XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

JOSEMAR SIDINEI SOARES

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos politicos, movimentos sociais e filosofia do estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho; Josemar Sidinei Soares; Lucas Catib De laurentiis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-604-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da democracia e direitos políticos. 3. Movimentos sociais e filosofia do estado. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Apresentação

Os artigos aqui reunidos foram submetidos ao Grupo de Trabalho “Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado I”, no XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI.

A presente publicação, assim, é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate do referido grupo, no dia 8 de dezembro de 2022, tendo atuado como coordenadores os professores-doutores FILOMENO MORAES (UECE – aposentado), JOSEMAR SIDINEI SOARES (UNIVALI) e LUCAS CATIB DE LAURENTIS (PUC-Campinas). O evento teve como parceira institucional a Universidade do Vale do Itajaí e realizou-se do dia 7 a 10 dezembro do corrente ano, no campus da UNIVALI de Balneário Camboriú-Santa Catarina.

Os estudos abordam uma ampla gama de temas que, por sua vez, estão relacionados, centralmente, ao debate contemporâneo acerca da teoria democrática e suas implicações políticas e institucionais. Deste modo, foram apresentados e debatidos artigos, representativos de diversos programas de pós-graduação, mantidos por instituições de ensino superior distribuídas por todo o Brasil. O que, por sua vez, indica a larga abrangência e atualidade dos problemas examinados.

Assim, na qualidade de Coordenadores do Grupo de Trabalho, após a ampla discussão e rico debate, cabe-nos recomendar a atenta leitura dos textos aqui reunidos, dada a importância que cada um representa na pesquisa dos assuntos investigados.

PROF. DR. FILOMENO MORAES

(UECE – aposentado)

JOSEMAR SIDINEI SOARES

(UNIVALI)

LUCAS CATIB DE LAURENTIS

(PUC-Campinas)

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PUBLIC LAW FROM THE VIEW OF SYSTEMS THEORY

Thiago Mota Maciel
Michelle Fernanda Martins

Resumo

O presente artigo ressalta a importância de Niklas Luhmman para as Teorias da Democracia que se deve a ruptura científico metodológica da sociologia clássica a qual atribuía incondicional valoração aos membros que faziam parte da coletividade, a exemplo das teorias de Émile Durkheim e Marx Weber, entretanto para o sociólogo alemão a sociedade é muito maior que os indivíduos que a compõem, haja vista as conexões que estão no centro da sociedade; enquanto que os seres humanos estão no centro no seu entorno. Notadamente busca-se quanto a legitimação pelo procedimento destacar as contribuições do Professor Marcelo Neves em análise dos ensinamentos da vasta bibliografia do professor Niklas Luhmann deve haver a prevalência, a depender de cada caso concreto, dos princípios que representam as mudanças e comunicações dos sistemas em detrimento das regras que são engessadas e super estimadas pela positivação do direito, havendo que ponderar o direito positivo.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito, Lógica pelo procedimento, Niklas luhmann

Abstract/Resumen/Résumé

This article emphasizes the importance of Niklas Luhmman for the Theories of Democracy, which is due to the scientific methodological rupture of classical sociology, which attributed unconditional valuation to the members who were part of the collectivity, like the theories of Émile Durkheim and Marx Weber, however, for the German sociologist, society is much larger than the individuals who compose it, given the connections that are at the center of society; while human beings are at the center around them. Notably, as for the legitimacy of the procedure, it is sought to highlight the contributions of Professor Marcelo Neves in analyzing the teachings of the vast bibliography of Professor Niklas Luhmann there must be a prevalence, depending on each concrete case, of the principles that represent the changes and communications of the systems in detriment of the rules that are plastered and overestimated by the positivization of the law, having to consider the positive law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalization of law, Logic by procedure, Niklas luhmann

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea possui uma quantidade infinita de sistemas que são autônomos, mas mantêm conexões estruturais entre si, estabelecendo uma rede de comunicação por meio da linguagem. As evoluções sociais proporcionam transformações no que tange às relações interpessoais no mundo. O desenvolvimento da quarta revolução industrial aumentou a necessidade de refletir acerca dos aspectos sociais, jurídicos e econômicos relacionados às consequências e transformações nos subsistemas sociais.

O desenvolvimento do mundo digital é, portanto, um fenômeno que proporcionou a quebra de fronteiras nacionais, realizando uma globalização das comunicações, transformando os setores de produção mundiais e incidindo diretamente em questões jurídicas, econômicas, sociais e políticas.

Entretanto, as novas tecnologias propiciam novas formas de atuação estatal, sobretudo por ausência de regulação do direito administrativo sobre muitos aspectos envolvendo a Administração Pública, representada por diversos órgãos, os quais movimentam bilhões de reais anualmente; sendo crucial debater sobre a temática.

II) Referencial Teórico - Niklas Luhmann

Este presente artigo tem por escopo utilizar como referencial teórico o expoente Professor do pensamento sociológico jurídico, Niklas Luhmann que realizou importantíssimas contribuições para a sociologia do direito em sua vasta produção acadêmica e bibliográfica, tendo escrito dezenas de obras, sendo principal destaque “A sociedade da sociedade” publicado em 1997; um ano antes do falecimento do autor.

O Professor Luhmann é um dos mais importantes teóricos da sociedade, entretanto, em grande parcela do globo é desconhecido entre os cientistas sociais profissionais. Nascido em Lünemburgo, na Alemanha, em 8 de dezembro de 1927, se formou muito cedo e foi recrutado em 1944 e feito prisioneiro de guerra das Forças Americanas aos 17 anos de idade.

Estudou direito em Friburgo, entre 1946 até 1949, em seguida ingressou no serviço público onde trabalhou 10 anos na função de advogado administrativo em Hanover. Após desempenhar o serviço de advogado público, em 1962, obteve uma bolsa de estudos para ir a Harvard trabalhando diretamente com Talcott Parsons durante um ano. Em 1968, Luhmann foi nomeado professor de sociologia na recém-criada Universidade de Bielefeld, onde trabalhou até se aposentar.

Os enlaces do Professor Niklas Luhmann com a sociologia do direito se evidenciam na sua riquíssima criação da teoria social sistêmica elaborada com base nos estudos iniciados em Harvard, uma teoria holística, de aplicação generalizada no âmbito das ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e tem como distinção fundamental a relação entre "sistema" e "meio ambiente".

Para o estudo introdutório do pensamento de Luhmann foi realizada revisão da leitura de Niklas Luhmann. "Introducción a la teoria de sistemas" que apresenta um conjunto de textos consideravelmente relevantes para os estudos elementares de sua teoria e que explicam pormenorizadamente os conceitos elaborados pelo Professor ao longo de sua vida acadêmica.

No ensinamentos do Professor Niklas Luhmann, a definição dos conceitos primordiais de sistema e meio ambiente podem ser melhor compreendidas através da distinção entre sistema e seu meio ambiente, visto que o último é utilizada para explicar tudo o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, como elementos de outros sistemas ou não.

Ademais, o conceito de sociedade se dá com o desenvolvimento da referida teoria que visa analisar um conceito interdisciplinar de sociedade. Para Luhmann, sociedade é a "sociedade mundial" que se forma modernamente através das comunicações sociais de seus membros e dos subsistemas que compõem a sociedade.

O que compõe a sociedade não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a comunicação entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais, tais como: direito, economia, arte, religião, ciência etc.

A "organização" é o que qualifica um sistema como complexo ou como uma simples unidade que possui características próprias decorrentes das relações entre seus elementos, mas que, no entanto, não são características desses elementos.

Enquanto que o conceito de sociedade está centrado nas comunicações, há também a introdução do conceito da "autopoiesis" adotado por Luhmann que foi desenvolvido pelos biólogos Maturana e Varela para afirmar que os subsistemas funcionais da sociedade são sempre autorreferenciais, ou seja, produzem e reproduzem a si próprios.

Eles constituem seus componentes pelo arranjo próprio desses componentes, o que constitui propriamente sua unidade e, portanto, seu fechamento autopoiético. A extensão do conceito de autorreferência do nível agregado da estrutura para o nível dos elementos do sistema constitui, segundo Luhmann, a mais importante contribuição da teoria de Maturana e Varela para o entendimento de todo esse processo.

Por conseguinte, a conceituação da característica da autopoiesis, surgem os sistemas autopoiético que são os sistemas dotados de organização autopoiética, no qual há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular entre eles.

Cabe, também, destacar a importância da característica da autonomia do sistema autopoiético, porque afigura-se como um sistema autônomo, pois nele o que se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos.

O fato de ser autônomo indica sua condição de clausura, ou seja, ser "fechado" diante do ponto de vista de sua organização, não havendo nem entrada (inputs) e nem saídas (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e por meio dele.

A autoprodução da comunicação vai ser um elemento diferencial das sociedades para Luhmann, haja vista que apenas a comunicação se autoproduz, razão pela qual se qualificam como autopoiéticos os sistemas de comunicação da sociedade.

Historicamente, as sociedades podem ser avaliadas pelo seu desenvolvimento de acordo com a evolução de suas comunicações, sendo importantíssimo o surgimento das mídias escritas para a Teoria dos Sistemas de Luhmann, porque favorecem a passagem da informação de modo uniforme para a sociedade; intensificando a troca de conhecimento e por conseguinte organização.

Analisa-se na obra de Luhmann que as sociedades mais simples da história não tinham a especialização das sociedades contemporâneas haja vista a ausência de uma comunicação globalizada e permissiva de interações entre todos.

O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são meios (media) dessas comunicações. Esses componentes, contudo, não pertencem aos sistemas sociais e sim ao seu meio ambiente. Para tentar esclarecer um pouco: os seres humanos, enquanto seres biológicos, são sistemas biológicos autopoiéticos e, enquanto seres pensantes, são também sistemas psíquicos autopoiéticos.

Aprofundando na teoria dos Sistemas, há uma nomenclatura própria estabelecida pelo Professor Luhmann, entre esses nomes está o acoplamento estrutural que significa a conexão que cada subsistema social realiza com outros subsistemas os quais são cognitivamente abertos, porque produzem seus próprios conhecimentos com base em suas comunicações, mas são estruturalmente fechados e eventualmente estabelecem comunicações com outros subsistemas.

O exemplo mais didático estabelecido pelo Professor Luhmann está no desenvolvimento comparativo dos choques estruturais dos subsistemas que produzem comunicações em ambos os subsistemas com o atrito das bolas no jogo de bilhar, porque são estruturalmente fechados, mas com o choque cada uma segue sua trajetória de acordo com a "informação" ou trajetória recebida com o choque ou "subsistema" que se "comunique".

Para tanto, a linguagem é a primeira condição necessária para ocorrer o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto (conscientes) e sistemas sociais (autopoiéticos) de comunicação; por tal razão recebendo principal destaque na sua vasta produção bibliográfica.

O acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios (media), sendo o meio principal que Luhmann usa como exemplo de acoplamento entre o sistema de direito e o sistema de política as constituições, o que nos remete para o entendimento de que o Judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico – as cortes constitucionais, nesse caso, situar-se-iam no “centro do centro” do sistema jurídico – pois determinam, em última instância, o que é ou não direito, da mesma forma que os demais poderes do Estado – Legislativo e Executivo – ocupam o centro do sistema político.

III) Sistemas e sociedade

De acordo com os conhecimentos repassados na bibliografia do Professor Niklas Luhmann, o conceito de sociedade é indissociável do conceito de sistema, tendo em vista o questionamento recorrente, nas obras do sociólogo, sobre como é possível a existência de ordem social de uma forma harmoniosa sem os elementos da complexidade e contingência sistêmicas.

Merece destaque a explicação teórica de Luhmann da qual a noção de sistema é central. E deriva da análise do conceito de sistema desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varella nos quais o autor usará como inspiração para propositura de uma teoria dos sistemas sociais e uma teoria da sociedade contemporânea.

Tendo em vista que Maturana e Varella, entendiam que os organismos vivos, assim como um vegetal, ou animal ou uma bactéria são sistemas fechados, autorreferenciados e autopoiéticos. Não quer dizer que tais sistemas são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que as ‘partes’ ou os ‘elementos’ de tais sistemas interagem uns com os outros e somente entre si.

Ao passo que a noção de sistema que se generalizou na sociologia foi a concepção de sistema social aberto de Parsons, que enfatiza a troca de elementos (energia, pessoas, informação) entre os sistemas, distintamente, na teoria sistêmica, em Luhmann há uma ruptura que promove mudanças diametralmente opostas.

Por conseguinte, a perspectiva luhmanniana considera, a exemplo dos organismos vivos, que os sistemas sociais operam fechados sobre sua própria base operativa, diferenciando-se de todo o restante e, portanto, criando seu próprio limite de operação.

Entretanto, o fechamento é a condição da abertura do sistema ao ambiente: o sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa por meio das operações que ele próprio desenvolveu.

O ponto mais controverso é o argumento de que a sociedade não é constituída por seres humanos - como tem defendido a tradição teórica das ciências sociais -, mas, antes, por comunicações. Portanto, para Luhmann os seres humanos não estão no centro da sociedade, mas no seu entorno. Rompimento com a visão antropocêntrica a qual colocava o homem como no centro da sociedade.

IV) Constitucionalização do Direito Público

Segundo Gustavo Binenbojm no livro Uma teoria do Direito Administrativo, as ideias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre o que é, para que serve e qual a origem da autoridade do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.

Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência e reciprocidade. Da conjugação desses dois elementos é que surge o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

Para Binenbojm , a Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo

por meio do qual tais sistemas espraiam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas, tem sido chamado de constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo.

Retornando ao livro uma teoria do direito administrativo, o autor indica que a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade.

A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional

A Constituição brasileira de 1988 discorre longamente sobre a Administração Pública. Trazendo alguns avanços, como a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na sua redação original eram os da legalidade,impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19/98 (conhecida Emenda da Reforma Administrativa) acrescentou ao elenco o princípio da eficiência.

A constitucionalização do direito administrativo modifica a legalidade e a juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição.

Assim, o agir administrativo pode encontrar seu limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal.

Ademais, a normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição. A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. O antigo mérito do ato administrativo sofre, assim,

um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais.

Por outro lado, o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem também influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. À centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública.

Segundo Binenbojm , a temática dos direitos fundamentais, tão cara ao direito constitucional, jamais alcançou prestígio idêntico na seara do direito administrativo. De fato, em seu contraditório percurso histórico, o direito administrativo erigiu institutos muito mais voltados à lógica da autoridade do que à lógica da liberdade. Daí que categorias administrativas básicas como interesse público, poder de polícia, serviço público tenham sido elaboradas ao largo de qualquer consideração dos direitos fundamentais.

O autor diz que só recentemente alguns publicistas brasileiros atentaram para a imperiosa necessidade de redefinir tais categorias em deferência à supremacia da Constituição e à centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica. Citando no terreno específico do direito administrativo, Marçal Justen Filho como pioneiro de redefinir não apenas alguns de seus institutos, mas a própria disciplina a partir da ótica dos direitos fundamentais. E que aduz: "O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

Binenbojm salienta que, com efeito, em sua concepção clássica, os direitos fundamentais são direitos de defesa, protegendo posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não-impedimento à prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.

Exemplo do primeiro caso é a liberdade de locomoção; do segundo, a proteção do direito adquirido contra leis posteriores

Por outro lado, os direitos fundamentais apresentam-se como direitos a prestações positivas, tanto de natureza concreta e material, como de natureza normativa. Assim, o direito de ir e vir pressupõe um conjunto de atividades do Poder Público (polícia de segurança pública, polícia administrativa de trânsito, serviços públicos de transportes coletivos) destinados a preservá-lo.

Mais recentemente, vem a doutrina aludindo a direitos fundamentais como direitos à organização e ao procedimento, para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, entidades ou repartições (organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias constitucional-processuais (direito de defesa, direito à proteção judiciária, direito à não auto-incriminação).

Os direitos fundamentais exibem, ainda, além dessa dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva, a qual os direitos fundamentais não se cingem a sua função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Poder Público, mas, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com uma eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e administrativos. Da dimensão objetiva decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais como bases estruturais da ordem jurídica, que espraiam sua influência por todo o direito positivo.

Assim, superando a perspectiva exclusivamente individualista, os direitos fundamentais passam a ser também vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados, pelo direito, pelo Estado e por toda a sociedade. Uma importante decorrência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o surgimento dos chamados deveres de proteção do Estado, de quem se passa a exigir não apenas uma abstenção, mas também condutas positivas de proteção e promoção.

Outra discussão que assume papel cada vez mais proeminente no direito administrativo moderno é a discussão sobre novas formas de legitimação da ação administrativa. Uma das vertentes desenvolvidas nesta linha é a da constitucionalização.

Uma outra é baseada na democratização do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei. Tal democratização é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais, como em nome de interesses gerais da coletividade.

Um dos traços marcantes dessa tendência à democratização é o fenômeno que se convencionou chamar de processualização da atividade administrativa. Tal termo é designativo da preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa, e não apenas do ato administrativo final.

Busca-se, assim, (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das

repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões da Administração Pública.

Por outro prisma, Gustavo Binenbojm em seu livro Poder de Polícia, Ordenação, Regulação – Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador, vai tratar do duplo giro do direito administrativo contemporâneo que são: o giro democrático constitucional e giro pragmático.

Modo geral, esse *giro democrático-constitucional* propulsiona mudanças direcionadas a: (i) incrementar o grau de *responsividade* dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos; (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas; (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos.

O que aqui se denomina por *giro democrático-constitucional* dodireito administrativo é um processo multifário e pluridimensional, que opera por dois caminhos distintos, porém complementares: (i) a disciplina da organização e funcionamento de inúmeros setores da Administração Pública em normas do próprio Texto Constitucional; e (ii) a eficácia *irradiante* dos sistemas democrático e de direitos fundamentais, como elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado democrático de direito – e, por conseguinte, também do Estado Administrativo – nos termos delineados pela Constituição.

Na primeira vertente, o giro segue uma *espiral ascendente*, por via da elevação dos grandes princípios e de diversas regras da disciplina administrativa ao plano da supremacia constitucional. Já na segunda vertente, o giro perfaz uma *espiral descendente*, com a *impregnação* da dogmática do direito administrativo pela normatividade constitucional, influenciando a releitura de seus institutos, categorias e formas organizacionais.

Em termos práticos, as mudanças do direito administrativo decorrentes do giro democrático-constitucional perfazem-se em quatro esferas diferentes, numa relação de *coimplicação*. Assim, no *âmbito jurisdicional* – sobretudo no exercício da jurisdição constitucional –, antigas normas são glosadas, enquanto outras são submetidas a novas interpretações, em conformidade com as exigências da Lei Maior.

No campo *legiferante*, igualmente, os ares do constitucionalismo democrático impulsionam a revogação dos antigos diplomas e a promulgação de novos marcos legais alinhados aos novos tempos.

Até a atividade *administrativa* propriamente dita, seja pela edição de regulamentos, seja pela prática de atos concretos, acaba por refletir, em maior ou menor medida, a influência conformadora da Constituição.

Por fim, há ainda uma esfera mais sutil de atuação, cuja influência, no entanto, é deveras relevante: a *doutrina*. Binenbojm citando Carlos Ari Sundfeld e Paulino José Soares de Souza – a *Ordem dos Publicistas* sempre foi constituída por membros que transitaram entre a vida acadêmica e a burocracia estatal superior, isto é, aquela com acesso às decisões do poder.

A interação entre a comunidade jurídica, os tomadores de decisão e a Academia envolve sempre algum nível de legitimação recíproca – seja pela diferenciação - seja pela identificação.

No giro pragmático empírico a máxima pragmática converte-se, assim, em um método de apuração da verdade de qualquer hipótese, conceito ou mesmo de crenças metafísicas: qual a consequência concreta e particular da adoção de uma verdade, conceito ou crença em nossa experiência futura? É isso o que o pensamento pragmático busca responder. Ao pragmatismo interessa a diferença, em termos de efeitos práticos, da adoção de uma ou outra proposição.

Binenbojm cita que Thamy Pogrebinschi identifica uma matriz pragmatista – inobstante os diferentes matizes internos do movimento – como um núcleo comum do pragmatismo filosófico, que pode ser traduzido em três elementos fundamentais: (i) o antifundacionalismo; (ii) o contextualismo; e (iii) o consequencialismo.

O antifundacionalismo rejeita que o pensamento tenha algum ponto de partida ou fundação estática, perpétua, imutável, abstrata e atemporal. Não se trata de negar a ideia de verdade, mas de despi-la de seu caráter apriorístico, como um dogma fundado em alguma abstração metafísica ou reconduzido ao percurso de uma metanarrativa explicativa de toda a experiência humana sobre a Terra. Essa, aliás, é a característica que mais aproxima o pragmatismo da ideia de pós-modernidade, que se teria configurado, precisamente, pelo descrédito das grandes teorias fundacionalistas (como algumas formas de filosofia da história, por exemplo), que nos contavam tudo sobre a nossa origem e, sobretudo, sobre o nosso destino.

A postura pragmática é, assim, essencialmente crítica e experimental, sempre aberta a novas possibilidades que possam falsear as hipóteses até então descritas como verdadeiras. O contextualismo consiste na postura de se valorizar a experiência prática – social, política, histórica, econômica e cultural – na investigação filosófica, como método que nos liberta de abstrações atemporais, senão porque extraídas de alguma doutrina fundacional, então porque elas costumam situar-se em algum ponto arquimediano a-histórico, desenraizado das circunstâncias inerentes ao contexto. Por evidente, se as proposições precisam ser confrontadas com a diferença que fazem na prática, o método pragmático não pode desconsiderar o contexto real e deve levar sempre em conta a intersubjetividade que lhe confere sentido e valor.

Por fim, o consequencialismo importa conduzir sempre qualquer investigação com os olhos voltados para o futuro, por meio de alguma antecipação prognóstica. Como dizia a máxima positivista, "saber é prever, a fim de prover". O significado de uma proposição, assim como sua verdade, depende do teste de suas consequências futuras; sua antecipação é essencial para o saber pragmático, a fim de que se possa avaliar qual a diferença que produzirá sobre a realidade. Isso conduz o pragmatista a uma atitude marcadamente empiricista e experimentalista, caracterizando o pragmatismo mais como um método, uma atitude ou uma postura diante de questões concretas.

V) Observador

A presença do observador ser interno ao seu respectivo Sistema é um ponto marcante e importantíssimo na Teoria Sistêmica de Luhmman, haja vista que os sistemas são cognitivamente abertos, contudo normativamente fechados porque aprendem dentro de si mesmos, conforme suas respectivas regras e normas próprias.

Tudo conforme o conceito da autopoiesis proposto pelos Biólogos Varela e Maturana apropriado pelo Sociólogo nos estudos da sua teoria interdisciplinar e abrangente dos subsistemas da sociedade como um todo; estão presentes diversos observadores internos.

Didaticamente, utiliza-se a parábola do décimo segundo camelo para exemplificar ludicamente a questão da observação dos sistemas: certo dia, um pai, comerciante árabe, que só tinha como propriedade 11 (onze) camelos, em seu leito de morte chamou os seus três filhos, os seus únicos herdeiros, e disse: eu irei deixar a metade (1/2) dos camelos para o filho mais velho, para o filho mais novo um quarto (1/4) e para o filho do meio um sexto (1/6).

Mas como dividir 11 (onze) camelos com estas exigências? Eis que, então, vendo o problema, um juiz, que passava por ali, montado em seu camelo, dirige-se aos filhos e diz: eu posso ajudar vocês a resolver esse problema. O juiz, então, propôs aos filhos que fosse incluído na distribuição dos camelos o seu próprio camelo, que seria, então, o 12º camelo. E assim ele procedeu.

Conferiu a metade de 12 (doze) camelos ao filho mais velho: 6 (seis) camelos, portanto. Deu 1/4 dos camelos ao filho mais novo, ou seja, 3 (três) camelos. E, por fim, deu 1/6 dos camelos ao filho do meio, isto é, 2 (dois) camelos. Seis (6), mais três (3), mais (2) dois dá um total de onze (11) camelos. O juiz pegou o seu camelo de volta e seguiu a sua viagem com o problema dos filhos resolvido.

Descortina-se com essa parábola o entendimento do que é a realidade e como pode ser concebida, em outras palavras - a realidade é o 12º camelo! E quem é ele, o 12º camelo? O observador. Ele é o que foi incluso na observação, mas que antes estava excluído dela. Ou seja, o observador faz possível a realidade, que é uma construção dele, do observador, mas ele não é a realidade. Ele constitui a realidade porque não faz parte dela, mas ao constitui-lá é incluso nela. Dar-se o nome a essa Estrutura paradoxal da realidade.

A explicação prática da Parábola do 12º camelo que, no primeiro momento, estava fora da herança, mas no segundo momento foi incorporado à ela para fazer parte da distribuição e, feita a distribuição, em um terceiro momento, deixou de fazer parte, novamente, da herança. Revela que o 12º camelo começou fora, foi colocado para dentro e, ao final, foi colocado para fora de novo. Esse é o mesmo acontecimento que ocorre com os observadores ao realizar a análise, leitura e interpretação de cada Sub-sistema social. Os observadores se imaginam de fora, ao observar se coloca para dentro, e ao observar a sua própria observação, se vêem de fora da observação. Cada observador relata os fatos, conforme sua própria realidade.

IV) Legitimação pelo procedimento

Avançando nos estudos da bibliografia do Professor Niklas Luhmann, é relevante tecer comentários quanto a obra “Legitimação pelo procedimento” a qual foi traduzida para a língua portuguesa pela socióloga Maria da Conceição Côrte Real com revisão do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior e publicada pela Editora da Universidade de Brasília.

Já na primeira parte da obra, “Legitimação pelo procedimento”, são realizados estudos quanto à concepção clássica do procedimento, a busca do ideal da legitimidade e, igualmente, o reconhecimento do procedimento como um sistema social.

Nos ensinamentos do Professor Luhmann, afirma-se que a legitimidade está no procedimento e não nas partes que o compõem. Para tal afirmação é realizada a análise de três procedimentos: os processos judiciais, o procedimento legislativos e os procedimentos decisórios da administração, e conclui que a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis.

A diferenciação, a autonomia, o sistema de contato, a adoção de papéis, as representações e desencargos, o conflito permitido, os limites da capacidade de aprendizagem, a representação para os que não participam são todos elementos da estrutura dos processos judiciais nas lições do Professor Luhmann e vão ser esmiuçados a seguir.

A diferenciação funcional é parte elementar dos procedimentos juridicamente organizados, haja vista que os processos devem seguir as normas específicas para cada espécie de objeto de controvérsia; por exemplo: divide-se a justiça em subsistemas sejam eles a justiça eleitoral, a justiça trabalhista, a justiça militar; apesar de todas fazerem parte do sistema jurídico.

A indissolubilidade dos sistemas não impede que estes realizem a especialização como forma de diminuição da complexidade e da contingência, como metas basilares da teoria sistêmica luhmanniana, porém é preciso acrescentar outros fatores para alcançar a legitimidade pelo procedimento jurídico legal.

Ademais, a adoção de papéis na sociedade é algo, hodiernamente, debatido na doutrina do Sociólogo Niklas Luhmann, haja vista que todos os membros da sociedade devem conhecer, logo necessitam de publicidade ampla, e respeito às normas para que atinjam os patamares de existência, validade e eficácia perante a coletividade.

Entretanto, cita-se o exemplo dos sinais de trânsito ilustrado na obra do Professor Luhmann para trazer a seguinte reflexão, por mais que as pessoas reiteradamente descumpram as normas, estas permanecem válidas e vigentes, ainda que em alguns momentos ineficazes.

O exemplo referido acima versa sobre um via de mão única, mas que rotineiramente vários condutores de veículos utilizam-na nos dois sentidos. Ou seja, por mais que o ato administrativo de império siga o procedimento legítimo da produção de vigência e publicidade através do sinal ostensivo nos sinais de trânsito indicativos de normas de caráter

cogente; ainda assim há o desvio do comportamento esperado de alguns membros da sociedade.

A diferenciação é uma condição prévia imprescindível para se alcançar a uma desenvolvimento próprio de informações dentro dos procedimentos; por mais que sozinha não consiga garantir tal autonomia. Haja vista que a autonomia dos processos judiciais e procedimentos tem sua legitimidade determinada pela quantidade de informações colhidas dos sistemas e das comunicações e possibilidades que ocorrem a cada atuação de procedimentos.

São indispensáveis as análises das perspectivas temporais, objetiva e social para entender os desvios de comportamentos e buscar a legitimação pelo procedimento, não pela simples busca da verdade a qualquer custo, mas em consonância com o critério comunicativo e evolutivo social que permite a evolução e entendimentos entre todos os subsistemas sociais, ganhando destaque principal: o sistema jurídico, o sistema legislativo e o sistema político.

Outro ponto muito relevante, abordado na referida obra, é o que envolve a procedimentalização legislativa na positivação do direito, ou seja as normas jurídicas as quais entraram em vigor e que, igualmente, podem ser revogadas. Extrai-se dos ensinamentos do Professor Luhmann o seguinte questionamento: “até que ponto o direito pode ser responsável pelos processo de decisão?”.

O supracitado obstáculo dos juristas tem fundamento no que tange a imensidão de conflitos tratados pelo direito, no entanto o ideal de justiça do direito positivo enfrenta um enorme abismo de arbitrariedades que são perpetradas em razão de serem alcançados por meio de decisões judiciais, na maior parte dos casos, após longos anos de imbróglios processuais.

As lições e ensinamentos da teoria sistêmica do Professor Niklas Luhmann propõem a redução das complexidades, neste caso objetivamente a do direito, haja vista que o número de expectativas legitimáveis e as possibilidades de alterações com o passar do tempo são infinitas e dependerão do ideal de justo e da realidade observada pelo aplicador do direito em cada caso concreto.

Importante destacar que no âmbito do magistério brasileiro encontra-se o Professor Marcelo Neves o qual tem forte influência dos ensinamentos de Niklas Luhmann e também realizou excelentes estudos que contribuem para elucidação e reflexão das linguagens próprias do sociólogo alemão; com pensamentos e ideais muito contemporâneos.

Inicialmente, cabe considerar a frase de Luhmann “eu vejo o que tu não vês” a qual foi explicada da seguinte forma pelo Professor Marcelo Neves: tendo em vista que o argumento de Luhmann foi fundamentado de acordo com os ensinamentos da Escola de Frankfurt, há afirmação de que não existe uma “*ultima ratio”,* ou seja uma última razão, ao referir-se ao observador, porque não é possível haver um observador privilegiado.

Tal argumento de Luhmann, quanto ao observador privilegiado, irá fundamentar a crítica ao Consenso de Habermas o qual é abrangente e abarcante de todos os sistemas, haja vista que toda observação feita é realizada de forma parcial e justifica que todo observador tem um ponto cego; em razão de suas realidades próprias e convicção prévias a observação.

Ademais, sugere-se, com o referido pensamento de Luhmann, uma abertura ao pensamento alheio para proporcionar o entendimento das possibilidades, contingências e complexidades do outro observador em busca de uma legitimação pelo procedimento consensual.

Portanto, evita-se as arbitrariedades perpetradas por uma só autoridade ou poder no sistema jurídico ao permitir e incentivar mecanismos negociais legítimos de abertura ao diálogo que possibilitem a compreensão das diferentes visões dos observadores sobre o mesmo caso concreto.

Exemplifica-se o caso prático da constitucionalidade de leis a qual existe no plano puramente lógico. Haja vista que a depender da linguagem pode existir variação no tempo e no espaço em virtude da compreensão própria dos observadores do direito; mesmo que existam argumentos defensáveis de ambos os juristas, mas com observações diametralmente opostas.

VII) Conclusão

Por conseguinte, chega-se a conclusão diante da revisão de literatura do direito administrativo de uma perspectiva crítico construtivista e de parte da bibliografia do Professor Niklas Luhmann que a leitura da teoria dos sistemas pode contribuir para a compreensão da sociedade contemporânea de modo holístico e interdisciplinar, porque tem o condão precípuo de explicar os entrelaçamentos dos sistemas entre si e que as comunicações são o verdadeiro componente dos sistemas sociais; não os seus membros.

A importância de Luhmman se deve a ruptura científico metodológica da sociologia clássica a qual atribuía incondicional valoração aos membros que faziam parte da coletividade, a exemplo das teorias de Émile Durkheim e Marx Weber, entretanto para o sociólogo alemão a sociedade é muito maior que os indivíduos que a compõem, haja vista as conexões que a estão no centro da sociedade; enquanto que os seres humanos estão no centro no seu entorno.

A ruptura explorada nas obras de Luhmann também está relacionada ao fato de que o autor na apropriação de conceitos e ideais provenientes de diversas searas científicas, tais como: as ciências biológicas, a cibernética, as ciências naturais matemática e física, dentre outras; no intuito de explicar o fim social. Afirmou que para a compreensão da sociedade é necessário um novo modelo teórico geral capaz de explicar o funcionamento dos diferentes sistemas sociais: político, econômico, jurídico, artes, científico.

Cabe destacar, ainda, como outro diferencial luhmanniano, a divergência do pensamento da Metafísica dos Costumes, em que Kant defende que o homem não deve nunca ser tomado como o meio, mas sempre como fim. E Luhmann discorda da tese kantiana ao defender que os seres humanos são a “media” através do qual os sistemas sociais se reproduzem. Em razão de aduzir tal argumento, Luhmann foi taxado de "anti-humanista"; erroneamente.

Quanto a legitimação pelo procedimento cabe destacar que, diante das contribuições e reflexões do Professor Marcelo Neves em análise dos ensinamentos da vasta bibliografia do professor Niklas Luhmann deve haver a prevalência, a depender de cada caso concreto, dos princípios que representam as mudanças e comunicações dos sistemas em detrimento das regras que são engessadas e super estimadas pela positivação do direito.

Analogamente é feita, pelo Professor Marcelo Neves, o qual realizou seu estudos de Doutorado em Bremen com a orientação do Professor Niklas Luhmann, a comparação dos princípios com a Hidra, irritação para enriquecimento do sistema e abrem o sistema jurídico para novas observações e acepções valorativas mutáveis temporal e espacialmente e fazem com que seja enriquecido o processo argumentativo com base nas comunicações sistêmicas. Enquanto que as regras representam Hércules, porque são mais formalistas e rígidas; fecham a cadeia argumentativa.

Portanto, a solução desse paradoxo é encontrar um meio termo entre os princípios e regras que permita alcançar as diferentes perspectivas dos observadores e, igualmente, propiciar mecanismos de comunicação eficazes que promovam a transformação e

evolução sistêmica do direito. Refutando a imposição de uma visão única hercúlea como única solução possível e correta para o caso.

Com as devidas ressalvas de que o sistema jurídico não pode ser em sua totalidade pautado nos princípios, porque se diluiria na finalidade social. Enquanto que o direito também não pode estar pautado simplesmente em regras, porque ficaria engessado, autista, fechado para o fim social e distante de alcançar a finalidade precípua de pacificação da sociedade pelo justo.

Cabe aqui realizar crítica quanto ao ordenamento jurídico ultrapassado pautado na Principiofilia; aversão à adoção de base principiológica. Enquanto que a Principiofenia atual, contudo não é solução, igualmente, porque é imprescindível previsibilidade de decisão jurídica no âmbito do Direito Público.

VIII) Referências

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo** - 3ª Edição (revista e atualizada). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014. 358p

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação.** - 3ª Edição (revista e atualizada). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2020. 408p

LUHMANN, N. 1981a. **The improbability of communication**. Int. Soc. Sci. J., 33(1):123-132.

LUHMANN, N. 1981b. **La differenziazione del diritto**. Bologna, Il Mulino, 313 p.

LUHMANN, N. 1983. **Struttura della società e semântica**. Roma-Bari, Laterza, 348 p.

LUHMANN, N. 1985. **Come è possibile l´ordine sociale**. Roma-Bari, Laterza, 107 p.

LUHMANN, N. 1996. **La ciencia de la sociedad**. México/Barcelona, Universidad Iberoamericana/Herder, 613 p

LUHMANN, N. 1998. **Sistemas Sociales. Lineamentos para una teoría general**. México/Barcelona, Universidad Iberoamericana/Anthropos, 542 p.

LUHMANN, N. 2005. **Iluminismo sociológic**o. In: N.

LUHMANN; J.M. SANTOS, **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã, Universidade da Beira Interior, p. 19-70.

LUHMANN, N. 2005. **Sociologia como teoria dos sistemas**.

In: N. LUHMANN; J.M. SANTOS, **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã, Universidade da Beira Interior, p. 71-119.

LUHMANN, N. 2005. **El derecho de la sociedad**. México/Barcelona, Universidad Iberoamericana/Herder, 743 p.

LUHMANN, N. 2005. **El arte la sociedad**. México/Barcelona, Universidad Iberoamericana/Herder, 374 p.

LUHMANN, N. 2007. **La sociedad de la sociedad**. México/Barcelona, Universidad Iberoamericana/Herder, 1357 p.

LUHMANN, Niklas. 1980. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasilia. UNB,

LUHMANN, Niklas. 1983. **Sociologia do Direito**. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

MATURANA, H.; VARELA, F. 2001b. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana**. Belo Horizonte, UFMG, 219 p.

MATURANA, H.; VARELA, F. 2001a. **A árvore do conhecimento**. As bases biológicas da compreensão humana. São Paulo, Palas Atena, 321 p

NEVES, Marcelo. **Os Estados no centro e os Estados na Periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da Sociedade mundial em Niklas Luhmann.** Revista de Informação Legislativa, v. 206, p. 111-136, 2015.