

Questão:

Tipos de elementos normativos constitucionais. Disserte.

Resposta:

1. Estrutura das Constituições:

As constituições dos mais diversos países têm, em sua maioria, elementos parecidos tanto no que concernem a alguns pontos de seus conteúdos, quanto no que se referem à maneira pela qual elas são estruturadas. Isso é dizer que qualquer constituição pode ser estudada principalmente por dois ângulos diversos. De um lado, temos a análise na natureza, do tipo, ou seja, da estirpe dos elementos normativos constitucionais, que se distribuem por todo o texto de uma determinada constituição, e, do outro, a análise das partes constitucionais que topograficamente se organizam no documento escrito.

Como sabemos, o foco de nosso estudo é a Constituição da República Federativa do Brasil. Tendo isso em mente, primeiramente investigaremos as espécies de elementos normativos, por meio dos quais gradualmente entenderemos a amplitude da importância da constituição como elemento fundador, disciplinador e organizador no mundo jurídico do povo, do território e do governo, componentes de qualquer Estado e, especificamente, do Estado brasileiro.

Depois, estudaremos a divisão topográfica da nossa constituição, vendo como a sua tripartição em preâmbulo, em parte dogmática (ou permanente) e nos atos das disposições transitórias guarda em si uma lógica e um sentido que, unidos, deram e dão à Carta Política o condão de legitimar-se com fundadora de uma nova realidade brasileira.

1.1. Elementos normativos constitucionais

Para que a constituição seja capaz de promover com sucesso a organização e disciplinamento dos elementos do Estado, faz-se necessário que ela tenha mecanismos que a possibilitem desempenhar funções diversas e centrais nessa tarefa. Isso é dizer que é preciso oferecer à constituição ferramentas que a tornem apta a atingir os objetivos que o povo confiou que ela pudesse alcançar e que são, em última instância, o fundamento sócio-jurídico de sua existência.

A constituição, portanto, há de apresentar elementos que, pelo menos, criem e organizem o Estado no mundo jurídico e que, além disso, disciplinem o poder estatal. Vejamos ainda que, como esse poder não pode ser ilimitado, sob pena de ser apto à facilmente esmagar quem estiver sob ele — o que não é um fim esperado pela sociedade —, a constituição há de ser apta a também limitar o poder do Estado. Essas duas funções, quais sejam, a de criação e de limitação do poder estatal, sempre foram tradicionalmente entendidos como os mais importantes papéis a serem desempenhados pela constituição, de forma que, com o intuito de tornarem adequados tanto a organização do poder estatal quanto a sua limitação, a constituição tem de

oferecer elementos que a protejam contra eventuais alterações indevidas em pontos importantes para as duas funções mencionadas, assim como para outras a serem posteriormente expostas.

O objetivo não é outro senão o intuito de resguardar a constituição de alterações ou interpretações sem fundamentação idônea ou em momentos de crises, como as flagrantemente motivadas por escusos interesses particulares, a exemplo daqueles casos, ou como no caso de guerra declarada, a exemplo deste. Assim, com o intuito de manter a própria higidez, a constituição deve oferecer os elementos que: disciplinem a aplicabilidade de suas normas, para evitar interpretações mal-intencionadas; dificultem alterações em suas normas quando o momento histórico for de fortemente emotivo, tais como calamidades e guerras, o que diminui o discernimento; e informem de forma ampla e principiológica as opções ideológicas, econômicas, sociais adotadas pelo Estado por ela fundado.

Com o propósito de apresentar este ponto de forma talvez um pouco mais didática, podemos adotar o entendimento difundido por José Afonso da Silva, segundo o qual os elementos normativos constitucionais podem ser descritos como: a) limitativos, b) enunciadores de princípios, c) organizacionais, d) de estabilização constitucional e e) de aplicabilidade. Sem querer esgotar a análise, embora tentando expor o assunto com pelo menos o mínimo de profundidade, apresentaremos a seguir cada um deles.

1.1.1. Elementos organizacionais

Os elementos organizacionais são os fundam e estruturam o Estado. São, portanto, o fundamento em que todo o poder estatal encontra respaldo, já que é lá em que o próprio Estado é levado à existência jurídica. Como já dissemos, juntamente com os elementos limitativos do poder estatal, os que estruturam e organizam o Estado são os mais importantes de toda a constituição, o que não quer dizer que desfrutem de uma posição hierárquica jurídica privilegiada, já que todos os elementos da constituição são hierarquicamente iguais. Os elementos organizacionais se encontram basicamente nos títulos III, que trata da organização do Estado; no IV, que expõe a organização dos poderes; nos capítulos II e III do Título V, que, respectivamente, cuidam das Forças Armadas e da segurança pública; e, por fim, no Título VI, que apresenta a estrutura de tributação e orçamento.

Antes de passarmos à análise dos elementos limitativos, talvez devamos fazer uma observação ainda concernente aos organizacionais. No Título V da CF, lemos “Da organização dos poderes”, o que pode passar a falsa impressão de que há mais de um poder estatal. É importante que desde agora deixemos claro que o Estado não tem poderes, mas um só poder, que é uno e soberano. Por isso, é preferível que entendamos que o que a constituição organiza é o poder estatal, em suas diversas funções: a de julgar, a de legislar e a de administrar. Assim, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo são instrumentos de exercício de parcelas desse poder soberano, cada um com sua função delimitada, em homenagem ao modelo de estruturação das funções do poder estatal inaugurado por Aristóteles e posteriormente sistematizado por Montesquieu.

1.1.2. Elementos limitativos

Os elementos normativos constitucionais limitativos são os que têm por objetivos limitar o poder estatal em face dos administrados, ou seja, em face da

sociedade. São, portanto, elementos que apresentam hipóteses em que deve o Estado se abster de agir em certas ocasiões, impondo-lhe, assim, uma obrigação de não agir, de não fazer. Em outras palavras, tais elementos apresentam ao Estado um dever negativo, ou seja, um dever de não fazer. Em estudo posterior veremos que esses elementos são os que materializam os chamados direitos de primeira dimensão, comumente chamados de primeira geração, embora este termo pareça um tanto inadequado para ser usado aqui, já que o conceito de geração pressupõe necessariamente uma ordem cronológica de sucessão temporal, enquanto alguns direitos desta estirpe podem aparecer hoje em dia, sem quaisquer problemas.

Por agora, devemos nos lembrar que todos os elementos deste tipo apresentam direitos fundamentais individuais, pois são proteções que tem cada homem e mulher da sociedade contra o Estado, sem a qual o indivíduo estaria imerso em um ambiente de insegurança jurídica tal, que dele não se poderia dizer que tinha uma vida digna. Os direitos fundamentais individuais não podem ser extintos nem ter a sua abrangência reduzida, já que se enquadram em parte das ditas cláusulas pétreas do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República (CF, doravante), segundo a qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”.

É interessante que notemos que, mesmo por força do raciocínio, podemos concluir que uma constituição seria praticamente ilimitada se apresentasse elementos limitativos do poder estatal que não fossem insusceptíveis de alteração, ou seja, que pudessem ser alterados a qualquer hora, pois, em toda situação em que o poder estatal se sentisse limitado, ele promoveria a alteração desses limites. Eis por que é desarrazoada e inviável qualquer situação em que um poder limita-se a si mesmo, já que, em tal condição, pelo fato da existência da possibilidade de alteração dos próprios limites, esse poder seria ilimitado. Aqui reside, inclusive, um dos fundamentos filosóficos para o modelo de controle das esferas de poder estatal, conhecido como modelo dos pesos e contrapesos (*checks and balances*), por intermédio do qual o Judiciário, o Executivo e o Legislativo se auto vigiam e controlam nos termos dispostos na constituição.

Os elementos limitativos se encontram principalmente no Título II da CF, que trata dos direitos e garantias fundamentais, excetuando-se o Capítulo II, que discorre sobre os direitos a prestações estatais de caráter social, os quais exigem ação positiva do Estado — e guardam os direitos de segunda dimensão, como veremos em posterior estudo —, diferentemente do que ocorre com os elementos limitativos, os quais, como já vimos, exigem ação estatal negativa.

1.1.3. Elementos principiológicos

O Estado é um ator internacional, estudado pelas Relações Internacionais como um agente com memória, manias e personalidades distintas de outros Estados. Um dos elementos centrais formadores da maneira de ser do Estado é a constituição, mesmo que saibamos que há outros elementos muito importantes, a exemplo da formação e caráter ideológico do Presidente da República, do Congresso Nacional, da classe empresarial e do próprio Judiciário. De qualquer forma, embora isso nem sempre aconteça, o correto e o almejado é que o Estado tenha interesses independentes dos do governo. Este deve ter programas que melhor atendam aos interesses estatais, que são suprapartidários e devem sempre ter um fim: o desenvolvimento da qualidade de vida da sociedade, garantindo-se aos indivíduos os mais diversos direitos.

De todos os elementos que contribuem para a formação da personalidade de um dado Estado no cenário internacional, com certeza, em um Estado democrático, o mais relevante de todos decorre da parte principiológica da Constituição. É lá em que é encontrada a codificação genética deste ator, que determinará, por exemplo, em que grau ele estará disposto a se posicionar de uma ou de outra maneira em face das questões mundiais. Ademais, a parte principiológica tem muito a informar quanto a posição do Estado em face de seus administrados, mormente no que diz respeito às questões internas sociais, econômicas, ideológicas, entre outras.

Os elementos principiológicos são, portanto, elementos orientadores da ação do Estado. Na Constituição, podemos encontrar tais elementos nos artigos 3º e 4º do Título I, que apresentam, respectivamente, os objetivos fundamentais da República e os princípios a serem por ela observados nas relações internacionais; no Cap. II do Título II, que expõe os direitos sociais, verdadeira manifestação de como o Estado se portará diante da sociedade; e nos Títulos VII e VIII, que tratam da ordem econômica e financeira e da ordem social.

1.1.4. Elementos de estabilização constitucional

A constituição, por ser elemento máximo no controle da realidade social, não pode ser um instrumento frágil, em que as suas determinações não tenham uma regra predefinida de quando devam permanecer e de quando devam mudar para melhor, adaptando-se aos novos anseios da sociedade, aos novos padrões de comportamento e aos novos contextos econômicos. Ora, a constituição, da perspectiva sócio-jurídica não existe senão como instrumento para servir o povo e, sendo assim, não poderia se furtar a adaptar-se aos novos anseios e necessidades da sociedade.

O interessante aqui é que a constituição tem de encontrar um ponto de equilíbrio entre dois extremos, que são a necessidade de adaptação à nova realidade e a manutenção da segurança jurídica, com razão considerada por alguns o que há de mais valioso no ordenamento jurídico. Se, de um lado, a constituição não pode ser um documento que não concirna fortemente à realidade social, de outro, ela não pode mudar tão constantemente a ponto de fazer com que o homem médio nem sequer saiba o que tem ar de constitucionalidade.

O ponto aqui é o de que, em um contexto de mudanças constitucionais constantes, o cidadão seria acometido por irresistível insegurança jurídica. A esse respeito, à propósito, não podemos nos esquecer de que o direito à segurança jurídica é um bem que encontra expressa guarida na constituição, quando no *caput* seu art. 5º diz que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à segurança (...)". O termo "segurança", aqui, é mais bem conceituado por segurança jurídica, pilar do sentimento de paz social e mesmo de justiça, desde que não se deixe sempre de questionar se a autoridade que, por meio de sua ação imponha a mencionada segurança, está devidamente legitimada e não está incorrendo em flagrante iniquidade, sempre evitável pelos princípios constitucionais, que, por sinal, quando bem empregados, nunca trasbordam os limites da segurança.

Uma outra preocupação com a estabilidade constitucional diz respeito às situações em que, embora possa haver forte apelo da sociedade para que ela mude em algum ponto, o momento histórico de forte emoção em que acontece aquele apelo não autoriza a sociedade a promover tal alteração, sob pena de se ter de arcar no futuro

com decisões tomadas passionalmente e, por conseqüência, com evidente diminuição das capacidades de discernimento. Tais momentos são encontrados nas calamidades ou na guerra, por exemplo.

Por tudo isso, em vários artigos, o próprio texto constitucional disciplina os termos de sua estabilidade. Entre tais artigos, podemos destacar os que tratam da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal (art. 34 ao art. 36), os que regulamentam como a constituição será emendada (art. 59, I; art. 60); o que apresenta como tais emendas podem ser excluídas do mundo jurídico por serem inconstitucionais ou, alternativamente, como podem ser definitivamente revestidas do manto da constitucionalidade, ou seja, o que trata das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (art. 103); e, por fim, os que tratam da possibilidade de mudança da constituição em tempos de crise, a saber, nos estado de sítio e estado de defesa (Título V, cap. I).

1.1.5. Elementos de aplicabilidade

O documento que forma a Constituição é um texto e, como tal, aceita interpretações múltiplas. No intuito de diminuir a gama de interpretações possíveis é que ele mesmo, o próprio texto constitucional, se preocupa em apresentar em alguns pontos regras de como ele deve ser aplicado. Em outras palavras, podemos dizer que, no texto constitucional, existem elementos que têm por função determinar como deve ser aplicada a constituição, no todo ou em parte.

O preâmbulo, por exemplo, é um elemento norteador de como devemos interpretar e, por decorrência, aplicar toda a constituição. Os atos das disposições constitucionais transitórias apresentam regras que disciplinarão a aplicação da nova constituição. Da mesma forma, há elementos de aplicabilidade no próprio corpo dogmático da Constituição, a exemplo do art. 5º, §1º, segundo o qual "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

A Constituição, ao determinar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, deixa claro que algum elemento constitucional desta estirpe não pode sofrer restrição de aplicação em razão, por exemplo, do fato de ausência de regulamentação por lei complementar. Assim, se o elemento constitucional que exponha direitos fundamentais pedir complementação por lei e se o Congresso ainda não houver oferecido esta complementação, a Constituição não poderá deixar de ser aplicada por isso, já que o próprio texto determina a sua imediata aplicabilidade.

Um outro ponto interessante a se notar é que, embora elementos constitucionais tais como os dispostos no §1º, art. 5º, da Constituição sejam por excelência de aplicabilidade, eles apresentam uma função indireta que, da perspectiva social, é mais importante que a primeira: também são limitativos da ação e do poder estatal, já que dão aplicabilidade aos direitos e garantias fundamentais e, estes, mormente quando individuais, tomam a roupagem de direitos de primeira dimensão, os quais, como vimos, limitam a ação do Estado. Em outras palavras, dissemos que o elemento normativo apresentado é predominantemente de aplicabilidade, embora também apresente a característica de ser limitativo do poder estatal, pois indica que direitos fundamentais individuais, que limitam o poder do Estado, não devem ter a sua aplicabilidade condicionada.