



OBRIGATORIEDADE E RESPONSABILIDADE NA TOMADA DE DECISÕES PELOS ENTES FEDERATIVOS ACERCA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tatiane Kipper¹

RESUMO: O presente artigo apresenta como tema a “obrigatoriedade e responsabilidade na tomada de decisões pelos entes federativos acerca de políticas públicas”. É, justamente considerando as atribuições estabelecidas no texto constitucional aos entes públicos que o problema da pesquisa gira em torno de verificar se através dos conceitos de competência, decisão e organização de Luhmann é possível se falar em obrigatoriedade, bem como em responsabilidade dos entes públicos, ao atuarem por meio de seus agentes, quando da tomada (ou omissão) de decisões no que se refere às políticas públicas. Para tanto, utilizou-se como método de pesquisa o hipotético dedutivo, e a técnica da revisão bibliográfica, através da coleta de materiais que consistem em livros e artigos de doutrina nacional e estrangeira que abarcam o assunto em tela. A justificativa reside no fato do tema ser atual e relevante para o meio acadêmico, jurídico e social, eis que justamente abarca a discussão acerca da efetivação dos direitos dos cidadãos, que por vezes não ocorre em razão da inércia dos entes políticos, bem como em razão das irregularidades que por ventura ocorrem quando da elaboração, implementação e execução destas políticas públicas por parte dos entes federativos.

Palavras-chave: Competência. Decisão. Organização. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This article presents the theme "obligation and responsibility in decision-making by federal entities about public policy." It is precisely considering the duties established in the Constitution to public entities that the research problem revolves around check through the concepts of competence, decision and Luhmann organization is possible to speak of obligation and liability of public entities, when acting through their agents, when making (or omission) decisions in relation to public policy. Therefore, it was used as a research method deductive hypothetical, and the

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2006), especialização pela Faculdade IDC e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2011). Advogada. Professora na Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: tatiane2@unisc.br.

technique of the literature review, by collecting materials consisting of books and national and foreign doctrine of articles that cover the subject at hand. The justification lies in the theme actually be current and relevant to the academic, legal and social environment, behold, just covers the discussion on the implementation of the rights of citizens, who sometimes does not occur due to the inertia of the political entities, as well as in because of irregularities that perchance occur when the preparation, implementation and execution of these policies by the federal entities.

KEYWORDS - Competence. Decision. Organization. Public policy.

1 Introdução

É considerando as atribuições que o texto constitucional estabelece aos entes políticos no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais, que o presente artigo apresenta como tema a “obrigatoriedade e a responsabilidade na tomada de decisões pelos entes federativos acerca de políticas públicas”.

A pesquisa é desenvolvida a partir do seguinte problema: é possível, através dos conceitos de competência, decisão e organização de Luhmann, se falar em obrigatoriedade, bem como em responsabilidade dos entes públicos, ao atuarem por meio de seus agentes, quando da tomada (ou omissão) de decisões no que se refere às políticas públicas?

A justificativa pela escolha do tema reside no fato do tema se revestir de importância e atualidade, seja na esfera acadêmica, jurídica ou social. Isso porque traz à tona justamente a problemática que gira em torno da efetivação dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas através da atuação dos entes federativos. Entende-se, assim, que a teoria de Luhmann, em especial, a desenvolvida em sua obra “organização e decisão” permite observar tal temática, através dos conceitos de competência, decisão e organização.

Assim, no desenvolvimento do assunto proposto, em um primeiro momento abordar-se-á a importância das políticas públicas e a tomada de decisões que se fazem necessárias por parte dos entes políticos, enfatizando-se, nesse tópico que tais entes em razão da abstração que lhes é característica, atuam por intermédio de

seus agentes, os quais devidamente investidos nas funções de sua competência acarretam como consequência a imputação de seus atos àquelas pessoas jurídicas.

Partindo-se do pressuposto que os entes políticos são organizações, ou seja, centro de decisões é que será desenvolvido o segundo tópico do presente artigo. Neste ponto, em específico, serão abordados os conceitos de competência, decisão e organização de Luhmann.

Por fim, em um último momento é que será analisado acerca da obrigatoriedade e da responsabilidade dos entes públicos no que se refere à atuação destes na tomada de decisões envolvendo as políticas públicas. Tal enfrentamento se dará tanto na hipótese de omissão no que se refere às atribuições estabelecidas de acordo com a competência constitucional, bem como em relação às irregularidades que por ventura são cometidas quando da elaboração, implementação e execução das políticas públicas.

Destaca-se que, para o desenvolvimento da presente pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica da revisão bibliográfica, através da coleta de materiais em obras nacionais e estrangeiras, e, em entendimento jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal.

2 Da necessidade de implementação de políticas públicas e a tomada de decisões

A concepção de políticas públicas encontra-se ligada também ao ideal dos direitos fundamentais. Isso decorre porque a Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil trouxe reflexos em todo o ordenamento jurídico, no sentido de que as condutas, não só dos particulares, mas também do ente estatal, devem ser exercidas em respeito ao bem do ser humano.

É notória a relação que existe entre direitos fundamentais e a elaboração, implementação e execução das políticas públicas. Ou seja, conforme os entes estatais foram assumindo o papel de concretizadores dos direitos fundamentais, tais práticas foram adquirindo preocupação e destaque.

Nesse sentido, para Sarmento (2004) reconhecer a supremacia da Constituição, alicerçada em princípios e valores humanitários, tais como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito e que estabelece uma série de competências no que se refere aos direitos fundamentais, torna-se essencial para a efetivação de uma justiça realmente substantiva.

É em tal cenário, portanto, que despontam as políticas públicas. Isso porque o Estado, consoante aponta Liberati (2003) atua por meio das políticas públicas, constituindo-se na prestação positiva do Estado que se destina a garantir o exercício dos direitos fundamentais individuais. Ainda, consoante explana

As políticas públicas representam a coordenação dos meios colocados à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Sob outra ótica, as políticas públicas devem ser vistas como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito. (LIBERATI, 2003, p. 89-90).

Assim, fica evidenciada a relação existente entre os direitos fundamentais e as políticas públicas, eis que na formulação e execução destas, deve haver justamente o respeito e efetivação dos princípios constitucionais, como o da legalidade e da dignidade. E mais, enseja também a proteção jurídica de que aqueles direitos estabelecidos no texto constitucional “deverão ser implementados de acordo com a vontade do constituinte e do sistema jurídico vigente”. (LIBERATI, 2003, p. 88-89).

Entretanto, não se pode deixar de considerar que as políticas públicas acabam por envolver decisões complexas. Ou seja, não derivam de decisões individuais, mesmo que eivadas de membros do Governo, mas como destaca Liberati (2013, p. 87): “de uma *policy* derivada de uma decisão que vai muito para além dessa decisão, abrangendo, pelo menos, a sua execução ou *implementation*”.

Ainda segundo dispõe Liberati (2013), a implementação e a execução de políticas públicas envolvem decisões que podem nem sempre serem satisfatórias para todos os membros da sociedade, haja vista que aquelas derivam de escolhas, pois envolvem conflitos entre as camadas sociais que por sua vez possuem diferentes interesses. Além disso, tais escolhas dependem de recursos disponíveis que poderão privilegiar uns em detrimento de outros direitos. Na verdade

A execução das políticas públicas deve seguir o comando constitucional: esta é a primeira e mais importante regra para a implementação das ações públicas: a legalidade. Essas políticas públicas assentam-se, geralmente, em princípios constitucionais – formadores e sustentadores dos direitos fundamentais -, que devem ser seguidos como regras de aplicação imediata, e não como diretivas de conteúdo ético e programático. (LIBERATI, 2013, p. 87).

Isso reflete a atribuição que possuem os entes na elaboração de políticas públicas a fim de consagrar os preceitos constitucionais. No entanto, segundo destaca Leal as políticas públicas podem ser consideradas como um *locus* privilegiado de aplicação do princípio da proporcionalidade, em razão de se apresentarem como instrumentos de atuação política voltados à realização dos direitos fundamentais, configurando-se em “uma hipótese em que a realização do Direito se dá por meio de opções/escolhas políticas, associadas à noção de discricionariedade” (LEAL, 2015, p. 227).

No entanto, em razão da abstração do Estado, tais decisões na escolha e concretização de tais medidas acabam sendo realizadas por pessoas físicas, que atuam em nome da pessoa jurídica de direito público que representam. Referente a esta relação existente entre pessoas físicas e jurídicas, pondera-se que, na verdade, haveria apenas uma distinção de abrangência, já que “a pessoa coletiva (ou pessoa jurídica *stricto sensu*) corresponde à unificação de todos os atos que sejam referidos aos agentes que formam a pessoa coletiva”. Da mesma forma que a pessoa física é vista como um conjunto de atos imputados a um só indivíduo, a pessoa coletiva, sendo esta, por sua vez, “formada pelo conjunto de todos os atos de uma série de agentes que são imputados ao conjunto desses vários agentes”. (SGARBI, 2007, p. 110).

Dentro desse contexto, é de se referir que, para Kelsen (1998) quando as pessoas celebram contratos, atuam judicialmente, contraem obrigações são sempre tais atos exercidos por indivíduos. Com isso, destaca-se o conceito de imputação em Kelsen, no sentido de o que um indivíduo faz ou deixa de fazer poderá ser atribuído a uma pessoa jurídica apenas se essa conduta do indivíduo estiver determinada pela ordem jurídica parcial que constitui a pessoa jurídica.

Em vista de tais explicações, e justamente considerando o fato de ser um ente abstrato que, para a execução de suas funções, dentre as quais, as políticas

públicas é que se trava a relação existe entre a corporação e a ação de seus membros, consoante se verifica na transcrição de Kelsen:

Falar de obrigações e direitos do Estado não quer dizer que algum ser, que existe separadamente dos indivíduos humanos, “tem” essas obrigações e deveres. Falamos de tais obrigações e deveres quando imputamos ao Estado, à unidade personificada da ordem jurídica, os atos que constituem o conteúdo dessas obrigações e deveres. Estes são obrigações e direitos de indivíduos que, ao cumprirem esses deveres, ao exercerem esses direitos, têm a capacidade de órgãos do Estado. As obrigações e direitos do Estado são obrigações e direitos dos órgãos do Estado. A existência de obrigações e direitos do Estado não implica o problema da auto-obrigação, mas o da imputação. As obrigações e os direitos do Estado são obrigações e direitos dos indivíduos que, segundo nosso critério, devem ser considerados órgãos do Estado, ou seja, que executam uma função específica determinada pela ordem jurídica. Essa função pode ser o conteúdo de uma obrigação ou de um direito. (KELSEN, 1998, p. 286).

Portanto, é considerando que as pessoas jurídicas de direito público manifestam sua vontade por meio de seus agentes – pessoas físicas que recebem a incumbência de atuar em nome delas-, é que se destaca a visão de Alessi:

Lo Stato e gli altri enti pubblici, in quanto mere entità ideologiche, mere astrazioni al pari di ogni altro ente giuridico, non sono in grado di vivere ed agire se non attraverso l'azione di persone attività viene entro determinati limiti considerata come attività direttamente dell'ente. Organizzazione è appunto il fenomeno per cui persone fisiche vengono assunte in tale posizione de far vivere ed agire l'ente giuridico. (1953, p. 72)

Diante disso, ao mencionar órgão e a atribuição de responsabilidade em razão da atuação do agente, cabe trazer a o conceito de órgão, o qual, segundo Miranda pode ser compreendido como os centros autônomos institucionalizados da emanção de uma vontade. Ou seja, “o centro de formação de actos jurídicos do Estado (e no Estado); a instituição, tornada efectiva através de uma ou mais de uma pessoa física, de que o Estado carece para agir (para agir juridicamente)” (MIRANDA, 2002, p. 256)

Com efeito, os entes necessitam dispor de todo um aparato para a realização das atividades que lhes foram atribuídas. Daí que deriva que dentro dessa estrutura, encontra-se um conjunto de pessoas devidamente distribuídas, de acordo com função a ser desenvolvida, em conformidade com as decisões a serem emanadas: seja gerência, direção, controle, fiscalização, execução, etc.

Disso resulta ainda, que tais agentes passam a ser agrupados, organizados de acordo com a atividade que lhes é atribuída. Fala-se, assim, em uma organização, com a criação de departamentos, seções, etc., que visam a facilitar o desenvolvimento das tarefas que competem aos ocupantes dos cargos. E, reflete também na formulação e implementação de políticas públicas, em razão da necessidade de se estabelecer os responsáveis pela implementação, pela execução e pela fiscalização, por exemplo.

De acordo com essa relação estabelecida entre órgãos e agentes, é que Reck (2011) afirma que ambos são comunicações, enlaçando diversas comunicações de modo a dar um sentido específico, bem como porque possuem funções específicas dentro da organização. Isso ocorre, porque os agentes passam a integrar as organizações uma vez que participam do processo de produção de alternativas, da seleção destas, inclusive da materialização que acaba por vincular toda a comunidade a tais decisões. Justamente, sobre a função do agente é que Reck (2011, p. 12-13) enfatiza:

Evidentemente que a ação comunicativa se dá ao nível dos sujeitos: são eles que agem e interagem em sociedade. (...) É no encontro de pessoas que as comunicações são produzidas, as pretensões são defendidas, os acordos selados e as comunicações estabelecidas. A especificidade do sujeito, além de concentrar a interação com sistemas de outros tipos, é justamente sua habilidade de geração de discursos. Estes discursos são enlaçados ao próprio sistema: é como se o sistema o tivesse produzido. Entretanto, esta conexão não elimina a memória de quem produziu a ação: ela sempre é resgatável. O sujeito autor da comunicação da organização política é resgatável e identificável para fins de legitimidade e responsabilização. O sujeito se liga, como não poderia deixar de ser, a vínculos de legitimidade para decisões – sendo que estes mesmos vínculos são jurídicos. No primeiro caso, enquanto autorizado pelo sistema a tomar decisões. No segundo, através de atos jurídicos como nomeações, eleições, etc. Conceitua-se agente, portanto, como uma comunicação do sistema jurídico e político, o qual faz o enlace entre o sistema psíquico e a organização política, e cuja função é personificar os discursos gerados em nível de sistema, gerar os discursos que serão assumidos pelos órgãos (despersonificados) bem como gerar excedentes de possibilidades.

Os entes federativos são, portanto, considerados pessoas jurídicas. Os atos do seu agente que ao exercê-los de acordo com as suas competências legalmente estabelecidas, são considerados atos da própria pessoa jurídica. Os agentes são as pessoas naturais que recebem a incumbência de atuar em nome do município, Estado, União, Distrito Federal.

Assim, no que tange às competências públicas federativas, Reck (2011) aduz que “o federalismo é apenas um tipo de configuração orgânica de uma organização política maior”. Nesse sentido, para o autor, tanto um Estado centralizado quanto um Estado descentralizado é composto por órgãos, sujeitos que decidem em configurações de competência diversas. No entanto, salienta que “o federalismo opera com um símbolo que representa autonomia, liberdade e cooperação”.

Constitucionalistas como Moraes (2001) referem acerca da autonomia dos entes federativos, o que enseja repartições de competências legislativas, administrativas e tributárias, possibilitando o convívio no Estado Federal.

No que tange à relação entre o Federalismo e as decisões, Reck pondera:

Federalismo é, portanto, uma configuração em forma de Direito da organização interna das organizações políticas, cuja função é simbolizar autonomia e cooperação através de uma função de separação de esferas públicas, separação esta que tem por objetivo a formação mais legítima das decisões jurídicas. (RECK, 2011, p. 14).

Ressalta-se, assim, que não basta existir a pessoa jurídica “município”, por exemplo. O desenvolvimento de suas atividades demanda a constante presença de pessoas - os agentes públicos-, a dizer que estão decidindo, atuando em nome daquele ente. Ademais, só pessoas determinadas decidem sobre determinadas coisas.

Justamente, em razão da possibilidade dos entes políticos serem tidos como organizações, ou seja, como centro de decisões em matéria de políticas públicas, de acordo com as competências constitucionalmente estabelecidas, é que se verifica o enlace de tais conceitos, sobre os quais será desenvolvido o próximo tópico, a partir da teoria de Niklas Luhmann, em especial, com referência à sua obra “organização e decisão”.

3 Os entes políticos como organização: centros de decisões

Seguindo a teoria de Luhmann, os entes políticos, União, Estados, Distrito Federal e municípios despontam como organizações. Dessa forma, estabelecem

comunicação, e decidem de acordo com as competências. É nesse sentido, que se compreende, por exemplo, que quando um prefeito toma uma decisão (inclusive a de se omitir), como no caso de não realizar um serviço, esta decisão é atribuída ao município.

Para Reck (2011) ao se falar, interrogar acerca de organizações políticas, sobre políticas públicas, bem como sobre competência, estar-se-á falando em comunicações de acordo com a teoria de Luhmann. Isso porque, segundo o autor,

Evidentemente que, como organização que é, as organizações políticas como o Estado e as comunidades internacionais são comunicação. Perguntar-se pela observação das organizações políticas é perguntar sob que forma estas organizações estão estruturadas, que tipo de comunicações formam as estruturas, que tipo informações processam e sob qual função a organização se desenvolve ao redor. (JANRIE, 2011)

Neste cenário, merece destaque estes dois conceitos de Luhmann: organização e decisão. Na obra organização e decisão de Luhmann (1997, p. 09-10) a organização passa a ser descrita como “a realização da autoridade ou da produção”. A decisão, por meio da eleição entre alternativas é para Luhmann a conversão da incerteza em risco. Em outras palavras, se compreende a decisão como a conversão da incerteza em risco, justamente porque as decisões tematizam a sua própria contingencia. Entende-se, assim, que a decisão não é apenas apontar a alternativa escolhida, mas também assumir a consequência pela não escolha das outras alternativas.

Dessa forma, ao entender a decisão como uma relação entre alternativas, Reck (2009) refere que uma decisão deve ser vista não apenas como a alternativa escolhida, mas sim a existência de uma variedade de alternativas, sua análise e escolha em uma sucessão de tempo.

É justamente aí que reside o conceito de contingencia, uma vez que se tem mais de uma alternativa, e acaba escolhendo-se uma, ocorre a renúncia a outra que também poderia ter sido escolhida. Assim, a decisão acaba por envolver uma sequencia de elementos, quais sejam, o problema, o levantamento das opções, a escolha da opção e a justificativa desta escolha. Ou seja, numa decisão sempre há diversas possibilidades, de modo que uma será escolhida e deverá ser dita a razão pela qual uma delas restou selecionada.

Destaca-se, ainda, que segundo Luhmann (1997), o fato de não decidir por uma alternativa deve ser compreendido também como uma decisão, assumindo os riscos de não tê-la escolhido:

La identidad de un acto de decisión no se perfila, consecuentemente, sólo em la alternativa elegida, sino también contra el horizonte de otras posibilidades de entre las cuales aquélla há sido preferida. De allí que cambie una decisión su calidad aun sin que haya câmbios en el desarrollo por ella iniciado, cuando una alternativa olvidada o pasada por alto, surge repentinamente y debe ser posteriormente interpretada. (LUHMANN, 1997, p. 11).

No que tange às decisões e sua relação com a organização, Luhmann (1997, p. 12-13) considera que os sistemas sociais organizacionais são sistemas sociais que são constituídos por decisões que atam decisões mutuamente entre si. A partir desta afirmação, ele aponta o problema da complexidade do sistema. É complexo um sistema quando “es tan grande, es decir, cuando incluye tanto elementos, que ya no puede ser combinado cada elemento con cada uno de los otros, sino que las relacionaes deben producirse selectivamente”. Diante disso, Luhmann considera que não se pode definir decisões somente como a eleição de alternativas.

A complexidade do sistema acaba por gerar consequências no processo de decidir, pois interfere no caráter seletivo das relações entre decisões, sendo que a complexidade passa a ser vista também como a própria dificuldade de se decidir.

Considera-se, assim, que diante da ampliação das possibilidades e alternativas no interior da sociedade moderna, esta – ao contrário das organizações sociais anteriores – é caracterizada por um nível elevado de complexidade.

Disso decorre que, ponderando-se acerca da organização como sistema social que se constitui por decisões, esta é vista por Luhmann (1997) como a eleição entre várias alternativas. Como consequência, diante da complexidade não se pode dizer que há apenas uma única solução correta para as decisões, por isso que as mesmas são postas como resoluções mais ou menos satisfatórias para o problema.

Para Luhmann (1997) a complexidade “se constituye en los sistemas organizacionales como la relación entre decisiones. Estas relaciones son el primer contenido de la decisión”. Com isso, o autor refere que se decide porque tem decidido ou para que se decida, apresentando-se as decisões como premissas para

outras decisões, de forma que as decisões acabam se qualificando reciprocamente, definindo situações umas para outras. As decisões anteriores não são vistas como meios ou fins para uma decisão, mas “se deja determinar el proceso de selección consciente que se produce en las organizaciones por consideraciones de ese estilo con respecto de otras decisiones”. Acarreta assim, que sejam incorporadas nas decisões aspectos anteriores, como a historicidade, a experiência anterior de conflitos, a evolução de poder, etc.

Tais conceitos se encaixam quando o assunto envolve políticas públicas. Isso porque não se pode desprezar a realidade social. Em outros termos, um país como o Brasil, que apresenta um quadro paradoxal, caracterizado por conter um dos mais belos textos constitucionais, apresenta ao mesmo tempo, imensas desigualdades, sendo que as questões como educação, habitação, transportes, segurança, saúde, entre outras, aparecem como grandes e complexos desafios a serem concretizados.

Importa assim referir que para Luhmann (1997), nas organizações de decisões, em virtude das consequências e dos riscos que as mesmas podem gerar, deve haver categorias de classificação, para que no momento de decidir, se identifique quais outras decisões devem ser tomadas ou rejeitadas. É baseado nisso que o autor menciona que cada organização necessita de um programa.

Sendo assim, caracterizada pelas inúmeras possibilidades de seleção e, logo, de decisão, que esta é vista como destaca Luhmann (1997) na transformação da insegurança em risco, uma vez que nunca se poderá ter certeza se uma escolha é ou não acertada do ponto de vista da manutenção do equilíbrio e funcionamento sistêmicos.

À vista destas informações é que Luhmann escreve que a complexidade não pode ser vista apenas como a dificuldade de se decidir, mas que proporciona tanto decisões seletivas quanto elementos para a construção do sistema.

Luhmann (1997) afiança, ainda, que não existe uma única solução correta para as decisões, mas somente decisões mais ou menos satisfatórias para o problema, dependendo como se decide. Sendo assim, a decisão sobre questões organizacionais é vista como uma tarefa de assegurar decisões não ótimas, mas satisfatórias.

Luhmann (1997) sustenta que nas organizações de decisões, onde as decisões não coincidem entre si, deve haver também categorias de classificação para que em cada ato de decidir se identifique quais outras decisões devem ser demandadas ou impedidas, usadas ou não, lembradas ou esquecidas. Por isso, o autor considera que toda organização necessita de um programa.

As decisões são tratadas por Luhmann (1997) como “elementos combinatórios de sistemas sociales complejos, cuya *unidad en cuanto elemento y cuya contingencia* (es decir, su referencia a alternativas) *son constituídas en el sistema mismo*”. Acrescenta ainda, que em sistemas organizacionais somente se chega a decisões mediante a relação com outras decisões, de modo que não aparecem como fenômenos únicos, mas que se condicionam mutuamente, o que significa que sem outras decisões não haveria nada que decidir.

Portanto, quando se aborda tais conceitos de acordo com a teoria de Luhmann, não está se limitando a decisões do Judiciário ou da Administração Pública. Assim, pode-se conceber que organizações são sistemas sociais, mas que envolvem decisões que se conectam. E, acabam se diferenciando dos demais sistemas sociais, justamente porque os sistemas sociais não são formados só por decisões, são mais amplos.

Nessa linha de raciocínio, e relacionando o conceito de decisão com as organizações, Luhmann (1997) considera que nenhuma decisão pode assegurar todas as outras decisões relacionadas ou sobre as quais ela constitui sua situação. Mesmo assim, a organização mostra-se possível, mediante a consideração de que em cada decisão, se suponha que as outras decisões relacionadas estão adotadas. O que ocorre é que a apresentação de uma decisão acaba expressando uma quantidade de possibilidades aprovadas ou negadas.

De fato, as decisões devem se manter como uma unidade para ser premissa em outra decisão. Como exemplo, pode ser citado o caso em que o juiz proclama uma sentença penal, a qual será executada. Tal execução pressupõe a presença de outro servidor justamente para colocar o sujeito na prisão. Este segundo servidor apenas analisaria na sentença a parte que determina a prisão, sem, no entanto, se desdobrar sobre as decisões anteriores. Na verdade, não teria como se resgatar todo o processo anterior de decisões. Neste aspecto é que

Luhmann aduz, no que se refere às decisões servirem de premissas para outras decisões:

Las decisiones han de tener la pretención de *permanecer una unidad*, a pesar de la descomponibilidad posterior y, por decirlo así, por encima de una realidad profunda mucho más compleja. Deben ofrecerse como unidad para una posterior aplicación (o como veremos más adelante, fingirse tales), con el objeto de poder: ser, a este nivel de agregación, prelinis para otras decisiones. (1997, p. 17)

Levantando a questão de como as organizações se realizam e como se mantêm ou desaparecem, Luhmann (1997) traz o conceito da teoria do sistema e meio. Afirma que, a partir de tal teoria, são os limites dos sistemas que os constituem como um sistema ao estruturar um comportamento seletivo frente à diferença geral. Assim, certos indivíduos, distribuídos em uma hierarquia acabam adotando funções importantes na instação, regulação e execução da relação da organização com o entorno.

É de se destacar ainda, que Luhmann (1997) aponta que as organizações conceitualizam sua própria relação com o entorno com decisões, por entender que no entorno também se adotam decisões.

Portando, pode se compreender a partir da teoria de Luhmann (1997) que os sistemas do entorno também estabelecem suas relações na forma de decisões. Toda organização supõe, portanto, que seu entorno também está organizado, ou que ao menos é capaz de decidir.

Nesse interim, é que se encaixa o conceito de competência, justamente porque esta vai ajudar a reduzir a complexidade ao se estabelecer o que e qual o limite que a organização deve decidir.

No que tange à noção de competência, Reck (2013) aduz que esta aparece como uma comunicação do tipo jurídico na sociedade, e que expressa uma decisão. Completa ainda o referido autor: “Não é necessário muito mais para caracterizar o Direito: como visto, o Direito é uma decisão comunicada, que assume perfil jurídico dada a forma de sua linguagem”. E mais, a competência acaba por desenvolver assim a função de

diminuir a complexidade de opções possíveis de alternativas de uma decisão a ser tomada a partir do Direito por um órgão e um agente. (...) A partir desta redução de complexidade, o sistema jurídico ganha em efetividade. A competência é comunicação chave para que o órgão se especialize, e, com isto, evita a superinformação. Qualquer órgão exposto à

superinformação acaba por decidir além de sua capacidade de assimilação. (RECK, 2013, p. 20).

Para Reck (2013) a competência acaba por permitir a legitimação e justificação das decisões jurídicas, em razão de que se determinada decisão foi tomada, é porque a competência permitiu e deu abertura para isso.

Não obstante, segundo Reck (2013, p) a competência desponta como “uma decisão especializada em ligar decisões”, ela ainda permite tanto se fixar a matéria a ser decidida como também “usualmente, com a forma jurídica da decisão (se será decisão, lei, políticas públicas, atos administrativos, etc.)”.

Portanto, segundo Reck (2013), a competência acaba por estabelecer a conexão entre decisão e órgão, no sentido de ter essa ligação entre a decisão tomada e a competência fixada. Se assim for, “é sinal que a competência, de certo modo, estreitou o campo de alternativas possíveis por parte da decisão, senão não seria possível o enlace” (RECK, 2013, p. 21).

Entretanto, ao se falar em organização, decisão, competência em matéria de políticas públicas, é de se ressaltar que justamente por serem as mesmas efetivadas por agentes públicos em nome do ente que representam, é que podem por vezes ocorrer ilegalidades e erros na sua elaboração/execução, da mesma forma, que apesar previsão constitucional existente, tais entes não efetivarem tal comando, ficando omissos em relação a seus deveres. Sobre a responsabilidade na atuação dos entes é que se abordará o próximo tópico.

4 Da obrigatoriedade e responsabilidade nas decisões acerca das políticas públicas

Considera-se, consoante dispõe Garcia (2000), que em um Estado Constitucional Democrático, a Constituição configura muito mais do que apenas um texto escrito, uma norma jurídica ou um código de direitos e deveres. Em virtude de tais previsões, se concebe que neste modelo de Estado vigente tanto a Administração Direta quanto a Indireta se sujeitam às leis, da mesma forma que os cidadãos comuns. Consoante a tais afirmações, ao se atentar para o fato de que as políticas públicas constituem-se em importante instrumento na efetivação dos

direitos fundamentais, não estaria de acordo com a previsão constitucional a pura e simples omissão dos entes em discordância com a competência estabelecida.

Portanto, partindo do entendimento de que as políticas públicas acabam por envolver decisões dos entes políticos, é que se verifica a obrigatoriedade de alguma ação

Não só o procedimento democrático é ele mesmo indutor de legitimidade, mas também o próprio fato de que, dentro do Direito, necessariamente uma decisão tem de ser tomada. Dentro dos processos espontâneos de coordenação de ações na sociedade, a ausência de procedimentos determinados de uma produção de uma decisão torna difícil que algo seja feito. (...) O procedimento dentro do Direito facilita (por regras tais como prazos, quóruns, etc.) e, mesmo, obriga que uma decisão seja tomada. A mera existência de uma decisão já é melhor do que a inexistência de uma decisão positiva, de modo que esta já é uma razão suficiente para a motivação para ação. (JANRIÉ, 2011).

De acordo com a teoria de Luhmann no que se refere aos responsáveis por tomarem decisões na organização, quando decidirem, isto é, quando houver a escolha entre as alternativas possíveis, está se gerando o risco de tomar a decisão errada. No entanto, o simples fato de não decidir já é o risco. Disso decorre, que a própria omissão, quando se decide não decidir, essa falta de decisão já é uma decisão, e por si só, já gerou o risco.

Justamente em razão da atuação dos agentes públicos na efetivação das funções atribuídas aos entes é que se estabeleceu prerrogativas, bem como deveres para aqueles

Ao administrador público cabe desempenhar, a tempo, as atribuições do cargo, função ou emprego público de que é titular. Reconhece-se nessa oportuna atuação um dever do agente público. As competências do cargo, função ou emprego público devem ser exercidas na sua plenitude e no momento legal. Não se satisfaz o direito com o desempenho incompleto ou a destempero da competência e, pior ainda, com a omissão da autoridade. Não se compreende que o agente público pratique intempestivamente atos de sua competência, desde que ocorra a oportunidade para agir, como não se entende que só se desincumba de parte de sua obrigação ou se abstenha em relação a essa obrigação. (GASPARINI, 1995, p. 99).

Nesse sentido, Reck (2011) ao discorrer acerca da competência e das decisões, refere que a “noção de competência – no caso, a competência administrativa – compele o administrador a realizar sua competência, devido ao apoio que o procedimento administrativo dá, ao estabelecer prazos, condições e sanções”.

Atribuída certa competência a um ente, não sendo realizada devidamente, poderia, segundo Kelsen haver a responsabilização, em razão do dever de agir que não restou cumprido:

O delinquente, o perpetrador ou sujeito do delito, é o indivíduo cuja conduta, determinada pela ordem jurídica, é a condição de uma sanção dirigida contra ele ou contra outro indivíduo (ou, antes, indivíduos) que tem (ou têm) uma relação juridicamente determinada com ele. O sujeito do dever jurídico, obrigado juridicamente, é aquele que é capaz de obedecer ou desobedecer à norma jurídica, ou seja, aquele cuja conduta, em sua qualidade de delito, é a condição da sanção. Responsável pelo delito é o indivíduo, ou os indivíduos, contra os quais a sanção é dirigida, mesmo que não seja a conduta dela, ou deles, mas a sua relação, juridicamente determinada com o delinquente, a condição para que a sanção seja dirigida contra ele ou eles. (KELSEN, 1998, p. 99).

Os entes políticos sendo compreendidos como organização, e assim como centro de decisões, acabam sendo atribuídas a estes as mais diversas decisões, ou seja, a escolha entre alternativas.

A escolha entre as alternativas que o indivíduo, na condição de agente, realiza ao decidir acaba transformando a incerteza em risco, ou seja, a decisão faz com que o sujeito, mesmo que não queira, assuma um risco. O risco de ter tomado ou não a decisão certa. Por isso, Luhmann (1997) explana que a decisão não é apenas a escolha de uma alternativa entre as possíveis, mas sim, a consequência de não ter escolhido as outras alternativas possíveis.

Pertinente assim novamente aduzir que Luhmann (1997) abarca o conceito de decisão considerando também a própria complexidade do sistema. Evidente, que a sociedade atual é justamente caracterizada pela complexidade, pela pluralidade de interesses, na qual as desigualdades sociais cada vez despontam mais. Daí a relevância de se perceber as decisões não apenas como relação entre meio e fim, mas como premissas de outras decisões.

Disso resulta a importância de se evitar decisões em termos de políticas públicas evitadas de irregularidades. Isso, porque, qualquer decisão tomada pode surtir efeito para tomada de outras decisões. Sendo assim, o que restou decidido hoje pode acabar sendo assimilado em outra decisão, devendo-se, assim, repelir decisões erradas a fim de que não sirvam de fundamento para outras e nem sejam acopladas.

A função de governar por políticas públicas, segundo Liberati (2003) não exclui e não poderá excluir a subordinação à legalidade. Destaca o autor que entre a

lei e as políticas públicas deve haver uma simbiose e estas devem ser incorporadas ao comando legal, de modo que sejam executadas de acordo com o estabelecido no texto constitucional e nas leis ordinárias. Dessa forma

A política pública se exterioriza de várias maneiras e todas elas devem submeter-se ao império da lei. Não há um padrão uniforme de apresentação das políticas públicas nem, tampouco, um padrão que se possa chamar de jurídico num sistema igualmente jurídico ou, pelo menos, reconhecível pelo sistema jurídico. Todavia não se pode negar que as políticas públicas se inserem nas ações dos governantes, cuja validade pode ser aferida pelo Judiciário. (LIBERATI, 2003, p. 94).

Ademais, o direito norteará a formulação e implementação das políticas públicas, “cujo catálogo (sempre exemplificativo) constará dos textos legais e principalmente da Constituição, oferecendo garantia e segurança jurídica à população”. (LIBERATI, 2003, p. 95). Neste momento, desponta o papel desempenhado pelo Judiciário, destacando-se

(...) que o “controle jurisdicional de Políticas Públicas” ganha espaço, abrindo margem a uma larga discussão acerca da atuação dos Tribunais nesta seara sob o argumento de uma suposta violação do princípio da separação de Poderes, de uma “invasão” do político pelo jurídico, uma vez que, nesta perspectiva, não apenas os fins são fixados pelo Direito (Constituição), mas também os meios para sua realização passam ser passíveis de fiscalização. Dito de outra forma, ainda que a eleição das prioridades (fins) e dos instrumentos (meios) aconteça dentro da esfera da Política (discricionariedade), ela está condicionada à consecução de um fim maior, que são os direitos fundamentais. O critério balizador e o limite para estas escolhas residem, por sua vez, justamente na observância do princípio da proporcionalidade: quando as escolhas satisfazem o teste de proporcionalidade, prevalece a lógica da discricionariedade; havendo desproporcionalidade (na ponderação entre fins por ocasião da alocação de recursos e/ou na ponderação entre meios e fins), a intervenção do Judiciário se justifica. (LEAL, 2015, p. 228-229).

Ainda, no que tange ao tema, Leal (2015) entende que o Estado não se apresenta mais como mero violador ou simples destinatário das proibições impostas pelos direitos, mas sim, mostra-se responsável também por protegê-los e por assegurar as condições para sua efetiva garantia. Pondera-se, assim, que os comandos constitucionais acabam reduzindo a discricionariedade dos entes públicos, uma vez que aqueles impõem ao administrador o dever de se considerar em suas decisões acerca das políticas públicas, os direitos fundamentais e as competências constitucionais estabelecidas.

Assevera Liberati (2003) que deve-se chamar a atenção para a necessidade de comprometimento do Estado e de seus administradores na elaboração e execução de políticas públicas, uma vez que são atos voltados à consecução dos direitos fundamentais. Assim, em um primeiro passo, buscam-se os fundamentos teóricos da obrigatoriedade do Estado em fixar e gerir as ações públicas que dão suporte ao Estado Social Democrático de Direito visando a realização completa dos direitos fundamentais.

Completa ainda Liberati (2003) que a omissão estatal em garantir o exercício dos direitos fundamentais conduz o Estado à sua própria negação, pois deixa de existir como ente político quando se omite no seu dever fundamental de satisfazer integralmente as necessidades dos cidadãos. “É por isso que a Administração Pública é chamada a administrar as políticas públicas com zelo e dedicação dos atores profissionais capacitados”. (LIBERATI, 2003, p. 97-98).

Nesse sentido, Sgarbi (2007) sustenta que é imprescindível considerar a ideia de deveres e direitos, no sentido de que se alguém possui uma determinada conduta estatuída pelo conjunto normativo, esse sujeito possui um dever jurídico. E, dever jurídico significa que uma conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção ou consequência jurídica.

Com a previsão do princípio da legalidade, é de se constatar que o agente público quando atua em razão da sua atividade funcional encontra-se subordinado aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum. Daí as consequências que derivam de tal previsão, consoante escreve Canotilho

Insiste-se também reiteradamente no alcance do princípio da legalidade. Se o cidadão deve submeter-se às leis gerais emanadas de órgãos legiferantes, a administração não pode eximir-se à sua observância, devendo o Estado garantir os cidadãos contra as condutas ilícitas dos órgãos ou agentes públicos. (1974, p. 46-47).

Com efeito, Oliveira (2003) leciona que não se tem valor algum acolher o princípio da legalidade, segundo o qual o Estado acha-se submetido ao império da lei, se esse mesmo ente não poder ser responsabilizado pelos danos oriundos da atividade contrária ao direito.

Na mesma linha de pensamento, Canotilho (1974) anota que a lei, na esfera pública, enseja o “dever” de atuação. Ou seja, as atribuições determinadas pela lei

não são passíveis de serem renunciados ou descumpridos pelo administrador e devem estar orientados em benefício da coletividade.

5 Conclusão

De início é de se apontar a evidente relação existente entre as competências federativas em matéria de políticas públicas e os conceitos descritos por Luhmann e que foram adotados na pesquisa. Isso porque, a previsão constitucional acerca dos direitos fundamentais acaba por envolver a elaboração, implementação e execução de políticas públicas, as quais, por sua vez, devem ser desenvolvidas de acordo com as competências estabelecidas.

No entanto, na evolução do Estado nem sempre este esteve sua atuação pautada em prol da efetivação dos direitos e necessidades fundamentais. As políticas públicas acabam por envolver decisões que se apresentam como benefícios aos cidadãos, mas também como desafios a serem vencidos pelos entes públicos.

Por sua vez, para realização das atribuições constitucionais, é que se entende que os entes federativos atuam por intermédio de seres humanos, ou seja, ao agentes políticos. Disso resulta, que tais agentes atuam em nome das referidas pessoas jurídicas que representam, de acordo com as competências, devendo tomar as decisões que lhes são correlatas.

Partindo da ideia de que os entes políticos podem ser entendidos como organizações, e como tais como sistemas sociais que se constituem por decisões, destaca-se que esta é vista por Luhmann como a eleição entre várias alternativas. Nesse ponto, a partir do momento em que se elege a alternativa estar-se-á transmudando a incerteza em risco. Mas não somente isso. O simples fato de não escolher uma alternativa já é visto como decisão para o autor. Para Luhmann, diante da complexidade, não se pode dizer que há apenas uma única solução correta para as decisões, por isso, as decisões são postas apenas como resoluções mais ou menos satisfatórias para o problema.

Assim, ao se falar em obrigatoriedade e responsabilização dos agentes públicos na tomada de decisões acerca das políticas públicas, é de se conceber que em um Estado Democrático de Direito, os entes federativos encontram-se também

subordinados à lei e à Constituição Federal, de modo a se evitar qualquer violação por parte destes aos direitos fundamentais.

Disso resulta, que se as atribuições foram conferidas aos entes, com a determinação de suas competências, tais pessoas acabam tendo o dever legal e constitucional de atuarem efetivando as políticas públicas, e, por consequência respeitando os direitos fundamentais.

Além disso, desvios ocorridos na elaboração, implementação e efetivação de políticas públicas, seja através abusos, erros cometidos, como por exemplo na nomeação do responsável pela execução, bem como pela própria omissão em não realizar a competência definida e que ensejou algum dano deve ensejar a responsabilização, já que não pode ficar o cidadão a mercê da boa vontade dos entes políticos.

Daí que se verifica a pertinência da teoria de Luhmann para o desenvolvimento do tema a partir do problema proposto, através dos conceitos de competência, decisão e organização. Além disso, com base na teoria do aludido autor e, em virtude das consequências e dos riscos que as decisões podem gerar, deve haver categorias de classificação, para que no momento de decidir, se identifique quais outras decisões devem ser tomadas ou rejeitadas pelos agentes que atuam em nome dos entes, justamente a fim de evitar eventuais irregularidades quando das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: A. Giuffrè, 1953.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

GABARDO, Emerson. **O JARDIM E A PRAÇA PARA ALÉM DO BEM E DO MAL: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba: 2009.

GARCÍA, Eloy. **El Estado Constitucional ante su Momento Maquiavélico**. Madrid: CivitasEdiciones, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 31-33.

_____. Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição de proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal. In: COSTA, Marli da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**, Tomo 15. Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Trad. de Darío Rodríguez Mansilla. Anthropos: México, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003.

RECK, J. R. . Observação Pragmático-Sistêmica da Competência enquanto Decisão Coordenadora de Ações. In: Álvaro Sácnhez Bravo, Marli Marlene Moraes da Costa, Mônia Clarissa Hennig Leal e Ricardo Hermany. (Org.). **Derechos Sociales en Tiempos de Crisis**. Sevilla: Punto Rojo Libros, SL, 2013, v. 1.

_____. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: Jorge Renato dos Reis; Rogério Gesta Leal. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 60-84.

_____. **Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço**. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**: ensaios introdutórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28796347.NUME.+OU+796347.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nx2jrtz>.
Acesso em nov. 2015.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.