

BREVE MANIFESTO SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL (a constituição como o quarto elemento do Estado Democrático de Direito)¹

BREVE MANIFESTO SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Raúl Gustavo Ferreyra²

RESUMO

É apresentada, neste trabalho, a noção da essencial função constitutiva do instrumento constitucional na formação do Estado de Direito moderno. O texto erige uma Teoria do Estado a partir de uma Teoria Constitucional que reconhece a constituição como uma instituição política, ademais de jurídica. Com base no estudo da ontologia constitucional, é esclarecida a função de fundamento (raiz e razão) da constituição no Estado, sobremaneira no Estado Democrático de Direito, constituindo o 4º elemento do Estado.

Palavras-chave: Constituição; Constitucionalismo; Elementos e fundamentos do Estado; Direito; Democracia.

RESUMEN

En este trabajo es presentada la noción de la esencial función constitutiva del instrumento constitucional en la formación del Estado de Derecho moderno. El texto erige una Teoría del Estado a partir de una Teoría Constitucional que reconoce la constitución como una institución política, además de jurídica. Sobre la base del estudio de la ontología constitucional, es aclarada la función de fundamento (raíz y razón) de la constitución en el Estado, sobre todo en el Estado Democrático de Derecho, constituyendo el 4º elemento del Estado.

PALABRAS-CLAVE: Constitución; Constitucionalismo; Elementos y fundamentos do Estado; Derecho; Democracia.

INTRODUÇÃO

Até este momento, tenho empreendido uma pesquisa e reflexões sobre o Estado constitucional na América do Sul, prospectando a possibilidade de que talvez exista uma “matemática do espírito, cujas terríveis leis não sejam tão invioláveis como as que determinam as combinações dos números e das linhas”(ARLT, 2013, p. 73) - ainda que o Direito que emerge

¹ Texto-base de palestra proferida aos Ministros do Superior Tribunal Militar da República Federativa do Brasil, em sua sede, Brasília, DF, na data de 28/12/2014. O texto em questão foi traduzido por José Eduardo Schuh.

² Catedrático de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires (UBA). Raúl Gustavo Ferreyra é Doutor da Universidad de Buenos Aires, Professor Titular na Cátedra de Direito Constitucional; coordenador e professor da modalidade intensiva do Doutorado, área Direito Constitucional, da Universidad de Buenos Aires; advogado e procurador; congressista e expositor.

das constituições, por certo, não habita na exatidão de nenhuma das matemáticas, nem nas espirituais, nem nas não espirituais.

A tarefa, portanto, tem sido conformada com crescente maturidade e com as imperfeições que genuinamente resultam da ambiguidade, policromia e vaguidade do Direito transladadas ao Direito Constitucional. O texto se encontra no prelo e será publicado em 2015, tendo por título “*Manifiesto sobre el Estado constitucional. Raíces e razones de la mancomunidad estatal*”; uma peça extensa de mais de 150 páginas.

Dado o generoso convite do Superior Tribunal Militar brasileiro, na pessoa de sua presidente, Prof. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, e dos distintos Ministros que compõem a Corte militar, decido, então, antecipar neste texto algumas das conclusões alcançadas no predito trabalho investigatório. Julgo interessante alertar que as ideias da contribuição investigativa mencionada no parágrafo antecedente são aqui apresentadas de maneira especialmente “ajustadas”, em respeito a esta eminente ocasião, ainda que evidente o risco admitido, em face da incompletude do texto que lhe serve de marco teórico. Por força desse ajustamento, chamo esta contribuição de “Breve...”, pois, naturalmente, inclui as principais ideias aglutinadas na versão *in extenso*. Não pretendo a sua “soberania”, contentando-me com uma adequada “autonomia”. Por razões de espaço e com o propósito de adequar-me à orientação sugerida para este evento de homenagem, prescindirei da menção e descrição de normas na argumentação apresentada. No mesmo sentido, tanto quanto possível, o texto é também despido de citações doutrinárias e jurisprudenciais.

1 AFIRMAÇÃO CAPITAL

A tese pura deste “Breve Manifesto” é a seguinte: denomina-se “Estado constitucional” (BONAVIDES, 2011) a todo ente que congrega em sua composição dois elementos constitutivos naturais (território e povo) e dois elementos constitutivos não-naturais (poder e constituição), sendo que um destes últimos é o “artifício fundamental”, a suma regra, norma suprema da Nação, cuja estabilidade ou perenidade se pretende estabelecer com suficiente hegemonia. No Estado constitucional todo o Direito do Estado deve ser naturalmente autorizado pela norma positiva fundamental do ordenamento coativo.

O âmbito de reflexão e de textualização se encontra na Argentina e dentro do marco de ordenação prescrito pelo sistema de sua “Constituição federal”; conta, porém, com inferências verdadeiramente desenvolvidas e vocacionadas para tipificar aspectos sobre a “identidade” do constitucionalismo na América do Sul. A concepção da constituição como quarto elemento do

Estado significa um “programa”³, ainda que, neste momento, sua compreensão teórica e sua consequente concreção empírica não sejam orientadas de modo direito à laboriosa edificação de uma “identidade constitucional sul-americana”, cujo peso relevante ou critério dirigente eventualmente resida no discurso público originado pelo Direito da constituição.

2 A CONSTITUIÇÃO, QUARTO ELEMENTO DO ESTADO

A constituição não é um ente social isolado (BARROSO, 2012). Pode ser isolado para o seu estudo dogmático, ou seja, para a compreensão desde uma perspectiva interna de sua entidade e descrição de suas propriedades. No entanto, a constituição desempenha a sua missão, com maior ou menor eficácia, com maiores ou menores êxitos, dentro do ente estatal. Deduz-se, também, que existe um enfoque externo: o modo pelo qual a constituição se manifesta, apresenta, relaciona, enfim, regulamenta e fundamenta o universo de elementos do Estado - ou o Estado propriamente dito, porque construir constitucionalmente o Estado não é tarefa simples. Por isso, as orientações conceituais sobre “organizá-lo e ordená-lo”⁴ - sempre com um catálogo de direitos fundamentais - não são meras questões de fé ou de vocabulário: sempre se encontram abertas à delimitação e discussão crítica.

Os elementos do Estado seguem sendo o território, o povo e o poder. Entretanto - tratando-se da arquitetura do poder e da demarcação entre autoridade e cidadania -, com semelhante substancialidade, a constituição se incorpora como um quarto e novo elemento do sistema. A concepção da constituição como quarto elemento significa um programa que se apresenta - na Argentina e eventualmente para a América do Sul, no sentido de um novo modelo de integração real - e se pretende desenvolver passo a passo porque não se aspira privar de “força expressiva” à tríade elementar de elementos constitutivos do Estado (HÄBERLE, 2003, p. 225).

³ Peter HÄBERLE, em 1982, anunciou sua tese, peça por peça em *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (“a Constituição como cultura”), Berlim. A tese é reiterada em “La constitución en el contexto”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIJC), CEPC, Madrid, n° 7, 2003, pp. 223-225). Adverte-se: neste artigo o Autor resolveu abordar a constituição como um “quarto elemento” simplesmente sem ingressar na inerente projeção “cultural” da tese do Professor alemão aplicada ao nosso “contexto” cultural sul-americano.

⁴ “Con rigor se señala que los sistemas jurídicos designan una macrocombinación de normas jurídicas cuyos componentes son todos reconducibles a un fundamento común de validez: típicamente una constitución; la que a su vez asienta la suya en una norma hipotética fundamental o regla de reconocimiento. La admisión de que el Derecho es un sistema puede ser entendida en no menos de dos sentidos: (a) por un lado, reconociendo que manda y pone orden; (b) por otro, asumiendo que es algo ordenado, coherente y quizá tendencialmente completo. En los desarrollos que siguen, al Derecho se lo caracteriza –la mayoría de las veces, de modo implícito– como un sistema que intenta poner orden, o cuyas mandas reglamentan el uso de la coerción.” (FERREYRA, Raúl G. Fundamentos Constitucionales. 2013, ed. Ediar, Buenos Aires, p. 34).

Em especial, o Estado argentino se encontra fundamentado constitucionalmente pela suma regra mais antiga dentre as sul-americanas que gozam vigência. Assim como todos os Estados da América do Sul, a Argentina “ordena” a sua vida estatal por meio de uma constituição. No caso da Argentina, o artifício foi criado em 1853 e mantém-se em vigor desde então. A Constituição nasceu na metade do século XIX e em marco débil, fragmentado e de quase inexistente contratualismo comunitário. Contudo, transcorridos mais de 160 anos, suas determinações abstratas, abertas e concisas, reconhecidas e incorporadas em suas reformas, converteram-na em um bem comunitário indispensável (melhor dito: “um bem jurídico de natureza coletiva” (BIDART, 2004, p. 22)) para que cada indivíduo possa estabelecer o plano de vida que bem entenda e desenvolvê-lo e reformá-lo, com total liberdade, sem interferências. Em princípio, não existe outro “Estado” que não se encontre “constituído” por essa “constituição”. Não deveria existir vida estatal fora da “constituição”, mas existe! (Ainda que também exista um direito estatal fora da constituição, aqui não há espaço para seu detalhado tratamento⁵).

3 AS REGRAS CONSTITUCIONAIS

Preferir o artifício constitucional como “fundamento” do Estado constitui uma determinação política. É adotada com antecedência à arquitetura estatal e se funde com seus fins. Por tal razão, ao realizar-se tal escolha entre a decisão política e a própria arquitetura do sistema, é “operada” uma “relação circular” que dirige “toda a construção” futura (ZAFFARONI, 2000, p. 104-105).

“Fundamento” é termo que possui vários sentidos e é empregado em múltiplos contextos. Em respeito à clareza conceitual, indico, na sequência, os sentidos escolhidos. Então, “fundamento” é aqui empregado tanto em acepções como “raiz” quanto como “razão”, e aplicadas com algumas das alternativas lexicográficas. “Fundamentos constitucionais”, em referência a sua “raiz”, porque toda a construção jurídica de uma comunidade, em dados tempo e espaço, está ou deveria estar sustentada, suportada, enfim, “fundamentada” pelo próprio Direito que emana da constituição ou cuja validação esteja autorizada. “Fundamentos constitucionais”, em referência a sua “razão”, porque a validade jurídica de todo o Direito, em

⁵ Para a avaliação da questão aqui proposta, remete-se a: FERREYRA, Raúl Gustavo: *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; também ao ensaio “¿Tiempo constitucional? La constitución vulnerable”, em www.infojus.gov.ar, 29/4/2014, Id Infojus: DACF140220.

determinados tempo e espaço, está ou deve estar explicada, justificada, enfim, “fundamentada” pelo próprio Direito que emana da constituição ou cuja validação esta autoriza.

A fundamentação constitucional do Estado se leva a efeito - ou poderia levar-se a efeito - por meio de quatro princípios ou regras: subordinação, variação, distinção e ação. Nenhuma dessas regras ou princípios possui uma realização absoluta e, por isso, são regras “inacabadas”, regras de realização progressiva ou regras de realização relativa. Além disso, neste texto se assume que inexistem diferenças ontológicas ou estruturais entre os princípios e as regras que emanam das normas constitucionais; as dessemelhanças entre umas e outras são mais de estilo, apesar que do ponto de vista da literatura jurídica em geral seja preferido “regra”. Bem entendido: em toda obra literária são essenciais o estilo e as ideias⁶.

Então, esses quatro princípios ou regras que são depreendidos da constituição podem ser descritos como de terminação inacabada porque através deles se pretende fundamentar a regulação do Estado ou a limitação de seu imanente poder. Em sua etapa de fundamentação estatal, cada um desses princípios ou regras constitucionais se desenvolve ativamente, seja para configurar uma “raiz”, ou seja, para justificar uma “razão”. São “materiais estruturais”, “pilares”, ou, melhor, “elementos da arquitetura do interior do Estado” positivados, alocados na constituição. No entanto, com o fito de manter-se incólume o rigor analítico, é preferível agrupar os prefalados princípios ou regras em duas ordens, de maneira similar aos “fundamentos constitucionais”. Especificamente, posto que a regra sobre a variação ou alteração e a regra sobre a subordinação caem dentro do marco dos fundamentos constitucionais, então estes são observados como “raiz”, e, enquanto que, por outro lado, a regra sobre a distinção e a regra sobre a ação correspondem, ou, melhor dito, são a manifestação dos fundamentos constitucionais apreciados, neste caso, como “razão” ou justificação para o exercício da força estatal. Estes princípios ou regras que surgem constitucionalmente observam os conteúdos acima expostos.

3.1 Primeira regra: sobre a Subordinação

⁶ Não assumo a distinção forte e débil, respectivamente, entre princípios e regras. Note-se: não significa que a distinção não possua fundamento, simplesmente, é preciso destacar que tem um alcance e conteúdo explicativo sensivelmente mais reduzido do que frequentemente se lhes associa, dado que a maior parte dos princípios, tendencialmente, se comportam como as regras, posto que também são “Direito sobre Direito”, portadores de plena normatividade. Segue-se, em geral, a consistente tese de Luigi Ferrajoli, exposta em seu “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, em *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11-50, 2012.

Uma das primeiras definições estabelecidas pelo Dicionário da Real Academia Espanhola para “subordinação” - “*Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien*”⁷ - com precisão delimita o conteúdo semântico do que se discute. Com efeito, no “Estado constitucional” a subordinação do ente estatal à ordenação fundamental prescrita pela constituição vincula com determinação intransigente o próprio conceito de Estado.

A regra sobre a subordinação jurídica do Estado por meio de cada um dos desdobramentos que a constituição dispõe e determina (supremacia normativa, relação com o Direito internacional dos Direitos Humanos - DIDH -, controle de constitucionalidade e rigorosa juridicidade) persegue o estabelecimento da certeza, ou, em outros termos, do “conhecimento seguro” por parte da cidadania e dos servidores públicos sobre as determinações do campo dominado pelo Direito e de um outro campo, livre - um mundo isento de regras jurídicas.

Os cidadãos e os servidores públicos devem realizar o Direito da constituição.

A normatividade decorrente da evolução de cada um dos desdobramentos da regra sobre a subordinação do Estado ao Direito constitucional, por via de regra, deveria estar fora de discussão. Não é oportuno julgar a regra ou seus desdobramentos específicos por meio da vinculação dessa à moral. O alcance das prescrições jurídicas inevitavelmente pressupõe ou representa que a certeza no mundo estatal - passado, presente e, sobretudo, futuro - está alicerçada, encontra-se conectada, enfim, subordinada a uma regra artificial: a constituição, a qual não tem nada de metafísico. A certeza sempre é “...certeza de alguém a respeito de algo” (BUNGE, 2001, p. 213-214); em nosso caso, nada mais nada menos do que a certeza do indivíduo sobre a ordem jurídica que fundamenta o Estado.

3.2. Segunda regra: sobre a variação

A constituição contém uma convicção: que sua escrita metódica somente poderá ser expandida, contraída ou revisada pelo próprio processo detalhado em seu texto. Autoriza-se uma só linguagem possível, através de um modelo autorreferente. O próprio processo de sua alteração formaliza, sem temores, que a constituição somente pode ser reformada com a devida observância de suas determinações expressas, as quais nunca podem ser entendidas como texto

⁷ Na língua portuguesa a definição é semelhante, determinada por “...1. Ato ou efeito de subordinar ou subordinar-se. 2. Ordem estabelecida entre pessoas dependentes entre si, tendo umas o direito de mandar, e as outras a obrigação de obedecer, mas dentro da lei e da moral. 3. Dependência acompanhada do reconhecimento da superioridade de uns em relação aos outros. 4. Obediência à lei, aos superiores, à disciplina, à ordem pública. ...” (Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa).

inútil. Desse modo, o artifício solidifica e assegura a estrutura do Estado ao permitir a modificação da regra suprema, a qual não é a cópia nem a imitação de nenhum ente ou objeto perfeito e idealizado. Por isso é conveniente habilitar a própria metamorfose da constituição. Refiro-me ao processo real que cada ordem jurídica regula e estabelece com seus singulares matizes - mas que em todos eles os cidadãos participam ao eleger seus representantes e, eventualmente, aprovando diretamente as normas elaboradas pelo órgão constituinte, assim com na determinação de órgãos constitucionais e constituintes específicos, respectivamente, para proceder à variação normativa. Justificadamente, pois, a reforma configura um fundamento notável que sustenta a certeza na contínua edificação da ordem jurídica do Estado.

A constituição é uma entidade mundana; não deve ser objeto de adoração nem julgada como o produto inalcançável de pessoas sábias ou não sábias que em sua maioria estão mortas. Não obstante, qualquer variação deve seguir detalhadamente o protocolo estabelecido na própria letra constitucional. Fora da regulação disposta na constituição, não há alteração autorizada. A autoridade criada pela constituição não deve deliberar mudanças fora do processo político e jurídico prescrito na suma regra. A variação é uma possibilidade enorme da vida dos indivíduos; vincular, então, o câmbio constitucional a um processo-chave e indisponível, autorreferente, também confere certeza às relações humanas.

3.3. Terceira regra: sobre a distinção de funções

Para construir um edifício é necessário que um engenheiro ou arquiteto desenhe o projeto; após, que os pedreiros e os técnicos se ocupem materialmente da edificação. Para escrever uma novela ou um mero relato, é mister conhecer a gramática ou ter presente que aqueles que leem o texto devem compartilhar o código escrito pelo autor. Para construir ou manter juridicamente a essa personalidade coletiva que se denomina “Estado”, inevitavelmente alguns indivíduos terão de dar ordens, encontrando-se autorizados e com atribuições suficientes para mandar, e outros deverão obedecê-las, seja por convicção ou por outro motivo que influa e determine o estado de subordinação. O poder é o primeiro elemento não natural do Estado. Poder, entendido como competência atribuída aos órgãos do Estado nos quais repousa a capacidade para mandar ou a faculdade para dar ordens, outorgar permissões ou instalar proibições. O poder é uma questão fundamental no Direito de uma constituição que ordena o Estado - com orientação contrária, mas de igual importância que a liberdade, que é a outra questão ou matéria fundamental.

A divisão dos poderes estatais tem por inocultável finalidade contribuir à consecução daquilo que cotidianamente parece impossível ou digno das mais fantásticas utopias: submeter o poder ao cumprimento voluntário de regras do jogo jurídico pré-estabelecidas. Trata-se de impedir a concentração de poderes. O fracionamento do poder do Estado constitui um formidável escudo de proteção para a liberdade dos habitantes.

Em termos constitucionais, o poder se distingue em “constituente” e “constituídos”: Direito constituinte e Direito constituído. A constituição é produzida e concretada pelos “momentos constituintes”; já o resto das regras jurídicas de alcance geral são criadas pelo Congresso federal ou pelo departamento executivo - excepcionalmente, pelo poder judicial.

A divisão horizontal de poder é assente na casa republicana: departamentos específicos que se encarregam da produção ou realização do Direito. A atribuição de competências comporta a existência de zonas de reserva, ou, melhor dito, potestades especificamente descritas, que não devem nem podem ser invadidas por outro órgão, sob pena de sanção. Certamente existem âmbitos de competências concorrentes, por exemplo, na formação da lei, que é um ato realizado entre o órgão Congresso e o órgão executivo, mas, ainda no mesmo caso, cada órgão possui uma competência propriamente outorgada e indelegável. Todos os Estados da América do Sul adotam o modelo republicano, sem equívocos. No caso da Argentina, trata-se de um modelo tripartido, com um órgão extra-poder - o Ministério Público, desde 1994.

A divisão vertical do poder tem lugar tanto pela via do federalismo quanto pelo unitarismo. Brasil e Argentina, por exemplo, são modelos autenticamente federais, caso nos guiemos pela letra constitucional. Na Argentina, o grau de descentralização alcança o Estado federal e também os 24 entes federados, além dos municípios.

No Estado constitucional, a divisão de poder constitui a regra organizativa fundamental. Ao mesmo tempo, tem-se observado que a premissa antropológica é a “dignidade humana” (HÄBERLE, 2003, p. 193); por conseguinte, sua consequência organizativa deve ser a democracia. Como não existe democracia sem divisão de poder, então, é evidente a vinculação. Nos termos postulados, a regra sobre a divisão de poder justifica a existência do Estado constitucional.

3.4. Quarta regra: sobre a ação. Direitos fundamentais

Há constituições em que os fundamentos de “suporte” e de “validade” dos sistemas jurídicos não se limitam a programar um conjunto de procedimentos dirigidos a possibilitar o planejamento e o desenvolvimento da coerção pelos poderes constituídos. Ademais - e

aceitando que eles não são fins, mas meios -, reputa-se que os direitos fundamentais nelas inseridos realizam uma regulamentação que se considera o âmbito básico da vida comunitária em liberdade, onde se lhe são concebidos não apenas como direitos subjetivos, mas também como regras objetivas do sistema e, como tais, formais (e não materialmente) linhas de ação que devem assegurar um uso correto da força estatal. Esta proposição implica na compreensão global das complexidades que expõem as realidades configuradas por esses ordenamentos. Não há idoneidade no abandono da proposição assertiva de que a atividade dogmática jurídica consiste em descrever o estado de coisas tal e qual o Direito configura e determina. Naturalmente, esta demarcação ou determinação jamais poderá ser completa. Resulta quase impossível que a constituição possa determinar todas as orientações de sua realização. No Estado constitucional, a eliminação radical do âmbito de discricionariedade é insuperável - a discricionariedade é uma característica dominante da espécie humana.

A Constituição federal da Argentina, por acaso (basicamente: Primeira Parte, Capítulo Primeiro: “*Declaraciones, derechos y garantías*”, Capítulo Segundo: “*Nuevos Derechos y Garantías*”, e, na Segunda Parte, Título Primero, Seção Primeira, Capítulo Quarto: “*Atribuciones del Congreso*”, art. 75, inc. 22), contém uma descrição do estado de coisas mencionados nos itens anteriores, acima, ou seja, um estado de coisas desejado pelo legislador constituinte acerca dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, portanto, constituem regras ou linhas significativas para a ação estatal e cidadã. No corpo da Constituição federal encontra-se regulação para o seguinte: direito à vida, direito de liberdade, direito de igualdade, direitos políticos, direito de propriedade e função social, direitos sociais, direitos de incidência coletiva e o pacto de ação ambiental; a esta composição de oito vezes somam-se os “direitos não enumerados” - com idêntica hierarquia constitucional ao octeto de direitos descrito, vinculam-se, prontamente, os direitos cuja nomenclatura repousa nos treze instrumentos que gozam de maior estatura jurídica na Argentina. Uns (os nove instrumentos do octeto descrito na Constituição federal) e outros (descritos nos instrumentos internacionais sobre Direito humanos que gozam de hierarquia constitucional nas condições de sua vigência) englobam um novo sistema, o atual sistema da Constituição federal da Argentina. Em seu conjunto, pretendem justificar a interação do Estado e dos cidadãos entre si.

CONCLUSÃO

Os animais se encontram no mundo; provavelmente sejam “felizes enquanto tenham saúde e comida suficiente” (RUSSELL, 2003, p. 21). O humano, de forma bem diferenciada e diversa daqueles, pretende segura observação e a compreensão mundanas. O humano, guiado por sua sempre imperfeita razão e com respaldo em sua experiência de permanente suscetibilidade à verificação, pretende exercer e desenvolver certo tipo de domínio sobre o mundo, a fim de que este seja talvez mais acolhedor e também objeto de transformação. A natureza, substancialmente, configura um mundo dado ou apresentado ao humano - este, com suas invenções científicas ou tecnológicas, trata, em regra, de melhorar as condições iniciais ao construir outros “mundos artificiais” (BUNGE, 1977, p. 9). O Estado, o Direito e a constituição são artificiais. Naturalmente, também a associação que dá lugar à entidade “Estado constitucional”.

A ordem natural, acaso assim fosse, não requer processos de controle, mas certamente pode produzir situações de “encantamento” ao espectador ou a quem alcance ou busque sua compreensão. Ao contrário, a ordem social, inventada pelo homem, sim requer processos de controle. No entanto, as ordenações fundamentais desenvolvidas pelos artifícios de controle social criados pelo humano não deveriam produzir encantamento acrítico, porque, por não ser objetos naturais, sempre refletem uma série de relações de força em constante mudança. Identificar a desigualdade dos indivíduos reveste de tarefa prioritária o exame da origem e do desenvolvimento do Estado constitucional.

A natureza da determinação fundamental sobre a construção e a arquitetura de um Estado constitucional responde à política e às relações de força engendradas e que se exercem, por isso, com suficiente hegemonia. A definição da arquitetura constitucional tem caráter preliminar; dita determinação fundamental consiste em uma resolução que a comunidade de cidadãos adota dentre a pluralidade de alternativas oferecidas pela realidade. A aludida determinação fundamental, construída pelos cidadãos com a inteligência de que o pluralismo é a propriedade indiscutível e indicativa dessa associação cidadã, estabelece os objetivos, traça o programa, gera o plano e os processos. Contudo, a edificação jurídica do Estado constitucional mantém com a determinação política principiadora uma relação que rege toda a construção, e, imediatamente após a sua finalização, aguarda, com firmes expectativas, seu domínio.

Cada Estado tem uma história construída e cada história estatal é única. Para a vida dos humanos, uma forma de ordenação é absolutamente necessária para o controle responsável da paz, ainda que essa forma não imponha imprescindivelmente a de um Estado. Mesmo que se assuma que o termo “Estado” foi introduzido na literatura por Maquiavel no século XVI e que Cícero, no século I a.C., já havia anunciado que “a coisa pública é o que pertence ao povo” (CÍCERO, 2009, p. 47), em linhas que antecedem a corporação de indivíduos, cuja descrição é

objeto de estudo, há identidade entre o ordenamento contemporâneo constituído e manifestado em pleno curso do século XXI e sua correspondente gestão ou realização pública.

Com respeito à posição do Estado e seus elementos naturais, impende projetar-se claramente a função “cênica” que cumpre o território. Ao mesmo tempo é estabelecido um compromisso seguro com a cidadania real (povo), antes que meramente formal. Por fim, em relação ao poder, se descrevem suas duas manifestações no Estado constitucional: ora como poderes constituintes, ora como poderes constituídos.

O artifício constitucional compõe o quarto elemento do Estado. Destaca-se um enfoque original: a conexão da constituição com o ente que ele próprio fundamenta, ou seja, o Estado. As construções dogmáticas, em geral, detêm-se na avaliação interna do objeto. Aqui, sem desdenhar-se da predita perspectiva da constituição, tem-se-na vinculada com suas tarefas de fundamentação, tanto como “raiz” da ordem jurídico estatal quanto como justificação da mesma ordem (“razão”).

Significativamente, o Direito que emana da constituição - ou cuja validação ela com a mais alta hierarquia promove e protege - compreende o quarto elemento, assim definido ou caracterizado como fundamental do Direito do Estado. O poder, canalizado pela participação dos indivíduos que são submetidos ao ordenamento, arroja, como resultado, a constituição. A dogmática sobre o Direito constitucional resultante não pode configurar outro estado de coisas além de uma teoria do Estado constitucional.

Todo o Estado se encontra constituído pela constituição, porque ela canaliza, melhor dito, envasa e contém as determinações políticas fundamentais estabelecidas pelos indivíduos que integram a comunidade estatal. Todo o Direito do Estado deve ser Direito autorizado pela constituição. Existe uma notável exceção: certos aspectos da emergência política, econômica e financeira tendem a não estar lastreados pela constituição.

Em que pese a todas as ilusões sobre a igualdade e a solidariedade, no Estado constitucional, fundamentalmente, compreende-se e experimenta-se a liberdade. O mundo do Estado constitucional resulta do mundo de indivíduos que são ou perseguem ser igualmente livres; ao fim e ao cabo, a “história do mundo é a história da liberdade” (CAMUS, 1966, p. 111).

Que o Estado possua uma constituição para ordenar-se - ou dar-se uma constituição para organizar-se - condensa a afirmação básica desta doutrina, qual seja: determinar a relação entre o ente comunitário e um de seus elementos constitutivos, o qual estabelece e desenvolve seus “fundamentos” - dito de outro modo: a constituição ou os fundamentos constitucionais do Estado.

A constituição, ao fixar determinados procedimentos singulares, cumpriria a função responsável de mais alta linhagem atribuível aos processos jurídicos: fomentar a paz. Em

princípio, no Estado constitucional, a constituição cumpre um rol eminentemente instrumental, porque a tensão entre indivíduo e Estado, o conflito entre cidadão e autoridade, impossível de ser resolvido com definitividade, se dissolve a favor de determinados procedimentos que subordinam a atuação estatal ao Direito da constituição. Também, mas em menor medida, cumpre um rol substantivo através das linhas de ação contidas nos direitos fundamentais, porque, neste caso, a ação fica a cargo da autoridade pública, muitas vezes inclinada a invadir as zonas protegidas nas quais se encontra obrigada a abster-se, ou a mostrar imobilidade ou omissão nas áreas em que se encontra obrigada a concretizar prestações.

Uma constituição que “ordena” não compromete a ideia de sua completa e perfeita realização. Sua falta (ou reduzida) completude é um defeito do processo de realização do Direito constitucional no Estado. Ao mesmo tempo, seu progresso é proporcional ao real desempenho do binômio “liberdade cidadã” e “poder público” - sempre tensionados, e, em geral, em patético desfavor do primeiro.

No Estado ordenado ou organizado com fundamentos em uma constituição, sua constitucionalização nunca é acabada, tampouco totalizada. As regras constitucionais que fundamentam o mencionado Estado suficientemente prescrevem: a subordinação indubitável de sua ordem jurídica, a autorização detalhada para a sua alteração formal, a distinção das funções controladas de seus poderes governamentais e notável literatura sobre a ação de seus direitos fundamentais. Por ora, basta assinalar que essa descrição constitui o resultado de uma prévia compreensão analítica que, para cada regra, observa uma propriedade básica ou manifestação preferencial da entidade em si mesma.

Nas seções anteriores não se persegue um tipo ideal de Estado constitucional. Mantém-se a expectativa de que a descrição do “modelo normativo dado” possa ulteriormente ser objeto de uma generalização e tipificação, por exemplo, na América do Sul. Em outros termos: se os princípios e as regras em questão, quando analisados criticamente para o Estado argentino e desde o sistema de sua Constituição federal, são verdadeiros objetos que dão lugar a exemplos de determinado tipo, todos eles possuem, em uma compreensão a ser realizada, um certo “ar de família” também em outro território.

O poder do Estado é um poder sobre os humanos. O papel do Estado é o de proteger (e fomentar) a “riqueza total” (BUNGE, 2009, p. 333) (bens mais serviços) dos indivíduos que integram uma comunidade. Por outro ângulo, pode-se prover outra ideia muito simplificada do Estado constitucional; efetivamente, talvez possa ser compreendido como um enorme, um gigantesco quebra-cabeças, cujos objetivos podem ser resumidos em proteger e estimular as seguintes questões: *(i)* a educação e a cultura, *(ii)* a saúde, *(iii)* a economia e as finanças e *(iv)* a

política, com afeição ao ambiente em que seus membros desenvolvem suas vidas e também o farão as gerações futuras. Muitos dos arquitetos ou construtores do quebra-cabeças estão mortos. O design original contém algumas linhas que hoje provocam resistências, desdém ou anomalias, ou empregam “uma linguagem realmente diferente da que agora utilizamos” (BORGES, 1974, p. 467), outras, a maioria, exercem atração porque sua apreciação assegura determinado espaço de liberdade, certa igualdade e uma frágil e inacessível solidariedade. Ao mesmo tempo, o quebra-cabeças rompe, danifica, fragmenta ou altera o próprio conceito original do quebra-cabeças, porque não disponibiliza uma única ordenação para os milhões de suas peças genuínas, valiosas e originais (é desnecessário referir que estas não se encontram numeradas), ainda que, em regra, os arquitetos que as desenharam as atribuíram uma “desigualdade originária”. Note-se que é de justiça elementar predicar que essa desigualdade originária sempre careceu de fundamentação racional ou de evidências em seu apoio. Desigualdade entre os indivíduos, em geral, atribuível ao progresso e aproveitamento de todos os bens, com exceção dos direitos eminentemente políticos, os quais gozam de certa equidade.

Todas as peças, por definição original, são politicamente iguais entre si e todas desejam, perseguem persistentemente, um lugar no mundo ou território do quebra-cabeças, posto que existem outras desigualdades, acima apontadas, pertinentes ao desfrute de outros bens: cultura, economia e biologia. Neste marco situacional, o poder constitucionalmente fixado na lei suprema deve harmonizar as peças, a cada dia, cada hora, cada ano, lutando para preservar o ambiente, aprofundar a equidade política e estimular a eliminação da desigualdade ou alcançar a socialização efetiva dos bens comunitários. Escrito deste modo, sinceramente, pensar ou idealizar que as regras examinadas nesta peça - cuja metáfora, parcial ou totalmente, acaso pudesse ser dirigida ao Estado constitucional -, solucionem a questão, requereria não apenas servidores públicos eficazes, mas também “decifreadores ambulantes” de tempo integral, que somente existem na prosa da ficção. Com mais modéstia, portanto, resta para a prosa do Direito constitucional determinar marcos para colaborar com as ilusões sobre a esperança de uma convivência pacífica na qual todos possam disfrutar do quase inalcançável “bem estar geral” e em uma sociedade de cidadão iguais não apenas em liberdade. Porque, se fosse correta a expressão do poeta - “*para todos pan [y] para todos rosa*” (ÉLUARD, 1962, p. 80) (da liberdade) - ela significaria que, se uns não tem o pão, usarão a liberdade para reclamá-lo, e que, diversamente, se só tem o pão, reclamarão pela sua inerente liberdade para controlar àqueles que produzem e fazem a distribuição (e, seguramente, ficam com a maior parte, talvez tudo) (ZAFFARONI, 2012, p. 27).

O Estado constitucional, talvez, signifique uma idealização infinitamente mais potente que sua apropriada concreção na realidade política comunitária. Há anos foi dito que uma “constituição absolutamente não faz um Estado, salvo na mais estrita significação literal, um autêntico Estado constitucional” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 161). Em nenhuma das linhas antecedentes apelei para o jogo de palavras, porque julgo relevante a crua verbalização, isenta da complacente veneração em que incorrem certos intérpretes que creem possível um [inexistente] culto oficial à constituição, esquecendo a mais genuína possibilidade entregue à “sociedade aberta” (HÄBERLE, 2008, p. 29-61): ou todos realizamos o Direito constitucional, ou o Direito constitucional é simplesmente uma nova forma arbitrária e irracional de dominação. Tampouco agora jogarei com as palavras. Bastará, para tanto e para finalizar, uma afirmação, com igual pureza teórica àquela perseguida na seção I deste artigo: sem constituição não há Estado constitucional, porque as quatro regras aqui reportadas estimulam a ilusão de que os cidadãos sejam efetivamente iguais em liberdade e que o poder constituído constitua uma zona de competências limitadas submetidas ao controle racional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARLT, Roberto: *Los siete locos*. ed. Planeta: Buenos Aires, 2013.

BARROSO, Luís Roberto: *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIDART CAMPOS, Germán J.: *La constitución que dura (1853-2003 – 1994-2004)*. Ediar: Buenos Aires, 2004.

BONAVIDES, Paulo: *Curso de Direito constitucional*, 26ª ed. (São Paulo, Malheiros Editores).

BORGES, Jorge Luis: “La Biblioteca de Babel”, *Ficciones*, en *Obras completas*, Emecé, Buenos Aires, 1974.

BUNGE, Mario A. *Diccionario de Filosofía*, “Certeza”, Siglo Veintiuno, México, D.F., 2001. _____ . *La ciencia. Su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1977.

CAMUS, Albert: *Cuadernos. 1942-1951*, Losada, Buenos Aires, 1966.

CÍCERO, *Obras Políticas*, “Sobre la República”, Gredos, Madrid, 2009.

ÉLUARD, Paul: *Obras escogidas*, Editorial Platina, Buenos Aires, 1962.

FERRAJOLI, Luigi. *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

FERREYRA, Raúl G. *Fundamentos Constitucionales*. 2013, ed. Ediar, Buenos Aires.

_____. *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

_____. *¿Tiempo constitucional? La constitución vulnerable*”, en www.infojus.gov.ar, 29/4/2014, Id Infojus: DACF140220.

HÄBERLE, Peter: “La constitución en el contexto”, AIJC, CEPC, Madrid, n° 7, 2003.

_____. *El Estado constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2003.

_____. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, in: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, n° 11, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1979.

RUSSELL, Bertrand: *La conquista de la felicidad*, De Bolsillo, Barcelona, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl: “Ciudadanía y jurisdicción en América Latina”, *Contextos*, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, n° 4, 2012.