

A Constituição como limitadora dos poderes públicos

The Constitution as a constraint on public powers

Renato Lopes Becho

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990). Mestre em Direito pela PUC/SP (1997). Doutor em Direito pela PUC/SP (2000). Livre-docente em Direito pela USP (2008). Professor da PUC/SP. Estágio pós-doutoral no *King's College* de Londres. Desembargador Federal na 3ª Região.

RESUMO:

O presente artigo realiza um escorço histórico sobre a construção do conceito de Constituição, inclusive diferenciando Estados de Direito e Estados de Polícia. Em seguida, apresenta uma visão mais atual sobre a Filosofia do Direito, notadamente expondo ideias neoconstitucionalistas ou, como prefere denominar, pós-positivistas, especialmente relacionadas aos direitos humanos. Ao final, propõe uma reflexão sobre a profunda transformação jurídica representada pelo reequilíbrio entre as fontes do Direito, com o aumento da relevância da jurisprudência, até mesmo frente à redução da atuação do legislador nas alterações das normas jurídicas, num fenômeno que exige do intérprete e do aplicador do Direito redobrada atenção, a fim de que eventual afastamento da segurança jurídica em prol de um sistema mais flexível não gere efeitos opostos ao desejado por seus atores.

PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalismo. Pós-positivismo. Poderes públicos. Limitação. Segurança jurídica. Direitos humanos.

ABSTRACT:

This article provides a historical overview of the construction of the concept of Constitution, including differentiating States of Law and Police States. It then presents a more current view of the Philosophy of Law, notably exposing neoconstitutionalist or, as it prefers to call it, post-positivist ideas, especially related to human rights. At the end, it proposes a reflection on the profound legal transformation represented by the rebalancing between the sources of law, with the increased relevance of jurisprudence, even in the face of the reduction of the legislator's performance in the alteration of legal norms, in a phenomenon that requires the interpreter and the applicator of the Law to pay extra attention, so that any departure from legal certainty in favor of a more flexible system does not generate effects opposite to those desired by its actors.

KEYWORDS:

Constitutionalism. Post-positivism. Public powers. Limitation. Legal certainty. Human rights.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 A fase pré-constitucional. 3 Breve história do constitucionalismo. 3.1 O modelo inglês de Constituição. 3.2 O modelo francês: desconstrução e reconstrução. 3.3 O modelo norte-americano de decisões populares. 3.4 O histórico constitucional brasileiro. 4 A Constituição para o Direito positivo. 5 Estados de Direito e Estados de Polícia. 6 Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e direitos humanos. 6.1 Neoconstitucionalismo e direitos humanos. 6.2 Processos de concretização do neoconstitucionalismo e dos direitos humanos. 6.3 Onde estão os valores dos direitos humanos? 6.4 Neoconstitucionalismo e Direito tributário. 7 À guisa de conclusão. Referências.

1 Introdução

Em comemoração aos 35 da Constituição Federal de 1988, a prestigiosa *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por seu Diretor, o e. Desembargador Federal Dr. Souza Ribeiro, nos convida a atualizarmos nossa visão sobre a *Carta da República*, em um momento de significativa atenção. O chamado oportuniza a releitura de textos publicados décadas atrás, ajustados por intensa atividade judiciária e acadêmica, frutificada com mais experiência.

Assim, voltamos nossa atenção para, muito brevemente, realizarmos escorço histórico sobre a construção do conceito de Constituição. Em seguida, apresentaremos nossa visão mais atual sobre a Filosofia do Direito, notadamente expondo ideias neoconstitucionalistas ou, como preferimos, pós-positivistas. Ao final, apresentaremos nossas conclusões, que não serão um *resumo* do quanto exposto, senão, efetivamente, *fechamento* do nosso pensamento atual.

2 A fase pré-constitucional

Sem pretendermos fazer um trabalho de *Antropologia Jurídica*, julgamos oportuno resgatar alguns conceitos sobre o Direito antes do surgimento da noção de Constituição.

O chamado *Direito Natural* é o ponto de partida. Nele, as normas eram extraídas de acordo com o que já acompanhava o homem, como ínsito à sua própria natureza. O Estado de Direito (conceito do século XVIII) estava ligado a essa fase, antecedendo o surgimento das Constituições. Significa (o Estado de Direito) a organização estatal submetida ao Direito, que limita, institui e organiza o poder, resguardando a liberdade e os direitos do homem (FERREIRA FILHO, 1999, p. 5).

O Estado de Direito reconhece a limitação do poder “por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar”. O Direito Natural (“inerente à natureza do homem”) é a fronteira de atuação legítima do Estado, constituindo-se em um elenco de liberdades preexistente à sua própria “declaração solene”.

É claro que, com o surgimento das Constituições, o Direito Natural foi por elas incorporado. Sob esse prisma, e fundando-se em Montesquieu, temos que o “Poder Legislativo” (usando a denominação clássica, como título, e não no sentido de Renato Alessi¹) declara, e não cria a lei:

A fórmula de Montesquieu, na verdade, aguça e intensifica o controle pelo Direito. Não só procura fazer com que a definição da lei seja o testemunho do justo tal qual a comunidade o entende – e nisto o legislador, como representante, é uma testemunha qualificada da ideia de direito –, como também maximiza esse controle, concentrando-se sobre o Poder que, por exercer a polícia (no sentido geral e no específico), mais precisa ser limitado para não oprimir a liberdade individual. Sem dúvida, a submissão do Executivo à lei, que ele não faz nem declara, é peça fundamental nesse esquema. Este se quebraria caso o Executivo assumisse papel determinante na definição da lei. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 4 e ss.)

¹ Renato Alessi (1971, p. 3) sugere que o poder estatal corresponda a funções: legislativa, jurisdicional e administrativa. Com isso, independentemente do órgão, o exercício típico ou atípico da função está sujeito ao regime jurídico próprio dessa, e não daquele.

Já na Antiguidade, extraem-se os traços que corroboram a afirmação de que as leis são apenas “declaradas” pelo legislador (do contrário – se o legislador edita uma lei contrária ao Direito Natural –, ele teria agido com arbítrio), como em *Antígona*, de Sófocles. Nessa tragédia, “a heroína invoca um Direito feito pelos deuses, não escrito, inabalável, composto de ‘leis que não são de hoje nem de ontem, mas que sempre existiram e sempre existirão’” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 6).

Além dessa passagem, bastante ilustrativa e poética, legisladores conhecidos pela história da Antiguidade, como Hammurabi, Sólon e Licurgo apresentaram-se “como restauradores, ou declaradores, de um Direito que sempre havia existido” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 6).

Em Atenas, conta-nos o constitucionalista, distinguia-se o Direito (considerado como a lei), que seria imutável e eterno, da norma (estabelecida pela Assembleia dos cidadãos), que não prevaleceria contra aquele, existindo até uma ação específica (“*graphé paranomôn*”) para anular a norma que violasse o direito e punir o proponente da norma e o presidente da Assembleia.

Isto demonstra, de maneira insofismável, que o legislador apenas “declarava” o Direito para os atenienses.

Durante o Império Romano, a noção se repete. Para Cícero, lei é “a regra que distingue entre o certo e o errado de acordo com a natureza”. A norma injusta “não deveria ser chamada lei”. Categórico, afirmava:

Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes fizessem o direito, para criar o direito ao banditismo, ao adultério, à falsificação dos testamentos, seria suficiente que esses modos de agir contassem com o sufrágio e a aprovação da multidão (FERREIRA FILHO, 1999, p. 7).

É certo, também, que o Direito Romano era mais o parecer dos juristas do que produção legislativa. Os cursos de Direito Romano explicam o “*ius respondendi*” como o privilégio conferido por Augusto a eminentes juristas, cujas respostas equiparavam-se às leis (MOREIRA ALVES, 1978; CRETILLA JR., 1970; CORREIA & SCIASCIA, 1957; FERREIRA FILHO, 1999, p. 7).

Na Idade Média, o Direito era a *Lex Naturalis*, mandada pelos deuses, sendo anterior ao Estado ou a qualquer de suas instituições. Tomás de Aquino, por exemplo, entendia que a razão humana descobria as normas de Direito Natural (*Summa Theologica*, c. II, I, 91).

As leis positivas, editadas pelo poder do monarca, do papa ou do povo, valiam até os limites aceitos pelo Direito Natural. Vejamos a síntese de Gierke, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 9):

A teoria propriamente medieval (e jamais completamente abandonada) declarava que todo ato do Soberano que rompia os limites postos pelo Direito Natural era formalmente nulo e írrito. Como nulo e írrito, por esta razão, cada juiz e cada outro magistrado que tivesse de aplicar a lei, deveria afastar não apenas todo ato executivo ilegal, mas toda lei “ilegal”, mesmo se promulgada pelo Papa ou pelo Imperador. Além disto, a ordem ilegal, ou o ato ilegal, era nulo e írrito para os súditos do Estado.

Havia, então, o reconhecimento de um “dever condicional” de se cumprir as leis positivas que fossem de acordo com as leis da natureza e “o direito de ativamente resistir a medidas tirânicas” que era concedido a todos os súditos do Estado.

A Inglaterra mantém muitas dessas raízes medievais, através da *commow law*, com fundamentos imemoriais ou naturais. O *rule of law*, antecedente do Estado de Direito, teve como fontes a Antiguidade e o cristianismo medieval. A *Magna Carta* (de 1215), restabelecendo a *law of the land*, ou seja, o Direito Costumeiro, é ainda referência constante dos juristas atuais (FIGUEIREDO, 1996, p. 94), reforçando as ideias aqui marcadas.

A Corte de Apelação inglesa, criada antes da *Magna Carta*, no século XII, gradualmente unificou os costumes em escala nacional, utilizando como critério a razoabilidade, fruto do labor de especialistas (*experts*) (FERREIRA FILHO, 1999, p. 10). No século XVII, a *commow law* definiu o princípio da invalidade dos atos, mesmo os aprovados pelo Parlamento, que fossem contrários àquela antiga *law of the land*. As leis formais, então, criadoras de direitos e obrigações, estavam sujeitas à interpretação razoável (*reasonableness*), além do princípio da igualdade perante a lei e do incipiente princípio da garantia da independência judicial. No *Bonham's case*, o juiz Coke firma a revisão judicial (*judicial review*) de atos do Monarca e do Parlamento com base em uma lei fundamental (*commow law and reason*), significando que mesmo a supremacia do Parlamento está limitada por uma lei ("sob a Lei").

O *rule of law*, após a revolução de Cromwell, estava definido em três princípios: "ausência de poder arbitrário por parte do Governo", "igualdade perante a lei" e o de que "as regras da Constituição são a consequência e não a fonte dos direitos individuais". Para Dicey, a Constituição inglesa "é o resultado da lei comum da terra" ('ordinary law of land')" (FERREIRA FILHO, 1999, p. 11).

Para John Locke (1999, p. 132-133), sobre a onipotência do Parlamento inglês após as revoluções do século XVII, há a superioridade do Direito, preexistente e limitador do Estado.

Montesquieu reconhecia a lei positiva não como "mero fruto da '*volonté momentanée et capricieuse*' dos homens. Há de ser uma particularização do justo, estabelecida em função das condições próprias a cada estado, condições estas que formam no seu conjunto o próprio 'espírito das leis'". Sendo que "O legislador, assim, não faz a lei: escolhe, entre as 'relações de justiça possíveis', a que melhor se coaduna com as condições referidas" (*apud* FERREIRA FILHO, 1999, p. 12)². Também em Rousseau encontramos explicações semelhantes³.

Na fase moderna, o Direito Natural cede espaço para o Direito Positivo. Entretanto, este ainda deixa a desejar ao espírito de muitos juristas, talvez pelo fato de o legislador cometer tantas arbitrariedades, fazendo leis que ferem o senso comum do homem normal. Acreditamos, até, que o reconhecimento de princípios jurídicos, notadamente os implícitos, é prova cabal de que o Direito Positivo não atende plenamente aos conceitos de justiça.

Todas essas referências ao Direito Costumeiro inglês servem de ponte para o sistema de Direito Positivo, que tem na Constituição uma pilastra imprescindível.

² Em outra tradução, extraímos diretamente, que para Montesquieu (1945, p. 22): "Os seres distintos inteligentes podem ter leis que fizeram; mas têm outras também que não fizeram [...]. Antes de haver leis feitas, havia relações de justiça possíveis".

³ Quem defende essa visão é Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 13). De fato, lê-se em Rousseau (1999, p. 41): "Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta olha somente o interesse comum, a outra o interesse privado, e outra coisa não é senão a soma de vontades particulares; mas tirai dessas mesmas vontades as que em menor ou maior grau reciprocamente se destroem, e resta como soma das diferenças a vontade geral".

3 Breve história do constitucionalismo

Para firmarmos com maior precisão a força normativa das Constituições, e para satisfazer nosso espírito, abordemos um pouco o histórico do constitucionalismo, não para encontrar argumentos interpretativos, mas apenas para ambientar nossos próximos passos.

Acompanhando a linha de pensamento exposta por Canotilho (1997), entendemos prudente realizar um breve retorno, mesmo que a toque de caixa, aos “ciclos longos” e aos “momentos fractais” que compuseram a ideia de Constituição que temos na atualidade. Isso nos ajudará a entender o significado da Constituição para uma organização social politicamente soberana, bem como será imprescindível para entendermos seu efeito sobre os detentores das funções públicas.

Conceituando constitucionalismo como sendo “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, Canotilho (1997, p. 45) diz tratar-se, no fundo, de uma “teoria normativa da política”. A Constituição é colocada, por isso, como técnica jurídica e política de “*limitação do poder com fins garantísticos*”.

Por conta desse aspecto político, não temos um constitucionalismo, mas vários. Em termos históricos, temos três modelos: o inglês, o norte-americano e o francês. Essa constatação reforça a nossa tendência para investigar a teoria da Constituição brasileira, mais especificamente suas normas tributárias (e, em consequência, sua influência sobre o sistema tributário positivo).

O constitucionalismo *moderno* (a partir da metade do século XVIII) foi antecedido por uma fase que remonta aos fins da Idade Média. Essa era baseada na “existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder” (CANOTILHO, 1997, p. 46).

Do constitucionalismo moderno (visão da Ciência do Direito) surge a *Constituição moderna* (direito positivo), onde Canotilho (1997, p. 46) identifica três dimensões fundamentais:

- (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.

O conceito, explica o autor, é *ideal*, não correspondendo a nenhum modelo histórico de constitucionalismo.

Esses dados são imprescindíveis para entender o constitucionalismo moderno, demonstrando o traço comum de que as Constituições são limitações de poder, o que leva à conclusão de que limitam, por conseguinte, inclusive, o poder tributário infraconstitucional.

As três dimensões fundamentais do constitucionalismo moderno reduzem-se a duas ideias básicas (unindo, segundo pensamos, os números 1 e 3), fazendo com que as Constituições ordenem, fundem e limitem o poder público, bem como reconheçam e garantam os direitos e liberdades do indivíduo (CANOTILHO, 1997, p. 48-49).

Aprofundando na história, o que é imprescindível para entender o que seja a Constituição, o autor português apresenta três modelos: o historicista (inglês), o individualista (francês) e o estadualista (norte-americano).

3.1 O modelo inglês de Constituição

O marco do constitucionalismo está na Inglaterra e, seguramente, traz a marca indelével da limitação do poder. Não é à toa que os ingleses não possuem uma “Constituição escrita”, ou pelo menos um documento unitário chamado de Constituição, como os outros países. Quando esta nação estava *limitando* o poder do monarca em 1215 (*Magna Carta*), bem como quatrocentos anos depois por meio da *Petition of Rights* (1628)⁴, nem se imaginava que esses movimentos eram precursores de leis simples e poderosas. Vários pensadores procuraram transferir as conquistas consolidadas pelos ingleses para o mundo ocidental. Todas essas leis foram editadas durante a fase do Direito Natural, como vimos.

O grupo de leis em que se sedimenta o constitucionalismo das Ilhas Britânicas trouxe, em primeiro lugar, a “*liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário*” (CANOTILHO, 1997, p. 49-50). Em segundo, a regulação legislativa dos processos (*due process of law*). Em terceiro, a forma de interpretação e revelação *judicial* (e não legislativa) das leis (quem faz as leis não as interpreta). Por último, a moderação do governo, por meio da divisão do poder entre o rei, os comuns e os lordes (*King in Parliament, Commons and Lords*).

Lembra Canotilho (1997, p. 52), como que escrevendo por encomenda para este trabalho, que o modelo inglês criou um tirano: o Parlamento. A *Glorious Revolution* transformou o legislador num “onipotente”, “o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*)”.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 9), como visto, não vê que o Parlamento pudesse transformar-se em um tirano, já que sobre ele existem as leis naturais que o limitam. Além disso, o referido constitucionalista advoga a tese de que as leis positivas só são válidas na medida em que *declaram* aquela lei natural.

Por oportuno, lembre-se de que as bases do princípio da legalidade na tributação antecedem todas essas épocas. Como anota Misabel Derzi (2007), já se identificaram nos séculos XI e XII vestígios de que os contribuintes deveriam anuir na taxação tributária (BALEEIRO, 1997, p. 50).

3.2 O modelo francês: desconstrução e reconstrução

A sobrevivência do sistema monárquico britânico demonstra que suas leis constitucionais não procuraram “destruir” o regime existente, mas apenas “ajustá-lo” às novas realidades de limitação e divisão do poder.

Já com os franceses, a estruturação constitucional veio em forma diversa, através da radical ruptura com o *ancien régime* e criação de um novo, segundo

⁴ Seguem-lhes o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689.

uma nova ordem social. Se a ordem jurídica estamental foi derrubada, organiza-se a nova, baseada na liberdade e igualdade.

O *ancien régime* possuía uma “ordem natural”: os direitos decorriam do nascimento e eram distribuídos em estamentos. A nova ordem passa a ser “artificial” (Direito Positivo), constituída, inventada ou reinventada por “acordo” entre os membros da sociedade. Esse “acordo” é o “contrato social”. É a Constituição.

“A arquitetura política precisava de um ‘plano escrito’, de uma constituição que, simultaneamente, *garantisse direitos e conformasse o poder político*”, criada por um fato novo: o surgimento do poder constituinte (CANOTILHO, 1997, p. 52).

Garantia de direitos e conformação do poder político nos remetem à *limitação do poder*. No caso francês, não há a limitação do poder anterior. Esse não foi limitado, foi destruído. É a limitação do poder que veio substituí-lo.

3.3 O modelo norte-americano de decisões populares

Na evolução do constitucionalismo e em nossa busca pela identificação dos “limites” do poder, o modelo norte-americano é de imprescindível valor.

O povo norte-americano, povo aqui na acepção de grupo de pessoas físicas determináveis em certo território e época⁵, toma decisões (“momentos constitucionais” ou poder constituinte), mesmo que raras, limitando as frequentes decisões de governo.

Há uma aproximação e um afastamento do modelo americano em relação aos ideais da Revolução Francesa, explicados por Canotilho (1997, p. 53-54):

Não se pretendia tanto reinventar um soberano onipotente (a *Nação*), mas permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que atuassem em violação da constituição, concebida como lei superior. [...] Por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um “governo” vinculado à lei fundamental. [...] A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer “lei” de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.

Esse modelo eleva o poder judicial a “verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades” (CANOTILHO, 1997, P. 54), fiscalizando a constitucionalidade das leis, *medindo* a adequação destas àquela.

⁵ Povo é conceito plurívoco, como afirma e demonstra F. Müller (1998) e Fábio Konder Comparato (1998, p. 15). Esse autor afirma que *povo* no sentido de titular da soberania democrática moderna surgiu antes da independência dos EUA, através de Thomas Jefferson e seu projeto de Constituição para a Virgínia, quando um povo estava rompendo seus laços políticos com outro – no caso com a Realeza da Inglaterra.

3.4 O histórico constitucional brasileiro

Nossa história constitucional diverge, em parte, dos modelos referidos. A primeira Carta Política brasileira foi outorgada pelo Imperador, que fecha a Assembleia Constituinte e baixa a Constituição que queria⁶.

Esse ímpeto ditatorial vai refletir-se muitas vezes ao longo de nossa história e ao longo de nossas novas Constituições. Mas não só. Veja-se em Pontes de Miranda (1973, p. 8-9) a colocação da nossa história constitucional dentro dos padrões que vimos em Canotilho:

Posto que todas as épocas do constitucionalismo brasileiro se prendam à feição *sistemática*, e não à feição *costumeira*, variável, segundo a tradição inglesa, é digno de menção que sempre as leis ordinárias ou as tendências da jurisprudência colaboraram na *expansão* dos princípios constitucionais, por vezes com certa riqueza de floração⁷.

Pensadores do Império ajudaram a firmar na nova nação os valores do constitucionalismo.

4 A Constituição para o Direito Positivo

Esse histórico constitucional tem pouco valor no positivismo jurídico⁸. No presente trabalho, o enfoque do Direito Positivo será preponderante. Para ele, a Constituição vale como lei maior, limite e referência para os legisladores⁹.

Com isso, queremos destacar a supremacia da Constituição dentro do ordenamento jurídico positivo, que é referência permanente a toda a produção legislativa, de quaisquer corpos legislativos que se encontram a ela submetidos. Assim também, queremos firmar a importante premissa de que a constituição limita a competência dos legisladores infraconstitucionais. Por referência constitucional temos toda a sistemática principiológica ínsita aos textos constitucionais que, mesmo não estipulando preceitos ou determinações específicas sobre dado assunto, oferece o *Norte*, o *rumo* para situar o legislador dentro do arcabouço básico querido pelo constituinte (não enquanto pessoa, mas enquanto instituição).

Além disso, naqueles temas em que o constituinte traçou disposições expressas, ele limitou o trabalho do legislador infraconstitucional. Ou seja, o constituinte fixou, previamente, o conteúdo daquilo que tocou.

⁶ Veja-se, num brevíssimo panorama, o histórico de nossa experiência constitucional, na pena de Pontes de Miranda (1973, p. 9): "Pode-se dizer que a Constituição – a primeira – nos foi dada ao nascermos. Procuramo-la e demoramos em achá-la. Outorgaram-no-la. A segunda que tivemos, fizemo-la, mas fizemo-la porque a Monarquia caíra sem levar consigo os monarquistas. Mais uma vez o constitucionalismo brasileiro se ligou a fato que o acarreta. Não foi diferente o que ocorreu em 1934. Porque 1930 não foi nem partiu da vontade de uma Constituição: 1930 produziu 1932, que a apressou, e 1934, que a realizou. 1937 foi *crítica*, a súbitas, a 1934, mais crítica em parte, e continuação em muitas regras jurídicas, principalmente às Emendas. 1946 propôs-se a raspar o 1937, que se tornou, até então, a regressão maior da nossa história".

⁷ Ajustamos ao léxico. Destaques do original. A citação extrai-se de contexto pouco semelhante, quando Pontes de Miranda retrata nossas idas e vindas ditatoriais.

⁸ A história jurídica é o ramo que cuida do resgate dos fatos relevantes do passado para o Direito.

⁹ O positivismo jurídico sofre a crítica pelo exagerado normativismo, podendo reduzir o Direito – segundo José Afonso da Silva (1999, p. 31) – a uma mera lógica jurídica.

Destaque-se, por oportuno, a vinculação ao conteúdo das disposições constitucionais, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1999, p. 18-19):

Ademais, como o direito é uma ordem, está excluída da escolha qualquer norma que instaure uma desordem, gerando incerteza e insegurança. Isto porque, instaurada a primeira norma, *o primeiro legislador fica preso à sua palavra e às decorrências que ela provoca*. Ele não é mais dono do sistema e qualquer modificação subjetiva ou será ilegítima ou significará uma nova norma primeira.

O contexto de onde extraímos a citação ajuda a demonstrar a riqueza e importância dessas considerações. Ferraz Júnior (1999) está explicando Kelsen e os limites impostos ao legislador, pela norma primeira. Para o pensador austríaco, segundo Ferraz Júnior, o cidadão não está sujeito a “um arbítrio incontrolável” do legislador. O texto citado é a segunda demonstração de limites para o feitor das normas. Antes há a identificação da norma primeira, sendo que esta precisa ser posta por um poder eficaz e possuir efetividade política e social.

Esses requisitos, para nós, estão presentes em nossa Constituição Federal, nas limitações que as palavras ali postas infligem ao legislador.

Existem elementos no próprio sistema do Direito Positivo que demonstram a supremacia da Constituição. Prova insofismável temos na declaração de inconstitucionalidade de uma lei (CARRAZZA, 1981, p. 60).

Marshall (*apud* CARRAZZA, 1981, p. 61), ao firmar a supremacia constitucional na sociedade norte-americana, deixou para a posteridade de modo irretocável as bases de suas conclusões lógicas:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitado. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo à Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.

Também Agustin Gordillo (1977, p. 65) realça a supremacia da Constituição:

Deste modo, o que se entendeu ser a máxima aspiração do passado, a submissão dos particulares à lei, ainda que de modo algum se deva nem se possa abandonar, fica de todos os modos relegado como uma etapa a mais na evolução. Já não basta que a Administração esteja submetida à lei, mas é também necessário que a lei esteja submetida à Constituição, que haja uma ordem jurídica superior ao próprio legislador, superando assim o dogma da soberania popular, representada no Parlamento e passando à representação da soberania do povo na Constituição.

Gordillo (1977) foi muito feliz ao apontar que a constitucionalização do direito é um avanço em relação à legalidade. Mesmo dando loas a essa conquista (a da fixação do Direito Positivo na lei), ela não é mais suficiente. A Administração, na evolução, está subordinada à Carta Magna, assim como o próprio legislador. Podemos dizer, nessa linha de interpretação de suas palavras, que tudo o que o Parlamento (britânico, notadamente) representou no passado, o Texto Constitucional representa hoje.

Todas essas conclusões já tinham despertado Seabra Fagundes (1957, p. 15), que afirmou:

O Poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou reconstrói), através da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos, e define os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demanda os seus fins.

A Constituição moderna é vista como grande repositório de *direitos subjetivos públicos* dos habitantes de uma determinada nação¹⁰. É muito interessante essa colocação de *direito subjetivo público*. Temos, então, que a Constituição contrapõe a todo o poder (e que não é pequeno, destaque-se) do Estado uma série de proteções aos habitantes, verdadeiros limites desse poder.

Temos para Gordillo (1977), então, a Constituição como *limite aos poderes públicos*, sem discrepância dos autores antes referidos.

Essas afirmações de que a Constituição limita os poderes públicos e concede direitos subjetivos públicos aos cidadãos, lembra Gordillo (1977), não podem ser feitas como se fossem princípios gerais. Para serem válidas, é preciso demonstrar sua validade diante de um direito positivado em um determinado país. Acrescentamos, de nossa parte, que, além de ser um país determinado, faz-se necessário um momento histórico (um lapso temporal, um período) determinado. Isso porque o Direito Público não é estático. Ao contrário, é dinâmico e se moderniza, avança. Às vezes retrocede, mas raramente estagna.

5 Estados de Direito e Estados de Polícia¹¹

Atualmente, os Estados de Direito caracterizam-se pelo cumprimento da Constituição pelo próprio Estado¹². Vale dizer: as demais pessoas (naturais e

¹⁰ "Como contrapeso a esta faculdade de mandar, a este 'poder público' do Estado na sua personalidade jurídica, é concedida aos habitantes uma série de proteções, consideradas como *limites à atividade do Estado*. Esses limites denominam-se *direitos subjetivos públicos*. O poder público estatal acha-se, em consequência, equilibrado pelos direitos subjetivos públicos dos habitantes. Tanto o poder público estatal, como os direitos subjetivos públicos dos habitantes encontram sua origem e sua força jurídica na Constituição, que é o instrumento mediante o qual o povo soberano se dá suas regras fundamentais de organização; por isso tanto um como o outro são faculdades que se desenvolvem dentro do ordenamento jurídico". (GORDILLO, 1977, p. 90)

¹¹ Não iremos, nesse tópico, abordar todas as formas políticas de organização estatal. Bastar-nos-á a distinção entre Estados de Direito e Estados de Polícia, pois buscamos averiguar apenas um ponto específico: o respeito à Constituição.

¹² Roque Antonio Carrazza já havia destacado essa particularidade em 1976, em sua Dissertação de Mestrado "O sujeito ativo da obrigação tributária", defendida na PUC/SP. Hoje, consulte-se sua obra (CARRAZZA, 1999, especialmente p. 270 e ss).

jurídicas, incluindo as pessoas estatais)¹³ podem exigir que todas as pessoas públicas, que o próprio Estado, não apenas cumpram a Constituição e as leis gerais, mas as respeitem em suas limitações. Acaso o Estado não cumpra a Constituição, não estaremos diante de um Estado de Direito, mas sim de um Estado de Polícia.

Por isso, é preciso provar que se esteja vivendo num Estado de Direito. Essa prova se extrai do cotejo entre o próprio texto constitucional, a legislação infraconstitucional e a aplicação das leis. Não basta, para termos um Estado de Direito, que o próprio Estado se sujeite aos princípios jurídicos fundamentais e que respeite os direitos individuais, em especial a liberdade. É preciso provar que o Estado se submete às normas jurídicas imperantes, estando a resposta, em parte, em sua Constituição. Dizemos *em parte* porque estamos atentos ao fenômeno da *Constituição simbólica*, em que os preceitos constitucionais não são, de fato, aplicados, nos termos como exposto por Marcelo Neves (2007, p. 83 e ss).

Para o moderno cientista do Direito, não se deve, para obter essas respostas, saber se um determinado governo (“gestão governamental”) (GORDILLO, 1977, p. 91) se submete ou não a esse Estado de Direito. A análise se restringe ao Direito Positivo. Essa visão, registramos, é típica do positivismo jurídico. Não é como pensamos atualmente (BECHO, 2021, p. 79-81).

Gordillo (1977, p. 93) exemplifica o estabelecimento de um Estado de Direito no mandado de segurança, no controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e no controle de legalidade dos atos administrativos mesmo na ausência de lei a respeito. E diz mais. Para se ter um Estado de Direito, a Constituição tem que ser uma ordem jurídica. E para isso acontecer, tem-se que demonstrar

[...] que está composta por normas jurídicas (portanto, imperativas), que as mesmas tenham uma característica comum (a supremacia) que, permitindo diferenciá-las das demais normas jurídicas (legislativas, administrativas etc.), as particulariza num grupo especial carente de lacunas e “pleno”; um ordenamento jurídico que não se integra com o resto das normas de Direito, mas que as domina e regula, mantendo uma diferenciação que permite reconhecê-lo como tal, e invocá-lo a qualquer momento sem importar com o disposto nas outras normas de Direito.

Essa citação cai como uma luva para a nossa ideia de não se sair da Constituição senão quando estritamente necessário (BECHO, 2000, p. 40-41).

Quanto à supremacia *normativa* da Constituição, afirmava Pinto Ferreira (1971, p. 17):

O princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político. De fato, as regras constitucionais são dotadas de uma superioridade profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva.

¹³ Numa federação, é bastante comum os diversos entes públicos terem demandas entre si. Dessa forma, Estados-membros são opoentes em processos judiciais, ou entre União e determinado Município etc.

Como apontou David Hume (2004, p. 65-66), tanto com base na *razão* (a imensa fragilidade humana e a corrupção inerente à sua própria natureza), quanto na *experiência* e na história, devemos limitar e restringir o governo, por meio da *vigência legal de uma Constituição*.

Juntando-se ao coro de filósofos e juristas de mais alta estirpe, Geraldo Ataliba e Aires Barreto (1989, p. 74) também pugnaram pela supremacia constitucional, notadamente sobre o legislador ordinário¹⁴. A supremacia constitucional não deve, entretanto, ser vista como um mero conceito formal. Ao contrário, a Constituição é veículo de valores e diretrizes, bem como de conteúdos materiais.

Entendemos que é um imperativo lógico a supremacia constitucional. Se a Constituição é a fonte, não pode emanar produto diferente dela mesma. De uma mina de água não pode sair petróleo, de uma macieira não brotam pêssegos¹⁵. No Direito, o decreto se restringe à lei; a lei se restringe à Constituição. A Constituição *aceita* que o legislador *colha* as leis que ela *jorra*, implicitamente.

6 Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e direitos humanos

Os avanços experimentados pelo direito constitucional e pela filosofia do direito fizeram-se notar na formulação de uma nova fase jurídica, que pode ser rotulada de *neoconstitucionalismo*, de *pós-positivismo* ou, em termos genéricos, de *direitos humanos*. Mauro Barberis (2005, p. 27) expõe o *neoconstitucionalismo*, apontado como a quarta corrente filosófica, ao lado do jusnaturalismo, do juspositivismo e do realismo jurídico. Segundo ele, para a nova linha filosófica do direito “[...] não há ainda contornos nítidos e nem mesmo um nome consolidado” (tradução livre).

Segundo Barberis (2005, p. 27), o Estado constitucional do século XX, com o qual a filosofia neoconstitucionalista se relaciona, é marcado por dois aspectos: primeiro, pela rigidez da Constituição, que não pode mais ser alterada pela legislação ordinária (só por uma lei constitucional, de maioria reforçada); segundo, pelo controle de legitimidade das leis, que autoriza os tribunais a anularem as leis ordinárias que violam a Constituição. Em outras palavras, a Constituição deixa de ser uma carta meramente política e programática para compor integralmente o sistema jurídico, com a força e os efeitos que lhe são próprios. É esse o sentido da nova concepção do constitucionalismo para o Direito, não apenas a existência de um documento magno (eis aí a justificativa para o nome *neoconstitucionalismo*), mas um texto jurídico superior, capaz de impor conteúdos normativos a todo o conjunto de documentos legais hierarquicamente inferiores.

De acordo com alguns dos autores consultados, os direitos humanos e o neoconstitucionalismo estão em fase de elaboração, portanto não se tem certeza

¹⁴ “Assim dispondo, a Constituição tira toda liberdade do legislador. [...] Ou o intérprete entende assim o preceito constitucional, ou estará implicitamente admitindo que a Constituição é vazia, insignificante: que não é norma superior – que se impõe ao próprio legislador – mas simples recomendação”. Referências dos autores para comprovar a supremacia constitucional: processo especial de reforma constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, controle judicial difuso, suspensão pelo Senado de lei declarada inconstitucional. (ATALIBA; BARRETO, 1989, p. 74)

¹⁵ Pontes de Miranda (1979, p. 4) usou esse artifício comparativo de linguagem, ao cuidar de Democracia.

da terminologia nem da nomenclatura que vão ser consolidadas. Poderemos ter direitos humanos, pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como sinônimos ou como institutos jurídicos ou linhas filosóficas distintas. Afinal, estamos vivendo uma época de transição – e, de certa forma, de indefinição – social¹⁶.

Nessa fase de construção de uma nova dimensão jurídica, ressaltam em importância os mecanismos que serão utilizados pelo novo paradigma constitucional. Para Luís Roberto Barroso (2007, p. 22), são os seguintes:

[...] atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Para a formação da nova hermenêutica constitucional, consideramos necessário expor alguns dados. O neoconstitucionalismo tem como traço marcante um novo paradigma jurídico. O término da Segunda Guerra marcou o fim da Europa como principal centro econômico e político mundial, surgindo os Estados Unidos como o novo centro do mundo. O grande vencedor da guerra colocou-se no epicentro mundial, tanto militar como política e economicamente. Alterou também a maior referência jurídica. Se antes vivíamos o modelo da supremacia legislativa, resultado de fatos históricos principalmente na Inglaterra, na França e na Alemanha, desde a Idade Média, após 1945, o modelo americano passou a ser destacado. No Direito praticado nos Estados Unidos identificamos a supremacia da Constituição como documento jurídico, de conteúdo notavelmente principiológico (tanto que a Carta Constitucional americana não é nada extensa) e, principalmente, destacamos o papel do Poder Judiciário, realçado pela Suprema Corte dos EUA, que gerou os efeitos do neoconstitucionalismo, apontados na citação de Barroso. Podemos dizer que foi o Direito Constitucional norte-americano que influenciou o constitucionalismo europeu moderno, a partir da Constituição Italiana do pós-guerra e da instalação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Como a doutrina aponta, foi lenta a construção do constitucionalismo norte-americano, que tem como pilares a supremacia da Constituição e o controle judicial dos atos legislativos. Sampaio Dória (1986, p. 26) aponta a década de 1930 como o período em que houve a consolidação dessa sistemática, data que aproxima o denominado neoconstitucionalismo dos fatos que geraram a Segunda Guerra Mundial. Mas a estrutura constitucional norte-americana já havia sido lançada muito antes. Nos artigos federalistas, encontramos uma passagem muito significativa, conforme Madison, Hamilton e Jay (1993, p. 483):

¹⁶ "Ao longo desta discussão, procurou-se trazer para a proposta da reflexão jusfilosófica contemporânea, dos tempos que se atravessam (e pelos quais somos atravessados), o tema da pós-modernidade. A expressão, assumidamente polêmica, designa um tempo que vive dos escombros da modernidade, e cuja definição ainda não se afigura como certa. Por isso, é possível constatar-la, até discuti-la, mas não propriamente descrevê-la. O estado de coisas indica que algo está em curso, sob os nossos olhos, e, em meio às brumas, se pode entrever um conjunto de mutações que vêm sendo provocadas em diversas dimensões, projetando-se em abalos marcantes sobre os conceitos modernos, sob o manto dos quais se conduzia a vida, se organizavam as instituições, se agia socialmente, se estruturavam os relacionamentos humanos, se concebiam as regras morais e jurídicas etc". (BITTAR;ALMEIDA, 2007, p. 589)

É fácil ver, no entanto, que os juízes precisariam ter uma parcela incomum de força para cumprir seu dever de fiéis guardiães da Constituição quando violações dela pelo legislativo fossem instigadas pela voz da maioria da comunidade.

A partir da nova concepção constitucional, a metodologia de solução dos conflitos entre as leis, como o critério temporal (lei nova revoga lei anterior) e da especialidade (lei geral não revoga lei especial), conforme está no artigo 2º de nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942)¹⁷, não mais será a única utilizada nos tribunais constitucionais. Pelos pressupostos do neoconstitucionalismo, a nova hermenêutica constitucional acrescentará inéditos princípios instrumentais de interpretação, vistos como “pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos”, ressaltando-se “a supremacia da Constituição”, a “presunção de constitucionalidade” das leis e atos dos Poderes Públicos, “a interpretação conforme a Constituição” e os princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das disposições constitucionais (BARROSO, 2007, p. 25).

Para esses últimos princípios, não bastarão os instrumentos de subsunção anteriores ao neoconstitucionalismo, o que aumenta a participação dos juízes no procedimento de criação da norma jurídica, que passam a atuar ou a poder atuar de maneira similar aos seus pares norte-americanos. Afinal, os valores jurídicos dos vitoriosos na Segunda Guerra Mundial não são mensurados com os mesmos instrumentais que as leis, principalmente após o declínio da hegemonia da teoria filosófica do conhecimento aplicada cegamente ao Direito, ou seja, após o declínio do positivismo jurídico como adotado no século XIX e na primeira metade do século XX.

Há uma grande similitude do neoconstitucionalismo como a doutrina que surgiu após 1945. Como os direitos humanos estão fundados em conceitos abstratos, como os da *dignidade da pessoa humana*, *solidariedade* e *razoabilidade*, não é mais possível centrar as discussões jurídicas apenas nas leis. Os tribunais constitucionais – e os magistrados como componentes de um verdadeiro Poder – trabalharão sobre textos de “menor densidade jurídica”, que exigem metodologia própria, distinta das técnicas juspositivistas tradicionais. Os direitos humanos e o neoconstitucionalismo nos levam, por isso, ao retorno à dialética e à análise tópica, instrumentos próprios para a verificação de “bens jurídicos que se contrapõem” (BARROSO, 2007, p. 26). Em outras palavras, a *subsunção* será sobreposta, no paradigma constitucional atual – com referência aos direitos humanos protegidos pelos princípios constitucionais –, pela *argumentação*. A argumentação, e não a subsunção, é a principal técnica jurídica no presente estágio da ciência jurídica.

Para o neoconstitucionalismo, pois, a Constituição não é superior às leis infraconstitucionais *apenas* porque provinda de uma fonte hierarquicamente superior. A Constituição, para o neoconstitucionalismo e para os direitos humanos, é também materialmente superior às demais leis, por veicular comandos de conteúdo mais abstrato, que exigem técnicas específicas de interpretação. Quem nivela a Constituição com as demais leis, não concordará com o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo se aproxima do positivismo jurídico pelo reconhecimento da profunda positivação de direitos nos textos constitucionais.

¹⁷ A vetusta Lei de Introdução ao Código Civil, veiculada pelo indicado Decreto-Lei nº 4.657/1942, teve sua nomenclatura alterada pela Lei nº 12.376/2010 para *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*.

Entretanto, o neoconstitucionalismo não se confunde com o juspositivismo por uma série de distinções entre a posituação constitucional e a posituação legal. Naquela, o neoconstitucionalismo aponta a textura aberta das normas constitucionais, o fato de serem permeadas por valores, bem como pelo caráter criativo e necessariamente presente das interpretações de aludidos textos constitucionais.

Da mesma maneira, o neoconstitucionalismo se aproxima e se afasta do jusnaturalismo. A aproximação ocorre no reconhecimento de que há valores superiores ao ordenamento legal, por exemplo, na aceitação da busca por justiça como um valor jurídico, no reconhecimento de princípios não necessariamente escritos, como da segurança jurídica e certeza do direito. Todavia, no neoconstitucionalismo, é reconhecido e indiscutível o grau de posituação dos valores que, ao contrário do que ocorria no jusnaturalismo, não são buscados em locais metajurídicos (na razão ou em textos religiosos). Um dos traços do neoconstitucionalismo é que os valores jurídicos são aqueles localizados na Constituição, explícita ou pelo menos implicitamente.

Luís Roberto Barroso (2007, p. 22) destaca – como marco filosófico – a confluência do jusnaturalismo com o positivismo jurídico no neoconstitucionalismo, identificando-os como “opostos, mas, por vezes, singularmente complementares” e averba: “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto”.

Por indicação no texto de Barroso, alcançamos o interessante estudo de Albert Calsamiglia (1998, p. 209), que afirma:

Em certo sentido, a teoria jurídica atual se pode denominar pós-positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitos e hoje todos, em certo sentido, somos positivistas. [...] Denominarei pós-positivista às teorias contemporâneas que põem o acento nos problemas da indeterminação do direito e nas relações entre o direito, a moral e a política. (tradução livre)¹⁸

Tanto com o neoconstitucionalismo quanto com os direitos humanos, retornamos às ligações tão antigas entre o Direito e a moral, o que está permitindo a utilização de autores verdadeiramente clássicos, como Hegel (2003, p. 5)¹⁹.

A releitura dos clássicos permitiu a *virada kantiana*, da qual participa a colheita dos reais ensinamentos também de Hegel e de outros autores antigos. Muitos autores clássicos, como Kant e Hegel, foram utilizados pelo juspositivismo apenas naquelas passagens que parecia útil a esse movimento (o positivismo). Hoje se vê que leituras mais atentas apontam nos grandes filósofos posturas muito menos formais e radicais do que se supunha.

Voltamos a tratar – dentro do Direito – de um senso de justiça, de uma ética que está acima dos governantes. Esses são temas tanto de filosofia do direito quando alteram o Direito enquanto ordenação. Ou seja, o pós-positivismo, aqui

¹⁸ No original consta: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. [...] Denominaré postpositivistas a las teorías contemporâneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”. (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209)

¹⁹ “Grave erro seria extrair, da afirmada diferença entre o direito natural ou filosófico e o direito positivo, a conclusão de que se opõem ou contradizem. Antes estão um para o outro como as Instituições para as Pandectas”. (HEGEL, 2003, p. 5)

tratado como neoconstitucionalismo, é tema jurídico e filosófico. Os efeitos da atual forma de leitura do dado jurídico, em certos casos, estarão postos, porém, de forma tênue (conforme pensamos), e devem ser preenchidos com o pensamento evolutivo de nossa época.

A morada do neoconstitucionalismo está nas Constituições, disso já sabemos. Algumas de suas características são a imutabilidade de parte do Texto Constitucional, *quorum* especial para a alteração do restante da Constituição e, principalmente, a existência de conceitos indeterminados e talvez até indetermináveis em sua plenitude. Quanto aos conceitos indetermináveis, o que estamos querendo dizer é que o conteúdo de vários conceitos postos no Texto Maior não é verificável pelos critérios do positivismo, nem pela mera leitura ou pela aplicação das técnicas de linguagem. Além disso, o conteúdo desses conceitos pode sofrer mutação ao longo do tempo. A proteção de um *mínimo vital econômico* ao indivíduo e à família pode sofrer variação no tempo. Hoje o lazer compõe essa referência, quando talvez há cem anos não ocorresse. Nos próximos quinze anos talvez o que seja o *mínimo vital econômico* possa, também, sofrer alteração de conteúdo material. Este é um dos traços principais do neoconstitucionalismo.

Conforme Albert Calsamiglia (1998, p. 211), o pós-positivismo muda a agenda – em evidente crítica ao positivismo – porque presta especial atenção aos conceitos indeterminados. Segundo esse autor, o pós-positivismo despreza do centro das atenções os “casos claros ou fáceis”, preferindo os difíceis.

6.1 Neoconstitucionalismo e direitos humanos

Em que pesem as similitudes e aproximações entre o neoconstitucionalismo e os direitos humanos, acreditamos que seja possível formularmos distinções entre ambos.

Vemos os direitos humanos como filosofia, como uma relação entre o direito e a moral firmada no pressuposto da alteridade do homem como objeto de proteção jurídica acima de quaisquer outros, seja o Estado, seja até mesmo a segurança jurídica vista em moldes tradicionais. Em outras palavras, acima do direito e do estado está o homem. Todos os pretensos direitos ou interesses que conflitam com essa máxima, com essa superioridade intrínseca, deixam de ter validade.

É plenamente possível uma objeção à formulação feita: inexistindo o Estado, talvez pereça o homem. É possível, na forma como conhecemos essas definições tradicionalmente. O que estamos pugnando deve ser inferido de outra forma. É dizer: os interesses do Estado não podem ser suficientes para sacrificarem os homens, exceto se for, verdadeiramente, para salvar o próprio Estado. Isso não seria possível, por exemplo, no *III Reich*. Os perseguidos e assassinados pelo Direito nazista não colocavam em risco o próprio Estado alemão. Como a história comprova, foi o Estado nazista que colocou em risco o Estado alemão.

Propusemo-nos, contudo, a sustentar as diferenças entre o neoconstitucionalismo e os direitos humanos. O que vemos, nessa seara, é o neoconstitucionalismo como uma técnica jurídica de garantia e de realização dos direitos humanos. O neoconstitucionalismo coloca a Constituição em superioridade às demais leis, protege-a das alterações comuns havidas na legislação, preenche

o diploma constitucional com textos indeterminados e que visam a um objetivo maior: a posição sobranceira dos direitos humanos.

Os direitos humanos não são as técnicas. Eles são os conteúdos e os fins do Direito (a proteção do homem). E tais conteúdos significam a afirmação da axiologia no Direito, a determinação de valores protetivos dos homens no ordenamento jurídico. O Direito não pode ser visto, nesse contexto, como mera técnica de organização social ou de subjugação, por ato de força, da sociedade pelo detentor do poder. O poder e o Direito passam a ser, repetimos, os instrumentos de salvaguarda dos homens. E o neoconstitucionalismo é o meio para se atingir esses objetivos. Os direitos humanos defendem a moral que deve ser seguida, essa justiça que ainda se persegue, essa ética minimamente posta no ordenamento jurídico.

Lembramos que, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, os tratados e as convenções internacionais sobre os direitos humanos, aprovados segundo os trâmites e quóruns das emendas constitucionais, serão equivalentes à Constituição originária, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 5º de nosso Texto Fundamental, acrescido pela Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

6.2 Processos de concretização do neoconstitucionalismo e dos direitos humanos

A reação aos atentados aos direitos humanos havidos no século passado não ficou restrita aos quadrantes filosóficos. A reação penetrou profundamente no universo do Direito. E não apenas como discurso. A dogmática dos direitos humanos se fez acompanhar por ações concretas de proteção do homem frente ao Estado e ao abuso de autoridade. Para a proteção dos direitos humanos no plano concreto, foram criadas ações judiciais, mecanismos processuais e procedimentais que concretizaram os avanços humanistas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 – engajada na proteção dos direitos humanos como reação ao Regime Militar instaurado com o golpe militar de 1964, e afinada com os pactos mundiais e os textos constitucionais do pós-guerra (pós-1945) – estabeleceu uma série de procedimentos, de ações constitucionais para defesa dos direitos dos cidadãos (direitos humanos). Tais ações podem ser separadas em dois grupos: os procedimentos objetivos e os procedimentos subjetivos. Ambos resultam em processos jurisdicionais concretos, efetivos, com inegáveis efeitos jurídicos e que são capazes de alterar o mundo dos fatos, demonstrando que não se restringem a efeitos retóricos.

Os procedimentos objetivos são aqueles em que a proteção do homem se faz independentemente da identificação de um autor específico ou, melhor dizendo, apontando quem e em qual lesão ele estará sujeito. A dogmática constitucional afirma que os procedimentos ou processos objetivos – ou abstratos – protegem a própria Constituição, enquanto os subjetivos – ou concretos – protegem o direito ou o interesse legítimo de uma pessoa (CLÈVE, 1995, p. 62).

Os procedimentos objetivos são os seguintes: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Os procedimentos subjetivos são aqueles em que é necessário apontar a pessoa que sofre a lesão. Dentro desse grupo, destacamos alguns que

podem ser manejados com propriedade na proteção dos direitos humanos (em sentido lato) ou dos valores agasalhados em nosso ordenamento jurídico: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e ação de improbidade administrativa.

Os procedimentos objetivos conferem notável efetividade para o neoconstitucionalismo e para os direitos humanos.

6.3 Onde estão os valores dos direitos humanos?

Os termos “virtude”, “vício”, “dever”, “correto”, “bem”, “mal” compõem o quadro tradicional dos valores éticos. Em termos jurídicos, apontamos que os valores, atualmente, voltam a ser reconhecidos e consagrados. Onde estão, portanto, os valores no ordenamento jurídico, e os valores que compõem os direitos humanos em especial? A dogmática é firme em reconhecê-los nos princípios.

Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 76-77) ensina como os princípios são os *elementos constitutivos* que conferem a unidade interna da ordem jurídica. Tal unidade refere-se à “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”, o que impede a visão do Direito como algo caótico, com valores *singulares* chocando-se em permanente conflito²⁰. Canaris afirma que os princípios gerais libertam os valores singulares de “seu isolamento aparente”, reconduzindo-os à conexão “orgânica” que permite a unidade da ordem jurídica. Nós, na verdade, fomos além de Canaris, ao filiar-mo-nos à dogmática kantiana de localizar um único princípio fundamental: a liberdade. Conjugando as lições acima com as apreendidas em Kant, temos que o primeiro princípio jurídico é a liberdade. Em seguida, temos os princípios gerais do Direito. Todos eles veiculam os valores supremos da ordem jurídica.

J. J. Gomes Canotilho (1997, p. 1036) leciona na linha que estamos explorando. Afirma o constitucionalista português que um sistema jurídico composto somente por regras seria de “[...] limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida”, enquanto se baseado exclusivamente em princípios também seria inaceitável, pois:

A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Eis o porquê de o sistema jurídico necessitar tanto das regras quanto dos princípios, ambos “ativamente operantes” por força “de *procedimentos* e *processos* que lhes dêem operacionalidade prática”. Canotilho (1997, p. 1037) considera a Constituição como um *sistema aberto de regras e princípios*, que *respira*

[...] através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* (liberdade, democracia, dignidade)

²⁰ “[...] na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas ‘decisões de conflitos’ e dos valores *singulares*, antes se devendo avançar até aos valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante”. (CANARIS2002, p. 76-77)

fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação.

Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 191) desenvolvem as dimensões constitutiva e declarativa dos princípios constitucionais fundamentais, ensinando:

A constitucionalização dos princípios fundamentais tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem *força normativo-constitucional*, dada a superação definitiva da idéia de Constituição como simples “complexo de diretivas políticas” e uma vez rejeitada a idéia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata. Conseqüentemente, *toda a Constituição é direito*, toda ela é “lei positiva” e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei fundamental.

Estes princípios possuem, em geral, duas dimensões:

- *dimensão constitutiva*, dado que os princípios, eles mesmos, na sua fundamentalidade, exprimem, indiciam e denotam uma compreensão global da ordem constitucional;
- *dimensão declarativa*, pois estes princípios assumem, noutros casos, o caráter de “vocábulos designantes” de “fórmulas sintéticas” utilizadas para designar a “soma” de outros princípios e concretizações normativas constitucionalmente plasmados.

O reconhecimento dos princípios jurídicos altera a forma como o Direito é considerado, como leciona Paulo Bonavides (1994, p. 232):

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

Os princípios do Direito, como vimos anteriormente, estão fortemente arraigados no universo jurídico. Eles ganham mais importância nos direitos humanos diante de seu inegável conteúdo normativo. Se a dogmática juspositivista tratava dos princípios não no sentido normativo, mas como indicações, programas, objetivos a serem alcançados, a depender da vontade (positivação) do legislador, a doutrina dos direitos humanos coloca-os em posição de destaque, no altiplano dos textos normativos, explícita ou implicitamente.

Conforme marca Barberis (2005, p. 28), o controle de legitimidade constitucional inspirou uma legislação mais permeada por princípios constitucionais, alterando também os procedimentos de interpretação jurídica, notadamente os realizados por Cortes Constitucionais e pelos membros do Poder Judiciário. A interpretação constitucional adquire novas formas. Não bastam mais aquelas clássicas regras de interpretação previstas em nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo. O neoconstitucionalismo busca verificar a consonância da legislação com os princípios contidos no Texto Fundamental, mantendo a validade apenas daquelas leis que não conflitam com estes: os princípios.

Barberis (2005, p. 28) destaca que os princípios constitucionais “[...] se exprimem normalmente em termos de valores morais generalíssimos, como

liberdade, igualdade, solidariedade social” (tradução livre)²¹, tornando a tese da separabilidade entre o Direito e a moral – fundamental para o Direito Positivo –, inapropriada nos Estados Constitucionais. Nestes, voltamos a verificar a tese jusnaturalista da conexão necessária entre Direito e moral, com a nova roupagem que é a marca dos direitos humanos: o retorno às discussões morais no âmbito do Direito positivado.

Nesse diapasão, é importante destacar para o profundo matiz principiológico da Constituição Federal de 1988, que exemplificamos com seus primeiros artigos²². Esse rol de princípios humanistas é o vetor para todos os demais dispositivos do Texto Constitucional. Eles servem de alavanca para desenvolver o atual estágio do Direito: ser um instrumento de proteção dos homens, em escala global.

Os dispositivos que seguem aos artigos 1º a 4º são, por sua vez, preenchidos por princípios jurídicos da mais elevada ordem, como todos os descritos no longo rol daqueles que compõem o artigo 5º da Constituição: princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio do devido processo legal e tantos outros, cuja relação, nesse momento, se faz despicienda.

Também os artigos 6º, 7º e 8º do Texto Constitucional são preenchidos com ampla gama de normas-princípios, para usarmos a expressão consagrada de Canotilho e Vital Moreira (2007) acima citada. Podemos afiançar que todos os primeiros artigos de nossa Constituição Federal veiculam significativo rol principiológico, que será reproduzido e reforçado por diversos outros no restante da Carta. Todos eles, a nosso ver, almejam alcançar o objetivo maior de todo sistema jurídico: a liberdade, nos termos da máxima kantiana.

6.4 Neoconstitucionalismo e Direito tributário

Conforme vimos, o neoconstitucionalismo é marcado pela rigidez da Constituição, que não pode mais ser alterada pela legislação ordinária (só por uma lei constitucional, de maioria reforçada), e pelo controle de legitimidade das leis, que autoriza os tribunais a anularem as leis ordinárias que violam a Constituição. Para atingir esse mister, o Poder Judiciário será chamado mais a escolher a melhor interpretação para o sistema jurídico do que simplesmente realizar a subsunção do fato à norma.

²¹ No original consta: “[...] si esprimono normalmente in termini di valori morali generalissimi, come liberta, eguaglianza, solidarietà sociale”. (BARBERIS, 2005, p. 28)

²² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [...] Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Para nós, o neoconstitucionalismo é um importante instrumento para a realização dos direitos humanos, nos termos como foi explicado *supra*. Dada a sua importância, o neoconstitucionalismo está presente no Direito Tributário brasileiro, como expõe nossa doutrina tradicional. Para comprovar a assertiva, citamos Antônio Roberto Sampaio Dória (1986, p. 24), em seu clássico livro intitulado *Direito constitucional tributário e "due process of law"*, quando afirma a hegemonia da Constituição e do Poder Judiciário como a *pedra de toque da teoria* do Direito norte-americano:

Juridicamente consagrada a supremacia da Constituição (art. VI, sec. 2) sobre a legislação ordinária, surge de imediato o delicado problema de a quem atribuir competência para decretar a eventual incompatibilidade do exercício do poder legislativo com o texto fundamental, eixo em torno do qual gravita todo o equilíbrio do sistema.

A estrutura orgânica do regime deixa transparecer, nitidamente, a competência, para tanto, do Poder Judiciário, deferindo-lhe a Constituição (art. III, sec. 2, §1) capacidade para decidir quaisquer casos "*arising under this Constitution*".

Como vimos, os fundamentos jurídicos do sistema norte-americano só passaram a ser predominantes no mundo ocidental após os julgamentos de Nuremberg.

Voltando à realidade brasileira atual, a jurisprudência demonstra que nosso Supremo Tribunal Federal também está aplicando o neoconstitucionalismo entre nós, no campo tributário. E ainda terá muito o que decidir, utilizando como parâmetros de decisão instrumentos que não são apresentados pelo movimento juspositivista.

Vejamos, a título de exemplo, a problemática surgida com a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito de crédito no Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, referente aos insumos sujeitos à alíquota zero. Os parâmetros jurisprudenciais são recursos extraordinários 350.446-PR e 370.682-SC. O caso concreto não será por nós enfrentado. Interessam-nos os efeitos da mudança de entendimento da mais alta corte do país, em processo cujo mérito é relativo ao Direito Tributário, bem exposto por Misabel Derzi (2007, p. 301):

[...] em nome da segurança jurídica, ou da proteção da confiança (?), será possível à Corte, em tese, graduar os efeitos de suas decisões (obedecidos determinados requisitos, faltantes no caso em julgamento), quer no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, quer no controle difuso dos casos concretos, suscitado pelos recursos extraordinários. O julgamento, portanto, abriu caminhos, até então inusitados no campo do Direito Tributário.

Tais caminhos inusitados estão contidos no neoconstitucionalismo, como as dúvidas levantadas pela mesma docente indicam, pois restará saber, por exemplo, segundo Derzi (2007, p. 300):

[...] se a segurança jurídica envolveria o princípio da irretroatividade das decisões judiciais de forma objetiva, como continuidade da norma judicial que regia os fatos no tempo em que ocorreram, sendo nesse caso essencial o trânsito em julgado? Haveria diferenciação no tratamento da questão pelo

Tribunal, se o princípio invocado fosse restrito à proteção da confiança (que tem nuance subjetiva, embora objetivada), ou à boa-fé, na hipótese concreta daqueles contribuintes que tiveram, em seus processos, decisões monocráticas de ministros da Corte, confirmatórias da definitividade do entendimento que os beneficiava? Enfim, o Supremo Tribunal Federal não parece ter estabelecido nenhuma discriminação entre tais princípios (segurança, irretroatividade, proteção da confiança e da boa-fé). A rigor, concedeu tratamento idêntico a todos, ainda que as situações fáticas de uns fossem radicalmente diferentes daquelas de outros.

Conforme vimos, o neoconstitucionalismo foi identificado principalmente a partir da atuação do Tribunal Constitucional Alemão, que exerceu papel essencial na reorganização do Direito tedesco após 1945. Esse tribunal continua produzindo referências, que alcançam o direito tributário brasileiro. Comprova a assertiva um texto de Humberto Ávila (2007, p. 177), que, para explicar seus pontos de vista a respeito da Emenda Constitucional n. 42/2003, que introduziu o parágrafo 12 ao artigo 195 de nossa Constituição Federal, traça as linhas do “postulado do legislador coerente”, assentando o referido autor que: “O Tribunal Constitucional Alemão tem cada vez mais utilizado o dever de coerência legislativa decorrente do princípio da igualdade”.

7 À guisa de conclusão

Conforme dito, o honroso convite para escrever para a *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, em exemplar dedicado a homenagear os 35 anos da Constituição Federal de 1988, foi uma rara oportunidade para retornarmos ao tema do Estado de Direito brasileiro.

Estamos passando por uma fase de profunda transformação jurídica, notadamente pelo reequilíbrio entre as fontes do Direito, com o aumento da relevância da jurisprudência, até mesmo – o que se diz com pesar – frente à redução da atuação do legislador nas alterações das normas jurídicas. Essa sensação exige do intérprete e do aplicador do Direito redobrada atenção, posto que eventual afastamento da segurança jurídica em prol de um sistema mais flexível não será desacompanhado de frustrações e injustiças, que podem, ao final, gerar os efeitos opostos ao desejado por seus atores.

Somos de opinião que o Congresso Nacional precisa retomar seu papel de maior formulador do Direito, particularmente nas regras tributárias, para benefício de toda a sociedade brasileira.

Referências

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 2. ed. Milão: Giufrè, 1971.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. Substituição e responsabilidade tributária. *Revista de Direito Tributário*, n. 49, p. 73-96, jul./set. 1989.
- ÁVILA, Humberto. O “postulado do legislador coerente” e a não-cumulatividade das contribuições. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 11. v. São Paulo: Dialética, 2007, p. 175-183.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto: un'introduzione teorica*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Boletim de direito administrativo*, ano XXIII, n. 1, 2007.
- BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- BECHO, Renato Lopes. *Sujeição passiva e responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2000.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 21, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: o autor e sua obra. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. v. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DERZI, Misabel. A irretroatividade do direito, a proteção da confiança, a boa-fé e o RE nº 370.682-SC. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 11. v. São Paulo: Dialética, 2007, p. 299-325.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e "due process of law"*. 2 ed. São Paulo: Forense, 1986.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. Prólogo. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FERREIRA, Pinto. Princípio da supremacia da constituição e controle da constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Público*, v. 4, n. 17, p. 17-32, jul./set. 1971.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo e outros escritos*. 2. ed. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. t. I. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade – os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Helena Barbosa. São Paulo: Cultura, 1945.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.