A PROPOSTA DE UMA CONSTITUIÇÃO SISTÊMICA[Δ]

Carlos Bolonha[*]
Henrique Rangel[**]
Maíra Almeida[***]

Resumo

O presente artigo defende que a legitimidade da ordem constitucional pode ser avaliada através de uma compreensão menos normativista da Constituição, revestindo-a de um entendimento sistêmico. A Constituição corresponde a um componente com especial destaque dentro da ordem constitucional e o modelo sistêmico de Constituição ora proposto — a *Constituição Sistêmica* — estrutura alguns aspectos determinantes a um eficiente e estável funcionamento deste agregado. A *Constituição Sistêmica* considera as características próprias das instituições que atuam na ordem constitucional e aquelas originadas da dinâmica e da interação presente nas agregações para, através de seus arranjos e mecanismos institucionais, permitir que, da ação coletiva das instituições e dos indivíduos no plano constitucional, possa se desdobrar um resultado com predominância de efeitos benéficos ao sistema e aos destinatários de sua atividade.

Palavras-chave

Sistema Constitucional. Sistemas Complexos. Propriedades Emergentes. Efeitos Sistêmicos. Mecanismos Institucionais.

Abstract

This article argues that the legitimacy of constitutional order can be analyzed by a less normative understanding of the Constitution, starting from a systemic understanding. The Constitution corresponds to a component with a particular relevance within the constitutional

[Δ] Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). São financiadores do presente trabalho o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no âmbito da concorrência do Edital Universal nº 14/2013 (Processo nº 483289/2013-2), e a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do APQ-1, 2013 (Processo nº E-26/111.351/2013).

[*] Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio de Janeiro. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

[**] Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. E-mail: henriquerangelc@gmail.com.

[***] Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Advogada. E-mail: almeida.maira.1@gmail.com.

order and the systemic model here proposed — the *Systemic Constitution* — structure some key aspects to an efficient and stable functioning of the aggregate. The *Systemic Constitution* considers the characteristics of the institutions involved in the constitutional order and those emergent from the dynamics and interactions present in aggregations. Thus, through its institutional arrangements and mechanisms, it allows the institutional and individual collective action to obtain a result in which benefic effects predominate to the system and to the addressed of its activity.

Keywords

Constitutional System. Complex Systems. Emergent Properties. Systemic Effects. Institutional Mechanisms.

1. INTRODUÇÃO

Quando pesquisadores promovem inserções teóricas acerca de uma "ordem constitucional", a que precisamente esses autores pretendem se referir? Definir o sentido de ordem constitucional é uma tarefa tão complexa quanto abstrata. Muitas possibilidades podem ser oferecidas dependendo do referencial científico e da demarcação teórica adotada. A título de exemplo, ordem constitucional pode ser compreendida em relação ao conjunto de normas previstas pelo texto constitucional ao lado se suas determinações. Particularmente, no entanto, não se recorrerá a uma perspectiva normativista como esta na abordagem da ordem constitucional no presente trabalho.

Em princípio, é possível afirmar que o objeto principal deste trabalho é a ordem constitucional. Considerando, porém, as demarcações científicas e teóricas que serão adotadas, parece ser mais exato especificar seu sentido enquanto um sistema constitucional. Partindo-se de um marco teórico institucionalista, a legitimidade constitucional, estruturada sob parâmetros normativistas, parece ser insuficiente para compreender os acontecimentos e as circunstâncias presentes de natureza jurídico-política. Com o referencial teórico adotado, a ordem constitucional precisa ser concebida além de seu conteúdo normativo-constitucional, passando a ser integrada pela atividade das instituições que atuam neste plano. A legitimidade, desse modo, pode ser repensada no plano dos efeitos produzidos pela atividade institucional, oferecendo maior valor ao contexto resultante desta atuação, seja alterando a realidade fática de forma positiva, seja de forma negativa.

A proposta de avaliar a legitimidade a partir dos efeitos produzidos pela atividade constitucional pode conduzir a um questionamento muito plausível: como estes efeitos podem efetivamente gerar um quadro legítimo na ordem constitucional. Com isso, a hipótese formulada no presente texto é a seguinte: entre outras possibilidades, a legitimação da ordem constitucional pelo contexto resultante dos efeitos produzidos pode ser obtida com um modelo sistêmico de Constituição. De maneira sintética, esta hipótese representa o pensamento de que a Constituição, superando-se a tradicional compreensão normativista, pode ser avaliada como um importante elemento do

sistema constitucional, e o modo com que esta permite uma atuação dinâmica das instituições é determinante para a produção de efeitos sistêmicos que contribuem positivamente para a legitimação da ordem constitucional.

A pesquisa em direito constitucional, sobretudo no Brasil, pouco se aprofundou na teoria geral dos sistemas[1]. Por esta razão, há uma dificuldade em se compreender adequadamente fenômenos e aspectos ocorridos no sistema constitucional brasileiro. A teoria dos sistemas complexos é a mais apropriada para empreender análises sistêmicas entre aquelas encontradas no fórum transdisciplinar da teoria geral dos sistemas. Seu destaque decorre da possibilidade de lidar com as chamadas propriedades emergentes. Quando as partes de um sistema interagem, a agregação dos componentes pode gerar uma propriedade, em nível mais elevado de agregação, que não pode ser extraída diretamente das características de suas partes[2]. Entre os demais posicionamentos na teoria geral dos sistemas, o reducionismo tem dificuldade em identificar estas emergências, pois restringem suas análises aos componentes do agregado, enquanto o holismo, por desconsiderarem as partes do sistema, possui uma particular dificuldade em compreender suas origens ou causas.

A teoria sistêmica e complexa, por sua vez, ainda é pouco explorada na área das ciências sociais aplicadas e, especialmente, no direito constitucional. Sem a ambição de esgotar as possibilidades de resposta a esta questão — como os efeitos sistêmicos podem representar um fator legitimador do sistema constitucional? —, é possível apresentar uma forma de apreciar o sistema constitucional segundo a teoria dos sistemas complexos. Em particular, um modelo sistêmico de Constituição poderia auxiliar o legítimo exercício da

---

[1] Alguns autores atribuem o crédito do termo "teoria geral dos sistemas" a Ludwig von Bertalanffy, cunhado para se designar a este fórum transdisciplinar. Cf. VON BERTALANFFY, Ludwig. "General System Theory: A New Approach to Unity of Science". **Human Biology**, Vol. 23, 303, 1951. Cf. BOULDING, Kenneth. "General Systems Theory: the Skeleton of Science". **Management Science**, Vol. 2, 3, 1956; KAST, Freemont; ROSENZWEIG, James. "General Systems Theory: Applications for Organization and Management". **Academy of Management Journal**, Vol. 15, 4, 1972.

[2] As propriedades emergentes podem ser ilustradas pela lógica da ação coletiva dos seguintes exemplos, entre outros: (i) o paradoxo do voto (voting paradox) do cientista e matemático Marques de Condorcet, também difundido somente como o paradoxo de Condorcet, e sua extensão promovida pelo economista Kenneth Arrow, que se popularizou como Teorema da Impossibilidade de Arrow (Arrow's Theorem); (ii) o paradoxo doutrinal (doctrinal paradox) de Lewis Kornhauser e Lawrence Sager e sua generalização sob a forma do dilema discursivo (discursive dilemma) de Christian List e Philip Pettit; (iii) o dilema do prisioneiro (prisoners' dilemma), inicialmente concebido por Merrill Flood e Melvin Dresher e organizado sob sua clássica estrutura por Albert Tucker; (iv) o mecanismo da mão-invisível do mercado de Adam Smith (market's invisible-hand mechanism); (v) o problema dos caronistas, enfrentado por Russell Hardin (free rider problem); (vi) o paradoxo da poupança (paradox of thrift), concebido pelo economista John Maynard Keynes; e (vii) a tragédia dos comuns (tragedy of the commons), pensada por Garrett Hardin; e (viii) o teorema do júri de Condorcet (jury theorem). Cf. VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution.** New York, NY: Oxford University Press, 2011.

atividade institucional, tendo-se, como parâmetro legitimatório a resultante dos efeitos produzidos nesta ordem.

Basicamente, o que se defende é a necessidade de entender a Constituição de modo sistêmico. A Constituição corresponde a um componente com especial destaque dentro deste sistema e este modelo sistêmico ora proposto — a *Constituição Sistêmica* — estrutura alguns aspectos determinantes a um eficiente e estável funcionamento do agregado. A *Constituição Sistêmica* considera as características próprias das instituições que atuam na ordem constitucional e aquelas originadas da dinâmica e da interação presente nas agregações para, através de seus arranjos e mecanismos institucionais, permitir que, da ação coletiva das instituições e dos indivíduos no plano constitucional, possa se desdobrar uma resultante com predominância de efeitos benéficos ao sistema e aos destinatários de sua atividade.

Desse modo, o objetivo deste artigo é oferecer considerações sobre uma forma de legitimação pelos efeitos sistêmicos desenvolvida a partir de um modelo específico de Constituição: a Constituição Sistêmica. Trata-se de não adotar uma aproximação meramente normativista da Constituição, mas de lhe conferir uma abordagem sistêmica e complexa diante das instituições que integram a ordem constitucional como um todo.

2. A CONSTITUIÇÃO E SEU CARÁTER SISTÊMICO

O sistema constitucional concebido na teoria norte-americana contemporânea é estruturalmente composto pela ideia de agregação de instituições[3]. Não somente instituições formam um sistema constitucional. Cada instituição integrante desta complexa organização tem sua composição formada pela agregação de indivíduos responsáveis por desempenhar suas atividades jurídicas e políticas. Com isso, a teoria institucional tem se referido a instituições e indivíduos como os principais elementos na formação de um sistema constitucional, muitas vezes à frente de qualquer elemento normativo como a própria Constituição. Tais elementos, no entanto, não são os únicos admitidos para compor o sistema constitucional. Embora com relevância menos acentuadas, a teoria institucional tem admitido a presença de componentes objetivos na formação do sistema. Estes referenciais de caráter objetivo também, ao se reconhecerem na formação das agregações, são identificados sob o termo "proposições".

Adrian Vermeule afirma que "elas [as unidades do sistema] podem ser proposições de fato, moralidade ou de direito" e isso significa que a demarcação teórica adotada pelo presente trabalho, apesar de enfatizar a atuação de

[3] Cf. VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution.** New York, NY: Oxford University Press, 2011.

indivíduos e instituições na dinâmica do sistema constitucional, permite perfeitamente que a Constituição se integre a este agregado[4]. Assim, a Constituição é parte integrante — e necessária — do sistema constitucional, condicionada à dimensão de componente objetivo, por se tratar de uma proposição[5].

O principal critério que se pode aplicar ao sistema constitucional para definir o que efetivamente se comporta como componente de sua integralidade é a interação. A interação pode ser concebida a partir de atos e comportamentos adotados pelas entidades que fazem parte do sistema. Em outras palavras, a agregação que pode ensejar propriedades emergentes e, assim, caracterizar um sistema somente ocorre quando um ato é praticado por uma coletividade — de indivíduos ou de instituições — e, para que esta ação coletiva seja observada, uma interação deve ser, necessariamente, observada. A interação é, portanto, uma via indispensável para a realização de uma ação coletiva.

Em princípio, afirmar que a Constituição não interage com as instituições no sistema constitucional pode sugerir que esta não seja um autêntico componente. Há, todavia, pelo menos, três argumentos que podem ser elencados para sustentar a Constituição enquanto um componente do sistema constitucional. Ao mesmo tempo em que tais argumentos promovem sua integração ao sistema, caracterizam sua qualidade de componente não-ordinário: (i) a Constituição é o ato fundador do sistema constitucional; (ii) a Constituição é o principal objeto da atividade desempenhada no sistema constitucional, independentemente no nível de agregação correspondente à ação coletiva; e (iii) a Constituição, pelos mecanismos institucionais que con-

---

[4] No original: "they [the unitis of the system] might be propositions of fact, morality, or law". VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution.** New York, NY: Oxford University Press, 2011.

[5] Para os fins do presente artigo, o mais importante é considerar a Constituição como uma proposição, sem aprofundar qual seria sua natureza — de fato, moralidade ou direito. Entre as diversas definições de Constituição, há teóricos que a consideram uma norma, situada no ápice do ordenamento jurídico, e afastada de qualquer elemento extrajurídico que não seja a própria lógica, fonte de sua validade, como no caso da norma hipotética fundamental de Hans Kelsen. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Esta é uma definição que, sem dúvidas, consideraria a Constituição como uma proposição de direito. Por outro lado, há autores que definem uma suposta Constituição *real*, configurada pelas relações de poder existentes na realidade, como uma proposição mais adequada do que um documento escrito. Neste caso, Constituição poderia ser considerada mais uma proposição de fato do que de direito. Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. Existem autores mais contemporâneos que relacionam o direito e a moral e, neste caso, é possível apontar tanto correntes perfeccionistas, como a de Ronal Dworkin, quanto neopositivistas incorporativistas, como a de Jospeh Raz. Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1986; RAZ, Joseph. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. New York: Oxford University Press, 1979. De alguma maneira, uma base teórica aproximada destes autores poderia conduzir a afirmações de que a Constituição seria uma proposição de moralidade ou, no mínimo, híbrida, associando este aspecto ao normativo.

cebe, é o componente determinante para a ocorrência da agregação no sistema, bem como a forma e os limites que esta assumirá.

2.1. A Constituição como ato fundador do sistema constitucional

O primeiro argumento em defesa da Constituição como elemento integrante do sistema constitucional possui natureza formal: trata-se do ato fundador do sistema. Embora este não seja o recurso discursivamente mais convincente ou persuasivo, é extremamente necessário ressaltar a importância inaugural da Constituição enquanto elemento originário de todo o sistema. Por mais que a perspectiva sistêmica acerca da ordem constitucional preveja a possibilidade de redesenhos como acontecimentos ou efeitos inerentes a esta organização, certos eventos não podem ser considerados como tal. Uma nova Constituição representa mais do que redesenho do sistema constitucional pré-existente. Quando uma Constituição é sucedida, na experiência democrática de determinado Estado, o que se entende é que uma nova ordem constitucional foi instaurada e, com isso, as instituições são redesenhadas em um grau mais aprofundado — ou, até mesmo, são criadas ou extintas —, de forma que o sistema tende a ser modificado por completo.

Este é um argumento simples e pouco sofisticado que, porém, deve ser considerado e abordado por um aspecto formal. Neste momento inaugural, seria plausível afirmar que a Constituição, por possivelmente redesenhar de modo expressivo as principais instituições da ordem constitucional, pratica um ato — um ato fundador —, mesmo que tal componente represente uma proposição de direito. De qualquer modo, parece mais apropriado considerar esta fundação do sistema como ato praticado por agentes do governo ou populares, dependendo do caso específico, tendo-se a Constituição como instrumento. Mesmo a ocorrência de emendas à Constituição não poderiam ser, a rigor, consideradas, sob uma perspectiva personificada, como atos praticados por esta. Uma vez fundado o sistema constitucional e disposto pela Constituição que determinadas instituições teriam a prerrogativa de modificá-la, o exercício de tal mecanismo deve ser reconhecido como uma atividade da instituição — Legislativo — e ou da interação entre as instituições que iniciaram e aprovaram aquela alteração formal. Portanto, não significa que a Constituição redesenhou o sistema ou certos componentes do sistema, e sim que instituições, ao menos em tese, redesenharam a Constituição; o sistema como um todo; ou, até mesmo, outras instituições[6].

[6] É necessário ressaltar que as emendas à Constituição podem ter ou não impacto no plano sistêmico. Algumas alterações formais do texto constitucional não alcançam expressividade, de forma que esta represente uma reforma para o componente — a Constituição — sem, porém, ocasionar uma efetiva modificação no sistema como um todo. Vermeule critica a posição de David Strauss, que defende a completa irrelevância das emendas à Constituição Americana. A crítica se reveste de uma perspectiva sistêmica: mesmo que nenhuma das emendas, sin-

2.2. A Constituição como objeto central da atividade sistêmico-constitucional

A interação como critério para determinação dos componentes do sistema não é suficiente para identificar integralmente seus componentes. Esta insuficiência é causada pela possibilidade de componentes objetivos estarem presentes no sistema. As proposições, enquanto importantes referenciais levados em consideração pelos componentes no momento da ação coletiva, não se manifestam pela interação. Somente os indivíduos e as instituições representam fonte de atividade, ou seja, possuem a regular prerrogativa de praticar atos na ordem constitucional.

Proposições fazem parte do sistema, não pela interação com os demais componentes, tendo em vista que delas não se origina atividade para a efetivação de ações coletivas, mas pela forma com que os indivíduos e as instituições estabelecem suas premissas, preferências, valores e julgamentos fundados sobre seu conteúdo. Quando a Constituição assume a forma de uma proposição de direito, portanto, passa a representar um componente do sistema constitucional, mesmo que não se trate de um componente dotado de vontade; do que Konrad Hesse chamaria de força normativa; ou de qualquer outro formato personificado[7].

Os enunciados estabelecidos pela Constituição, quando exigem alguma atividade, dependem estritamente das instituições. Somente estes componentes podem exercer determinados mandamentos previstos no texto constitucional. O fato de a Constituição não interagir com os demais componentes diretamente na dinâmica sistêmico-constitucional a torna um elemento diferenciado deste segundo nível de agregação. Por se tratar do objeto comum à atividade de todo o sistema, tal proposição de direito não pode dele ser excluído. Uma simples decorrência pode ser extraída de sua não interação no sistema constitucional, apesar de corresponder ao objeto central da atividade do sistema, não importando o nível de agregação: a Constituição é um componente não-ordinário do sistema constitucional.

---

gularmente pareça oferecer alguma relevância à Constituição como um todo, o agregado de emendas pode ser relevante, como expressão de uma propriedade emergente. A irrelevância arguida por Strauss é observada por Vermeule da seguinte forma: para nenhuma mudança constitucional é necessária ou suficiente o processo de emenda à Constituição. Em tese, a Constituição poderia ser interpretada como se fosse a mesma vigente, atualmente, ainda que nunca tivesse sofrido alteração em seu texto. Vermeule, no entanto, compreende que, mesmo que a mudança provocada por uma emenda pudesse ser promovida por outra emenda, seria uma falácia da composição presumir que nenhuma delas desempenha papel relevante no texto constitucional. Com esta premissa de fungibilidade entre as emendas, a irrelevância das modificações de determinada emenda dependeria da existência de alguma outra. Trata-se de um típico exemplo de propriedade emergente em que os componentes objetivos considerados são proposições de direito, e não indivíduos ou instituições propriamente. Cf. VERMEURLE, Adrian, *op. cit.*, p. 24.

[7] Cf. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

2.3. A Constituição como componente determinante para a agregação

De acordo com o marco teórico adotado, a agregação é o principal critério, ao lado das propriedades emergentes, para o reconhecimento de um caráter sistêmico na ordem constitucional. Particularmente, o sistema constitucional observa sua agregação, evidentemente, ao redor da Constituição. A Constituição não somente faz parte do sistema, como representa um componente não-ordinário e, neste sentido, seus mecanismos serão determinantes para a consolidação da agregação de seus componentes, bem como a forma e os limites assumidos por tal agregação.

A Constituição estabelece desenhos constitucionais em larga e pequena-escala, que viabilizam, amoldam e limitam a maneira com que os componentes do sistema constitucional promoverão suas atividades. Para compreender a qualidade da Constituição como componente determinante à agregação do sistema, é preciso admitir duas perspectivas: a primeira perspectiva corresponde ao nível de agregações do sistema; a segunda é complementar a esta lógica e se observa no plano dos mecanismos institucionais.

Em relação à primeira perspectiva, é necessário ressaltar a existência de dois níveis de agregação no sistema constitucional, um caracterizado pela agregação de indivíduos e outro pela agregação de instituições. De um lado, indivíduos se agregam para, no âmbito de determinada instituição componente do sistema constitucional, realizar um conjunto de ações coletivas. A existência desta agregação de indivíduos, a forma básica de seu desenvolvimento e os limites, em regra, serão encontrados na Constituição, devido a existência de uma distribuição de competências. Trata-se de uma dimensão jurídico-normativa da agregação. O primeiro nível de agregação do sistema constitucional se caracteriza pela presença de regramentos normativos indicando a competência e a atribuição à disposição de seus componentes. De outro lado, instituições se agregam, em nível sistêmico-constitucional, para o desempenho de atividades também de natureza coletiva, atendendo a um nível mais elevado de agregação. O plano sistêmico-constitucional não se organiza da mesma maneira que as instituições em geral. Ao invés de um sistema jurídico-normativo que estabelece as regras da agregação de indivíduos, a interação sistêmica entre as instituições se orienta a partir de desenhos constitucionais em larga-escala, com menor grau de detalhamento e especificação. Não existe, em nível sistêmico, uma distribuição de competências e atribuições constitucionais prevista para balizar a interação entre instituições no plano constitucional. Os desenhos constitucionais em larga-escala somente estabelecem as formas grosseiras de organização do sistema sem, no entanto, parametrizar como as instituições devem proceder para realizar ações coletivas em um segundo nível de agregação. Com isso, tal nível de agregação se orienta por uma lógica político-institucional — e não por uma lógica jurídico-normativa. O resultado desta organização relativizada, mini-

mamente estruturada ao redor de desenhos constitucionais em larga-escala, é a comum e frequente ocorrência de disputas pela autoridade para produzir o direito e a política, o que se apresenta sob o rótulo de *constitutional showdowns* por Eric Ponser e Adrian Vermeule, responsável pela ocorrência das supostas mudanças constitucionais[8].

Em princípio, manter a interação das instituições orientadas a partir (i) da organização pouco sofisticada de desenhos constitucionais em larga-escala e (ii) de recorrentes disputas pela autoridade para produzir o direito e a política parece sugerir um sistema qualificado por uma elevada instabilidade. A segunda perspectiva, no entanto, aproxima-se desta questão. A relação interinstitucional, em nível sistêmico, para que o sistema preserve sua estabilidade e sua própria existência, depende dos desenhos institucionais previstos e concebidos pela Constituição em pequena-escala. Trata-se do que Vermeule compreende por mecanismos institucionais[9]. A organização sistêmica promovida pelos desenhos constitucionais em larga-escala não é suficientemente detalhada e sofisticada para determinar como as instituições devem proceder no segundo nível de agregação, a forma de sua procedência, nem os limites de tais ações coletivas. Quando disputas pela autoridade são deflagradas entre as instituições no plano sistêmico-constitucional, a superação deste dilema, ao menos na maior parte dos casos, dependerá do sucesso da Constituição em prever mecanismos institucionais aptos a coordenar esta dinâmica.

Em síntese, seja em primeiro ou segundo nível de agregação, a Constituição é o componente responsável pela ocorrência, pela forma e pelos limites de tais agregações. A Constituição determinará a possibilidade de sua ocorrência, sua forma e seus limites, de acordo com o regime de distribuição de competências e atribuições constitucionais — em primeiro nível de agregação —, de acordo com os desenhos constitucionais em larga-escala — em segundo nível de agregação — e controlará a estabilidade do sistema como

---

[8] Para compreender o conceito de *constitutional showdowns*: "Crises arrive not only from exogenous shocks, such as 9/11 or the financial meltdown of 2008, but also when lawmaking institutions engage in high-stakes brinkmanship over the allocation of lawmaking powers or the choice of policies. We call these moments 'constitutional showdowns', and show that popularity and credibility are decisive in such moments. The executive, legislature, and judiciary bargain and bluff their way to a resolution; the outcome is determined by popular support and by the credibility of the player's threats. Public opinion, not Madisonian deliberation, rules the day. However expansive his legal powers, the president must anticipate such moments and work, even in normal times, to build public support for his policy and to generate credibility for his threats. Overall, we suggest that political constraints on executive government are real, even as legal constraints have atrophied." POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the madisonian republic.** New York, NY: Oxford University Press, 2011, p. 13-14.

[9] VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: institutional design writ-small.** New York, NY: Oxford University Press, 2007.

um todo a partir dos mecanismos institucionais que originalmente puderam ser concebidos e que presentemente são exercidos.

3. A CONSTITUIÇÃO SISTÊMICA

O sistema constitucional depende, para sua configuração e seu regular funcionamento, de uma Constituição. Esta Constituição, no entanto, não poderá dispensar seu caráter sistêmico. É fundamental que a Constituição seja observada como um componente daquele sistema, particularmente, caracterizada como seu componente não-ordinário. Ao invés de interagir diretamente com as instituições que o formam, a Constituição se apresenta como componente não-ordinário do sistema constitucional (i) por fundar o próprio sistema, (ii) por ser o principal objeto da atividade desempenhada em seu interior e (iii) por ser determinante à ocorrência do fenômeno da agregação, assim como a forma e os limites desta.

O que faz da Constituição um elemento eminentemente sistêmico, porém, não é somente o fato de esta ser um componente do sistema constitucional, nem mesmo sua caracterização não-ordinária. O sistema constitucional depende, necessariamente, de uma Constituição para sua formação e para que seus componentes se agreguem. O que se questiona, porém, é como a *Constituição Sistêmica* vai além desse aspecto.

A atividade do sistema constitucional depende das propriedades de sua Constituição. Evidentemente, isso dependerá das propriedades de todos seus componentes, bem como das propriedades emergentes que caracterizam o próprio sistema. As propriedades da Constituição, entretanto, são ainda mais determinantes para a manutenção do sistema e de sua dinâmica própria. Com isso, o modelo que ora se pretende sustentar — a Constituição Sistêmica — representa as propriedades indispensáveis para que uma Constituição, no interior de seu sistema, garanta um efetivo e estável funcionamento da ordem constitucional como um todo. Nesse sentido, há duas razões capazes de, por si só, definir uma Constituição especificamente considerada como *sistêmica*: (i) seu *locus*, e (ii) seu papel no interior do sistema.

3.1. O locus da Constituição Sistêmica

Quando Vermeule recorreu às distintas contribuições acadêmicas e científicas observadas no campo da teoria dos sistemas, diversas áreas e subáreas do conhecimento — havendo especial destaque para ciência da computação, biologia e química — foram relevantes para a construção de sua noção de sistema constitucional. Da mesma maneira, existe outra teoria que pode ser considerada na elaboração de um conceito de *Constituição Sistêmica*. Trata-se da ciência da rede, com maior desenvolvimento em disciplinas como ciência da computação, comunicação social e biologia, entre outras, responsável

por promover "o estudo da representação conectada de fenômenos físicos, biológicos e sociais, conduzindo a modelos preditivos destes fenômenos"[10].

Nessa ciência especificamente, uma rede é composta por um conjunto de *nós*, ou centros, interconectados por bordas, *links*, ou caminhos geodésicos. Os nós são responsáveis por concentrar parcelas daquele objeto ao redor do qual a rede é criada. Caso se trate de uma rede de informações, informações partem de um nó específico para os demais que a ele estejam conectados. Entre as principais preocupações da ciência da rede, há o estudo da centralidade de seus nós. As redes podem assumir indefinidas configurações, formas e modelos, mas, percebendo-se a possibilidade de determinados centros desempenharem uma função de destaque em sua rede, há dois tipos básicos de rede: centralizadas e descentralizadas. A principal distinção entre uma rede centralizada e uma rede descentralizada é a existência, naquela, de um centro conectado a todos os demais, cuja integridade corresponde à integridade da própria rede como um todo. Em outras palavras, a sucumbência de um nó centralizado poderia comprometer a rede como um todo. Assim, foram desenvolvidos alguns critérios definidores da centralidade de um nó em sua rede. Os mais tradicionais são os seguintes: centralidade por número de conexões (*degree centrality*), centralidade por proximidade (*closeness centrality*) e centralidade por intermediação (*betweenness centrality*)[11]. O primeiro critério define a centralidade do nó a partir do número de links nele incidentes. O segundo critério, por sua vez, considera a soma da distância entre aquele nó e todos os demais que compõem a rede. O terceiro critério, por fim, compreende o montante de tráfego que atravessa o nó em relação aos demais.

Estes critérios de centralidade são, particularmente, de difícil aplicação em uma análise sistêmico-constitucional, porém, a noção de centralidade pode ser aproximada desse objeto. Se o conceito de centralidade se define pela necessidade de se manter íntegro o elemento central da rede para que se mantenha íntegra a rede como um todo, esta é a visão que se deve ter da Constituição Sistêmica. É perfeitamente plausível argumentar que a Constituição representa aquele componente com o maior número de *links*; com a maior proximidade dos demais componentes; ou, até mesmo, com a maior taxa de intermediação entre os demais componentes do sistema. É, porém, quase inquestionável que o sistema constitucional dependa da Constituição

[10] Esta é a definição oficial de *network science* pelo Conselho Nacional de Pesquisa dos Estados Unidos (United States National Research Council). Cf. EUA, Committee on Network Science for Future Army Applications, National Research Council. **Network Science.** Washington, DC: The National Academies Press, 2005.

[11] Embora sejam os mais tradicionais, não são os únicos, nem, necessariamente, os mais reconhecidos na ciência da rede. Outros critérios mais complexos e sofisticados já foram concebidos, mas dificilmente seriam aproximáveis de um estudo sistêmico da ordem constitucional. Entre tais critérios mais complexos e sofisticados, há o *eigenvector centrality* e o *katz centrality*.

para sua existência. Por um lado, sem a observância de uma Constituição, não se elimina a possibilidade de sistemas se formarem da agregação de instituições, embora esta ocorra ao redor de objeto diverso, não da Constituição. Por outro lado, quando uma Constituição é sucedida por outra, seja por movimentos democráticos ou autoritários, o mais provável é que um novo sistema se constitua, havendo modificações em seus componentes, na forma e nos limites da agregação.

Desse modo, a primeira razão para se atribuir um caráter sistêmico à determinada Constituição corresponde ao *locus* por ela ocupado dentro do sistema constitucional. A primeira propriedade de uma Constituição Sistêmica é sua centralidade. Caso o sistema constitucional dispense sua presença nos momentos de ação coletiva, devido à preponderância de algum outro componente, tal Constituição não poderá ser caracterizada como eminentemente sistêmica. Mesmo que seja um componente do sistema constitucional, a Constituição Sistêmica requer centralidade para alcançar este *status*, não permitindo que nenhuma instituição ou proposição de fato, moral ou de direito lhe avoque tal propriedade.

3.2. O papel da Constituição Sistêmica

O caráter sistêmico de determinada Constituição não pode ser aferido somente com base em sua posição no interior do sistema constitucional. A centralidade não é o único parâmetro relacionado à Constituição Sistêmica. Esta deve desempenhar um papel em particular: garantir a estabilidade do sistema constitucional. Em princípio, tal afirmação sugere certa personificação da Constituição, algo que contradiz sua caracterização não-ordinária sustentada no presente trabalho. Ao defender a existência de um papel a ser desempenhado pela Constituição, no entanto, não significa que esta voluntariamente adotará e exercerá este papel.

Na verdade, este papel é definido pelos atores responsáveis por elaborar a Constituição. No momento inaugural de um sistema constitucional, os atores responsáveis por concebê-lo devem ter ciência das propriedades dos componentes e daquelas emergentes do sistema. Isso permitirá prever os efeitos sistêmicos que serão observados a partir da interação das instituições agregadas. Com isso, a garantia da estabilidade depende dos mecanismos institucionais previstos pela própria Constituição em sua origem. Não se trata de uma interação da Constituição com as instituições de modo personificado. As instituições se encontram agregadas em função da Constituição e a maneira com que esta permite a ocorrência de distintas formas de interação será determinante para a garantia da estabilidade do sistema. A Constituição Sistêmica, sob este aspecto em especial, é aquela capaz de, desde o momento inaugural, (i) predizer as propriedades de seus componentes e as que emergiriam do sistema, (ii) predizer os efeitos sistêmicos advindos da agregação

de segundo nível, e (iii) estabelecer arranjos e mecanismos institucionais capazes de suportar a interação em duplo nível de agregação mesmo nos momentos de tensão ou crise.

Garantir a estabilidade do sistema constitucional não significa moldá-lo de forma rígida. Pelo contrário, é permitir que a interação entre as instituições proceda de formas tão distintas quanto as circunstâncias que poderão ser enfrentadas pelo sistema. Tal garantia pode ser concebida como uma necessária elasticidade do sistema para superar os estímulos internos e externos a que estão suscetíveis a agregação como um todo ou mesmo seus componentes singularmente considerados. De um lado, é necessário permitir que a relação entre as instituições assuma formas diversas para se adaptar às circunstâncias internas ou externas ao sistema que poderão comprometer seu regular funcionamento. De outro lado, é preciso prever limites a estas adaptações de modo que, após a superação de tais circunstâncias, a relação entre as instituições do sistema constitucional retornem gradualmente à normalidade.

Em suma, a difícil tarefa de articular formas distintas e limites de interação entre as instituições, ao lado de sua centralidade no sistema, é o que torna um texto normativo em um modelo sistêmico de Constituição. A tarefa de, no momento original do sistema, prever tais possibilidades é tão árdua quanto determinante para a observância de um documento respeitado e com autoridade amplamente reconhecida, mesmo decorridos, na hipótese, mais de dois séculos desde sua aprovação.

4. ENUNCIADOS NORMATIVOS *VS.* MECANISMOS INSTITUCIONAIS

As contribuições acadêmicas observadas no constitucionalismo contemporâneo brasileiro apontam, com recorrência, supostos problemas jurídicos, em geral, associados ao plano da separação de poderes, da efetivação de princípios constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, ou do controle de constitucionalidade. Em regra, os problemas são identificados sob uma ótica tão normativista quanto às soluções oferecidas. A academia jurídica brasileira possui certa dificuldade em compreender que problemas institucionais não se resolvem a partir de determinações normativas. Na maioria dos casos, uma ordem emanada de um texto legal, por maior que seja sua força normativa — seja qual for o significado disso —, não detém o potencial necessário de constrangimento para determinar que instituições no plano constitucional alterem seu comportamento e passem a exercer suas atividades de modo diferenciado. Elaborar novos enunciados normativos para combater problemas institucionais futuros ou já bem conhecidos no sistema constitucional não parece ser a medida mais estratégica ou efetiva. Problemas institucionais somente podem ser resolvidos à medida que os arranjos institucionais sejam estruturados com a ciência das propriedades emergentes e

dos respectivos efeitos sistêmicos que podem destas decorrer e, principalmente, à medida que mecanismos institucionais são exercidos pelas instituições do sistema constitucional.

Basicamente, trabalha-se com duas definições, cada qual possuindo suas subdivisões. Por um lado, enunciados normativos representam aquelas determinações textuais, com conteúdo de norma jurídica. No presente artigo, consideram-se somente aqueles relacionados à esfera constitucional. Existe uma classificação elaborada pela autointitulada *nova teoria da norma jurídica*, que, atualmente, já dispensa maiores detalhamentos, e pode ser aproveitada para compreender o sentido que se pretende atribuir ao termo "enunciados normativos" — regras e princípios. De qualquer forma, outras referências com caráter vinculante podem ser inseridas nesta categoria, a exemplo dos *standards* decisórios versados por alguns constitucionalistas e teóricos do direito[12]. Por outro lado, os desenhos institucionais não possuem finalidade deontológica, possuindo uma função mais prática do que prescritiva. Os desenhos constitucionais podem ser analisados a partir de sua escala. Vermeule elaborou uma classificação baseada neste aspecto, designando-se aos desenhos de larga-escala como arranjos institucionais e aos de pequena-escala como mecanismos institucionais. Os arranjos institucionais, tais como a separação de poderes, a forma federativa de Estado e o governo republicano, seriam desenhos mais robustos, definidores dos principais e mais basilares aspectos da ordem jurídico-política do Estado. Os mecanismos institucionais, por sua vez, seriam desenhos mais pontuais e precisos, visando superar alguns problemas atinentes à atividade institucional, seja internamente ou em sua relação dinâmica com os demais componentes do agregado. Os mecanismos institucionais, particularmente, possuiriam uma função específica de promover valores democráticos através de seu exercício. Apesar da difícil delimitação e sustentação de valores democráticos, que podem ser facilmente conduzidos ao desacordo, Vermeule define o que ele acredita ter a maior possibilidade de atingir o consenso, formando quatro acordos teoricamente incompletos: imparcialidade, responsabilidade, transparência e deliberação[13].

É possível ilustrar a propriedade, menor ou maior, de tais instrumentos para produzir efeitos práticos no sistema constitucional. De um lado, podem ser apresentados exemplos de enunciados normativos que consegue atingir somente suas finalidades estruturante-constitucionais ao lado

[12] SCHAUER, Frederick. "The Convergence of Rules and Standards". **Regulatory Policy Program Working Paper of Harvard University**, RPP-2001-07, 2001; SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

[13] Para analisar os valores democráticos tratados por Vermeule, Cf. VERMEULE, Adrian, *op. cit.*, p. 4. Para analisar o conceito de acordos teoricamente incompletos, Cf. SUNSTEIN, Cass. "Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law". **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 147, 2007.

de outros que conseguem produzir efeitos com maior expressividade. Entre os primeiros, há (i) o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e (ii) a seção 1 do artigo I da Constituição dos Estados Unidos, versando sobre o Poder Legislativo. Entre aquelas regulamentações normativas capazes de produzir maiores efeitos, há (i) as Medidas Provisórias (MPs), previstas no art. 59, V, c/c art. 62, todos da CRFB/88, e (ii) o estatuto norte-americano que se popularizou como PATRIOT Act. De outro lado, alguns desenhos institucionais podem ser apreciados como dispositivos eficientes e aptos a produzir significativos efeitos no sistema constitucional. Entre estes, é possível mencionar, no caso brasileiro, (i) o recurso às Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito (CPMI) e, no caso norte-americano, (ii) as denominadas regras submajoritárias.

4.1. Exemplos de enunciados normativos

O art. 2º da CRFB/88 prevê, de modo amplo, a separação de poderes no Estado, determinando que os Poderes sejam "independentes e harmônicos entre si". Trata-se de um enunciado normativo que estabelece duas qualidades que deveriam caracterizar a relação dinâmica entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Por mais que se defenda a força normativa deste dispositivo constitucional, ou qualquer outra tese de natureza normativa, este recurso é absolutamente irrelevante para a interação que efetivamente se desenvolve no sistema constitucional enquanto agregação em duplo nível. Em primeiro lugar, este enunciado normativo não garante que a relação entre Poderes, no Brasil, caracterize-se por "independência e harmonia". Em segundo lugar, ainda que esta relação, de fato, caracterize-se pela independência e harmonia dos Poderes, seria ingênuo reputar como sua causa o teor normativo daquele dispositivo constitucional.

Da mesma forma, a seção 1 do artigo I da Constituição dos Estados Unidos é um enunciado normativo contendo determinações prescritivas acerca do desenho constitucional originalmente esperado. Este dispositivo prevê o seguinte: "todos os Poderes legislativos aqui concedidos deverão ser investidos em um Congresso dos Estados Unidos, que deve consistir em um Senado e em uma Casa de Representantes"[14]. Trata-se de um dispositivo constitucional elaborado com a finalidade de impedir que um único governante centralizasse poderes que pudessem conduzir a uma tirania. Afirmar que todos os poderes legislativos devem ser investidos no Legislativo significa dizer que o Executivo não deve ter poderes legislativos. É questionável, no entanto, se tal enunciado normativo conseguiu atingir seu objetivo, qual seja, afastar do presidente qualquer poder legislativo. Na verdade, o Executivo

[14] No original: "Article. I. Section. 1. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives."

norte-americano, ao longo da experiência democrática, passou a controlar poderes legislativos que, por sinal, dificilmente retornarão ao domínio do Congresso. Na obra *The Executive Unbound*, Eric Posner e Adrian Vermeule, ao sustentar a tese de que mecanismos legais são incapazes de constranger a atuação do Executivo, apresentam os denominados problemas-gêmeos do legalismo liberal (*twin problems of liberal legalism*): delegações e emergências[15]. Segundo os autores, o Congresso não é o Poder mais preparado para regulamentar assuntos de alta complexidade técnica, nem para assumir uma postura de liderança em momentos de crise. Com isso, delegações e emergências seriam problemas, geralmente relacionados entre si, que ocasionariam um fortalecimento do Executivo. Asseveram Posner e Vermeule, ainda, que os mesmos motivos que levam ao fortalecimento do Executivo impedem que os poderes por este concentrado retornem ao Legislativo. Diante de tais circunstâncias, torna-se difícil sustentar a força deste enunciado normativo da Constituição norte-americana, uma vez que sua determinação não corresponde ao contexto efetivamente observado naquele sistema constitucional.

Entre os exemplos de diplomas normativos que alcançam grande efetividade, há certo destaque, no Brasil, para as MPs. Trata-se de uma espécie legislativa editada pelo Poder Executivo com força de lei, representando um dos instrumentos *de facto* mais eficientes e utilizados no atual contexto político. As MPs demonstram como situações de alta complexidade podem ser enfrentadas por uma estrutura hierarquizada e tecnicamente qualificada, sem que problemas de ordem deliberativa e de ação coletiva em primeiro nível de agregação comprometam seus resultados. Com isso, tais medidas, ao menos em tese, aparentam ter maior propriedade do que os enunciados normativos para atingir suas finalidades e solucionar problemas práticos relacionados ao sistema constitucional. Em regra, a regulação da economia e a solução de crises econômicas, no Brasil, são circunstâncias enfrentadas mediante MPs[16]. A título de exemplo, o denominado Plano Real, a que se atribui a maior parte do crédito pela superação da inflação e da crise monetária que assolou as décadas de 80 e de 90, decorreu da MP nº 434/94, que, após duas reedições, foi convertida na Lei nº 8.880/94[17]. Mesmo que quase todas as instituições desobedeçam a um preceito normativo da Constituição, o exercício de um dispositivo por parte de somente uma delas pode ser suficiente para reverter um quadro aprofundado de crise.

Do mesmo modo, a experiência constitucional democrática dos Estados Unidos fornece o exemplo de diploma normativo de natureza especial-

[15] POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian, *op. cit.*, p. 3.

[16] Embora circunstâncias econômicas não pareçam se relacionar com o sistema constitucional, é necessário observar que, tanto o sistema como um todo, quanto os componentes do sistema, recebem influxos externos capazes de redirecionar o rumo de suas atividades e a economia é um dos fatores capazes de causar significativo impacto no sistema.

[17] As MPs responsáveis pelas reedições da MP nº 434/94 foram as MPs nº 457/94 e nº 482/94.

mente distinta. Após o crítico momento de 11 de setembro de 2001, as instituições norte-americanas coordenaram-se de uma forma altamente peculiar para a tomada de importantes decisões relacionadas à defesa do País. Apesar das críticas sofridas pela edição e pelo exercício dos instrumentos previstos no USA PATRIOT Act de 2001, trata-se de um exemplo diferenciado na história, em que a Presidência observou um provisório alargamento de seus poderes constitucionais com a anuência das demais instituições para o estrito fim de combater o que se entendia por Terrorismo. O título que se popularizou com este estatuto — Patriot Act — é o acrônimo de "Uniting and Strengthening America by Providing Apropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism". Com um escopo muito claro, diversas liberdades civis tiveram sua eficácia suprimida para auxiliar a chamada "Guerra ao Terror".

4.2. Exemplos de mecanismos institucionais

No que tange aos mecanismos institucionais, em particular, o caso brasileiro oferece um exemplo de regra submajoritárias que segue os moldes firmados por Vermeule[18]. O Congresso Nacional pode, em casos determinados, desempenhar atividades tipicamente judiciárias. Uma das situações mais particulares dessa ordem são as comissões de inquérito, formadas no âmbito do Poder Legislativo para apurar irregularidades definidas na Constituição como "fato determinado e por prazo certo"[19]. Tais organizações exercem função tipicamente judicial, gozando, ainda, de poderes de investigação próprios de autoridades policiais, podendo, segundo a jurisprudência, até mesmo, promover a quebra de sigilo de registros telefônicos — embora seja vedado o recurso a interceptações telefônicas[20]. No particular caso das CPMIs, o quórum exigido pelo Regimento Comum do Congresso Nacional é 1/3 dos membros de cada Casa Legislativa[21]. Trata-se de uma regra submajoritária disposta a forçar a responsabilização das autoridades públicas, permitindo

[18] Cf. VERMEULE, Adrian. "Submajoritariam Rules: Forcing Accountability upon Majorities". **Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, No. 54, 2004.

[19] Cf. CRDB/88: "art. 58. § 3º — As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores."

[20] Embora a Constituição tenha cometido a impropriedade técnica ao mencionar que as comissões de inquérito "terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais", esse não é mais o entendimento sustentado pela jurisprudência, uma vez que o Poder Judiciário não goza de poderes investigativos, algo contrário ao valor democrático da imparcialidade.

[21] Cf. Regimento Comum do Congresso Nacional: "art. 21. As Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito serão criadas em sessão conjunta, sendo automática a sua instituição se requerida por 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados mais 1/3 (um terço) dos membros do Senado Federal."

que medidas administrativas, civis e criminais advenham do resultado de suas atividades.

O caso norte-americano possui diversos exemplos de mecanismos institucionais, especialmente aqueles analisados como regras submajoritárias de votação[22]. As regras submajoritárias possuem a especial finalidade de promover o valor democrático da responsabilidade no sistema constitucional. A título de exemplo, é possível mencionar a difundida *Rule of Four*, observada no plano da Suprema Corte. A agenda da Suprema Corte norte-americana é construída pelos próprios *Justices*, apreciando casos a eles direcionados que constituem o *pool of certiorary*. Mesmo que um *writ of certiorary*, especificamente considerado, seja denegado por um *Justice*, a *Rule of Four* permite que tal controvérsia seja resgatada por um mínimo de agentes da Corte. Com isso, determinada questão com potencial para gerar elevada repercussão e comoção social pode não ser desejável para alguns membros da Corte, em particular, mas este mecanismo institucional permite que uma minoria exija sua apreciação pelo colegiado, como uma forma de provocar o debate acerca daquela temática.

Desse modo, em muitos casos, a saída mais efetiva pode não ser o recurso a medidas normativas. Existem mecanismos normativos capazes de produzir efeitos significativos no sistema constitucional, a exemplo de instrumentos como as MPs no particular contexto brasileiro. A normatividade, no entanto, nem sempre é a propriedade mais adequada para enfrentar problemas de ordem institucional. Ao contrário, alguns desenhos institucionais, destacadamente aqueles que operam em pequena-escala, podem conduzir a medidas mais aptas a produzir efeitos práticos e combater dificuldades imunes a instrumentos caracterizados pela normatividade.

5. INSTABILIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

O estudo da ordem constitucional através de um referencial científico relacionado à teoria dos sistemas complexos requer que algumas circunstâncias sejam consideradas. A análise sistêmica, de acordo com este paradigma, deve estar pautada, por exemplo, na não-linearidade da dinâmica de interação em que se envolvem seus componentes. A dinâmica não-linear, enquanto uma variável sistêmica de análise, corresponde a um indicador do determinismo existente entre partes e o todo. No vasto campo das teorias sistêmicas, diversas perspectivas acerca do determinismo, da linearidade das interações e da ocorrência de propriedades emergentes estão contrapostas entre si. Por um lado, a absoluta linearidade conduz à vertente mais ortodoxa de reducionismo das teorias sistêmicas. Por outro lado, a não-linearidade é um importante aspecto na tarefa de racionalizar uma perspectiva complexa em,

[22] Cf. VERMEULE, Adrian, *op. cit.*

propriamente, uma ciência. Quando um conjunto de objetos de potencial interação é reunido e apreciado como se nenhum tipo de resultado pudesse ser determinado, radicalizando-se a não-linearidade do sistema, o que se obtém é uma reflexão muito próxima do que se difundiu como teoria do caos, bem diferente da teoria complexa.

Quando se sustenta uma concepção de Constituição Sistêmica, é essencial promover uma análise sistêmica em face da própria categoria. Em princípio, aquilo que se considera Constituição Sistêmica no presente trabalho pressupõe, em primeiro lugar, centralidade no sistema e, em segundo lugar, a garantir de estabilidade em seu funcionamento. Com isso, as propriedades deste componente qualificado como sistêmico estão associadas, em certo grau, com a probabilidade de que todo o sistema se mantenha estável. Assumir a variável sistêmica da não-linearidade, no entanto, significa admitir que a Constituição mais apta a preservar a estabilidade do sistema não será capaz de determinar, segura e rigorosamente, que o sistema se manterá efetivamente estável[23]. Isso deriva da perspectiva complexa de sistemas que pressupõe a existência de propriedades emergentes. Na verdade, a coexistência de uma Constituição perfeitamente estabilizadora, enquanto componente, com um sistema marcado pela instabilidade evidencia uma das principais características dos sistemas complexos: uma propriedade emergente. Mesmo que a Constituição avaliada singularmente demonstre promover estabilidade, esta propriedade pode não ser compartilhada pelo agregado como um todo — o sistema constitucional.

Apesar do resultado da análise sistêmica acima, a concepção de Constituição Sistêmica não deve ser descartada. Desconsiderá-la significa negar a

[23] É necessário esclarecer a concepção adotada de estabilidade constitucional. Pressupor que o papel da Constituição Sistêmica é garantir uma interação estática entre seus componentes representa um paradoxo em relação à variável da não-linearidade. A não-linearidade é eminentemente um fator dinâmico, que exclui a estaticidade. Tendo em vista que a estabilidade pode assumir duas formas, estática e dinâmica, aquela primeira não parece ser a mais metodologicamente compatível com a não-linearidade e com os sistemas complexos. Para um exemplo transdisciplinar deste paradigma metodológico-sistêmico, é possível analisar as críticas que se tem feito contemporaneamente ao princípio médico-biológico de homeostase. A homeostase foi sustentada por Claude Bernard e, em seguida, por Walter B. Cannon e representa a manutenção estática e constante das funções e atividades de um corpo como um critério para avaliar seu quadro de saúde. Há algumas posições que criticam este princípio, através de uma perspectiva sistêmica e complexa, direcionando seus argumentos à estabilidade e à constância buscada na medicina por meio da homeostase. A homeodinâmica seria um princípio alternativo a essa vertente reducionista da medicina, capaz de compreender como um comportamento aparentemente desequilibrado do corpo pode ter o objetivo de combater um segundo fator prejudicial à saúde. Em certas ocasiões, uma aparente instabilidade do componente pode ser determinante para a estabilidade dinâmica de todo o agregado. Cf. AHN, Andrew; TEWARI, Muneesh; POON, Chi-Sang; PHILLIPS, Russell, *op. cit.*. Da mesma maneira, a estabilidade que se buscaria com uma *Constituição Sistêmica* não seria a garantia de relações estáticas entre as instituições, mas de relações cujas variações inerentes atendam a um padrão esperado e aceitável. Variações de maior intensidade romperiam com a perspectiva dinâmica de estabilidade constitucional.

existência de qualquer proporção de determinismo entre este componente não-ordinário e todo o complexo resultante da agregação e, consequentemente, aproximar-se da ideia de caos. O caos é um termo polissêmico que, porém, costuma designar, especificamente nessas perspectivas sistêmicas, a falta de organização ou de determinação entre sucessivos acontecimentos. O balanço que se deve realizar, em uma vertente sistêmico-complexa, é o seguinte: esta Constituição Sistêmica não é suficiente para garantir a estabilidade do sistema, embora represente um componente potencialmente determinante para o alcance desta propriedade. As chances de o sistema se manter estável na presença de uma Constituição Sistêmica são muito expressivas, embora aquele possa sequer se caracterizar como estável ou assim se apresentar por diversa razão.

Em síntese, a defesa de uma Constituição Sistêmica não é suficiente, em uma análise sistêmica e complexa, para que o sistema constitucional como um todo se qualifique como estável. Mesmo diante de hipóteses como tais, a instabilidade deve ser um aspecto de suma relevância do sistema constitucional enquanto objeto de análises.

5.1. Crise, exceção e colapso constitucional

O sistema constitucional foi adotado pela presente pesquisa como objeto de análise e a tese principal defendida é o modelo sistêmico de Constituição garantidor da estabilidade desta agregação. O desenvolvimento de uma visão sistêmica e complexa, no entanto, deve considerar hipóteses de instabilidade. Entre a linearidade reducionista e a desordem do caos, é preciso pressupor, pelo menos, três categorias que admitem o estudo da instabilidade sistêmica: crise, exceção e colapso. Essas três categorias podem ser apreciadas a partir de uma gradação, partindo da crise para culminar no colapso do sistema. Três parâmetros podem ser relevantes na diferenciação de cada uma destas categorias: (i) o nível de complexidade dos problemas gerados; (ii) a frequência e a constância de sua ocorrência; e (iii) a proporção de seus resultados. Em geral, tais parâmetros tendem a se comunicar e até se confundir, mas podem auxiliar na identificação e na diferenciação destas três espécies de instabilidade constitucional.

5.1.1. Crises

Crises devem ser compreendidas como inerentes ao sistema. A própria dinâmica não-linear pressupõe que relações variam ao longo do tempo, assim como a maior parte das circunstâncias políticas e institucionais do agregado. O curso dessas variações evidenciará momentos de tensões e momentos de calmaria. Basicamente, trata-se de aplicar um referencial realista ao sistema. Durante o século XX, o plano teórico das relações internacionais

voltou-se aos cenários de guerra e conflito recentes e ficou caracterizado pelo realismo. Um dos aspectos desse realismo apresentado por Hans Morgenthau foi considerar o caráter cíclico das crises no plano internacional[24]. Enquanto o poderio das nações estivesse equilibrado, haveria uma situação de pacifismo, mas a partir do momento em que Estados se fortalecem, política e economicamente, buscam se reequilibrar em relação àqueles hegemônicos. Neste processo de concorrência entre Estados, as crises tenderiam a ser cíclicas, mas do que excepcionais. Essa mesma perspectiva realista acerca das crises deve ser adotada para compreender o sistema constitucional.

As crises ocorrerão à medida que houver interação e que esta dinâmica conduza a tensões entre seus componentes. As instituições mantêm relações contínuas que, ocasionalmente, podem não se coordenar e instaurar um momento de crise momentânea. Com isso, é possível identificar um cenário de crise no sistema constitucional a partir (i) de seu caráter cíclico, tornando-a a mais frequente e constante das espécies de instabilidade; (ii) do reduzido nível de complexidade dos problemas gerados, ao menos do ponto-de-vista do agregado; e (iii) da proporção mais reduzida de seus efeitos. Com um nível de estabilidade mais reduzido, as crises tendem a ser constantes e oferecem impasses ao sistema constitucional, porém, suscetíveis a resoluções de baixa complexidade.

5.1.2. Exceção

A exceção representa a espécie de instabilidade constitucional que se aproxima dos limites suportáveis pelo sistema como um todo. Uma parte da obra de Carl Schmitt defende a hipótese do Estado de exceção como uma forma de se encontrar uma autoridade política digna de receber o *status* de soberano. Embora Schmitt possua uma importância teórica de especial destaque para compreender o paradigma do estado administrativo, é preciso filtrar algumas passagens deste autor devido a suas orientações políticas radicais e relacionadas ao nacional-socialismo alemão. O Estado de exceção schmittiano é, particularmente, arbitrário e autoritário em determinados assuntos, como a soberania e, por esta razão, não parece ser a visão mais apropriada para o presente trabalho. A excepcionalidade sistêmica que se quer retratar está relacionada àquelas situações que ofereçam maior risco à manutenção do próprio sistema. A CRFB/88, em especial, prevê determinados desenhos a fim de "defender o Estado e as instituições democráticas". Seriam estes o estado de defesa e o estado de sítio, havendo também previsões infraconstitucionais para combater eventuais calamidades, sem a mesma

[24] Cf. MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pela poder e pela paz.** Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003.

expressão no sistema constitucional[25]. Tais desenhos — estados de defesa e de sítio — visam combater situações de excepcionalidade, recorrendo a medidas desde a restrição de três direitos básicos — reunião, sigilo de correspondências e sigilo de comunicações — até a suspensão provisória dos direitos e garantias constitucionais discricionariamente selecionados pelo Presidente da República e autorizados pelo Congresso Nacional[26].

É necessário diferenciar os estados de defesa e de sítio previstos na CRFB/88, em particular, com o que se pretende apresentar como Estado de exceção. O Estado de exceção seriam aquelas situações reais que ensejariam o recurso a estes desenhos, ao menos em tese, garantidores do Estado e das instituições democráticas. O Estado de exceção aqui se considera como a instabilidade crítica do sistema que demande a aplicação de medidas mais complexas para sua superação. Desse modo, Estado de exceção poderia ser compreendido pelos seguintes fatores: (i) os problemas gerados por este quadro mais agravado de instabilidade são altamente complexos; (ii) sua ocorrência é menos constante, tendo em vista não estar relacionado à dinâmica inerente ao sistema; e (iii) suas complicações, por exigirem instrumentos mais complexos em seu combate, repercutem com maior gravidade em todo o agregado.

[25] O Poder Executivo dos Estados-Membros pode decretar situação de emergência ou estado de calamidade pública na ocorrência de relevantes desastres ou acontecimentos naturais que causem prejuízo à ordem e à segurança públicas. Cabe ressaltar que o termo "estado de emergência" é utilizado na tradição constitucional portuguesa, pois a atual Constituição deste Estado estabelece, em seu art. 19, uma previsão com esta nomenclatura, porém, muito próximo do estado de defesa adotado pela CRFB/88.

[26] De acordo com a CRFB/88: "Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. §1º — O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I — restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II — ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. […] Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I — comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II — declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. […] Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. […]".

5.1.3. Colapso

Em determinadas situações, o sistema constitucional não é capaz de suportar a instabilidade existente. Crises são comuns e inerentes à dinâmica do sistema. Exceções podem gerar transtornos ainda mais severos, conduzindo as instituições ao limite da ordem democrática e constitucional estabelecida. O colapso sistêmico será aqui considerado como aquelas situações em que, mais do que crise ou exceção, a Constituição deixa de ser legítima para a população ou, ao menos, tolerável às ambições de oficiais do governo. O sistema constitucional, centrado na Constituição, colapsa quando esta é sucedida por um novo diploma normativo de mesma hierarquia formal. Como já se defendeu anteriormente, a Constituição integra o sistema, representando um componente não-ordinário. Por ser o ato sistêmico fundador, em primeiro lugar, a nova Constituição poderia prever, por exemplo, instituições não observadas anteriormente com papéis relevantes na dinâmica constitucional. Do mesmo modo, pode extinguir outras instituições, bem como determinar a unificação de duas ou mais entidades que costumavam atuar no sistema constitucional antecessor[27]. Em segundo lugar, as instituições no novo sistema adotariam os termos e o teor da nova Constituição como objeto central de sua atividade, tanto em uma perspectiva intrainstitucional, quanto interinstitucional. Em terceiro lugar, novos mecanismos de agregação seriam previstos, modificando a forma de interação entre os componentes do sistema tão significativamente que seria difícil sustentar a manutenção daquela ordem anteriormente observada.

O sistema constitucional colapsa com a sucessão da própria Constituição. Com um novo ato fundador, um novo objeto principal e novos mecanismos destinados a promover a agregação das principais instituições e proposições, não há manutenção do sistema. A instabilidade constitucional seria suficiente para provocar uma transição severa no âmbito político-jurídico do Estado. O colapso sistêmico-constitucional corresponde, portanto, àquela espécie de instabilidade assim identificada: (i) os problemas ocasionados pela instabilidade são insuperáveis pelo sistema; (ii) não é logicamente plausível que haja frequência em sua ocorrência, pois, a cada nova Constituição, há um novo sistema constitucional; e (iii) o efeito é a própria ruptura com a ordem constitucional previamente existente.

[27] Como exemplo destas possíveis modificações no plano constitucional, o Ministério Público representa uma instituição de grande relevância no cenário jurídico e político desde a Constituição Federal de 1988, mas sofreu constrangimentos nos períodos mais autoritários da história democrática brasileira.

5.1.4. Exemplos de instabilidade constitucional

Antes de iniciar qualquer apresentação de exemplos acerca das possíveis formas de instabilidade constitucional consideradas no presente trabalho, algumas situações precisam ser esclarecidas. A experiência democrática brasileira é muito recente e a falta de tradição constitucional prejudica a pesquisa tanto quanto o desempenho das instituições. A experiência democrática é um fator responsável pelo fornecimento de exemplos práticos, seja em suporte de teses ou se apresentando como antíteses, capazes de robustecer as inserções teóricas e abstratas do direito constitucional. Somado à desvantagem da escassez de exemplos práticos, uma metodologia que adote um extenso critério temporal de análises deve apresentar suficientes justificativas. Da mesma forma, a impropriedade de casos insertos no período ditatorial brasileiro deve ser esclarecida, assim como a eventual propriedade dos exemplos que lhe sejam anteriores. O Brasil, assim, não oferece exemplos em larga-escala para ilustrar todas as situações aqui relacionadas como espécies de instabilidade constitucional.

É possível retratar um exemplo recente da História política brasileira que pode ser analisado como crise no sistema constitucional: o *impeachment* do presidente Fernando Collor. Esta crise política pode ser assim compreendida porque o nível de instabilidade gerado foi relevante, mas nada que seja tão diverso da dinâmica própria do sistema constitucional. Não houve quadro de exceção, pois os direitos foram preservados, nem mesmo ruptura com a ordem político-jurídica em segundo nível de agregação. Para o Executivo, particularmente, o *impeachment* foi um verdadeiro colapso, mas, em níveis mais elevados de agregação, o *impeachment* foi a própria solução disponibilizada pela Constituição e exercida pelas instituições — com apoio de grande parte da população — a fim de superar a crise política instaurada a partir de denúncias de corrupção e da prática de atos confiscatórios. Em síntese, os problemas ocasionados pela crise política foram relevantes, mas se dissolveu ao longo dos níveis de agregação, sendo superado a partir do *impeachment* que depôs o presidente Collor.

A espécie de instabilidade constitucional das exceções, no entanto, é de difícil ilustração. Tais situações que escapam da normal dinâmica do sistema não foram observadas durante a atual ordem constitucional democrática. Se, por um lado, ideal fosse apresentar exemplos de excepcionalidade, sua ausência, por outro, fortalece a ideia de que esta ocorre com menor frequência em relação às crises inerentes ao sistema.

Em relação ao último caso de instabilidade, o colapso sistêmico, os exemplos seriam aqueles em que há transição de um sistema constitucional para outro, conforme ocorreu em 1988 no Brasil. O presente trabalho promove um recorte metodológico iniciado com a ordem constitucional fundada pela CRFB/88, mas é possível afirmar que a promulgação deste ato fundador

do sistema rompeu com um período político autoritário e marcado pela repressão para iniciar uma tradição verdadeiramente constitucional democrática.

6. CONCLUSÃO

A ordem constitucional não é um objeto científico observável por uma perspectiva meramente normativista, nem mesmo por entendimentos institucionais ortodoxos. A tentativa de aproximar a legitimidade deste sistema à resultante de seus efeitos conduziu ao oferecimento de uma, entre outras possíveis, proposta em particular: um modelo sistêmico de Constituição. Como qualquer sistema, a ordem constitucional requer componentes que promovam sua agregação, conferindo robusteza a sua estrutura e a seu funcionamento.

A *Constituição Sistêmica* ora defendida representa uma estratégia no plano dos desenhos constitucionais e institucionais, uma alternativa para que um elemento distinto dos demais possa ser determinante a uma atuação efetiva e estável. Um sistema é observado a partir de suas interações e a forma e os limites por que esta dinâmica se reveste depende de como a Constituição previu as propriedades dos componentes deste sistema e aquelas capazes de emergir da interação de instituições e de indivíduos, bem como os efeitos decorrentes de tal atividade. Mais do que uma proposta teórica e metafísica, trata-se de uma mudança nas concepções ontológica, epistemológica e metodológica da Constituição por estar inserida em um sistema e desempenhando um importante papel nesta ordem. A Constituição deixa de ser entendida como mero documento ou fonte normativa de atuação, para estabelecer parâmetros sistêmicos de atuação das instituições e dos indivíduos atuantes nesta esfera, além de se antecipar aos efeitos negativos que se podem produzir em uma dinâmica sistêmica.

Se a Constituição se reveste de tais aspectos sistêmicos, todo o sistema se beneficia, ganhando robusteza e estabilidade em seu funcionamento, mesmo que estas propriedades não sejam compartilhadas por todas ou pela maioria de suas instituições.

REFERÊNCIAS

AHN, Andrew; TEWARI, Muneesh; POON, Chi-Sang; PHILLIPS, Russel. "Could Systems Biology Offer an Alternative?". **PLoS Medicine**, Vol. 3, 6, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

EUA, Committee on Network Science for Future Army Applications, National Research Council. **Network Science.** Washington, DC: The National Academies Press, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pela poder e pela paz.** Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the madisonian republic.** New York, NY: Oxford University Press, 2011.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality.** New York: Oxford University Press, 1979.

SCHAUER, Frederick. "The Convergence of Rules and Standards". **Regulatory Policy Program Working Paper of Harvard University**, RPP-2001-07, 2001.

SUNSTEIN, Cass. "Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law". **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 147, 2007.

_____. **One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small.** New York, NY: Oxford University Press, 2007.

_____. "Submajority Rules: Forcing Accountability upon Majorities". **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 54, 2004.

_____. **The System of the Constitution.** New York, NY: Oxford University Press, 2011.