análise será com base no Direito Tributário.

Nas considerações finais, será revisto todo o caminho percorrido neste trabalho e tentar-se-á responder se a advocacia de Estado no Brasil pode e deve participar do processo de tomada da decisão jurídica no âmbito das relações de direito público, em especial do Direito Tributário, com o objetivo de reduzir a complexidade e gerar maiores possibilidades de segurança jurídica.

1. CONCEITOS DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Inicialmente, neste tópico serão feitas menções a conceitos utilizados na teoria do sistema de Luhmann dentro do que é necessário para o entendimento deste artigo. A título de introdução, para Luhmann (2016, p. 204), “a função do direito consiste apenas em possibilitar a segurança da expectativa, precisamente diante de decepções previsíveis e que não podem ser evitadas”.

Sobre expectativas, Luhmann (1983, p. 109) diz “na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”. Em outro ponto, traz que “frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas”; em outro

momento, conclui “além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações” (LUHMANN, 1983, p. 109).

Luhmann (2016) leva em consideração a complexidade da sociedade e, como maneira de tentar minimizar essa complexidade, utiliza-se da técnica de distinção. Inicialmente, faz a distinção entre sistema e ambiente³, neste sentido, o Direito, para ele, seria “um sistema que normatiza expectativas, que a si mesmo se atesta ao inserir uma diferença no ambiente, que existe somente nessa forma deliberada e não pode existir sem o sistema” (LUHMANN, 2016, p. 191).

A complexidade é algo inerente às mais variadas ciências sociais, especialmente no sistema social do Direito. Para Luhmann (1983, p. 12), “complexidade deve ser entendida aqui e no restante desse texto como a totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permeia o estabelecimento de uma relação de sentido”.

Ainda discorrendo sobre complexidade, em outra obra, Luhmann (2005b, p. 80) entende que “os sistemas sociais têm por função a apreensão e a redução da complexidade. Servem como mediação entre a extrema complexidade do mundo e a capacidade muito menor”. O Direito, como ciência social, está inserido nos sistemas sociais a que Luhmann faz referência.

Viana (2017, p. 11), com base em Luhmann, propõe que a sociedade se realiza por meio de sistemas sociais parciais que se diferenciam por se ocuparem de funções especializadas para resolver situações sociais específicas. Em outro ponto, menciona que as referidas situações, também chamadas por ele de problemas, são constituídas por meio da comunicação, a sociedade então seria um grande sistema de comunicação.

Viana (2017, p. 11) defende que “esses sistemas de comunicação (sistemas sociais de função) regem-se pela lógica binária (código binário) que funciona como mecanismo seletivo”, e conclui que a seletividade da comunicação se estabelece, por sua vez, como processo de redução da complexidade, o qual cria a “racionalidade sistêmica de cada sistema função, por isso fala-se em racionalidade econômica, razões jurídicas, em debates políticos, entre outros” (VIANA, 2017, p. 12).

3 Viana (2017, p. 12) defende que: “Nesta separação entre o sistema e seu ambiente social, coloca-se o problema da função exercida pelos subsistemas da sociedade em termos gerais na teoria de Luhmann, podendo-se dizer que aquela (função) surge da necessidade de redução da complexidade do ambiente social. Sobre complexidade do sistema social, deve ser observada a multiplicidade incomensurável de eventos e de comunicações referidas aos mais variados objetos que emergem simultaneamente no ‘mundo’, gerando um quadro de complexidade inobservável e não processável, porque desestruturada e despida de organização segundo uma lógica de sentido, apta a gerar uma comunicação minimamente funcional”.

Luhmann (2016, p. 191) menciona que “o direito é mantido como sistema autopoietico e operativamente fechado, de modo a garantir sua função”. Viana (2017, p. 13) aduz que autopoiese é utilizada “para postular teoricamente que os sistemas sociais se produzem”. Em outra obra, Luhmann (2005b, p. 100) menciona que “em um sistema só existem elementos e estruturas enquanto ocorre a autopoiese do sistema”⁴.

Segundo Luhmann (2016, p. 67), “somente o próprio direito pode dizer o que o direito é”, ou, como dito anteriormente, somente o Direito pode produzir o Direito. Dessa forma, o sistema do Direito é operativamente fechado⁵, porque “o direito tem de se manter sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, devendo prever internamente a continuidade do cumprimento de sua própria função” (LUHMANN, 2016, p. 191).

Ainda com base na teoria de Luhmann (1991), deve ser destacado que, além dos sistemas sociais (Direito, Política, Economia, etc.) que são considerados um típico modo de formação sistêmica que pode possuir subsistemas, ocorre também a formação sistêmica em decorrência da organização, a qual ele nomeia de sistema de organização, sendo que tais organizações se comunicam por meio das chamadas interações, mecanismo que ele nomeia de sistema de interações⁶.

Segundo Schabbach (2008, p. 64), o conceito de organização de Luhmann surgiu na década de 1970 como um sistema cujos componentes são decisões que envolvem um processo de reflexão. Por ser contingente, implica uma opção ajustada entre alternativas; posteriormente, foi dito que os sistemas organizacionais geram seus próprios elementos (autopoiese)⁷. Por

4 Tradução livre da versão em espanhol.

5 Simioni (2014, p. 669): “sistema operativamente fechado é sempre um sistema que opera com referência a si mesmo e que pressupõe, por isso, seu estado anterior para efetuar seu estado futuro, logo se pode observar que o sistema tem que saber distinguir as operações que já ocorreram das operações que estão ocorrendo, para projetar as que ainda não ocorreram. O sistema precisa ter a capacidade de auto-observação”.

6 Luhmann (1991, s/p, nota 1): “Dejamos de lado un tercer tipo, la organización, un modelo de formación de los sistemas sociales que no es reducible ni a la sociedad ni a la interacción, porque no es tan relevante como diferencia. Dicho de outro modo: en todas las relaciones sociales, puede surgir una diferencia entre sociedad e interacción, pero no todas las sociedades conocen los sistemas sociales organizados. Con ello, sólo excluimos a la organización en su carácter de teoría general de los sistemas sociales. Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales -es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra”.

7 Autopoiese foi adicionada à teoria de Luhmann em outro momento, após conhecer a teoria dos chilenos Maturana e Varela. O conceito de autopoiese já mencionado em outro capítulo foi criado também na década de 1970 pelos biólogos Maturana e Varela. Quanto à autopoiese nas organizações, Simioni (2012, p. 89) destaca que “uma decisão possui a possibilidade de manter as mesmas premissas já sedimentadas dentro da organização, ou mesmo de produzir uma nova premissa, modificando as estruturas internas dentro do sistema”.

fim, não são os indivíduos que decidem, mas os processos organizacionais, impulsionados pela comunicação.

Corsi (2001, p. 175) descreve as organizações como “aquele tipo de sistema social que produz decisões e que, para fazê-lo, elabora seus próprios critérios, tais como: regras de pertinência, procedimentos, hierarquias, programas, etc.”. Luhmann (2005b) faz o destaque de que os sistemas organizacionais tematizam decisões enquanto produtos de outras decisões, vinculando decisões mutuamente entre si por meio de interações⁸.

Com base nas considerações expostas cabe perquirir se a Advocacia Pública de Estado pode ser considerada uma típica organização social, possuindo regramentos próprios, atuação específica, modos de assunção ou pertencimento ao grupo, processos operacionais de retroalimentação e ainda em qual sistema social poderia ser inserida, temática que será objeto da próxima seção.

2. DA POSSÍVEL TOPOGRAFIA DA ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Inicialmente, há que ser esclarecido que Luhmann, no decorrer de sua obra, não abordou a temática da Advocacia Pública de Estado, mas, a partir dos conceitos utilizados no tópico anterior e que são oriundos da teoria do sistema de Luhmann, podemos tentar responder sobre qual a possível topografia da Advocacia Pública de Estado.

As perguntas que se pretende responder neste tópico são: em qual subsistema social a Advocacia Pública de Estado está inserida? É vinculada ao sistema social do Direito? Ou ao sistema social da Política? A partir da descoberta de qual subsistema ela está inserida, cabe ainda perguntar se a Advocacia Pública de Estado pode ser considerada uma organização social?

Buscando responder a qual sistema social a Advocacia Pública de Estado está atrelada, Viana, com base nas ideias de Luhmann, inicia sua discussão. Neste sentido, aduz que “talvez se torne mais clara a ideia de Luhmann no sentido de sua concepção teórica em que a Administração Pública é um subsistema dentro do sistema político” (VIANA, 2017, p. 16)⁹.

8 Tal ponto é bem destacado por Schabbach (2008, p. 65) quando escreve que “a organização abrange um complexo de decisões que a unem às outras organizações, instituindo-se, assim, uma rede de relações interorganizacionais”.

9 Como caminho para a construção de tal conclusão, demonstrando os motivos passo a passo, Viana (2015, p. 15) esclarece que “aqui, por necessidade concisão, passa-se a observar a distinção entre política e Administração Pública, como simultaneamente de sua imbricada relação, a partir do pensamento luhmaniano, no qual o sistema social da política é concebido dentro da seguinte estrutura tridimensional: política (politik); Administração Pública (öffentliche Verwaltung); Público (Publikum)”.

Partindo da ideia de que a administração pública é um subsistema da política, Viana (2017, p. 14-19) a relaciona com a advocacia de Estado e conclui que, apesar da atuação da Advocacia Pública de Estado envolver prestações à administração pública, a atividade é mais ampla, caracterizando “atividade essencialmente jurídica referida ao funcionamento juridicizado da administração pública, ou seja, submetido a programas condicionais do sistema jurídico” (VIANA, 2017, p. 18).

Dessa forma, Viana (2015) aduz que a Advocacia Pública de Estado não se constitui nem em sistema autopoietico e nem como subsistema de função, e sim como uma organização, já que possui modos específicos de acesso e regras próprias, sendo descrita como uma função essencial à justiça, concluindo que “sua atuação é regida pelo código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente jurídica” (VIANA, 2017, p. 18), e que não é regida pelo código binário da política¹⁰.

Mesmo em âmbito administrativo, as manifestações proferidas pela Advocacia Pública de Estado são pautadas “por programas decisórios jurídicos como regras e princípios: legais e constitucionais e procedimentos jurídicos” (VIANA, 2017, p. 18), e ainda “por reger-se por essa racionalidade sistêmica do direito, a Advocacia Pública radica-se como uma organização (instituição jurídica) no interior do sistema social parcial do direito ao lado de outras organizações judiciárias” (VIANA, 2017, p. 19).

Viana (2017, p. 19) ressalta que, no modelo de tripartição dos poderes, a advocacia de Estado, apesar de ser organização jurídica que é, no interior do sistema funcional do Direito (sistema jurídico), de modo algum integra a estrutura organizacional judiciária. Por outro ângulo, o Poder Judiciário, apesar da posição central, não representa o sistema do Direito¹¹, que alberga outras organizações que atuam na solução de problemas e temas jurídicos e se submetem à sua autopoiese.

A Advocacia Pública de Estado possui atuações específicas, características estas que não são encontradas em nenhuma das outras organizações judiciárias (Ministério Público, Defensoria Pública, Juízes e Tribunais e ainda advocacia em geral), isto porque a Advocacia Pública de Estado tem a importante missão de intermediar ou mediar o político e o jurídico.

10 O código binário da política é governo/oposição ou correligionário/opositor, já o do código do Direito é lícito/ilícito, juridicamente válido/juridicamente inválido, constitucional/inconstitucional, proibido/não proibido, etc.

11 Esta definição de que os Tribunais (judiciário) ocupam o centro do sistema jurídico é do próprio Luhmann (2005a) e será discutida no próximo tópico que tratará da decisão jurídica e da Advocacia Pública de Estado.

Luhmann (2016) trabalha com a ideia de acoplamento estrutural¹² como uma técnica de troca comunicativa¹³ de um sistema com o outro como maneira de ser possível o processo autopoietico. A Constituição é um exemplo de acoplamento estrutural entre a política e o Direito citado por Luhmann (2016, p. 631), bem como a regulação do direito de propriedade é citado como um acoplamento estrutural entre a economia e o jurídico (LUHMANN, 2016, p. 649).

Viana (2017), partindo dessa inegável influência do jurídico e do político em seu atuar, menciona que cabe à Advocacia Pública de Estado efetivar o acoplamento estrutural entre o jurídico e o político, dizendo que no trabalho dessa organização “coloca-se o papel de comunicar o jurídico para o sistema político e canalizar, por sua atuação cognitiva em casos concretos, problemas tipicamente político-administrativos” (VIANA, 2017, p. 25).

Na teoria dos sistemas de Luhmann, o Direito (ciência jurídica) é visto como sistema social que tem como objetivo a redução da complexidade das relações jurídicas, com o intuito de gerar confiança¹⁴ por meio de normatização das expectativas. Para tanto, utiliza do código de referência através da distinção do que é jurídico/permitido/lícito e antijurídico/proibido/ilícito, o que é feito por meio da decisão jurídica.

3. A ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E A DECISÃO JURÍDICA

Como se viu, a advocacia de Estado faz a mediação entre o sistema social político e o sistema social jurídico e, por meio das decisões jurídicas, busca-se estabelecer expectativas e fixar sanções por eventuais frustrações, ou seja, não se trata apenas de lei, decisão judicial, etc. Simioni (2017, p. 265) destaca que “uma decisão jurídica é muito mais do que isso. É a operação nuclear do sistema jurídico. É a operação que atualiza a identidade - e a diferença - do próprio direito da sociedade”.

A positividade do direito para a teoria dos sistemas não está na lei, nem na norma fundamental, nem nos princípios ou na sentença, e sim na própria decisão jurídica. Em tradução literal, Luhmann (2005, p. 95) aduz que “o conceito de positividade ajuda, para fins de clareza, o conceito de decisão. A lei positiva é válida enquanto decisão”¹⁵.

12 A ideia de acoplamento também foi adotada a partir da teoria de autopoiese criada por Maturana e Varela.

13 A troca comunicativa entre os sistemas sociais como maneira de interação é chamada de irritação por Luhmann (2016).

14 “Confiança: um mecanismo de redução da complexidade social” (MOTA, 2016, p. 188).

15 “El concepto de positividad se ayuda, para efectos de claridad, del concepto de decisión. El derecho positivo es válido en cuanto decisión.” (LUHMANN, 2005, p. 95).

Portanto, a positividade do Direito em Luhmann está na decisão jurídica e na comunicação que essa decisão jurídica proporciona, como explicam Luz e Simioni (2016, p. 323): “essa positividade está na operação que realiza a comunicação do direito. Está na operação de produção de sentido do direito, que não acontece na lei ou na norma, mas sim na decisão jurídica”.

Há que distinguir a decisão jurídica da decisão judicial. Segundo Simioni e Bahia (2009, p. 72), “qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decidida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais”, portanto, decisão judicial seria a decisão jurídica proferida no âmbito judicial.

Luhmann¹⁶, em teoria, efetua a distinção entre sistemas sociais, sistemas de organização e sistema de interação para os fins de identificarmos a atuação da Advocacia Pública de Estado na redução da complexidade; cabe perquirir ainda quais são os principais sistemas de organização da ciência jurídica, para depois ser verificado se a advocacia de Estado pode ser considerada um sistema de centro ou de periferia.

Segundo Luhmann (1991), a sociedade moderna pode ser descrita como um grande sistema social estruturado primordialmente sobre a base de uma diferenciação funcional que tem a particularidade de distinguir o entorno¹⁷, dessa forma, como já exposto anteriormente, por meio da decisão jurídica é feita a distinção entre o que é direito ou não direito, lícito/ilícito.

Ainda com base em Luhmann (1991), deve ser destacado que, além dos sistemas sociais, típica maneira de formação sistêmica, também ocorre a formação sistêmica em virtude da organização, a que ele nomeia de sistema de organização, sendo que tais organizações se comunicam por meio das interações, mecanismo que ele nomeia de sistema de interações¹⁸.

16 “Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales –es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra” (LUHMANN, 1991).

17 Luhmann (1991) enumera como principais sistemas sociais a Política, a Economia, a Arte, entre outros.

18 “Dejamos de lado un tercer tipo, la organización, un modelo de formación de los sistemas sociales que no es reductible ni a la sociedad ni a la interacción, porque no es tan relevante como diferencia. Dicho de otro modo: en todas las relaciones sociales, puede surgir una diferencia entre sociedad e interacción, pero no todas las sociedades conocen los sistemas sociales organizados. Con ello, sólo excluimos a la organización en su carácter de teoría general de los sistemas sociales. Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales –es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra” (LUHMANN, 1991, p. 405, nota 1).

Ao tratar dos sistemas de organização, Luhmann estabelece a distinção entre a organização que tem primazia no sistema¹⁹, chamada de sistema de centro, e os que constam do entorno, chamados de sistema de periferia, cada um desses grupos possuem requisitos para que as pessoas possam integrar ou se retirar de tais organizações.

O sistema de interação é decorrente das relações que ocorrem entre o alter e o ego, ainda entre o ambiente (sistema da periferia) e o sistema (sistema de centro). Tais interações podem se dar de modo usual ou informal, podem ter duração longa ou breve, mas que influem no sistema social, como uma forma do sistema se alimentar, atualizar, etc.

A organização de centro, ou seja, aquela que teria a primazia no sistema social da ciência jurídica, para Luhmann (1990, p. 160), seria o judiciário, no dizer do próprio autor, os tribunais²⁰, que são quem efetua a distinção entre o que é jurídico e não jurídico, produzindo a decisão jurídica; dessa maneira, a Advocacia Pública de Estado seria uma organização de periferia.

A complexidade no Direito Tributário é objeto de pesquisa tanto em âmbito internacional quanto nacional. No âmbito internacional, pode ser citado o estudo de Evans e Tran-nam (2014, p. 3): “a complexidade tributária é um conceito multidimensional e, como tal, não pode ser facilmente definida ou medida exclusivamente”²¹.

Paula (2018), em tese de doutorado, destaca que existem seis dimensões da complexidade no Direito Tributário brasileiro, seriam elas: complexidade política, cumprimento da legislação (complexidade jurídico-positiva ou jurídica em sentido estrito), compreensibilidade (complexidade jurídico-positiva ou jurídica em sentido estrito), complexidade de compliance ou de conformidade, complexidade gerencial e de conformidade e complexidade jurídica em sentido amplo ou efetiva complexidade.

Ainda sobre a complexidade, segundo Valadão e Santos (2015, p. 215), “apontam-se alguns problemas estruturantes, decorrentes, em especial,

19 A primazia seria inerente àquela organização que faz a distinção dentro do sistema social, por exemplo, no sistema social da Economia, os bancos têm essa primordialidade na atual conjuntura. Cabendo destacar que, em sua Sociologia del Riesgo, Luhmann destaca a importância da atuação dos bancos para a consideração dos riscos econômicos: “Conforme a las perspectivas precedentes, hasta ahora partimos del supuesto de que a los bancos como organizaciones, o sea, al sistema bancario como jerarquía institucional en el centro del sistema económico, les incumbe trabajar con los riesgos y llevarlos a las formas aceptables que resultan de la expansión temporal del acontecimiento económico” (LUHMANN, 1992, p. 132).

20 “Talvez possamos tomar como ponto de partida o fato não-questionado de que só o sistema jurídico coage os Tribunais à decisão, por conseguinte nem o legislador nem as partes privadas contratantes o fazem. Com base nessa regra, os Tribunais constituem o centro de sistema jurídico. Tudo mais, inclusive a legislação, representa a periferia” (LUHMANN, 1990, p. 160).

21 No original: “It is widely agreed that that tax complexity is itself a complex concept. This is so because tax complexity is multi-dimensional and interactive.”

da complexidade normativa, a demandar constante atuação do Poder Judiciário”. Em outro ponto, já falando da atuação da advocacia pública, defendem que “por fim, outro avanço extremamente relevante que se tem verificado em termos de segurança jurídica relaciona-se com a atuação judicial da advocacia pública” (VALADÃO; SANTOS, 2015, p. 232).

A importância da redução da complexidade no Direito Tributário é demonstrada por Derzi (2009, p. 79), posto que, no contexto da “extrema mobilidade do mundo e da alta complexidade das sociedades de risco contemporâneas, o sistema jurídico se presta a fornecer estabilidade”. Em outro ponto, em continuidade do raciocínio, conclui “e, portanto, a proteger a confiança” (DERZI, 2009, p. 79).

Outro destaque importante da necessária atuação da advocacia pública na redução da complexidade está no fato de conseguir impedir ou reduzir os fenômenos da elisão e evasão fiscal. Paula (2011, p. 184) faz este destaque: “é verdade que é difícil acompanhar a legislação tributária, não é menos verdade que a criatividade humana na tentativa de realização de economia de tributos é inabarcável”.

Godoy aduz que “a própria advocacia pública se vê em face de dúvida aparentemente insuperável, relativa à sua identidade, nesse contexto pluralista de atribuições”. O referido autor levanta importantes aspectos sobre a questão da advocacia pública no contexto da litigância intragovernamental, tal raciocínio pode ser considerado no conflito (irritação) entre os sistemas sociais, podendo a advocacia pública atuar.

Como exemplos da atuação da advocacia pública de Estado como mediadora do conflito entre o sistema social jurídico e sistema social político é a edição de normas ou súmulas administrativas para que precedentes judiciais sejam seguidos ou ainda a orientação para que a cobrança de determinado tributo seja suspensa até decisão final em sede de controle de constitucionalidade.

Portanto, mesmo sendo organização de periferia, a participação do advogado do Estado na decisão jurídica torna-se fundamental, pois pode auxiliar o sistema social da política na formulação ou revisão das leis e ainda o sistema social jurídico na formulação da decisão jurídica abarcando aspectos de conhecimento do político, neste sentido, até mesmo a atuação da Advocacia Pública como *amicus curiae* em ações de inconstitucionalidade pode auxiliar na redução da complexidade.

Guimarães (2012) entende que o papel ativo da advocacia de Estado depende inclusive do rompimento de paradigma construído pelo mito positivista de que a administração pública deve em sua atuação apenas ser cumpridora de leis. O mito em questão necessita ser desmitificado, a

atuação da Advocacia Pública de Estado nas decisões jurídicas com fulcro de reduzir a complexidade é algo que precisa ser implementado.

Aliás, a mudança de paradigma é defendida em diversas searas da atuação da Advocacia Pública. Lima (2015, p. 193) defende que, em relação à defesa do meio ambiente, a Advocacia Pública deve mudar o seu paradigma de atuação em duas frentes: a primeira em relação à prestação de consultoria e assessoramento jurídico e a segunda na cobrança das multas ambientais.

Souza e Simioni (2021, p. 50) destacam que essa nova forma de atuar deve partir da própria organização e ainda ser respaldada pelos demais atores construtores da decisão jurídica, assim dizendo: “modificação esta que deve partir da própria advocacia de Estado, com assunção efetiva de suas funções, mas que também depende da alteração do comportamento dos atores”.

O que se pretende neste estudo é iniciar a discussão de uma maior participação da advocacia de Estado na construção da decisão jurídica, já que esta exige, segundo Luz e Simioni (2016, p. 328), “uma espécie de proteção cognitiva especial, uma blindagem operativa recursiva. Ele exige uma orientação da decisão jurídica ao seu próprio contexto organizacional”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo propor a discussão sobre a necessidade da atuação da advocacia de Estado junto à tomada da decisão jurídica e à redução da complexidade. Dessa maneira, após conceitos básicos da teoria do sistema, estudou-se a advocacia pública no contexto dos sistemas sociais de Luhmann, identificando as nuances do exercício de tal função.

A complexidade é algo inerente das sociedades atuais e o Direito é um dos sistemas sociais que visam regular as relações sociais com o fito de estabilizá-las, possibilitando a geração de segurança jurídica. Para Luhmann a função do Direito seria justamente a redução da complexidade. No âmbito do Direito Público, em especial no Direito Tributário isto é uma busca, por ser marcado por uma hipercomplexidade.

Neste sentido, no sistema brasileiro, foi identificado que a advocacia pública de Estado é uma organização social que exerce o papel de mediador entre os sistemas sociais políticos e jurídicos, já que está umbilicalmente ligada ao poder executivo mas atua diretamente no poder judiciário e ainda auxilia o poder legislativo por meio da consultoria, podendo reconstruir seu modo de atuar, com o fulcro de participar da decisão jurídica e minimizar a complexidade.

A participação do advogado do Estado na decisão jurídica é fundamental, pois pode auxiliar o Estado na elaboração de planejamento e análise dos aspectos jurídicos e políticos permitindo uma melhor consideração da complexidade, o que pode gerar uma melhora na produção das decisões jurídicas. Isso demonstra, claramente, que o papel de consultoria efetiva e ativa e atuação judicial construtora é fundamental.

Mesmo que possa parecer ambivalente, a advocacia pública de Estado como mediador do sistema social jurídico e sistema social político pode atuar nos dois sistemas sociais, contribuindo para a redução da complexidade, cabe aos advogados públicos reconstruir o seu modo de atuar em busca de tal desiderato, esta é a provocação que esta pesquisa quer proporcionar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de fevereiro de 2019 às 18h39.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e economia. *Revista Contas Abertas*, Campo Grande, ano 1, nº 1, nov. 2015. Disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal/revistaeletronica2/doc1/01.pdf> Acesso em: 14 mar. 2021.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan./jun. 2001. p. 169-189.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

EVANS, Christopher; TRAN-NAM, Bihn. Towards the development of tax system complexity index. *Fiscal Studies*, v. 35, n. 3, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. 2012. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. *Advocacia de estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas*. In: ANTERO, Samuel A.; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (org.). *Democracia, Direito e Gestão Pública: textos para*

discussão. Brasília-DF: Editora IABS, 2012. p. 9-46. Disponível em: <https://www.terrabrasil.org.br/ecotecadigital/images/abook/pdf/1sem2015/fevereiro/Fev.15.09.pdf.pdf> Acesso em: 10 mar. 2021.

LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. A proteção do meio ambiente pela Advocacia Pública. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano 14, n. 1, p. 169-194, jan./mar. 2015.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 49, julho de 1990, p. 149-168.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Peppe e Luis Filipe Segura. Ciudad de México: Herder, 2005a.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una Teoría General*. México: Alianza/Iberoamericana, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia como teoria dos sistemas sociais*. In: SANTOS, José Manuel (org.). O pensamento de Niklas Luhmann. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005b.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Trad. Silvia Peppe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura e Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUZ, Cícero Krupp da; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, Organização e Risco: a Positividade do Direito na Forma da Decisão Jurídica. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 318-334, jul./dez. 2016.

MOTA, Rodrigo. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. *PLURAL - Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016.

PAULA, Daniel Giotti de. *A Praticabilidade no Direito Tributário: controle jurídico da complexidade*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2018.

PAULA, Daniel Giotti de. O dever geral de vedação à elisão: uma análise constitucional baseada nos fundamentos da tributação brasileira e do direito comparado. *Revista da PGFN*, Brasília, ano 1, n. 1, jan./jun. 2011.

SCHABBACH, Leticia Maria. Exclusão, ilegalidades e organizações criminosas no Brasil. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 10, n. 20, p. 48-71, jul./dez. 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Seqüência*, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 259-279, sem. 2017.

SOUZA, Alexandre Moreira de Souza; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Quebrando o mito da advocacia de estado como mera executora das leis: em busca de uma atuação ativa em relação às políticas públicas. *RJLB - Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, ano 7, n. 2, p. 29-58, 2021.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; SANTOS, Guilherme Ribas da Silva. Aspectos constitucionais e processuais da segurança jurídico-tributária. *Revista de Estudos Jurídicos do STJ*, v. 1, p. 211-238, 2020.

VIANA, Ulisses Schwars. Advocacia de Estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. *Revista Brasileira da Advocacia Pública*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, 2017.