

A LEGITIMIDADE NA TEORIA INSTITUCIONAL: OS EFEITOS SISTÊMICOS COMO UM ASPECTO LEGITIMATÓRIO¹

THE LEGITIMACY IN THE INSTITUTIONAL THEORY: THE SISTEMIC EFFECTS AS A LEGITIMATE ASPECT

CARLOS BOLONHA²
MAÍRA ALMEIDA³
HENRIQUE RANGEL⁴

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar o fenômeno dos *efeitos sistêmicos* no âmbito da teoria institucional, sobretudo no que tange a possíveis aspectos legitimatórios que lhe sejam concernentes. Apresenta-se como a central dificuldade democrática a frequente dissociação entre o plano jurídico-normativo e o plano da realidade social, sustentando que somente por meio das instituições no desempenho de seu papel democrático seja possível promover uma aproximação satisfatória. O surgimento de problemas de ordem institucional, geralmente associados a *efeitos sistêmicos* com caráter negativo, enseja resistências a este processo de aproximação. Ao final, defendendo-se a existência de uma dimensão institucional da legitimidade, os *efeitos sistêmicos* são apresentados como um instrumento apto a indicar continuamente, como um indicativo de verificação, o grau de legitimidade existente em um Estado Democrático de Direito.

Artigo recebido em 26.10.2012. Pareceres emitidos em 08.01.2013 e 15.01.2013.

Artigo aceito para publicação em 10.03.2013.

¹ Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional de Direito (FND) e ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), com financiamento da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) pela concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), além de Bolsa de Iniciação Científica – IC (Processo nº E-26/102.240/2011), e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concorrência do Edital Universal de 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5).

² Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. *bolonhacarlos@gmail.com*

³ Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista de Mestrado pela Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *almeida.maira.1@gmail.com*

⁴ Graduando em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista em Iniciação Científica (IC-FAPERJ). *henriquerrangel@gmail.com*

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Constitucional; Teoria das Instituições; Desenhos Institucionais; *Efeitos Sistêmicos*; Legitimidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the *systemic effects* phenomenon in the institutional theory, mainly in its alleged legitimate aspects. The central democratic difficulty of the gap between legal-normative and social reality grounds is presented, arguing that only by the institutions' exercise of their democratic role it is possible to promote a satisfactory bridge. The appearance of institutional problems, generally associated to negative *systemic effects*, cause resistances to this approach process. At last, urging the existence of an institutional dimension of legitimacy, the *systemic effects* are shown as an indicative rate, an instrument able to indicate continuously the legitimacy score of the government.

KEYWORDS: City; Constitutional Theory; Institutional Theory; Institutional Design; *Systemic Effects*; Legitimacy.

SUMÁRIO: Introdução; I. A Importância da Teoria Institucional e dos *Efeitos Sistêmicos*; II. As *Questões Institucionais* e as Características dos *Efeitos Sistêmicos*; III. Problemas Institucionais e suas Repercussões; IV. A Busca por um Indicador de Legitimidade; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; I. The Importance of Institutional Theory and Systemic Effects; II. The *Institutional Questions* and the Systemic Effects' Characteristics; III. Institutional Problems and its Repercussions; IV. The Search for a Legitimacy Indicator; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Há uma crescente demanda sobre o desenvolvimento da pesquisa no campo da teoria institucional, destacando a relevância de análises sensíveis a fenômenos como as capacidades institucionais e os mecanismos e valores democráticos. Trata-se de um movimento recente, despertado por uma perspectiva renovada que aprofunda discussões com um viés mais pragmático⁵. A teoria constitucional norte-americana, dada sua preocupação histórica sobre o comportamento institucional, parece ser o referencial atual dos estudos sobre o tema. Compreende-se, pois, que este debate sobre a

⁵ O presente trabalho adota um posicionamento institucional correspondente à perspectiva norte-americana que renovou seus estudos, em matéria de instituições, na década de 1990, com, por exemplo, GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Perspectives*. Lawrence, KA: Kansas University Press, 1999 e GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Esta perspectiva recebeu maior definição a partir da publicação do artigo SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 28, 2002. Atualmente, são obras de referência para esta teoria institucional, as seguintes contribuições, entre outras: VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007; PILDES, Richard; LEVINSON, Daryl. "Separation of Parties, Not Powers". *Harvard Law Review*, Vol. 119, 1, 2006; WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*, Vol. 115, 1344, 2006; VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006; SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009; POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.

teoria constitucional norte-americana pode oferecer inúmeros benefícios à experiência constitucional democrática brasileira, devendo, portanto, orientar trabalhos científicos sensíveis a problemas de ordem institucional e, inclusive, o presente.

Ao que se compreende como uma *virada institucional* o problema da legitimidade constitucional não se resume mais e apenas à dimensão normativo-interpretativa, pautada em critérios de teorias sobre interpretação, deliberação e decisão de uma Corte Constitucional. É preciso, hoje, conceber que o desempenho da atividade institucional, como um todo, representa a possibilidade de configuração e de realização de um sistema de eficácia de direitos fundamentais e, conseqüentemente, garantir um novo patamar para a compreensão da legitimidade constitucional⁶.

Ao se reconhecer as instituições democráticas como responsáveis pela eficácia do plano normativo-constitucional, é de fundamental importância discutir os fenômenos que lhes são pertinentes. Esta proposta é complexa e dinâmica, não só pelas funções e atribuições constitucionalmente asseguradas (contexto jurídico), como também pelo fato de ela ser pautada em uma interação com o aspecto social-humano (contexto político).

Neste sentido, delimita-se o presente estudo ao fenômeno dos *efeitos sistêmicos*, e questiona-se se é possível apresentar um esboço de metodologia e de criterização deste objeto – *efeitos sistêmicos* – com o objetivo de uma melhor leitura ou análise das capacidades institucionais em relação ao panorama constitucional democrático de Estado.

Esta discussão, que nos parece ser a mais atual e crítica sobre o contexto constitucional democrático deve ser trazida para o debate no meio acadêmico e teórico brasileiros de maneira a permitir uma nova perspectiva de investigação

⁶ Não há dúvidas de que, no estudo do comportamento institucional norte-americano, encontra-se um novo paradigma sobre o problema da tripartição de poderes, do *judicial review*, da soberania popular, entre outros assuntos, que não são mais reconhecidos como princípios absolutos, mas sim resultados de um desempenho das instituições democráticas e seus desenhos institucionais. A chamada *virada institucional* a que fazemos menção se encontra sintetizada na passagem a seguir: “In many ways the question of constitutional law is harder, simply because people disagree so sharply about what constitutes a good outcome. Ironically, however, constitutional law has already witnessed a significant if partial institutional turn: Many people emphasize that any approach to the Constitution must take account of the institutional strengths and weaknesses of the judiciary. Even here, however, we have seen that influential voices in constitutional law argue in favor of interpretive strategies in a way that is inadequately attuned to the issue of institutional capacities. Those who emphasize philosophical arguments, or the idea of holistic or intratextual interpretations, seem to us to have given far too little attention to institutional questions. Here as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority. But we have also suggested the possibility that in constitutional law, an assessment of those issues might lead to convergence, on appropriate methods, from those who disagree about what ideal judges should do”. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 28, 2002, p. 48.

e de conhecimento sobre o papel das instituições e da legitimidade de sua atuação.

A teoria institucional, nos dias de hoje, apresenta uma série de problemas e questionamentos sobre a atividade das instituições básicas do Estado⁷ *vis-à-vis* à realidade constitucional⁸. Entre os principais problemas, a teoria

⁷ A ideia de *estrutura básica da sociedade* é encontrada na obra de John Rawls. Este aponta a necessidade de sua *justice as fairness* ser aplicada diretamente à estrutura básica de uma sociedade, envolvendo todas as instituições fundamentais que promovam os princípios de justiça por ele enunciados. Esta estrutura básica da sociedade representaria o conjunto de instituições políticas, sociais e econômicas encarregadas de cuidar das questões essenciais de justiça em uma dinâmica de atividades interinstitucionais sustentada por parâmetros cooperativos. As principais instituições do Estado recebem a responsabilidade de cuidar das questões mais substanciais e que, portanto, despertam mais a atenção dos cidadãos. As instituições da estrutura básica serão democráticas se promoverem os princípios de justiça com a preocupação de respeitar um mesmo parâmetro deliberativo em benefício da ordem constitucional essencial ao longo das gerações. A ideia fundamental apresentada é, pois, a atividade das instituições envolvidas por um senso de cooperação a partir de parâmetros já definidos no âmbito da *justice as fairness*. É também neste âmbito que Rawls afirma a necessidade do abandono de doutrinas abrangentes para a promoção de princípios de justiça na atividade política de Estado, preenchendo-se o conteúdo destes princípios de justiça por meio da razão pública. Cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. Para uma análise nacional sobre o tema das instituições democráticas conforme a teoria rawlsiana, Cf. BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Maira. "A Teoria das Instituições Democráticas em John Rawls". *Revista JurisPoiesis*, Vol. 13, 89-102, 2011.

⁸ De acordo com a concepção habermasiana de *tensão interna* existente no conceito de Direito moderno, adota-se, para a compreensão de realidade constitucional, uma perspectiva dualística relativa à possibilidade de a legitimidade ser encontrada, pelo menos a princípio, em dois elementos distintos: a normatividade e a faticidade. Tal ideia de tensão é marcante em HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by Willian Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996. Para uma passagem mais sintética, Cf: "(...) our understanding of modern law: we consider the validity of a legal norm as equivalent to the explanation that the state can simultaneously guarantee factual enforcement and legitimate enactment – thus it can guarantee, on the one hand, the legality of behavior in the sense of average compliance, which can if necessary be compelled by sanctions; and, on the other hand, the legitimacy of the rule itself, which must always make it possible to comply with the norm out of respect for the law". HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998, p. 255. Em última instância, o que se apresenta como critério central de reconhecimento da legitimidade é a presença de um fator estabilizador da ordem política. Desta maneira, quando se considera o desvio da esfera de legalidade em busca da legitimidade, deve-se compreender que as demandas sociais que ensejam este desvio evidenciam a instabilidade da ordem social e política. Por isto, mesmo agindo externamente à esfera legal, o enfrentamento e superação destas dificuldades do plano fático são questões sensíveis à ordem da legitimidade política. Neste sentido, "Legitimacy is considered a measure for stability, for the legitimacy of the state is objectively measured by de facto recognition on the part of the governed. Such legitimacy can range from mere toleration to free consent (*Zustimmung*). Here the consent that creates legitimacy is based on subjective reasons that claim to be valid inside the currently accepted 'ideological frames'; but these reasons resist objective assessment. One legitimation is as good as another, so long as it sufficiently contributes to stabilizing a giving political order. According to this view, even a dictatorship must be considered legitimate so long as a socially recognizes framework of legitimation enables the government to remain stable. From this perspective of the theory of power, the quality of the reasons are without empirical significance". HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by Willian Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996, p. 290.

institucional discute, como um de seus principais temas, os *efeitos sistêmicos*⁹. Trata-se de um dos aspectos específicos das instituições, quando estas estabelecem repercussões de diversas naturezas, como jurídica, política ou administrativa, entre as mesmas, para si mesma e na sua relação democrática com os cidadãos¹⁰. Este fenômeno é o desafio para uma teoria institucional que interaja diretamente com uma teoria constitucional democrática.

Identificam-se e analisam-se os *efeitos sistêmicos* na dimensão jurídico-política que afeta o desempenho da atividade institucional e, conseqüentemente, dificulta a realização de direitos básicos e normas constitucionais¹¹. Ao contrário do que prelecionam as correntes da teoria constitucional tradicional¹², na segunda metade do século XX, a atividade institucional resulta do desempenho de suas capacidades e dos *efeitos sistêmicos* que as mesmas provocam e sofrem em uma dimensão reflexiva. A investigação que ora se adota possui a perspectiva institucionalista acerca dos *efeitos sistêmicos* relacionados às capacidades institucionais. O estudo deste fenômeno exige uma preocupação de ordem metodológica para delinear o seu problema, o seu conceito, a sua classificação e a importância deste como balizador de uma legítima atividade institucional. Procura-se, também, compreender a influência de problemas institucionais sobre o desempenho da atividade institucional, e como as capacidades institucionais e os *efeitos sistêmicos* podem superá-los enquanto aspectos legitimatórios¹³.

⁹ Trata-se do fenômeno identificado em SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 28, 2002, no âmbito das instituições democráticas e no plano jurídico-político.

¹⁰ GRIFFIN, Stephan. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

¹¹ Para esta compreensão, é possível reconhecer a ideia de *sistema de direitos* preconizada em HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by Willian Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996, p. 104-122. Conforme tal configuração, há 5 (cinco) categorias de direitos básicos. As três primeiras correspondem aos direitos de livre escolha e autonomia privada – liberdades negativas básicas, direitos de cidadania e garantias processuais. As primeiras categorias, no entanto, não podem ser devidamente concretizadas se, anteriormente, não se concretizar a quarta categoria do sistema, a dos direitos de participação política. Isto porque sem concretizar uma boa participação política, todos os direitos fundamentais da autonomia privada ficam no campo do paternalismo, em detrimento do autogoverno da comunidade. A quinta categoria de direitos básicos, porém, é pressuposta para a real efetivação de todas as demais. Os direitos de bem-estar social formam uma categoria que representa os direitos referentes às condições materiais mínimas de existência, indispensáveis a um pleno exercício da autonomia privada e da participação política.

¹² Considera-se, basicamente, como teoria constitucional tradicional, a teoria constitucional alemã. Neste sentido, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992; HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009; SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

¹³ Acerca dos problemas institucionais, Cf. BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. "Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo". *Direitos Fundamentais & Justiça*, Vol. 17, 288-309, 2011.

A previsibilidade dos *efeitos sistêmicos* na esfera institucional pode ser considerada como um novo parâmetro legitimatório da teoria constitucional democrática, isto é, o contexto resultante dos *efeitos sistêmicos* das instituições democráticas representa o grau, maior ou menor, de legitimidade constitucional de um Estado. É sob esta tese que se defende o presente estudo na sua dimensão metodológica.

Ao se tomar como parâmetro de investigação concreta dos *efeitos sistêmicos* a realidade institucional do Estado Democrático de Direito, verifica-se um problema central. Há, com frequência, uma incompatibilidade entre o plano formal-normativo constitucional – jurídico – e o plano de desempenho institucional – político –, pois as instituições nem sempre conciliam, com grau de responsabilidade e transparência necessário, as previsões legais e as expectativas democráticas¹⁴. Na verdade, a realização democrática se consolida a partir do desempenho e do comportamento das instituições básicas da sociedade, a começar dos seus próprios Poderes de Estado. Discutir desempenho e comportamento institucionais significa compreender o fenômeno das capacidades institucionais e dos *efeitos sistêmicos*, desde seu conceito até a sua dimensão prática. Isto significa dizer que o Estado Democrático de Direito deve conhecer o real papel desempenhado por suas instituições na configuração de sua “vida constitucional”. Deste modo, não basta apenas analisarmos a dimensão de competências formalmente constituída para os Poderes e suas instituições, mas, sobretudo, verificar o exercício e a dinâmica reflexiva entre as instituições e suas respectivas consequências, o que, genericamente, é chamado de diálogos institucionais¹⁵.

¹⁴ Instituições democráticas não se resumem a uma concepção de instituições representativas. Por mais que não se pretenda, neste trabalho, estabelecer um conceito próprio de democracia ou imergir em uma discussão mais profunda sobre o tema, certamente, a ideia de democracia adotada não se resume a este plano. A compreensão de uma *instituição democrática* talvez envolva outros critérios, sobretudo no plano da concepção política de justiça de base rawlsiana. De acordo com estes critérios de avaliação sobre o exercício da atividade institucional, é possível, inclusive, que se chegue à conclusão de um poder eleito não ser democrático e, ao mesmo tempo, o judiciário o ser.

¹⁵ A teoria constitucional reconhece o início do debate sobre diálogos institucionais a uma pesquisa acerca da relação mantida entre judiciário e legislativo em momentos de declaração de inconstitucionalidade na obra HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. “The Charter dialogue between Courts and Legislatures: or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all”. *Osgoode Law Review*, Vol. 35, 1, 1997. Embora a experiência canadense, onde se despertou o debate, não tenha reunido muitos exemplos práticos, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, prevê a Cláusula 33, conhecida como *cláusula não obstante* (*notwithstanding clause*). Trata-se de uma permissão ao legislativo para suprimir a eficácia de uma declaração judicial de inconstitucionalidade. O termo “diálogo” pretende remontar à ideia de uma comunicação frequente entre os dois poderes para resolver uma única questão, mas, ao longo do debate, outros autores tentaram ampliar o espectro deste diálogo, considerando outras situações além das declarações de inconstitucionalidade, Cf. LECLAIR, Jean. “Réflexions Critiques au Sujet de la Métaphore du Dialogue en droit Constitutionnel Canadien”. *Revue du Barreau du Québec*, abril, 2003. A relação entre judiciário e legislativo, no entanto, sempre foi central ao debate, influenciando uma perspectiva dualística sob a qual as teorias dialógicas são comumente lançadas: diálogos institucionais vs. supremacia judicial. Este embate elege, como principal critério, a existência do poder de proferir

I. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA INSTITUCIONAL E DOS EFEITOS SISTÊMICOS

O estudo da teoria institucional pressupõe, para que se analisem os *efeitos sistêmicos*, a consideração de, pelo menos, três questões bem delimitadas.

Em primeiro lugar, a teoria constitucional da segunda metade do século XX consagrou-se por uma tradição de matriz alemã adstrita a reflexões de ordem normativa (Hans Kelsen), fenomenológica (Konrad Hesse), interpretativa (Peter Häberle), deliberativa (Jürgen Habermas) e argumentativa (Robert Alexy). Esta matriz trouxe como principal argumento a relação norma constitucional e democracia constitucional como elemento a ser equacionado ante o binômio direito e política. Na verdade, esta proposta foi de grande valia para consagrar o papel efetivo do Estado constitucional na era da promoção e ampliação dos direitos fundamentais. Esta teoria não se preocupou em investigar o fenômeno constitucional no plano da atividade propriamente dita das instituições democráticas. Ou seja, o papel da efetividade dos direitos fundamentais se restringia a um plano limitado de exercício formal dos atos e decisões de instituições isoladamente consideradas, em particular, do Tribunal Constitucional. Sem dúvida, os problemas enfrentados por tal teoria representam grande desafio ao programa da democracia contemporânea. Não cabe aqui tratá-los. Há que se observar, contudo, que tais metodologias de investigação constitucional (as próprias teorias), acima apontadas, não trouxeram, com a devida clareza, a discussão sobre o plano dos fatos, isto é, o quanto a norma se instrumentaliza na dimensão das instituições democráticas. Faltou a estas teorias apontar, com clareza, a importância do comportamento institucional daquelas instituições que lidam com a eficácia constitucional. No que tange ao fenômeno dos *efeitos sistêmicos*, em particular, a perspectiva teórica se desloca para o comportamento da atividade institucional. Defende-se, aqui, que os *efeitos sistêmicos* representam um verdadeiro instrumento que pode conferir caráter legitimatório à atividade jurídico-política das instituições quando

a última palavra em determinada controvérsia constitucional. Assim, se o poder pertence ao judiciário, identifica-se uma supremacia judicial. Do contrário, identifica-se, de maneira geral, que há diálogos institucionais. Talvez esta perspectiva de oposição não seja a mais adequada para analisar este fenômeno, pois há outras situações capazes de identificar uma supremacia judicial – como o caráter político das decisões, o grau de constrangimento destas decisões, bem como os *efeitos sistêmicos* por ela gerados. É possível, no entanto, sustentar uma perspectiva distinta de diálogos institucionais, deslocando o parâmetro de análise para a ideia de cooperação. Ao invés de restringir este fenômeno a uma dimensão de atos consecutivos praticados entre os poderes na solução de uma mesma controvérsia, diálogos institucionais podem representar momentos em que o desempenho da atividade institucional respeite as demais instituições, buscando coesão entre si e estabilidade na ordem constitucional democrática. Com uma perspectiva próxima a este tipo de atuação relativo à Suprema Corte dos EUA, particularmente, MCCANN, Michael. “How the Supreme Court Matter for the American Politics: New Institutional Perspectives”. In: GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretation*. Lawrence, KA: University of Kansas Press, 1999. Apesar da crítica formulada ao debate dialógico, este tema não será tratado com maior distinção no presente estudo.

eles determinam a própria dinâmica e configuração da vida democrática no desempenho de suas atribuições e funções.

Em segundo lugar, a atual teoria constitucional ainda está comprometida com o pressuposto principiológico da separação de poderes, estruturada sobre uma repartição de competências e de mecanismos de *checks and balances*. Este modelo madisoniano de separação vem sofrendo críticas e demonstra certa fragilidade em recepcionar considerações de que os poderes devem ser exercidos de modo cooperativo e desdobrados na atividade institucional como um todo¹⁶. Talvez não haja diferença de interesses, em nível de competência, dos poderes de Estado a se controlar, mas uma diferença nos interesses políticos daqueles que se encontram no interior das instituições, conforme defende Richard Pildes¹⁷. Neste caso, em particular, surge a perspectiva central de análise dos *efeitos sistêmicos*, uma vez que as atuações influenciadas por ideologias partidárias expressam pretensões e compromissos muito bem definidos. Compreende-se, pois, que uma nova concepção da ideia de separação de poderes é tema sensível aos *efeitos sistêmicos*, vez que é na cúpula destas instituições que observamos os exemplos de repercussão com maior intensidade.

Em terceiro lugar, há um problema de ordem metodológica entre os teóricos que investigam o comportamento institucional e, em particular, o fenômeno dos *efeitos sistêmicos*. Autores, como Stephen Griffin, que analisam a supremacia judicial dentro de uma teoria dialógica estão envolvidos com uma preocupação importante, porém simplificada, da relação entre os poderes, e não aprofundam a análise dos *efeitos sistêmicos*¹⁸. Quando os consideram, apresentam-nos em uma dimensão conceitual sem o cuidado de elaborar, mais detalhadamente, critérios delimitadores e científicos para a compreensão da dinâmica institucional. Tal fragilidade no plano metodológico nos provoca a um desafio em contribuir para um estudo voltado à elaboração de tais critérios. É possível compreender que os desenhos institucionais e a dinâmica institucional dependem de uma compreensão mais adequada e classificatória da realidade dos *efeitos sistêmicos*, ou seja, o estudo de uma metodologia pertinente à sua compreensão conceitual e sua própria realização.

As instituições promovem, dentro de suas capacidades, a interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais. O debate norte-americano desenvolve um entendimento de que este processo precisa considerar as chamadas *questões institucionais*¹⁹. Estas se dividiriam em, no mínimo, como

¹⁶ TREMBLAY, Luc. "Le Fondement Normatif du Principe de Proportionnalité en Théorie Constitutionnelle". *Mercredi*, Vol. 21, 2009.

¹⁷ PILDES, Richard; LEVINSON, Daryl. "Separation of Parties, Not Powers". *Harvard Law Review*, Vol 119, 1, 2006.

¹⁸ GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton University Press, 1996.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, Nº 28, 2002.

já foi apontado, *capacidades institucionais e efeitos sistêmicos*. Tal compreensão representa uma vertente crítica de pensamento em oposição às correntes perfeccionistas, sobretudo em relação aos juízes, que, tradicionalmente, detêm a legítima prerrogativa interpretativa²⁰. A atividade interpretativa, entretanto, não se restringe ao plano do judiciário, pois todas as instituições revestidas de atribuições normativas e funcionais numa ordem constitucional possuem um papel democrático a ser desempenhado. Um dos meios para este desempenho é justamente a atividade interpretativa destas instituições e o que acarretam como efeitos.

As atividades interpretativa e deliberativa, desta maneira, devem considerar aspectos institucionais como seus próprios resultados, assim como o quanto a instituição se encontra preparada para enfrentar as demandas sociais que recebem²¹. Estes aspectos institucionais servem como parâmetros para definir os limites de uma atividade institucional legítima. Capacidades institucionais representam um fenômeno de natureza institucional relacionada às possibilidades de o agente levantar recursos e informações que balizem seu entendimento²².

²⁰ A perspectiva perfeccionista se identifica, em grande parte com a figura do Juiz Hércules, definida nos termos a seguir: "I must try to exhibit that complex structure of legal interpretation, and I shall use for that purpose an imaginary judge of superhuman intellectual Power and patience who accept law as integrity. Call him Hercules". DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 239. Uma dura crítica, no entanto, é formulada por Cass Sunstein em: "Or consider perfectionism: the view that the Constitution should be construed in a way that makes it best, and in that sense perfects it. Imagine a society – proudly called Olympus – in which the original public meaning of the document does not adequately protect rights, properly understood. Imagine that the text is general enough to be read to provide that protection. Imagine finally that Olympian courts, loosened from Thayerian structures, or from the original understanding, or from minimalism, would generate a far better account of rights and institutions, creating the preconditions for both democracy and autonomy. In Olympus, a perfectionist approach to the Constitution would be entirely appropriate". SUNSTEIN, Cass. "Second-Order Perfectionism". *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 144, 2006, p. 3. Ressalte-se, no entanto, que o presente estudo não se limita a uma perspectiva subjetiva como a que Ronald Dworkin se propôs a fazer. Apesar de sua importância, a figura do juiz ou do judiciário não esgota os limites deste estudo. O estudo sobre *efeitos sistêmicos* aqui desenvolvido remonta à totalidade da ordem institucional em uma perspectiva dinâmica e dialógica. Portanto, não se discute a legitimidade normativa e formal do juiz em interpretar a Constituição e os demais estatutos, mas o aspecto legitimatório existente na resultante dos efeitos de um desempenho institucional exercido em termos práticos. Em síntese, os elementos humanos como o juiz são levados a sério, mas o alvo da responsabilidade de desenvolver seu respectivo papel democrático é necessariamente atribuído às instituições.

²¹ São referências centrais adotadas para a compreensão de interpretação e deliberação para este estudo SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 28, 2002; BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996; e BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.

²² Recursos e informações são compreendidos como elementos de suma importância para a implementação das capacidades institucionais, não eliminando a possibilidade de existência de outros fatores com igual função. Os recursos seriam um fator capaz de abranger algumas condições em que se encontra a instituição, como financeira, logística ou, até mesmo, humana. A informação, no entanto, tem se apresentado como uma questão muito mais desafiadora no

Da mesma maneira, a especialização é um fator que conjuga maiores capacidades institucionais à atuação, representando um conhecimento aprofundado sobre os debates teóricos e empíricos em torno dos fatos conexos à sua atividade. *Efeitos sistêmicos*, por sua vez, relacionam-se à predição de que a atividade, em primeiro lugar, não atingirá de maneira negativa pessoas, instituições públicas e instituições privadas. Em segundo lugar, os *efeitos sistêmicos* representam os reflexos da atividade e das capacidades institucionais que, por sua vez, reúnem fatores que permitem a previsão dos próprios *efeitos sistêmicos*. Portanto, de acordo com esta perspectiva, a atividade institucional deve se propor a promover interpretações e deliberações, afastando-se dos termos estritamente normativos, quando se encontram acompanhados de questões institucionais favoráveis no atendimento a demandas sociais²³.

estudo do comportamento institucional ao longo das décadas. Isto ocorre porque a possibilidade de o agente encarregado de executar determinada atribuição desconhecer algumas informações ou, inclusive, deter informações incorretas ou com algum grau de imprecisão. Tais situações poderiam levar a problemas como a incerteza e o erro em momentos de interpretação, deliberação ou decisão. Informação e incerteza são temas já enfrentados por Robert Dahl e Adrian Vermeule, mas, ao que parece, ainda não há previsão para uma cognição satisfatória destes assuntos. Dahl enfrenta estas questões quando analisa o papel que a Suprema Corte dos EUA estaria exercendo na política nacional do país: "A policy decision might be defined as an effective choice among alternatives about which there is, at least initially, some uncertainty. This uncertainty may arise because of inadequate information as to (a) the alternatives that are thought to be 'open'; (b) the consequences that will probably ensue from choosing a given alternative; (c) the level of probability that these consequences will actually ensue; and (d) the relative value of the different alternatives, that is, an ordering of the alternatives from most preferable to least preferable, given the expected consequences and the expected probability of the consequences actually occurring. An effective choice is a selection of the most preferable alternative accompanied by measures to insure that the alternative selected will be acted upon". DAHL, Robert. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker". *Journal of Public Law*, Vol. 6, 280, 1957. Vermeule, por sua vez, já confrontou diretamente o assunto em VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006, reforçando suas concepções ao defender um mecanismo intitulado *véu da incerteza* supostamente capaz de promover o valor democrático da imparcialidade ao afastar do agente o conhecimento de certos resultados de sua atuação: "A *veil rule*, I shall say, is a rule that suppresses self-interested behavior on the part of decisionmakers by subjecting the decisionmakers to uncertainty about the distribution of benefits and burdens that will result from a decision (...) *Veil rules* suppress bias that arises from information. That bias need not to be based on self-interest, although it may be. (...) Bias arising from self-interest is the major worry where government officials are concerned, and will be my focus. To the extent that *veil rules* suppress both self-interested decisionmaking and other forms of biased decisionmaking, so much the better". VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 31-32.

²³ Compreendem-se as demandas sociais de maneira associada com o fenômeno das expectativas que os cidadãos exercem sobre a atividade institucional. Estas expectativas representam importantes demandas sociais por direitos com potencial impacto sobre a legitimidade da atividade institucional. A existência de grandes expectativas pode evidenciar que muitos indivíduos almejam um *status* de sujeito de direitos, seja pela via da inovação normativa, seja pela pretensão de efetivar o que este plano jurídico-formal lhe havia garantido. Em síntese, o crescimento das expectativas sobre determinada situação, caso já exista disciplina legal ou constitucional, indica dificuldades na efetivação de direitos. De acordo com esta lógica, as expectativas podem ter natureza de *efeitos sistêmicos* na ordem institucional. Pode-se considerar um caso em que a

Isto significa que, ao contrário do sustentado pelas teorias perfeccionistas – a adoção de um modelo democrático com tendência ao *first-best* –, a atividade institucional, em um Estado Democrático de Direito, deve atender ao modelo da *second-best democracy*²⁴. As instituições encontram certas limitações em sua atividade que os perfeccionistas desconsideram. Não respeitar tais limitações pode ensejar incidentes danosos de alta gravidade, infligindo danos na esfera social e, até mesmo, institucional de uma maneira reflexiva. Desta maneira, existem demandas sociais que exigem um preparo mais significativo para seu enfrentamento.

Os problemas que a atividade institucional tem enfrentado podem ser combatidos por alterações em uma reduzida dimensão do desenho institucional adotado. Grandes alterações podem não ser a saída democrática mais estratégica. Ao contrário, a concepção de mecanismos institucionais com a finalidade de atender aos valores democráticos parecem medidas mais eficazes do que alterar arranjos de maior escala²⁵. Cogitando-se a possibilidade de substituir a separação de poderes, severas mudanças seriam exigidas, a começar pela própria Constituição, havendo outros fatores refratários a propostas desta natureza. A aprovação de uma mudança desta magnitude encontraria resistências no plano político, social e jurídico, repercutindo significativamente na vida pública. Por mais que alguns arranjos institucionais – como a separação de poderes – estejam apresentando problemas, sua desconfiguração parece uma tarefa de difícil concretização. Por isto, o esforço em identificar mecanismos já existentes, ou tentar conceber novos mecanismos, em uma esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma maneira mais estratégica. Em última instância, discutem-se soluções para uma atividade institucional mais eficiente com a ciência de que os redesenhos devam ocorrer em uma escala inferior. Os *efeitos sistêmicos* se apresentam como um importante fenômeno para

promoção de um direito é atribuída a uma instituição que, no entanto, resiste a lhe conferir efetividade. Entre os *efeitos sistêmicos* deste caso, é possível que se criem expectativas sobre outras instituições que, por prerrogativa funcional possam lhe conferir atendimento. As expectativas são um instrumento de mensuração de um real desempenho da atividade institucional, podendo repercutir em uma instituição distinta da que lhe deu causa. O atendimento às expectativas por direitos representa um desempenho por parte da instituição de um importante papel democrático, sobretudo quando as demandas sociais se estruturam em um quadro socioeconômico mais crítico, a exemplo de sociedades reconhecidas como emergentes ou periféricas.

²⁴ A ideia de *first-best* vem das ciências econômicas, podendo ser aproveitada no direito. Quando uma limitação existente impede o alcance de um *ponto ótimo*, parte-se dessa limitação no sentido da solução que mais se aproxime deste. Quando admitimos estes limites, o mesmo raciocínio pode ser aplicado à atividade institucional, desestimulando as instituições a interpretar e deliberar como se pudessem alcançar resultados perfeitos. Com isto, a melhor saída passa a se encontrar entre o ideal e aquilo que é alcançável pela atividade institucional. Trata-se do modelo *second-best democracy*. VERMEULE, Adrian. "The Interaction of Democratic Mechanisms". *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Nº 09-22, 2009.

²⁵ O presente estudo compartilha da visão de que são valores democráticos a imparcialidade, a responsabilidade, a transparência e a deliberação, Cf. VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 4.

balizar uma nova perspectiva de desenho institucional, quando estes poderiam assegurar uma dimensão de legitimidade institucional de caráter reflexivo e sistêmico.

A especificação do objeto de análise, *efeitos sistêmicos*, que ora se apresenta não diz respeito a qualquer ordem de repercussão no plano prático da atividade das instituições. O que se pretende é traçar um estudo delimitado pela teoria institucional no que tange a repercussões estritamente em um âmbito político-jurídico entre as próprias instituições no desempenho de suas atividades democráticas capazes de promover um rearranjo do desenho institucional predominante. Para tanto, será necessário conceber de que maneira este fenômeno da ordem institucional se define conceitualmente e compreender, no plano real, o universo de possibilidades que se apresentam nesta esfera. É por este exercício de análise que se poderá compreender o quanto os *efeitos sistêmicos* representam um fenômeno indispensável à legitimidade constitucional, uma vez que estes consubstanciam a realidade constitucional enquanto exercício democrático e não simplesmente o formalismo democrático.

II. AS QUESTÕES INSTITUCIONAIS E AS CARACTERÍSTICAS DOS EFEITOS SISTÊMICOS

O Estado Democrático de Direito, com frequência, apresenta alguns problemas de natureza institucional que refletem um quadro “ameaçador” à proposta constitucional em que se funda. Tais problemas envolvem uma dimensão de teor jurídico-político e administrativo que nem sempre são observáveis pelos estudiosos e que não podem ser confundidos com os próprios *efeitos sistêmicos*. Na verdade, como já se observou, as teorias constitucionais, apesar de todo o avanço que trouxeram no plano dos desenhos institucionais, nas últimas décadas, não focaram, com o devido cuidado, problemas institucionais relevantes na ordem do desempenho da atividade institucional.

As chamadas *questões institucionais*, por muito tempo, foram negligenciadas pelas teorias interpretativas, no plano jurídico, pois sempre se buscou saber “o que eu faria se eu fosse juiz”²⁶. Com isto, *questões institucionais* de significativo impacto na ordem jurídico-política não foram observadas nos modelos e técnicas reproduzidas ao longo da história jurídica e constitucional. O que se verifica, hoje, é a indispensável necessidade de identificar o que uma instituição, na conjuntura em que se encontra, precisa e pode fazer ao se deparar com alguma controvérsia. Isto significa que a instituição, ao invés de idealizar a atividade que deve realizar, necessita compreender quais os mecanismos possui para desempenhar sua atividade sem produzir, por exemplo, efeitos negativos à ordem social. O estudo das

²⁶ Trata-se da crítica central à tradição de pensamento interpretativo no Direito formulada em SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institution”. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 28, 2002.

capacidades institucionais atende a uma ideia de *vícios e virtudes do formalismo* que pode esclarecer alguns fenômenos institucionais²⁷. O formalismo é um comportamento destacadamente contido, sem avançar contra previsões normativas e *standards* existentes. Ao contrário, em sua tradição anglo-saxônica, visa elaborar progressivamente novos *standards* decisoriais como uma forma segura de progressão da atividade interpretativa²⁸. A teoria institucional, entretanto, possui uma compreensão distinta do formalismo, destinando-lhe um papel estratégico de atuação. O formalismo, em geral, seria uma saída estratégica para momentos em que a instituição não possui capacidades institucionais a altura para enfrentar uma controvérsia²⁹. Assim, a maneira mais segura de não cometer grandes equívocos ou romper com a estabilidade de, por exemplo, precedentes importantes na matéria, seria um atendimento mais estrito dos termos formais previstos. De acordo com esta compreensão estratégica, o lado *vicioso* do comportamento formalista se apresenta quando as capacidades institucionais permitiriam suprir problemas que a norma não identifica ou não consegue superar; o lado *virtuoso* quando faltam capacidades institucionais e isto é motivo para uma atividade mais contida, preservando-se e evitando cometer erros.

Neste âmbito, é necessário diferenciar, de imediato, o que seriam problemas institucionais, nesta ordem de desempenho, do que seriam propriamente os *efeitos sistêmicos*. Em primeiro lugar, compreender *efeitos sistêmicos* significa conhecer suas implicações positivas ou negativas sobre a ordem institucional. Em segundo lugar, estas implicações negativas caminham *pari passu* com o que chamamos de problemas institucionais.

Para uma compreensão mais bem definida dos *efeitos sistêmicos*, é possível considerar a existência de três características que lhe são centrais³⁰. A primeira característica dos *efeitos sistêmicos* é o processo dinâmico pelo qual se conduzem, envolvendo toda a ordem institucional, em que há uma dinâmica permanente e contínua em seu desenvolvimento. Assim, os *efeitos sistêmicos* são sempre responsáveis por trazer implicações sucessivas da atividade institucional às demais instituições ou a ela mesma.

As instituições, quando sofrem as implicações dos *efeitos sistêmicos*, dependem de suas capacidades institucionais. Isto ocorre por causa da segunda característica dos *efeitos sistêmicos*: o grau do desempenho da atividade institucional precisa ter seu respectivo respaldo em termos de capacidades institucionais. Quando o desempenho institucional em resposta

²⁷ Esta ideia surge em Alexander Bickel e é resgatada na obra SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

²⁸ SCHAUER, Frederick. "Formalism". *Yale Law Journal*, Vol. 97, 4, 1988.

²⁹ Esta compreensão estratégica do formalismo se encontra em SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 28, 2002.

³⁰ Estas três características estão sendo elaboradas ao longo da pesquisa, não havendo, em rigor, tratamento prévio na teoria institucional.

às demandas dos *efeitos sistêmicos* não alcança o respectivo grau de capacidades institucionais, surgem problemas institucionais. Desta maneira, um problema institucional é resultado do insucesso de uma instituição em responder às consequências dos *efeitos sistêmicos* através de suas capacidades institucionais. Em síntese, a segunda característica dos *efeitos sistêmicos* é seu potencial para ensejar problemas institucionais. Evidentemente, tal problema produzirá outros *efeitos sistêmicos*, com a tendência de que sejam estes negativos.

A terceira característica dos *efeitos sistêmicos* se encontra em uma dimensão democrática e legitimatória da atividade institucional. A relação entre *efeitos sistêmicos* e capacidades institucionais pode ser adotada como uma nova concepção para o fenômeno legitimatório das instituições. À medida que o desempenho da atividade institucional ocorre de maneira mais ou menos problemática e de acordo com suas capacidades institucionais, esta ensejará outros efeitos à esfera social. Este será o parâmetro para arguir, em uma perspectiva institucionalista, se há legitimidade na atividade institucional.

O exercício da atividade institucional na garantia e promoção de um sistema de direitos deve estar, portanto, ciente de dificuldades práticas, neste plano institucional, que afetam o próprio caráter legitimatório de seu desempenho. É possível exemplificar estes problemas institucionais por meio de situações aqui nomeadas como: (I) *reducionismo* da atividade institucional; (II) *isolacionismo* das instituições; (III) *estadismo* da ideologia institucional; (IV) *personalismo*; e (V) *conformismo*³¹.

Tais situações de ordem institucional podem ser observadas a partir de uma perspectiva tríade entre diálogos institucionais, capacidades institucionais e *efeitos sistêmicos*. Em primeiro lugar, a realidade dinâmica interinstitucional se apresenta pelos chamados “diálogos institucionais”, quando, no plano normativo e no plano prático, ocorre a interação entre as instituições; o que, geralmente, se caracteriza como desenho institucional, seja pela prescrição normativo-constitucional, seja pelo próprio exercício da atividade institucional. Em segundo lugar, as capacidades institucionais são a dimensão própria de potencial desempenho intrainstitucional. E, por fim, os *efeitos sistêmicos* que representam os resultados da própria atividade institucional que não está necessariamente prevista normativa ou praticamente. Percebe-se, pois, que diálogos institucionais representam uma composição formal ou de exercício entre as instituições com certo grau de previsibilidade; enquanto que *efeitos sistêmicos* indicam desdobramentos de ações isoladas ou conjuntas que refletem consequencial e sucessivamente seus resultados nas outras instituições, inclusive, com grau de imprevisibilidade. É exatamente pela composição desses fatores que se encontrariam situações acima mencionadas.

³¹ Trata-se de problemas institucionais identificados pela presente pesquisa, sem tratamento anterior na teoria institucional.

III. PROBLEMAS INSTITUCIONAIS E SUAS REPERCUSSÕES

A ordem constitucional democrática, muito além de considerar os termos que se estabeleceram normativamente, deve voltar sua atenção, em uma perspectiva reflexiva, sobre aquilo que vem sendo, de fato, o móbil de transformação da realidade social: suas instituições. Enquanto as teorias jurídicas tradicionais sustentam que a eficácia é um dos planos da norma, defende-se que é a real garantia e promoção de direitos básicos o verdadeiro sentido da atividade institucional³². Por mais que a teoria constitucional tenha evoluído e superado os limites das chamadas “democracias recentes”, a regra é que problemas de ordem institucional ainda se apresentam como fatores de resistência ou, até mesmo, de impedimento para um satisfatório desenvolvimento do plano fático-social. Pode-se afirmar que, à medida que problemas de ordem institucional não são combatidos, esta dificuldade democrática permanece ao longo das gerações.

A limitada experiência constitucional democrática brasileira representa possivelmente uma das principais causas desta dificuldade democrática. Faltam parâmetros norteadores da atividade das instituições que se estruturam de acordo com a experiência constitucional. No plano subjetivo da atuação do agente institucional, por exemplo, pode-se verificar como é difícil e complexo seu desempenho autônomo e eficaz quando lhe faltam orientações. Tais situações podem acarretar condutas de caráter legalista, por exemplo, e que, nem sempre, promovem o papel democrático daquela instituição perante os destinatários de sua atividade. Como já identificado anteriormente, há alguns fenômenos institucionais que se destacam e influenciam o grau de legitimidade na dimensão dos *efeitos sistêmicos*.

O fenômeno do *reduccionismo* (I) da atividade institucional se encontra quando a instituição não reconhece a função política que possui dentro da ordem democrática. Há situações que provocam a atividade institucional e não devem ser respondidas de forma meramente legalista, e nisto consiste a natureza problemática deste fenômeno. Este representa o *vício do formalismo* em que a instituição reduz a dimensão política que possui dentro de uma ordem democrática, reconhecendo somente os aspectos normativo-legais de sua atividade.

O *isolacionismo* (II) se encontra quando a atividade não é exercida de modo cooperativo. A ordem institucional, para que possa ser compreendida como um sistema, precisa observar mecanismos dialógicos entre suas instituições. Tais mecanismos podem aumentar as capacidades institucionais, pois, matérias que fogem da especialização de uma entidade passam a receber amparo de quem detém um nível de informação mais elevado³³.

³² GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton, 1999.

³³ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Isto possibilita decisões mais acertadas e uma atuação com resultados mais positivos no plano fático.

Nos momentos em que as instituições atuam através de uma racionalidade muito mais favorável aos interesses do Estado do que aos interesses de uma razão pública na esfera política, há o que chamamos de *estadismo* (III)³⁴. A atividade das instituições deve obedecer a uma razão pública e não a uma razão de Estado, se pretendem manter a tradicional concepção de democracia republicana. Existem movimentos de natureza política na sociedade que visam controlar esta atividade. Uma atuação, para que se reconheça como legítima, precisa atender a valores desta ordem. Em certos aspectos, é possível afirmar que isto se apresenta como outro *vício do formalismo*, mas, além disto, trata-se de uma questão de imparcialidade³⁵. Isto porque a instituição se depara com seus casos já pré-determinada a defender os interesses do ente público estatal, ao invés de cumprir com o papel democrático que possui perante seus cidadãos.

O *personalismo* (IV) se encontra nos momentos em que as motivações da atividade institucional se confundem com as razões de particulares, o auto-interesse, que nela atuam. Trata-se de mais uma questão vinculada ao valor da imparcialidade, com severas repercussões na esfera deliberativa. A especialização da instituição não pode se encontrar em uma dimensão unicamente subjetiva, ou seja, quem domina a matéria; mas possuir mecanismos que permitam uma atividade com este caráter especializado.

³⁴ O termo *razão de Estado* indica uma tradição de pensamento da filosofia política influenciada pela obra de Maquiavel e acompanhou a estruturação do modelo político-institucional de Estado Moderno europeu. O termo foi cunhado pela primeira vez por Giovanni Della Casa, mas somente pelas mãos de Giovanni Botero, em *A Razão de Estado*, em 1589, ganhou uma conceituação mais rigorosa, representando uma noção de auto-preservação do Estado, indicando as necessidades práticas de se agir na superação das questões em sua oposição. Cf. BOTERO, Giovanni. *The Reason of State*. Translated by P.J. Waley and D.P. Waley. New Haven: Yale University Press, 1956. Por outro lado, a *razão pública* é um conceito intimamente ligado ao pensamento de John Rawls: "The idea of public reason has a definite structure, and if one or more of its aspects are ignored it can seem implausible, as it does when applied to the background culture. It has five different aspects: (1) the fundamental political questions to which it applies; (2) the persons to whom it applies (government officials and candidates for public office); (3) its content as given by a family of reasonable political conceptions of justice; (4) the application of these conceptions in discussions of coercive norms to be enacted in the form of legitimate law for a democratic people; and (5) citizens' checking that the principles derived from their conceptions of justice satisfy the criterion of reciprocity. Moreover, such reason is public in three ways: as the reason of free and equal citizens, it is the reason of the public; its subject is the public good concerning questions of fundamental political justice, which questions are of two kinds, constitutional essentials and matters of basic justice; and its nature and content are public, being expressed in public reasoning by a family of reasonable conceptions of political justice reasonably thought to satisfy the criterion of reciprocity". RAWLS, John. "The Idea of Public Reason Revisited". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, 3, 1997, p. 767.

³⁵ Cf. VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Entre estes fenômenos institucionais, talvez o de maior gravidade seja o *conformismo* (V); na maioria dos casos, quando os vícios acima são conhecidos pelas instituições e nenhuma ação é tomada. O formalismo pode concorrer, viciosamente, para a construção de uma zona de conforto do agente institucional. Trata-se de mais uma dificuldade no plano da imparcialidade³⁶, uma vez que o próprio conforto em detrimento de um bom desempenho da atividade institucional representa um auto-interesse do agente. A conformação com irregularidades de ordem institucional, como as elencadas acima, resulta na garantia da manutenção destes vícios, sendo, portanto, um fenômeno de grande impacto sobre a ordem democrática.

Estes problemas institucionais impedem que se atinjam de modo satisfatório os valores democráticos que se apresentem como pilares da ordem constitucional. Existem, pelo menos, quatro destes valores, apontados por Adrian Vermeule, que podem ser reconhecidos publicamente: a imparcialidade, a transparência, a deliberação e a responsabilidade³⁷. Os fenômenos institucionais aqui nomeados são exemplos de distorções jurídico-políticas que reduzem o teor democrático da atividade institucional. É necessário, portanto, buscar mecanismos democráticos que possam fornecer saídas legítimas em benefício da estrutura da sociedade, uma vez que a supressão ou alteração de grandes arranjos institucionais costuma gerar certo estranhamento e desconfiança por parte dos próprios cidadãos³⁸. Assim, uma atividade institucional que compreenda mecanismos dirigidos a valores democráticos permitiria a estabilidade e o desenvolvimento institucional de acordo com preceitos constitucionais. Os mecanismos, por sua vez, precisam, necessariamente, ter sua estruturação elaborada com base nas próprias capacidades institucionais de que aquela entidade dispõe.

IV. A BUSCA POR UM INDICADOR DE LEGITIMIDADE

Parafraseando Kant, assim como “a liberdade é a essência do homem”, a legitimidade é a essência da democracia. Há que se considerar, contudo, que os critérios tradicionais reveladores desta legitimidade nas teorias política e jurídica parecem estar desgastados. A representação, a soberania popular, o majoritarismo, a lei e, até mesmo, a Constituição são institutos e princípios, sem dúvida, com um potencial de legitimação da atividade democrática do Estado. Quando reunimos todas estas categorias sob um mesmo governo, no entanto, ainda é possível encontrar situações em que sua legitimidade é questionável. Talvez esta assertiva pudesse ganhar uma considerável clareza e nitidez se houvesse algum elemento capaz de *testar* estes aspectos legitimatórios de instituições políticas revestidas de todas as concepções político-jurídicas mencionadas acima.

³⁶ Sobre problemas relativos à imparcialidade, Cf. VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

³⁷ Adota-se, neste aspecto, a perspectiva de VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 4.

³⁸ *Idem*.

Compartilhando uma perspectiva institucional apresentada por Stephen Griffin, há um significativo distanciamento entre a Constituição – e entre os demais institutos e princípios indicados – e a realidade, que somente pode ser superado pelas instituições³⁹. Não basta que haja um plano normativo-legal bem estruturado, pois este pode estar frequentemente apartado da realidade social. Não é por meio de nenhuma espécie de “força normativa” que a sociedade observará alterações efetivas em seu plano fático. Mais do que um elemento jurídico-formal, é preciso uma *força política* capaz de atender àquelas determinações previstas na ordem normativa e àquelas intrínsecas ao seu papel democrático perante as demandas de seus cidadãos. Esta *força política* das instituições representa um esforço que deve ser exercido para materializar legítimos compromissos constitucionais. Somente a partir de um real desempenho neste sentido, defende-se, é possível haver uma ordem democrática legítima. Desta maneira, pode-se afirmar que uma ordem democrática é considerada legítima à medida que suas instituições usam de sua *força política* para promover uma aproximação entre a ordem normativo-constitucional e a realidade social. Um Estado governado pela vontade livre de seus cidadãos sob o “império” da mais reconhecida Constituição não será democrático se suas instituições não exercerem seu papel democrático com esta finalidade.

É possível relacionar a *força política* que ora se nomeia com a *concepção política de justiça* encontrada na *justice as fairness* de John Rawls. Esta teoria da justiça representa uma contribuição para a teoria política, pois estrutura uma compreensão de legitimidade no plano político de atividade. De acordo com esta teoria, esta concepção política de justiça possui três características: (I) a estrutura básica da sociedade, fundada nas principais instituições jurídicas, políticas e econômicas, atua em matérias essencialmente constitucionais e adota, em suas atividades, princípios de justiça apriorísticos que definem um papel intrínseco à sua atividade, como os princípios da igualdade e da diferença; (II) a estrutura básica da sociedade não se contamina por ideologias de doutrinas abrangentes e o resultado de sua atividade representa uma deliberação compatível com as perspectivas dentro de um pluralismo razoável; e (III) o conteúdo dos princípios de justiça adotados pela estrutura básica da

³⁹ Griffin apresenta esta questão, inicialmente, pelo exemplo crítico de um contexto de guerra e, posteriormente, destaca o seguinte: “The recurrence of serious constitutional problems each time the United States fights a major war is a dramatic example of the difference between providing a constitutional framework of government powers and building competent government institutions. While there is no doubt that the Constitution gave the federal government the power to wage war, the mere provision of constitutional powers did not guarantee that the government would be able to those powers effectively. *To bridge the gap between the grant of power and the effective use of power, institutions are required to operationalize constitutional powers and make them meaningful.* Much of the history of the relationship of the Constitution to American political institutions is the story of how this gap was bridged, very gradually in the nineteenth century and with increasing urgency and effort in the twentieth century” (grifou-se). GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 60.

sociedade deve ser preenchido pela compreensão apresentada por uma espécie de razão prática correspondente à cultura pública de seus cidadãos. A *concepção política de justiça*, portanto, representa um referencial central na teoria política para compreender o sentido da legitimidade. No entanto, ao formular sua teoria política, Rawls a desenvolve sob uma compreensão orgânica das instituições. Embora, nitidamente, considere a existência de instituições centrais na sociedade por atuarem em matéria essencialmente constitucional, não reconhece a dinâmica política existente entre estas instituições.

O que se pretende, com a elaboração da ideia de *força política* é apontar um novo aspecto da legitimidade que, posicionado sobre a tensão entre normatividade e faticidade, seja capaz de interagir com o direito e com a política. Trata-se de legitimidade institucional. Ao contrário da concepção orgânica que se pode adotar na teoria política, a teoria institucional precisa reconhecer seu caráter necessariamente sistêmico. A *força política* das instituições representa, portanto, o elemento pelo qual as instituições conseguem intervir na vida democrática de outras instituições ou de cidadãos – ou até mesmo sobre a sua – e, igualmente, o elemento pelo qual conseguem resistir às influências advindas destes ou de si mesma. Esta *força política* pode – e, na verdade, deve – ser utilizada pela instituição para o correto exercício de seu papel democrático. O problema é que, caso a *concepção política de justiça* da teoria política não seja observada, nada impede que esta *força política* seja utilizada pela instituição para atingir outras finalidades. Como, em última instância de análise, os *efeitos sistêmicos* representam, *in concreto*, esta *força*, seu uso desvirtuado repercutirá negativamente sobre a ordem democrática. Com isto, enquanto as capacidades institucionais representam o preparo das instituições em lidar com as demandas que recebe, em último grau, a *força política* desta instituição será determinante na produção de *efeitos sistêmicos*, tanto em termos de positividade-negatividade, quanto em termos de frequência ou progressividade. Consequentemente, o papel da *força política* das instituições também será central na determinação da legitimidade institucional existente.

Sustentar este pensamento, entretanto, requer elucidar uma central questão: como avaliar se esta *força política* está sendo exercida pelas instituições. Com isto, a forma com que uma ordem democrática depara-se com a produção de efeitos positivos ou negativos na garantia e na promoção de direitos de maneira progressiva e estável pode evidenciar o grau de legitimidade que se pode atribuir àquele Estado. Se é a atividade das instituições o elemento capaz de aproximar os planos naturalmente dissociados da faticidade e da normatividade, é necessário reconhecer que os resultados desta atividade também devam ser levados em conta para avaliar o quanto um Estado é legítimo na ordem democrática. Neste sentido, a produção de *efeitos sistêmicos* apresenta-se como um verdadeiro indicativo de verificação do desempenho da atividade institucional e, consequentemente, da própria legitimidade.

As capacidades institucionais são um fator de suma importância para a atividade institucional, uma vez que representam os limites para a execução adequada, em que os *efeitos sistêmicos* produzidos são predominantemente positivos. Talvez os *efeitos sistêmicos*, enquanto indicadores de legitimidade, possam revelar a importância de considerar estes limites das capacidades. Ao que parece, verificar a produção de um alto nível de *efeitos sistêmicos* negativos na ordem institucional é o primeiro passo do procedimento de teste da legitimidade do governo. O segundo passo seria identificar qual o impacto das capacidades institucionais – melhor, do respeito às capacidades institucionais – sobre este quadro. Assim, talvez seja possível compreender quando o diagnóstico da ilegitimidade tem como causa um *déficit* no exercício da *força política* das instituições ou um comportamento institucional comprometido por problemas em suas capacidades. A tentativa de se compreender o fenômeno institucional dos *efeitos sistêmicos* com este estudo, justifica-se pelo fato de este poder representar um indicativo idôneo para *testar* a legitimidade.

CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar que com a *virada institucional* promovida no âmbito da teoria da interpretação jurídica e constitucional, passam a ser concebidas algumas *questões institucionais*. Tal fato é de fundamental importância para, nos dias de hoje, compreender a dimensão da legitimidade constitucional no plano fático e da experiência. Isto significa que o plano normativo-constitucional, para que possa ser aproximado da realidade social, precisa reconhecer a importância de fatores como os *efeitos sistêmicos*. Trata-se de um dos aspectos específicos da dinâmica institucional, quando se observam repercussões de diversas naturezas, como jurídica, política ou administrativa. Este fenômeno é, como se defende, o desafio para uma teoria institucional que interaja diretamente com uma teoria constitucional democrática.

O ponto central do presente estudo, *efeitos sistêmicos*, pode ser delimitado na teoria institucional no que se refere a repercussões entre as próprias instituições no desempenho de suas atividades democráticas capazes de promover um rearranjo do desenho institucional predominante. Como foi visto, este fenômeno da ordem institucional representam um aspecto indispensável à legitimidade constitucional, uma vez que estes consubstanciam a realidade constitucional enquanto exercício democrático e não simplesmente o formalismo democrático.

Assim, compreendem-se *efeitos sistêmicos*, diferentemente do que seriam os problemas institucionais, em razão de aqueles produzirem efeitos positivos ou negativos na ordem institucional; enquanto os problemas institucionais associam-se a *efeitos sistêmicos* negativos, podendo, ainda, produzir frequentes repercussões de caráter negativo. Conseqüentemente, o conceito de *efeitos sistêmicos* repousa em três características centrais: (I) o processo dinâmico

pelo qual se conduzem; (II) seu potencial de produção de problemas institucionais; e (III) seu aspecto legitimatório reproduzido pelo equilíbrio com as capacidades institucionais.

Por fim, o presente trabalho procurou esclarecer uma categoria importante para a metodologia de análise sobre o fenômeno institucional: a *força política* que uma instituição pode desenvolver em seu caráter jurídico-político-administrativo. Ressalte-se que há uma distinção tênue entre uma *concepção política de justiça* da instituição, como nos fala Rawls, e a ideia de *força política* da instituição. Por um lado, encontra-se a visão orgânica e unitária de uma instituição. Por outro lado, é possível observar a visão sistêmica e plural da *força política* das instituições. Assim sendo, como se tentou explicar ao longo do texto como uma hipótese sobre a dimensão da legitimação, verifica-se que os *efeitos sistêmicos* representam um indicador de atuação e desempenho das instituições perante elas mesmas no uso de suas capacidades e seus reflexivos efeitos. A forma com que os *efeitos sistêmicos* afetam a realidade social, no plano interinstitucional, permite que se avalie continuamente o grau de legitimidade que está assegurado em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Maíra. "A Teoria das Instituições Democráticas em John Rawls". *Revista JurisPoesis*, Vol. 13, 89-102, 2011.
- BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. "Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo". *Direitos Fundamentais & Justiça*, Vol. 17, 288-309, 2011.
- BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.
- BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.
- BOTERO, Giovanni. *The Reason of State*. Translated by P.J. Waley and D.P. Waley. New Haven: Yale University Press, 1956.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- DAHL, Robert. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker". *Journal of Public Law*, Vol. 6, 280, 1957.
- GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Perspectives*. Lawrence, KA: Kansas University Press, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by William Regh. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.
- _____. *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998.

- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. "The Charter dialogue between Courts and Legislatures: or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all". *Osgoode Law Review*, Vol. 35, 1, 1997.
- LECLAIR, Jean. "Réflexions Critiques au Sujet de la Métaphore du Dialogue en droit Constitutionnel Canadien". *Revue du Barreau du Québec*, avril, 2003.
- MCCANN, Michael. "How the Supreme Court Matter for the American Politics: New Institutional Perspectives". In: GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretation*. Lawrence, KA: University of Kansas Press, 1999.
- PILDES, Richard; LEVINSON, Daryl. "Separation of Parties, Not Powers". *Harvard Law Review*, Vol. 119, 1, 2006.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed., São Paulo: Ática, 2000.
- _____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- _____. "The Idea of Public Reason Revisited". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, 3, 1997.
- SCHAUER, Frederick. "Formalism". *Yale Law Journal*, Vol. 97, 4, 1988.
- SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- _____. "Second-Order Perfeccionism". *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 144, 2006.
- _____. *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Nº 28, 2002.
- TREMBLAY, Luc. "Le Fondement Normatif du Principe de Proportionnalité en Théorie Constitutionnelle". *Mercredi*, Vol. 21, 2009.
- VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- _____. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.
- _____. "The interaction of democratic mechanisms". *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Nº 09-22, 2009.
- WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*, Vol. 115, 1344, 2006.