

ano 12 - n. 49 | julho/setembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-288 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Cida Ribeiro
Cristhiane Maurício
Marilane Casorla

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Bibliotecárias responsáveis: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Luciana Gonçalves - CRB 2863 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Virginia Loureiro

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Paradoxos do federalismo – Uma observação pragmático-sistêmica¹

Caroline Müller Bitencourt

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós-Graduada em Direito Público. Professora da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Universidade de Passo Fundo.

Janriê Rodrigues Reck

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da graduação e do programa de pós-graduação, mestrado e doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor da Universidade Federal de Pelotas.

Resumo: Este artigo versa sobre a problemática do federalismo e sua observação a partir da matriz pragmático-sistêmica. O problema constituiu-se justamente em observar que paradoxos aparentemente invisíveis emergem quando da aplicação da matriz à concepção tradicional de federalismo. A hipótese é que uma concepção político-jurídica tal como o federalismo tem muito a ganhar a partir de observações mais contemporâneas, as quais podem ser levadas a cabo pela matriz pragmático-sistêmica.

Palavras-chave: Matriz pragmático-sistêmica. Federalismo. Competência.

Sumário: Introdução – 1 Federalismo em termos sistêmicos – 2 Preponderância de interesses e o dever de decisão – 3 Competências Públicas na Constituição de 1988 – Procedimentos de decisão – Considerações finais

Introdução

O presente artigo pretende refletir questões basilares relacionadas ao Federalismo valendo-se dos marcos conceituais da matriz pragmático-sistêmica. As reflexões deste trabalho possuem pretensões universalizantes, sem estarem vinculadas a este ou àquele ordenamento jurídico. É evidente, por outro

¹ Este trabalho é fruto das reflexões realizadas na aula de Competências Públicas Federativas, ministradas no programa de pós-graduação, mestrado e doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. O artigo está inserido dentro do contexto do projeto de pesquisa: “Observação Pragmático-Sistêmica das Competências Públicas”.

lado, que o exemplo brasileiro sempre fica como pano de fundo para a ilustração das reflexões aqui presentes.

Ocorre que esta advertência é passo metodológico importante para a questão que se impõe: ao se eleger o federalismo como forma de Estado automaticamente estão postos os critérios de observação das competências federativas? Falar-se em modelo estadunidense ou alemão leva *necessariamente* a uma outra leitura constitucional?

Intenta-se demonstrar que não existe um essencialismo *a priori* que envolva a identidade desse instituto jurídico. A simples opção por um sistema federalista possui uma série de implicações, mas que não satisfaz, nem de longe, as pretensões de que existiriam informações suficientes no texto e na tradição constitucional sobre federalismo para se tomarem decisões minimamente conectadas com o ordenamento. O *déficit* de sentido da Constituição no que toca à sua sistêmica de distribuição e operacionalização de competências pode e deve ser objetivo de construções históricas e sociológicas que tentem aumentar a quantidade de informações relacionadas com a competência, a fim de que se torne possíveis decisões com base neste conceito. Entretanto, o tão só trabalho acadêmico não tem como satisfazer, de modo legítimo, os silêncios e as ambiguidades constitucionais. Assim, reconhece-se que só é possível a decisão se houver acordos prévios, que se darão dentro da esfera pública democraticamente.

Assim, a hipótese que conduz esta investigação é a de que através dos conceitos como função, decisão, significados, símbolos e deliberação pública será possível a reconstrução de uma série de observações sobre o sistema federalista, motivo pelo qual, para lidar com a complexidade destes conteúdos e de suas interligações, não haveria outra matriz mais adequada para observação desses paradoxos, senão a teoria sistêmica, até porque não se pretende dizer o que é o federalismo, mas principalmente, qual a sua função dentro do sistema jurídico e também para a organização política.

Eleger-se também como fio condutor a observação pragmática em conjugação com a sistêmica. A utilização da matriz pragmática revela-se a partir de conceitos-chave como decisão, comunicação e emancipação. Nessa medida, se toda decisão pressupõe alternativas e escolhas, a dimensão pragmática trará um *plus* no sentido de agregar uma dimensão qualitativa e não apenas quantitativa das decisões, uma vez que, pelo menos para a matriz pragmática de cunho habermasiano, é possível conectar referências capazes de realizar uma observação de qualidade.

Entende-se que se justifica tal investigação em termos de relevância social pelo fato de que toda e qualquer operação produzida pela organização política brasileira está conectada com o sistema federalista, sem, contudo, se compreender antes qual a função que tal conceito traz e mesmo agrega em termos de competência. Significa dizer que os operadores jurídicos lidam com um conceito que é extremamente fluído e que, apesar da quantidade de literatura disponível, ainda carece de estudos científicos sérios. Por derradeiro, uma observação construtivista propiciaria espaços para a crítica — sabendo-se que a crítica, na matriz pragmático-sistêmica, tem função emancipatória. No campo das justificativas acadêmicas, toda e qualquer reflexão que busque ultrapassar a barreira imposta pelo “senso comum teórico dos juristas” que ficam enraizados em sua zona de conforto tende a contribuir para uma ciência jurídica mais madura. E, de certa forma, esta não deixa de ser uma tentativa de releitura de conceitos que tanto a doutrina quanto a jurisprudência buscam forçosamente estabilizar, sem devidamente refletir.

Ademais, não se pode deixar de mencionar a estreita vinculação com a linha de pesquisa das dimensões instrumentais das políticas públicas, haja vista que todo o processo decisório necessita de enlaces no sistema, e investigar a competência para decidir sobre política pública, implica visualizar suas possibilidades que decorrem também da eleição de sua forma de organização política, qual seja, o Federalismo brasileiro.

1 Federalismo em termos sistêmicos

Observar o Federalismo, a partir da teoria sistêmica, implica uma série de observações preliminares de cunho metódico. Inicia-se a partir de duas observações fundamentais. Indagar-se sobre o federalismo significa pelo menos uma dupla consideração: já que a matriz sistêmica renuncia à metafísica essencialista, a reflexão direciona-se para a função. Pergunta-se, assim, que funções o Federalismo, enquanto construção jurídica, presta ao Direito e às organizações políticas. Obviamente, permite-se a observação inversa: quais as funções do Direito e da organização política na construção do Federalismo. Tomando-se o Federalismo como um conceito que é criado por expectativas normativas e que gera repercussões jurídicas, reconhece-se que o conceito tem uma função de redução de complexidade que interessa a esse estudo; contudo, entende-se que, para que o conceito possa cumprir sua função de redução de complexidade, paradoxalmente, faz-se necessário observá-lo da forma mais complexa possível.²

² LUHMANN. *Social systems*, p. 325-457.

Da pergunta de por que conceituar o Federalismo, poderia decorrer uma questão ainda mais complexa: por que conceituar ou categorizar algo em Direito? Categorizar e conceituar, no atuar cotidiano dos juristas, são verbos que se mesclam com a interpretação, sem, todavia, confundirem-se, uma vez que a interpretação de algo é condição de possibilidade do entendimento de alguma coisa, enquanto que a definição e categorização veem-se ligadas a uma prática de organização de dados já interpretados e precisam sofrer uma recontextualização para serem novamente interpretados.³ Ambos processos são decisões, de todo modo.

Os conceitos aparecem nos textos legais, na jurisprudência e, finalmente, na doutrina. Na doutrina reflete-se, ao mesmo tempo, a materialização das concepções dominantes de ciência com a atividade dogmática de preparação de decisões. Na mitologia positivista, investigar os conceitos significa dar sentido aos seus elementos constitutivos — como se não houvesse maiores complexidades de ordem social ou linguística.⁴

O conceito leva à transposição da forma. Isto significa: ou algo é ou não é Federalismo. Nesse sentido, o conceito simplifica. Por outro lado, o que faz com que se cruze de um lado a outro da forma (Federalismo/não federalismo) são inúmeras elementos (melhor dizendo: diferenças), todos eles muito polêmicos dentro campo político e jurídico — elementos muitas vezes sem maiores sustentações sociais, baseados apenas em referenciais metafísicos. O conceito deve ser o mais complexo no sentido de observar todas as operações possíveis, para justamente atingir sua função que é a de reduzir a complexidade, permitindo sua utilização por parte dos sujeitos, para que em torno dele as pessoas possam se comunicar sobre algo, como o Federalismo e sua função.⁵

Não se pode crer que um objeto possa vir antes de seu conceito,⁶ pois desse modo obviamente o conceito teria meramente a função de descrição e não de construção do objeto — figuras de pensamento típicas da metafísica da epistemologia da antiguidade ou da filosofia do sujeito. Logo, o Federalismo é uma construção social. A mera constatação de que o Federalismo é uma construção social — comunicação — por si só resulta na refutação dos conceitos essencialistas de que existiria uma forma de organização política que a *priori* ditaria seu modo de operar em relação aos seus órgãos e agentes. O que é

³ WARAT. *Definição jurídica: suas técnicas*, p. 9-77.

⁴ RECK. *Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público*, p. 24-25.

⁵ LUHMANN. *La sociedad de la sociedad*, p. 55-120.

⁶ HABERMAS. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 357-402.

Federalismo, e o que é Federalismo à brasileira, há de ser buscado na sociedade e, particularmente, nos discursos normativos que fluem nesta e nos segmentos específicos da política e do Direito.⁷

Pode-se afirmar no mínimo três pontos essenciais: o conceito de Federalismo não pode desconsiderar a Constituição como ponto de partida; não pode deixá-lo ser extraído meramente fruto da práxis política ocasional, pois, do contrário, sempre que a prática política se altere ter-se-á que mudar o conceito do Federalismo, o que implica perder sua função de estabilização do sistema político e jurídico.⁸ Mas ao mesmo tempo que o Federalismo não pode ser o espelho da prática política de momento, seu conceito só pode ser adensado com elementos que, é óbvio, remetem a razões políticas (maior democracia, controle recíproco, autonomia etc.). E tais elementos são construídos e reconstruídos a todo instante. Resumindo, nos dizeres de Reck:⁹ *“É paradoxal, portanto, a vida dos demais conceitos no Direito: servir de variação e conservação do Direito ao mesmo tempo”*. O Federalismo é um exemplo claro desta paradoxalidade dos conceitos jurídicos: deve existir juridicamente e ser capaz de gerar relativa estabilidade ante a política, mas só possui sentido, efetivamente, em função da política (e dos argumentos que a política mobiliza).

Então, a primeira afirmação que deve ser feita refere-se à comum confusão entre organização política e Federalismo, pois o Federalismo nada mais é do que uma forma de configurar uma organização política.¹⁰ Reduzir o Federalismo à organização política não dá conta da tarefa de redução de complexidade para possibilitar decisões. Assim, tanto na perspectiva Luhmaniana quanto na perspectiva habermasiana de organização política, não é possível reduzir o conceito de organização política ao conceito de Federalismo. Observar o Federalismo em uma perspectiva sistêmica implica considerar conceitos de complexidade, racionalidade e decisão, como conceitos interligados para qualquer comunicação em uma organização política.

Para Luhmann:

Las organizaciones conceptualizan por lo tanto, su propia relación con el entorno como decisión. Ellas pueden, sin embargo, hacer esto, sólo cuando encuentran una interpretación adecuada para ello, que pueden hacer plausible para ellas mismas, es decir, una interpretación

⁷ WARAT. *Introdução geral ao direito*, v. 2, p. 34-87.

⁸ LUHMANN. *Sociologia do direito I*.

⁹ RECK. *Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público*, p. 19.

¹⁰ TORRES NAFARRATE. *Luhmann: la política como sistema*.

que tenga en cuenta que también en el entorno se adaptan decisiones. No es por lo tanto una causalidad cuando los sistemas organizacionales surgen y prosperan de preferencia donde existen puntos de apoyo para una tal interpretación del entorno u donde se espera, o se puede suponer con éxito, que los sistemas del entorno también establecerán su relación en la forma de decisiones.¹¹

A organização política está estritamente relacionada à função que ela possui dentro do sistema da sociedade. É interessante que é possível observar na organização política várias funções em paralelo, a depender do sistema que se utiliza como referência. Politicamente falando, a organização política tem a função de tomar decisões vinculantes para toda a sociedade. Juridicamente, a de produção de um direito válido. Lembrando que, para Habermas, só é válido aquele que construído democraticamente, ou seja, aquele em que há a atuação da sociedade sobre ela mesma. Não estaria errado dizer que a organização política deve propiciar os canais de comunicação, interlocução para que a esfera pública possa decidir. Importa referir, o conceito de esfera pública, na visão de Habermas:

A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença de uma organização social. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A Esfera pública pode ser descrita como a rede adequada para a comunicação dos conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfaixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana [...]. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções e nem com o conteúdo da comunicação cotidiana.¹²

¹¹ LUHMANN. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, p. 55.

¹² HABERMAS. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 2, p. 94.

Não há dúvidas de que ambas as perspectivas contribuem para o conceito de organização política, no entanto, seria por deveras temerário ignorar as diferentes concepções que tais autores possuem sobre alguns conceitos, a exemplo da comunicação e função. Tal problemática foi devidamente enfrentada por Reck, que entende ser possível harmonizar tais questões, extraindo um conceito de organização política que se coadune com a perspectiva da teoria pragmático-sistêmica, podendo ser conceituada como um sistema que opera com comunicações do tipo jurídico, acoplando, sob um símbolo de unidade, processos, decisões e órgãos para gerar outras comunicações jurídicas, possuindo a função de gerar decisões vinculantes para toda a comunidade para o exercício de sua autonomia e emancipação.

Nesse sentido, se as organizações políticas podem ser consideradas um sistema capaz de gerar outras comunicações, é certo dizer que o Federalismo é uma comunicação sob forma de organização dentro da organização política, pois nada impediria que uma organização política fosse centralizada, por exemplo. Segundo Reck:

Em uma análise rigorosa, o federalismo é apenas um tipo de configuração orgânica de uma organização política maior. Tanto um Estado centralizado quanto um Estado descentralizado possuem órgãos, processos e sujeitos que decidem, em configurações de competência diversas. Entretanto, o federalismo opera com um símbolo que representa autonomia, liberdade e cooperação. As operações de comunicação do sistema são ligadas com este ideário, e são reforçadas pelo modo pelo qual os processos de decisão do Direito adquirem legitimidade. O Direito se responsabiliza por estabelecer procedimentos, matérias e órgãos de decisão. Esta separação é vista como garantidora da liberdade, por que está conectada com uma idéia de esfera pública subsidiária. Parte-se de um pressuposto que a esfera pública mais próxima do cidadão é mais eficaz em fazer fluir para o processo político a influência. Deste modo, a cada esfera pública corresponderia um órgão diferente (Municípios, Estados, Distrito Federal e União — lembrando que na dogmática separa-se ente federativo de órgão público). A existência de múltiplos órgãos permite a existência de diversos procedimentos políticos. Estes diversos procedimentos políticos permitem a construção de argumentações diferenciadas conforme a esfera pública e, assim, adquire-se legitimidade. O Direito também se responsabiliza por configurar de antemão as possibilidades de decisão e as alternativas possíveis de serem criadas pelos órgãos. 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.¹³

Sob tal análise o Federalismo acaba funcionando como um símbolo, que, por sua vez, liga-se a outras comunicações. Para Luhmann, o símbolo tem uma função essencial:

El símbolo renuncia, pues, a referencias externas estables, pero precisamente por ello expresa, dentro del sistema, el anclaje existencial que utilizan estos desplazados: equipan al sistema con un dispositivo de dinámica controlada que lo hace diferente del entorno. [...] Símbolo como acoplamiento de sistemas de conciencia y de comunicación sólo quiere decir que una cierta diferencia puede ser considerada — vista desde los dos lados — como siendo lo mismo. En este sentido, el uso simbólico de generalizaciones lingüísticas (reutilizabilidades) presupone la capacidad de simbolización del lenguaje, es decir, la capacidad de distinguir — en la conciencia y en la comunicación — aquello que designa (las palabras) de lo designado (las cosas).¹⁴

Ao que parece, o conceito de Federalismo, muito embora seja significativamente mutável dependendo também do modelo de Estado que o reproduz, entrelaça-se com símbolos da autonomia e liberdade, ou seja, a comunicação “Federalismo” sempre remonta a estes valores do sistema. Tal constatação, contudo, também não diz muito em relação aos problemas relacionados ao Federalismo, ou seja, que tipo de divisão interna deve existir e quem decide o quê e como nesta divisão interna.

O que se quer dizer é que mesmo funcionando como símbolo de autonomia e limitação de poder, tal problema conceitual permanece, basta pensar em um modelo federalista mais cooperativo como é o caso do Estado alemão, ou em um modelo que vise maior autonomia Estatal, como no caso do Estado norte-americano. Ou seja: a simples opção pelo Federalismo deste ou daquele modelo não resolve o problema de quem decide intervir, ou qual é o grau de intervenção e quanto de autonomia gozam os entes federativos.

¹³ RECK. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: REIS; LEAL. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, p. 69-70.

¹⁴ LUHMANN. *El derecho de la sociedad*, p. 169.

Diz-se que o molde Constitucional recepcionou os dois modelos. Primeiramente, na Constituição de 1891 foi recepcionado o modelo federativo norte-americano (com repartição rígida de competências entre União e Estados-Membros, e de ampla autonomia aos Estados), mas já na Constituição de 1934 foi introduzido, ao lado dele, o modelo federativo “cooperativo” alemão, onde existe colaboração e/ou cooperação entre União e Estados (sem repartição rígida, portanto), mas onde a autonomia estadual não é tão ampla como no caso americano (em face do aumento das competências da União, sobretudo legislativas). A Constituição de 1988 segue essa sistemática híbrida, mas na prática predominam as linhas do federalismo alemão, com centralização de competências na União federal.¹⁵ Releva notar que a dogmática, a fim de descrever os modelos e sua adoção em um ordenamento específico, vale-se de termos vagos tais como “mais autonomia”, “maior centralismo”. Isso significa dizer que este campo em hipótese alguma é visto como em preto e branco pela doutrina, mas sim possuindo diversas matizes de cinza — como aliás praticamente tudo em Direito. Impressiona que dessa relatividade da linguagem a dogmática extraia respostas tão fáceis e prontas.

Também não estaria incorreto dizer que o Federalismo também está ligado à ideia de cooperação, muito embora ela aconteça de formas diferenciadas. É o que se pode encontrar no Dicionário da Política. Federação no dicionário da Política de Bobbio; Matteuci; Pasquino:

pluralidade de centros de poder, coordenados e autônomos entre si, de tal modo que ao Governo Federal que tem competência sobre o inteiro território da Federação, seja conferida uma quantidade mínima de poderes, indispensável para garantir a unidade política e econômica, e aos Estados federados, que têm competência cada um sobre o próprio território, sejam assinalados os demais poderes.¹⁶

Na mesma linha, Bastos¹⁷ caracteriza o Federalismo como um sistema constitucionalmente previsto de descentralização político-administrativa, característicos de uma Constituição rígida, na qual não se permite a alteração da repartição de competência por intermédio de legislação ordinária; que prevê

¹⁵ RODRIGUES. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. In: REIS; LEAL. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*.

¹⁶ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. *Dicionário de Política*, v. 1, p. 481.

¹⁷ BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 163.

constitucionalmente a autonomia financeira dos entes federados, obviamente que com o objetivo de que os mesmos não dependam exclusivamente do ente central; e, por fim, pressupõe a existência de um órgão constitucional encarregado do controle de constitucionalidade das leis, para que não haja invasão de competências.

Mais uma vez, a opção pelo sistema federalista remete a uma cooperação entre Estados, Municípios, Distrito Federal e União, o que vem de certa forma até mesmo expresso no Texto Constitucional em relação à repartição de competências. Entretanto, da ideia de que os entes federativos devem cooperar não é possível decidir *a priori* quais serão as decisões a serem tomadas. Significa dizer: quem vai dizer ou não o quanto se deve cooperar e como se deve cooperar não se extrai da Constituição.

Assim, além de possuírem competências privativas e comuns, ainda concorrem os entes federativos. A competência concorrente é típico caso de repartição vertical de competência em nosso país, no qual também se reflete a ideia de cooperação. Ela expressa-se na possibilidade de que sobre uma mesma matéria diferentes entes políticos atuem de maneira a legislar sobre determinada matéria, adotando-se, em nosso caso, a predominância da União, que irá legislar normas gerais (CF, art. 24, §1º) e aos Estados estabelece-se a possibilidade, em virtude do poder suplementar, de legislar sobre assuntos referentes aos seus interesses locais (CF, art. 24, §2º), onde suplementar tem alcance semântico de pormenorização, detalhamento, minudenciamento.

Nesse sentido, tem-se definido a competência concorrente (CF, art. 24) como um condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-Membros e o Distrito Federal, daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre as pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, §1º), e, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, §2º). Ainda, deferiu ao Estado-Membro e ao Distrito Federal, em inexistindo lei federal sobre normas gerais, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que para atender as suas peculiaridades (CF, art. 24, §3º). Mais um exemplo em que o interesse geral e peculiaridades locais serão postos à prova enquanto critério definidor da repartição de competências.

Nessa linha de raciocínio não se pode deixar de referir criticamente como o argumento¹⁸ da subsidiariedade opera dentro do Federalismo, pois

¹⁸ HABERMAS. *Justification and application: remarks on discourse ethics*, p. 198-212.

é um discurso que praticamente vem atrelado à organização política do tipo federalista, quase como conexas à ideia de Estado descentralizado. O núcleo dessa concepção reside na ideia de que diminuindo os espaços de atuação Estatal significa a retomada de espaços de ação da sociedade civil, em claro benefício de maior atividade desta.

Baracho afirma que o princípio da subsidiariedade tem o propósito de limitar a intervenção do Estado, em respeito às liberdades, aos indivíduos e aos grupos. No que se refere ao Estado, o princípio da subsidiariedade leva em consideração a relação existente entre o Estado e as outras sociedades, não levando em conta apenas no que toca a natureza do próprio Estado. Ou seja, refere-se à subsidiariedade ou função supletiva da esfera pública em relação à esfera privada. As decisões devem ser tomadas no nível político mais baixo possível.¹⁹

Por sua vez, Torres²⁰ explica que o princípio da subsidiariedade teria então três objetivos: o de fundamentar a função subsidiária do Estado em relação à sociedade; o de indicar parâmetros de repartição de competência entre as autoridades públicas ou privadas de diversos níveis e, por fim, o de nortear o âmbito de atuação estatal. Destacando sua relação com o Federalismo.

O objetivo resumidamente desse princípio implícito seria, portanto, o de redimensionar o âmbito de atuação Estatal, para uma recuperação gradual da capacidade de iniciativa, liberdade, confiança e responsabilidade dos membros da sociedade civil, conferindo primazia a esta.

A partir da adoção da matriz sistêmica, tem-se outras conclusões — aliás em consonância com as melhores tradições democráticas, como em Rousseau e Dahl. A ideia jurídica de Federalismo contribui estabelecendo conexões para que as decisões ocorram democraticamente, através da descrição da democracia pragmática de Habermas. Neste autor não há oposição entre sociedade civil e Estado, mas sim uma linha de continuidade. Um Estado Federal oferece órgãos pelos quais os argumentos fluirão da esfera pública à materialização administrativa. E esse modelo federalista, em que o Estado propicia esses canais de interlocução para que a sociedade possa manifestar sobre suas demandas sociais, passa a garantir a liberdade de atuação dos indivíduos e não o contrário.

Se o sistema federalista propicia a existência de múltiplos órgãos e, portanto, a atuação da esfera pública em diversas instâncias, Municipal, Estadual e Federal, isso garante a existência de diversos procedimentos políticos, que, por

¹⁹ BARACHO. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, p. 100.

²⁰ TORRES. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 120.

sua vez, possibilitam a construção de muitos argumentos que podem racionalmente ser defendidos, e que lhe dá legitimidade. Enfatiza-se que o conceito de Federalismo adotado por este trabalho nos diz que é uma a configuração em forma de Direito da organização interna das organizações políticas, que tem como função simbolizar autonomia e cooperação através da separação de esferas públicas, que visa a fortalecer a legitimidade das decisões jurídicas.

Ante a perspectiva pragmático-sistêmica, o princípio da subsidiariedade, que prega o afastamento do Estado na esfera de decisão para propiciar mais autonomia à sociedade civil, constitui uma verdadeira falácia em seus propósitos. Na medida em que se afasta o Estado, afastam-se os canais institucionalizados de decisão político-jurídica, e, portanto, acaba em uma via inversa: termina por distanciar a sociedade do próprio interesse público. Pior ainda: como não existem procedimentos para nivelar o poder de persuasão e influência, estão abertos os canais para que a vontade do mais forte se imponha autoritária e instrumentalmente.

Assim, volta-se à questão do Federalismo como símbolo. Mais do que designar unidade, passa-se a efetuar a unidade do sistema, motivo pelo qual o Federalismo, como símbolo de autonomia, liberdade e cooperação, traduz a descrição de um modo de o sistema operar. Aliás, se o Federalismo liga-se usualmente a referências encontradas no sistema jurídico, portanto, o conceito jurídico de Federalismo deve-se engatar com o símbolo da validez. Para Luhmann:

Dado que la validez no es otra cosa que un símbolo de asociación que va ajeno a todas las operaciones, no se puede validar de manera puntual, sino sólo de manera recursiva: recurriendo al recurso del derecho válido. La validez tiene por efecto producir enlaces dentro del sistema.²¹

Dessa forma, cada operação do sistema caba reforçando a validez, da mesma forma que a validez reforça o sistema, pois dar-se-á de forma recursiva pelo próprio sistema. Ainda para Luhmann: “[...] se puede designar la validez como un símbolo que circula, puesto que en cada utilización se transfiere a las operaciones subsecuentes”.²²

²¹ LUHMANN. *El derecho de la sociedad*, p. 162.

²² LUHMANN. *El derecho de la sociedad*, p. 163.

Buscando-se observar também a perspectiva da validade na matriz pragmática, para Habermas,²³ o princípio democrático atende às necessidades de fixar procedimentos para a produção da validade das normas jurídicas, garantindo-se que na produção do direito todos estarão submetidos a condições em que possam se expressar na formação da opinião pública e vontade política. Feito isso, o processo de validação das normas fica atrelado a uma racionalidade comunicativa institucionalizada, sem a necessidade de recorrer a argumentos fora da história para justificar a formação do Direito, sendo que uma das grandes contribuições dessa concepção é justamente poder tornar criticável às decisões, haja vista que as razões de uma ou outra posição poderão ser resgatadas a partir da sua fundamentação.

É o que explica Reck:

A noção de Habermas, por exemplo, é exigente no sentido de exigir democracia e participação na participação das normas. A teoria de Habermas pode ser observada a partir de uma perspectiva sistêmica como descrição não só jurídica, mas sim como uma teoria de uma observação de segundo grau no Direito — como uma vazão de crítica ou uma descrição do Estado Democrático de Direito. Para tanto, é possível uma descrição normativa. Será necessário entender válido como legítimo. Deste modo, as indagações ligam-se à legitimidade. Deste modo, o serviço público e seu conceito precisam estar inseridos em um contexto de legitimidade para adquirir o símbolo da validade. Para tanto, socorre-se de Habermas. O Direito permite aos destinatários dois enfoques: performativo (aquele que participa), no primeiro caso, e objetivador (aquele que observa para planejar sua ação), no segundo. A validade está conectada com o primeiro enfoque, de modo que o ordenamento jurídico tem de ser organizado de modo a que seja possível o simples respeito à lei. Essa organização está ligada com a idéia de autolegislação, ou seja, a participação em processos de decisão onde os cidadãos possam participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso.²⁴

Há outro aspecto que não pode deixar de ser mencionado ao se tratar de validade para Habermas que está relacionado à racionalidade da comunicação. Sempre que ouvinte ou falante atuam comunicativamente, eles postulam para seu proferimento validade universal, o que pressupõe que estes possam

²³ HABERMAS. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. 2, p. 112-196.

²⁴ RECK, *op. cit.*, p. 218.

ser justificados racionalmente. A racionalidade deverá ser vislumbrada através da exposição dos argumentos. Nessa esteira, Leal entende que há aqui uma aproximação que a perspectiva da validade habermasiana agrega ao modelo sistêmico:

Em outras palavras, está sustentando Habermas que não se pode compreender o caráter do mundo vital a menos que se compreenda os sistemas sociais que o configuram nos seus processos constitutivos. Há uma clara aproximação do autor aqui com Luhmann, em especial diante da perspectiva sistêmica de compreensão da sociedade, sua constituição e evoluir, sem deixar de fazer uma crítica pontual à insuficiência deste modelo teórico, na medida em que, se se entende a sociedade como um sistema, não se pode deixar de considerar o aspecto da validade deste ser social, ou seja, o fato de que a realidade social consiste na faticidade de pretensões de validade reconhecidas, frequentemente contrafatuais, questões que a teoria dos sistemas reduz ou sequer dá atenção.²⁵

Logo, na perspectiva de Habermas, o Federalismo cumpre sua função para o Direito se ele for capaz de comunicativamente propiciar interação social como condição de validade da norma. Entretanto, dada a vagueza do texto legal, e dos mecanismos próprios da linguagem, em nenhum momento quem decide estará desonerado de ter de reconstruir o ordenamento e de fundamentar na discussão a quem cabe a competência, o que é interesse geral ou interesse local, como dar-se-á a cooperação entre os entes Federativos, como se aplica a subsidiariedade e infindáveis exemplos que se poderia citar.

Note-se, de outra banda, que mais do que estabelecer parâmetros de observação para que o sistema possa decidir e, com isso, continuar operando, a perspectiva pragmática preocupa-se qualitativamente com a tomada de decisão, ou seja, quanto mais democrática, mais legítima, mais qualificada e, portanto, válida.²⁶

Destaca-se, no entanto, a ligação do conceito de Federalismo com o símbolo da autonomia, especialmente em se tratando da perspectiva habermasiana. Para Reck,²⁷ quando o princípio do discurso interliga-se com o Direito,

²⁵ LEAL. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas. In: LEAL (Org.). *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública [recurso eletrônico]*: alguns estudos de casos. p. 18.

²⁶ HABERMAS. *Pensamento pós-metafísico*, p. 34-67.

²⁷ RECK. *Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público*, p. 203.

possibilita a formação do princípio democrático, formando um sistema de direitos em que reciprocamente autonomia pública e autonomia privada dependem uma da outra para sua existência. Assim, a autoatribuição de um Direito por uma sociedade e sua construção legítima só são possíveis a partir da formação de canais de interlocução sociais para que uma comunidade se auto-organize.

Contudo, parece demasiadamente ingênuo querer extrair da Constituição aquilo que foi posto à disposição do jogo democrático: discutir o que é interesse local ou geral, como se dá assimetria entre os entes, o que constitui e engloba uma mínima intervenção federal e quais os limites da própria autonomia e ordenação. Qualquer decisão autoritária ou qualquer interpretação rasa que se diga ser retirada da Constituição não atende à perspectiva de um direito válido e legítimo que contribui para a emancipação social. Por tanto, imprescindível que o Federalismo contribua para a interlocução e interação social.

Habermas vale-se das ideias de Wilke para fazer uma crítica com relação à circulação do político na perspectiva da teoria sistêmica. Entende, pois, que a partir do momento que os sistemas funcionais passam a constituir sua própria imagem da sociedade, não há mais um lugar em que os problemas da sociedade possam ser percebidos de forma totalizada,²⁸ haja vista que perdem uma linguagem comum, que serviria justamente para representar a toda sociedade da mesma maneira. O enfraquecimento dessa capacidade de integração representa um desafio tanto ao Direito quanto à Política, uma vez que a legitimação só é válida para as questões que podem ser decididas politicamente. A incapacidade de se tomar decisões vinculantes para toda a sociedade, a partir de argumentos generalizantes, só pode ser remediada através de processos políticos de sintonia entre diferentes sistemas sociais. Assim descreve três pontos essenciais de uma sociedade que seria integrada e, ao mesmo tempo, tutelada através do equilíbrio sistêmico: a) através de sistemas hierarquizados onde o Estado supervisor procura afinar-se com os sistemas sociais funcionais da sociedade; b) a política reguladora do sistema tem que continuar servindo-se da linguagem do direito por funcionar como um *médium*; ainda, c) a manutenção do conteúdo essencial da democracia, quando passar do plano da formação democrática da opinião e da vontade das pessoas para o das relações intersistêmicas.

Nas palavras de Habermas:

A partir daí “a autonomia e a diferenciação” das pessoas privadas têm que concorrer com a dos sistemas, inclusive no âmbito da circulação

²⁸ HABERMAS. *A inclusão do outro*, p. 80-113.

“oficial”do poder, a fim de obter a proteção do direito. Só é possível proteger a sistema político como um Estado de direito, quando as autoridades afirmam sua posição assimétrica em relação aos parceiros de negociação, a qual resulta de seu dever legal de representar a vontade das pessoas privadas atualmente não envolvidas. Durante os processos de sintonização, não pode romper-se o laço da delegação de competências de decisão. Somente assim é possível conservar o vínculo do público com os cidadãos, os quais tem o direito de se encontrarem nas condições de perceber, identificar e tematizar publicamente a inaceitabilidade social de sistemas de funcionamento.²⁹

Contudo, de todo exposto, o que ficou evidente, é que a adoção do Federalismo como forma de organização política não exige os operadores jurídicos de terem de decidir, e não meramente deduzir soluções de alguma ordem platônica de conceitos. Tal decisão deverá atender aos pressupostos da racionalidade comunicativa, ou seja, mais do que decidir, fundamentar a decisão permite que esses enlaces possam ser criticados discursivamente. Dito isso, o Federalismo enlaça-se, por sua vez, com o discurso da preponderância de interesses, que se passa agora a observar em consonância com a matriz eleita.

2 Preponderância de interesses e o dever de decisão

Antes, porém, de passar a analisar a preponderância de interesses, muito se tratou da adoção do Federalismo e seus símbolos como forma de organização política, e o tempo todo se afirmou que tal motivo não exige o operador jurídico de ter de decidir (escolhendo entre alternativas). Note-se, contudo, que tanto a doutrina como a jurisprudência insistem em extrair uma leitura *priori* a da Constituição. É como se a Constituição contivesse desde já sempre uma concepção pronta e acabada de Federalismo, a qual doutrinadores e demais aplicadores da lei apenas “conheceriam”.

Na linha dessa investigação, a decisão é algo muito mais complexo. A decisão é uma dupla unidade entre: a) relação da diferença das alternativas; b) a mesma alternativa escolhida. Assim, pode-se dizer que a decisão é uma relação ajustada entre as alternativas contingentes, ou seja, as alternativas que estavam disponíveis ao sujeito que decide (seja em face do número de informações, seja em face de seus próprios pré-juízos).³⁰ Uma decisão implica uma

²⁹ HABERMAS. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. 2, p. 82-83.

³⁰ LUHMANN. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, p. 18.

série de decisões anteriores, por isso pode-se dizer que uma decisão judicial é uma unidade de diversas outras decisões, baseadas em razões.

Para Ferraz Júnior,³¹ o ato decisório é visto como um componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo, pois quando se decide esta referindo-se a outrem, ou seja, um ato muito mais complexo que uma deliberação individual fizesse crer.

O referimento mútuo do sistema jurídico pressupõe que, da mesma forma que a decisão exige a regra como seu pressuposto, a regra exige a decisão. Assim, mesmo com a opção de um sistema federalista que esteja relacionado a símbolos como autonomia, liberdade e cooperação, as alternativas são múltiplas, e os enlaces com comunicações como preponderância de interesses, repartição de competências e mesmo competências públicas encontram parâmetros constitucionalmente postos, mas as múltiplas alternativas permanecem, e quem decide o que está relacionado ao interesse geral? Qual o significado de interesse geral? O que é preponderância de interesse? Logo, para que se possa decidir, é necessário a existência de um acordo prévio³² que permite que se estabeleça a comunicação, motivo pelo qual, se compreendido o Federalismo em uma observação pragmático-sistêmica, essa decisão precisa ser construída na esfera pública através de espaços de interlocução propiciados pelos órgãos públicos. Nesse sentido Reck:

Quando se fala em decisão, está se falando em ações comunicativas, isto é, ações onde se pretende formar com o outro consenso sobre estados de fato, conceitos, teorias, sentimentos e planos de ação. Estabilizado o consenso, forma-se a comunicação e, com isso, sociedade. Quando alguém age comunicativamente, deve ser capaz de defender as razões pelas quais age de um ou outro modo. Age-se indicando distinções (uma alternativa ou outra, um sentido ou outro etc.), distinções estas utilizáveis conforme certas regras de linguagem. Quem age comunicativamente oferece ao ouvinte razões que indicam que foram seguidas as regras de comunicação, aos quais o ouvinte consensua ou não. Os participantes, se racionais forem, são capazes de defender suas razões em forma de discursos. Estes discursos possuem estruturas e forma de argumentar próprias.³³

³¹ FERRAZ JÚNIOR. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, p. 286.

³² CLAM. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*, p. 201-233.

³³ RECK. *Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas*. In: REIS; LEAL. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, p. 71-72.

Se tanto a preponderância de interesses como o campo das competências podem ser tomados como comunicações que, ligadas ao Federalismo, buscam estreitar o campo de possibilidades de decisões, o enlace dessas comunicações com as demais é determinante na definição de seu próprio conteúdo.

O princípio da predominância do interesse adotado pela Constituição Federal de 1988 impõe a outorga de competência de acordo com o interesse predominante do ente federativo quanto à respectiva matéria. Parte-se da premissa de que há assuntos que, por sua natureza, devem, essencialmente, ser tratados de maneira uniforme em todo o País e outros em que, no mais das vezes, é possível ou mesmo desejável a diversidade de regulação e atuação do Poder Público, ou em âmbito regional, ou em âmbito local.

Assim é que a predominância de interesses aparece como o princípio fundamental que orienta o legislador constituinte na divisão de competências entre os entes federativos. Basicamente norteado pelo princípio da predominância do interesse, o legislador constituinte repartiu as competências entre os entes federados da seguinte forma: a) enumerou expressamente a competência da União (arts. 21 e 22, principalmente); b) enumerou taxativamente a competência dos municípios (art. 30, principalmente), mediante arrolamento de competências expressas e indicação de um critério de determinação das demais, qual seja, o interesse local — legislar sobre assuntos de interesse local; organizar e prestar os serviços públicos de interesse local (art. 30, I e V); c) outorgou ao Distrito Federal, em regra, as competências dos estados e dos municípios (art. 32, §1º — face a impossibilidade de divisão do DF em municípios); d) não enumerou expressamente as competências dos estados-membros, reservando a estes as competências que não lhes forem vedadas na Constituição — a denominada competência remanescente (art. 25, §1º — com exceção da competência administrativa enumerada no art. 25, §2º); e) fixou uma competência administrativa comum, em que todos os entes federados poderão atuar paralelamente, em situação de igualdade (art. 23 da CF/88); f) fixou uma competência legislativa concorrente, estabelecendo uma concorrência vertical legislativa entre a União, os estados e o Distrito Federal (art. 24).

Dito isso, sabe-se que é de extrema relevância para definir a quem cabe a competência. É importante lembrar que a competência facilita no sentido de evitar que um único órgão ou ente tenha que decidir sobre tudo. Neste sentido, é uma redução de complexidade a determinação do que seja interesse local, regional ou federal. Assim, de nada orienta a preponderância de interesses

sem que aconteça a decisão sobre qual conteúdo abarca “local, regional e federal”. É preciso que tal acordo seja anteriormente definido, para somente então atribuir a competência ao órgão. Assim, a pergunta que se impõe é: quem define? Como se define? Quais os critérios? É relevante a ação ou é meramente simbólico? Por que a competência sobre assuntos de interesse geral excluiria o interesse local, por exemplo? Se a única função da preponderância de interesse é identificar a competência e, em si, dizer que é interesse local, geral ou regional, em nada adianta para a definição do que adentra nesses conteúdos, então, qual seria o verdadeiro significado da preponderância de interesses?

A preponderância de interesse traz consigo a falsa ideia de que a competência já está determinada pelo sistema Federalista e, com isso, cria a ilusão³⁴ de que os operadores jurídicos não estão decidindo sobre seus conteúdos, mas apenas aplicando o que está disposto na Constituição. A preponderância de interesses, assim, não deixa de ser uma comunicação que meramente reforça o caráter simbólico do Federalismo. Ao invés de ajudar na definição das competências, simplesmente estabelece um sistema valorativo que nada ou praticamente nada dispõe.

3 Competências Públicas na Constituição de 1988 – Procedimentos de decisão

Já foi dito que as competências públicas, na forma como expressas na Constituição de 1988, são tipos de comunicações jurídicas e, portanto, ligadas ao Direito. Quer-se dizer, com isso, que elas têm a função de produzir decisões vinculantes para toda a sociedade. Ocorre que se demonstrou até aqui que também no campo das competências públicas o Direito terá de decidir o tempo todo em relação as alternativas possíveis do sistema jurídico.

A pergunta inicial deste tópico é: uma vez que existe uma competência geral para que o poder público imprima políticas, isto é, decida questões políticas, é possível que ele decida não exercer sua competência?

Para tanto, vale discorrer sobre o significado da competência, segundo Reck:

A competência é uma espécie de comunicação que tem por função estreitar o campo de decisões possíveis de determinados órgãos. A noção de competência leva a uma comunicação cujo enlace é, precisamente, evitar que um determinado órgão tenha de decidir tudo.

³⁴ WITTGENSTEIN. *Investigações filosóficas*, p. 50-80.

A competência permite a especialização dos órgãos e, com isso, diminui a hiperinformação. Por outro lado, a competência não elimina os excedentes de informação das justificativas para o exercício da competência: qualquer razão pode ser mobilizada e deve ser objeto de exame. De outra banda, a competência tem uma função de ligação: a comunicação competência opera para formar a ligação entre a decisão tomada e a especialização do órgão. Assim, é um elemento de justificação. Ao se questionar por que determinada decisão foi tomada, a competência vai servir como uma razão, posto que seria uma função daquele órgão em específico. A competência é, ela mesma, uma comunicação do tipo jurídico e é produzida pelo próprio Direito. Nesse sentido, trata-se de uma prestação do sistema jurídico ao sistema da organização: empresta-lhe o sentido de condicionantes para a ação. A competência não só seleciona as possibilidades de decisões, mas também o tipo de decisões, isto é, delimita se a competência será exercida por política pública, por serviço público, e assim por diante. Do mesmo modo, a competência serve de legitimação para o tipo de decisão produzida pelo órgão. Se a comunicação/decisão produzida pelo órgão.³⁵

Como dito acima, a competência não só seleciona possibilidades de decisões, mas também acaba definindo o tipo de decisão. O que aqui se investiga é quando e como a organização política define a competência, que gerará os demais enlaces com órgãos, agentes etc.

Conceituada pela doutrina como deveres-poderes do Estado exercidos através do regime jurídico de direito público, as competências públicas genericamente têm sido tratadas como um conjunto de deveres do Estado, executáveis através de seus órgãos e agentes, para a realização dos interesses públicos. Convém ressaltar que certamente a boa doutrina afirma que são poderes legalmente conferidos e demarcados, ou seja, a competência não ficaria a mercê para atuação em matérias em que bem se entender.³⁶

Mais uma vez, a doutrina mostra-se extremamente vazia em suas definições, pois embora se encontre alguns parâmetros constitucionais e doutrinários acerca do âmbito de competências públicas, mais uma vez a definição desta está ao flutuar dos processos vários.³⁷ Se se quiser observar como é materializada a competência, é necessário equipar-se de instrumentos teóricos

³⁵ RECK. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: REIS; LEAL. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, p. 70-71.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 133.

³⁷ WARAT. *Introdução geral ao direito*, v. 2. A epistemologia jurídica da modernidade, p. 150-178.

mais sofisticados, capazes de observar que a atribuição de sentido a institutos jurídicos e a seus regimes jurídicos é um processo complexo e multifásico. Nos dizeres de Reck: “A organização política deve ser capaz de organizar e manter os processos onde se captam o poder comunicativo da sociedade, discutem-se e sintetizam-se os conteúdos e decide-se”.³⁸

O discurso de quem decide acerca da competência tem de fundamentar uma pretensão de validade jurídica de que está agindo dentro de um quadro de decisões possíveis e dentro de um conteúdo permitido anteriormente. O discurso de quem faz uso da competência tem de sempre mover-se dentro de um paradoxo: uma decisão nova e imprevisível tem de se revestir como se já estivesse prevista na competência desde sempre. O que sustenta a decisão de um órgão tem, portanto, dentre suas faces, precisamente a de ser um exercício de algo que já está posto anteriormente.

Se é certo que a competência estabelece deveres de decidir, é necessário pensar também o lado contrário: a competência traz informações para que se saiba quando não se deve decidir. Quais os argumentos que impediriam a organização política tipo Federalismo a não decidir? A doutrina tem-se posicionado de forma contundente na defesa que alguns argumentos os quais retirariam do campo da decisão por ser acordos prévios de uma forma de organização política.

O primeiro ponto de referência sobre os espaços de não intervenção em termos de Federalismo seria a própria proteção de alguns conteúdos, os quais denominamos como cláusulas pétreas constantes no art. 60, §4º e incisos, destacando-se a forma federativa, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

A rigor, uma limitação às decisões da organização política acerca de suas próprias competências deve estar relacionada à proteção desses conteúdos. No entanto, o problema persiste: em que consiste uma decisão que atente contra o próprio sistema federalista? Ressalte-se que a interpretação dos espaços de não atuação estatal também depende do conceito, ou melhor, do que se entende sobre organização política e de como opera essa comunicação, pois há argumentos racionais suficientes para defender que é um típico caso de exercício de autonomia, bem como não é irracional.³⁹ Assim, uma decisão sobre os espaços de atuação e não atuação depende dos acordos prévios

³⁸ RECK. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: REIS; LEAL. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, p. 73.

³⁹ GÜNTHER. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 24-55.

que se tem sobre o significado de liberdade, autonomia e cooperação como símbolos do Federalismo. Nada impediria que uma organização política que adotasse o Federalismo considerasse constitucional determinado tipo de restrição, e outra organização do tipo federalista, inconstitucional. A mera adoção de um perfil federalista para uma organização política. Depende dos enlaces que serão construídos e da capacidade de fazer crer que tal decisão já estava prevista no sistema, gerando assim a estabilização da comunicação.

Outro espaço de não intervenção está relacionado com os conteúdos dos direitos fundamentais. Com o advento da Constituição de 1988 — inovadora na topografia constitucional em relação aos direitos fundamentais e sociais e dotada de largas influências das teorias de direitos fundamentais, especialmente a teoria Alemã e as inspirações da Constituição Portuguesa de 1976 —, os direitos fundamentais são tidos como conteúdos de maior hierarquia material e formal, pois traduziriam um núcleo de matérias que no decorrer da história foram sendo “constituídos” como fundamentais, como um limite mesmo à atividade do Poder Constituinte decorrente e também como legitimadores da existência do atual Estado Democrático de Direito do mundo ocidental. Assim, constituem como também constantes no art. 60, §4º, IV, cláusulas pétreas que não podem ser abolidas, mas podem ser alteradas no sentido de sua máxima aplicabilidade, ou seja, não se pode suprimir, mas deve-se ampliar o conteúdo de seus direitos.

Contudo, não é de hoje que se sabe que tais conteúdos são conhecidos muitas vezes como cláusulas abertas, são expressões jurídicas fundamentais das quais necessitam também uma série de consensos sobre elas.⁴⁰ Basta pensar que é vasta a proteção constitucional no tocante ao direito à vida, no entanto, sabe-se que não há um conceito jurídico-positivo de quando começa ou termina a vida segundo a Carta Constitucional. Também se sabe que igualmente é ampla a proteção da saúde na Constituição de 1988, a ponto de atribuir uma solidariedade passiva dos entes federativos quando do seu cumprimento de sua obrigação de fazer para com os cidadãos. Sobre tal direito não restam muitas polêmicas. Já em relação ao quando, como e quem vai cumprir a obrigação — se é a União, o Estado ou o município — também é uma decisão que necessita análise do caso concreto, ou seja, *a priori* a Federação e a repartição de competência *per si* não resolvem a problemática.

⁴⁰ HABERMAS. *A ética da discussão e a questão da verdade*, p. 20-60.

O que se quer dizer é que os próprios limites sobre o que decidir, como decidir e como se decide não decidir sobre certos conteúdos tem relação com o que se entende por organização política. Só aí será possível dizer qual a função e quais seus próprios limites. Assim, uma organização política — tipo federalista — que se entende mais comprometida com questões sociais tende a ampliar os espaços de intervenção para garantir determinados direitos. Já uma organização política do tipo federalista que construída de forma mais liberal tende a ser menos interventiva, portanto, assegurar maior espaço para a esfera individual e restringindo o campo das competências estatais.

A conclusão a que se chega, finalmente, é a de que, como qualquer instituto jurídico, a concreção do significado de competência necessita de constantes interlocuções para a formação de acordos prévios do que se entende, do que se quer e do que esperar da organização política. A noção de Federalismo dá apenas alguns indicativos — indicativos estes que não eximem de se ter que decidir nesses espaços de ação institucionalizada.

Considerações finais

Ao se observar o Federalismo sob o olhar da teoria pragmático-sistêmica, foi possível diferenciar o conceito de organizações políticas do conceito de Federalismo, chegando-se a conclusão de que o Federalismo é apenas uma forma de organização de uma organização política. Assim, afirmou-se que o Federalismo é uma comunicação sob forma jurídica dentro da organização política.

Destacou-se que o Federalismo funciona através de símbolos: autonomia, liberdade e cooperação. Contudo, restou claro que a simples colocação do *nomem iuris* “Federal” dentro de uma Constituição não resolve o problema de quem decide, ou qual é o grau de controle recíproco entre os entes e quanto de autonomia cada ente federativo gozará. Também se ressaltou que o Federalismo, observado através da função que exerce para o sistema, contribui para o papel do Direito no estabelecimento de procedimentos, matéria e órgão de decisão, ou seja, ele contribui na medida em que estabelece elementos de decisão e que tais decisões ocorram democraticamente como critério de validade, agregando-se assim, a matriz pragmática.

Sob tal enfoque, mais do que decidir e fundamentar decisões que envolvem o Federalismo, a decisão nos moldes da teoria pragmático-sistêmica permite que estes enlaces possam ser criticados discursivamente. Mesmo os próprios limites sobre o que decidir, como decidir e como se decide não decidir

sobre certos conteúdos tem relação com o que se entende por organização política, pois somente aí será possível dizer qual a função e quais seus próprios limites.

A despeito da ausência de conclusões peremptórias, pode-se demonstrar que a adoção do Federalismo como forma jurídica da organização política não exime o Direito de ter de decidir o tempo todo por suas opções e justificá-las racional e comunicativamente, ao contrário do que pretende fazer crer boa parte da doutrina e jurisprudência brasileira, defendendo uma posição ingênua de que a solução para problemas relacionados com repartição de competência, aplicação da subsidiariedade, preponderâncias de interesses, dentre outros, podem ser extraídos de mera interpretação do texto constitucional.

Paradoxes of Federalism – Pragmatic-Systemic Observation

Abstract: This paper discusses the issue of federalism and its observation from the pragmatic-systemic matrix. The problem is precisely to see the apparently invisible paradoxes that emerge when applying the matrix to the traditional conception of federalism. The hypothesis is that a political conception as legal federalism has much to gain from more contemporary observations, which can be carried out by the pragmatic-systemic matrix.

Key words: Pragmatic-Systemic Matrix. Federalism. Federalist Jurisdiction.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Mallheiros, 2007.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed. Brasília: Ed. UnB, 2002. v. 1.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.
- HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Cambridge: Mit Press, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública* [recurso eletrônico]: alguns estudos de casos em Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. México: Anthropos, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- RECK, Janriê Rodrigues. *Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público*. Tese (Doutorado) – Unisinos, São Leopoldo. Disponível em: <http://btd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2009-10-26T135212Z-911/Publico/JanrieReckDireito.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2011.
- RODRIGUES, Itiberê C. V. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- TORRES NAFARRATE, Javier. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM, 2004.
- TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. *A definição jurídica: suas técnicas*. Porto Alegre: Atrium, 1977.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. v. 2. A epistemologia jurídica da modernidade.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BITENCOURT, Caroline Müller, RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul./set. 2012.

Data de recebimento: 10.09.2011

Data de aprovação: 03.09.2012