

## Sobre o conceito e a função da Constituição dos modernos

**Paulo Sávio Peixoto Maia**

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).  
Professor de Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

**Resumo:** Este ensaio tematiza as origens históricas do conceito moderno de Constituição. Para tanto, valoriza a diacronia do tempo histórico, uma vez que busca sublinhar em que medida as constituições adotadas pelos Estados do Ocidente (a partir da virada para o século XIX) rompem com seus antecedentes semânticos antigos. No sentido de captar essa unicidade histórica da Constituição, é realizado um exame do assim-chamado “período de reflexão constitucional”, situado entre 1763-1803, nos Estados Unidos. A análise desse contexto muito nos diz sobre a função da Constituição moderna.

### 1. Introdução

Seja por meio de *politeia*, seja por *res publica constituta*, muitos termos se candidatam à condição de direto “antecessor” da Constituição moderna. Não cabe, aqui, lembrá-los, mas Gerald Stourzh fez muito bem ao sintetizar que há “duas raízes muito distintas para a aplicação da palavra ‘constituição’” (STOURZH, 1988, p. 38).

A primeira consiste na transferência de termos do corpo humano para a explicação do “corpo” político, e que tem longa tradição<sup>1</sup>. No caso do contexto grego, o termo que melhor traduz “constituição” é *politeia*, que exprime a unidade e a “consciência da personificação da cidade-estado em um sujeito coletivo” (DOGLIANI, 1994, p. 37). Essa busca do *todo*, que se encontra na *politeia* dos gregos buscava o compromisso entre as facções, e assim “dar resposta à crise, à necessidade de segurança e de estabilidade, a

---

<sup>1</sup> Com efeito, “constituição” era termo muito utilizado na medicina grega (de corte hipocrático), e era empregado para a análise da política nas *poleis*, que eram estudadas à imagem e semelhança de um corpo, Cf. (RIBEIRO, 1987, p. 28).

indicar a perspectiva constitucional da conciliação” (FIORAVANTI, 2001, p. 22).

Esses dois traços do pensamento político-constitucional grego, quais sejam, metáforas fisiológicas para explicar o político (o maior exemplo é “organismo”) e a busca por um *poder médio* que concilia os extremos e torna possível a convivência, consistem na principal característica não só da teoria política grega, mas também daquilo que se convencionou chamar *constitucionalismo antigo*. Essa tradição conceitual persiste no período medieval, como é possível perceber a partir da ideia de *constituição mista* (moderada). Uma expressão que traduz a ideia de que a constituição consiste em “um organismo vivo, composto de muitos grupos e ordens, em proporção mútua e em relação harmônica, segundo o princípio, natural e necessário, da associação” (FIORAVANTI, 2001, p. 60). Chegar ao *media potestas* é o requisito para o poder ser legítimo, e não tirânico.

Stourzh aponta também a existência de uma *segunda* raiz de *constitutio*. Ela deriva da tradição jurídica romana, em que *constitutio* designa um gênero que abrangia certos atos normativos do *princeps*, como os *edicta*, *decreta*, *rescripta* e *mandata* (BRETONE, 1998, p. 167) (GILISSEN, 1995, pp. 88-89), aquilo que na Inglaterra “pode ser chamado de *ordinance* ou *statute*” (LUHMANN, 1996 p. 85). Em grandes linhas esse significado de *constitutio* como “ato jurídico emanado do poder público” foi conservado no Medievo e nos estados absolutos que então nasciam: Portugal e França são bons exemplos (ordenações, *ordonnances*). Podemos observá-lo igualmente na Alemanha do século XIX, onde *Verfassung* foi o termo preferido para o equivalente da *constitution* francesa, o que fez preservar *Konstitution* como um ato normativo oriundo do *Kaiser* (DOGLIANI, 1994, p. 27).

Com o aparecimento da modernidade, vê-se uma condensação dessas duas origens conceituais distintas do termo *constitutio*, dos

usos jurídico e político, o que foi muito bem percebido por Niklas Luhmann:

Conquanto o que se encontre em discussão seja a inovação linguística primeiramente produzida pela Revolução Americana e depois pela Revolução Francesa, é certamente sustentável a hipótese segundo a qual as duas tradições, a propriamente jurídica e a política terminem por se confundir. Ao se falar em *constitution* pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considere-se a ordem jurídico-política como ordenamento (LUHMANN, 1996, pp. 85-86).

Assim, com as revoluções do final do Setecentos *constitutio* sofrerá uma oscilação semântica. E o sentido pré-moderno de Constituição, que foi agora exposto, dará lugar a uma outra noção de tal termo que é especificamente moderna, que trata de servir, por um lado, de base ao poder estatal ao mesmo tempo em que submete o poder a um degrau normativo que lhe é superior, e que é ocupado pela própria Constituição (GOYARD-FABRE, 2002, p. 103). Essa umdança conceitual não surge do nada. Ela possui um contexto, uma situação concreta que produziu uma variação na comunicação, e que em seguida foi selecionada. Essa situação concreta, que aconteceu nos Estados Unidos entre 1763 e 1803, é denominada por Gerald Stourzh de “período de reflexão constitucional”. Ainda que de forma não exaustiva, vale a pena abordá-lo. Ele diz muito sobre “a modernidade da Constituição moderna”.

## **2. A Revolução Americana e a constitucionalização do poder.**

Desde sua fundação, em geral, as colônias norte-americanas provaram grande liberdade em relação à sua metrópole. Como a In-

glaterra viveu período de grande dificuldade institucional durante o século XVII, não havia muita atenção para com a longínqua América do Norte<sup>2</sup>. Como a imposição de regras de convivência – por parte da metrópole – era rara, os colonos tinham o hábito de firmar pactos que fundavam a comunidade política ou religiosa. Era o caso dos *covenants* ou *compacts*, pactos que fundavam uma comunidade política ou religiosa, em que algumas obrigações recíprocas eram estabelecidas (LUTZ, 1988, pp. 25-26). A celebração de *covenants* era uma clara apropriação de uma ideia bíblica por dissidentes do calvinismo, uma ideia de um pacto entre o indivíduo e um Deus (GORDON, 2002, p. 26).

Em soma a esses pactos, várias colônias americanas foram fundadas sob o modelo de companhias comerciais, possuindo uma *charter*, escrita e formal, como ato fundador (MADDOX, 1995, p. 60); ela tinha a forma de um contrato bilateral que impunha direitos e deveres delimitados por escrito às partes contratantes, e por escrito determinadas (LUTZ, 1988, pp. 36). Era, assim, um documento mais formal, por meio da qual o rei e a comunidade, as duas partes contraentes, fixavam por escrito e reciprocamente seus direitos e deveres (WOOD, 1972, pp. 268-269).

Mas não é adequado vislumbrar nessas *charters* um equivalente funcional da Constituição. Ela não era “adjudicável” em processos, de modo a frear a vontade do governo inglês. Aliás, de se afirmar que não havia, no período colonial americano, definitivamente, a ideia de um poder judiciário como um poder independente e especializado a julgar casos concretos em que se busca o respeito a direitos individuais (WOOD, 1999, p. 790). Ao contrário, nesse tempo, como é próprio à pré-modernidade, aliás, os juízes exerciam atividades governamentais (LUHMANN, 1990, pp. 151-152), sendo considerados pela população como representantes da coroa, daí, também, a desconfiança que se tinha em relação a eles (WOOD, 1999, p. 790).

---

<sup>2</sup> Para maiores aprofundamentos: (PINTO, 2004, p. 105).

Mas esse estilo de política colonial tem fim com a coroação de Jorge III. A partir de então, a “sábua” tolerância dos ingleses em relação às colônias sofreu um giro: deu-se início a uma prática de tributação cada vez maior (PINTO, 2004, pp. 116-120). O caso que marcou o início da resistência a essa prática foi a revolta em relação ao *Stamp Act* (1765), por meio do qual a Coroa procurou aumentar a sua arrecadação fiscal com a venda de selos oficiais para serem a postos em jornais e documentos (GORDON, 2002, p. 289). O interessante é que os colonos, durante esse episódio, acusaram a medida de “*unconstitutional*”, uma vez que o Parlamento de Westminster estava a tributar pessoas que não eram “representadas” (por meio de deputados) em tal casa legislativa (PINTO, 2004, p. 119). Com o aumento do descontentamento, o processo revolucionário foi desencadeado.

Na pauta dos revolucionários estava um direto questionamento da “constituição amorfa” da Inglaterra, uma vez que ela não conseguia impor limites à onipotência de um Parlamento que sem piedade estava a espoliar os colonos (MADDOX, 1995, pp. 60-61). Ao adquirirem consciência de tal situação, é possível ver, em 1776, essas colônias se descreverem como *perfect states*, percebendo, concomitantemente, que a soberania é inseparável da prerrogativa de legislar (POCOCK, 1985, p. 83) e que, por isso, a onipotência “blackstoniana” do Parlamento inglês deveria conhecer um termo (DIPPEL, 1989, p. 23).

Esse termo, contudo, não é alcançado tão-somente com a declaração de independência dos Estados Unidos, em 1776, e consequente instauração da Confederação. Ao contrário, a onipotência do Parlamento britânico apenas é transferida para as assembleias dos Estados – é o chamado período da Confederação. Cada um desses Estados, é verdade, possui uma Constituição própria, porém, em grandes linhas o aparato institucional que elas implementavam podem ser resumidos por dois traços em comum: *desconfiança em relação*

ao poder executivo e supremacia do poder legislativo<sup>3</sup> (PINTO, 2004, p. 150 e ss.).

Foi um período em que democracia era sinônimo de vontade da maioria. A representação parlamentar era vista com desconfiança, e não havia espaço para um controle de constitucionalidade das leis, pois o Legislativo era o *branch* governamental democrático por definição. De forma que, em meados da década de 1780 era bem difundida entre os norte-americanos a ideia de que as assembleias estaduais eram a principal fonte de injustiça naquela sociedade, uma espécie de fonte inesgotável de violações à liberdade, à propriedade e aos direitos das minorias (WOOD, 1999 pp. 791-792). Isso foi bem ilustrado em uma declaração do deputado Elbridge Gerry, durante a Convenção da Filadélfia, acontecida em 1787: “os males que experimentamos derivam do excesso de democracia” (McDONALD, 1985, p. 202)<sup>4</sup>. Foi de tal Convenção que saiu a Constituição de 1787, em que o Judiciário e a Federação foram considerados como aptos a frear as “insanas maiorias” provisórias das assembleias (DIETZE, 1962, p. 60), e que simbolizava a concepção de que “somente uma constituição escrita, estabelecendo os limites da autoridade governamental e garantindo direitos aos cidadãos passíveis de serem levados ao judiciário, seria dali em diante aceitável”<sup>5</sup> (MADDOX, 1995, p. 61).

---

<sup>3</sup> Com efeito, nem todas as Constituições se situavam nesse marco, como era o caso da Constituição de Massachusetts, que era muito mais inspirada pelo sistema de freios e contrapesos institucionalizado pela prática constitucional britânica e imortalizado pela descrição de Montesquieu. Como tal, é exceção que confirma a regra.

<sup>4</sup> No sentido de tornar os Estados Unidos um governo federal, a Convenção de Annapolis, em 1786, aprovou a convocação de uma convenção que teria esse propósito específico. O que aconteceu em 1787, na Convenção da Filadélfia, que foi além de sua competência, e foi além da revisão dos artigos: redigiu a Constituição de 1787. Cf. (DIPPEL, 2006, p. 6).

<sup>5</sup> Alguns autores chegam até a afirmar que o uso de uma Constituição escrita seria o aspecto mais importante do constitucionalismo norte-americano: Cf. (BELZ, 1998, pp. 1-13).

Só que, até então, o processo revolucionário norte-americano ainda não dispunha de um conceito de Constituição diverso do conceito de Constituição da pré-modernidade. A Constituição, nesse período que sucede a sua ratificação, não aparece ainda em seu aspecto reflexivo, ou seja, como uma norma que normatiza outras normas<sup>6</sup>. Isso porque os observadores da época a concebiam como uma *fundamental law*, uma noção que era muito usada no constitucionalismo inglês – e na Europa Continental também (SEELAENDER, 2006, pp. 199 e ss.) – para denotar leis importantes para uma comunidade, pactos e acordos que, a maneira de um contrato, fixa posições bilaterais às partes, como é o exemplo da Magna Carta (McILWAIN, 1969, pp. 127-177)<sup>7</sup>. Dessa forma, nota-se que ainda se mostra subjacente aquela característica do constitucionalismo pré-moderno que foi apontada acima: *a busca de um ponto médio*.

E isso era um problema. Já que a *fundamental law* era tida como um “guia para a correção moral” a atuar na mente do legislador (WOOD, 1999, pp. 794-795), a Constituição de 1787, quando concebida dessa maneira, se tornava qualquer coisa de “sacra e inviolada” (WOOD, 1972, p. 276). Essa aura sacra impedia que o exame da Constituição pelos tribunais se desse como uma questão de rotina. Uma inconstitucionalidade, em tal marco, não suscitava uma nulidade a ser arguida incidentalmente em uma questão judicial; consistia, mais que isso, em uma quebra do pacto social, apto a ser restabelecido apenas pelo exercício do direito de resistência. Um autor como Iredell atesta isso de modo muito claro, quando afirma que as assembleias não tinham o direito de violar a Constituição, mas, se o fizessem, a desobediência do povo seria a medida a ser tomada, e não uma intervenção do judiciário (WOOD, 1999, p. 795). Uma *judicial review*, nesse contexto, era vista, como observou Gordon Wood, co-

---

<sup>6</sup> Sobre os mecanismos reflexivos, em especial atenção à positividade do direito, Cf. (LUHMANN, 1985, pp. 13-17).

<sup>7</sup> Dessa maneira, conceber a Magna Carta como a primeira Constituição em sentido moderno, consoante se pode ver em alguns manuais de direito constitucional, pode ser considerado como uma ingenuidade histórica não escusável.

mo uma “solene ação política”, que como tal era inutilizável (WOOD, 1999, p. 798).

Tal descrição é sintomática: era uma ação política porque a Constituição não era vista ainda como se fosse, também, uma norma jurídica. É até verdade que nessa época já circulava na comunicação da sociedade uma observação, como sugere o artigo *Federalista n° 78*, que descrevia a Constituição como uma norma hierarquicamente superior às demais normas, sendo o Judiciário o órgão responsável a verificar essa conformidade (HAMILTON, 2005, pp. 411-418). Mas foi somente com a contribuição de John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, que a Constituição norte-americana teve seu caráter de *higher law* radicalizado<sup>8</sup>.

### 3. O *Marbury v. Madison* e a “normalização” da Constituição.

Recentemente, a literatura especializada tem dedicado uma especial atenção à coerência interna dos argumentos de Marshall, acusando a qualidade de seus silogismos<sup>9</sup>. Muito mais importante que isso é notar que Marshall alcançou o resultado de transformar a “solene ação política”, em uma questão de rotina judiciária. O roteiro de sua argumentação é bem claro. Como o dever do Judiciário é aplicar a lei, quando houver leis contrastantes, cabe escolher qual deve ser a escolhida. Se a Constituição é a lei suprema do país, as outras normas devem estar em consonância com ela, ou então não são válidas, afinal de contas o Congresso está limitado pela Constituição (NINO, 1991, p. 100). Marshall não aceita qualquer espécie de terceira opção:

---

<sup>8</sup> Para a descrição das circunstâncias fáticas do caso, Cf. (GARRATY, 1988, pp. 7-19).

<sup>9</sup> Recentemente, na França, se tem falado até de *Coup d'État* por parte de Marshall, que no *Marbury vs. Madison* teria tão-somente realizado uma “leitura omissiva” do *Judiciary Act*, de 1789, com a finalidade específica de salvar a Corte Suprema. Cf. (HENNINGER, 2005, pp. 77 e ss.)

Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. (MARSHALL, 1903, p. 25)

Segue Marshall: o povo fez um imenso esforço para redigir uma “constituição escrita” (ou literal), mas se o Congresso pode a qualquer tempo modificar uma lei superior por uma disposição ordinária, as constituições seriam “absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável” (MARSHALL, 1903, p. 25). Assim, uma disposição legislativa nula não pode vincular os tribunais, pois é contra o esforço do povo de limitar o legislador: um esforço que recebe o nome de Constituição. Como é tarefa tipicamente judiciária dizer o que é a lei, cabe não aplicar uma lei que, na verdade, não é lei, porquanto acometida de nulidade. A Constituição de 1787 nada fala acerca da possibilidade do Judiciário realizar controle de constitucionalidade, mas afirma que ele deve se ater a “*cases and controversies*”. Pois bem, para Marshall, é impossível julgar *cases and controversies* sem um exame da constitucionalidade de uma norma, pois tal é uma função inseparável do Judiciário (MARSHALL, 1903, p. 26).

A partir do ponto de vista da teoria da diferenciação do direito de Niklas Luhmann, vê-se que com a institucionalização da *jurisdição*, que verifica a constitucionalidade de normas em relação a um texto escrito que é compreendido como um direito superior (*paramount law*) surge a noção moderna de Constituição<sup>10</sup>: um texto normativo que serve de medida de conformidade a todo o direito (LUHMANN, 1996, p. 89). Todas as expectativas normativas podem ser direito/não-direito, a depender da Constituição, e não de um direito

<sup>10</sup> Também nesse sentido: (STOURZH, 1988, p. 47).

natural. Isso reforça o código do sistema do direito, que promove seu fechamento operacional (LUHMANN, 1992). E no que diz respeito ao *sistema da política*, a Constituição não foi menos importante para sua diferenciação. Ela fornece um meio apto à externalização do paradoxo da soberania, do paradoxo do soberano que se vincula/desvincula por suas próprias decisões (CORSI, 2001, p. 173), o que é bem visível tanto na retórica da razão de Estado (na Europa Continental) quanto na teoria e prática do Parlamento blackstoniano, que igualava soberania à legislação sem limites<sup>11</sup>. Não por último: a Constituição não “resolve” o paradoxo – pois paradoxos não se deixam dominar –, ela apenas transfere o paradoxo da soberania para o sistema do direito. Dessa forma, o Estado é soberano porque assim o diz uma Constituição estabelecida por vontade do povo, tratado como poder constituinte originário (CORSI, 2001, p. 173).

Mas é de se notar que a diferenciação entre direito e política, que acontece somente a partir da modernidade, não significa isolamento entre esses dois sistemas. Bem explicado, há uma comunicação entre eles, mas essa comunicação é estruturalmente especificada pela Constituição: *ocorre na forma da Constituição*<sup>12</sup>. Dessa maneira, a Constituição pode ser considerada, precisamente, como uma reação à separação entre direito e política (LUHMANN, 1996, p. 87). Isso porque, com ela, “direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 225), uma vez que a Constituição fornece “os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito” (CORSI, 2001, p. 173).

A diferença do sentido moderno de Constituição para seus equivalentes (imperfeitos) pré-modernos é precisamente esse. So-

---

<sup>11</sup> No original: “*For legislature, as was before observed, is the greatest act of superiority that can be exercised by one being over another. (...) Sovereignty and legislature are indeed convertible terms; one cannot subsist without the other*”. (BLACKSTONE, 1979, p. 46).

<sup>12</sup> Para a relação entre direito e política pelo acoplamento constitucional, Cf. (CAMPILONGO, 2002, pp. 98-100).

mente a Constituição em sentido moderno consiste em uma *estrutura autológica* que serve de medida de conformidade para o direito; isso é feito mediante a inserção de uma assimetria, norma constitucional/norma infraconstitucional, na qual a Constituição se inclui em um dos lados da forma (LUHMANN, 1996, pp. 88-90). Isso pode ser identificável mediante a observação de vários “aspectos peculiares” que têm como condição de possibilidade essa assimetria autológica representada por uma Constituição “que reconhece a si própria”. Como indicou Luhmann, isso se torna palpável quando se observa: (i) regras de coalizão que garantem o primado da Constituição frente à norma infraconstitucional, (ii) disposições normativas que limitam a alterabilidade da Constituição, (iii) um procedimento de controle de constitucionalidade, (iv) a atitude de “invocar solenemente a instância constituinte e a sua vontade como algo que, por si só, é vinculante” (LUHMANN, 1996, p. 94).

Mostra-se vital, neste ponto, ressaltar que a supremacia da Constituição, o seu caráter de estrutura autológica que estabelece a forma da comunicação entre direito e política, não se estabelece tão somente com um *texto escrito*, afinal a Constituição não é uma máquina que trabalha automaticamente (TRIBE; DORF, 2007, p. 37). Precisamente por isso é que se teve a necessidade de se fazer menção, *supra*, ao *Marbury vs. Madison*. A observação de Marshall permite que se veja que a Constituição não se resume a um texto: o acoplamento entre direito e política é demarcado a partir de como observações de segunda ordem descrevem o texto constitucional.

E é o próprio Marshall quem demonstra isso. Conforme foi afirmado, a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, em seu artigo III, que é destinado ao Judiciário, não fala nada sobre controle de constitucionalidade. Quando Marshall descreve a Constituição como algo impossível de ser compreendido sem o estabelecimento de uma fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos por parte do Judiciário; quando ele aborda isso como uma decorrência *necessária* da supremacia da Constituição (TROPER, 2003, p. 103), Marshall *inventa* uma Constituição, que é algo a mais

que o mero texto aprovado na Filadélfia – que não pode falar por si só. A *judicial review* expressa por Marshall (mas que dependeu de antecedentes constitucionais) foi uma consequência argumentativa de um determinado conceito de Constituição.

#### 4. Conclusão

Dessa maneira, percebe-se que a observação de Marshall – para além do interesse que ele tinha com a causa do Partido Federalista, e para além de sua disputa com o Presidente Thomas Jefferson (ACKERMAN, 2005) – viu possibilidades que não foram vistas por outros observadores. Um autor como Emer de Vattel já havia descrito, em 1758, a Constituição do Estado como “o regulamento fundamental que determina a maneira pela qual a autoridade pública deve ser exercida” (VATTEL, 2004, p. 26, § 27). Mas disso não se derivou uma Constituição como forma autológica, como uma lei que é superior ao restante do ordenamento jurídico do Estado<sup>13</sup>.

Analisando a observação de Marshall a partir do instrumental teórico da teoria da diferenciação do direito de Niklas Luhmann, observa-se que ela se mostrou digna a ser selecionada pela sociedade, porque demonstrou, coerentemente, que a possibilidade de comunicação entre direito e política pela via constitucional requer uma *separação heterárquica entre jurisdição e legislação*, como demonstra Celso Campilongo<sup>14</sup>. E, assim, a jurisdição não se coloca em uma relação de subordinação em relação ao Legislativo: e por isso pode, inclusi-

---

<sup>13</sup> Para o contexto norte-americano, as palavras de Gordon S. Wood (1972, p. 292) são elucidativas: “O desenvolvimento americano do que viria a ser chamado de *judicial review* não foi simplesmente um produto de sua concepção de Constituição como *higher law* esculpida em um documento escrito. Outros estados desenvolveram constituições formais, rígidas, desde o século XVIII sem, ao mesmo tempo, permitir aos juizes de seus tribunais afastar atos legislativos em conflito com a Constituição”.

<sup>14</sup> Celso Campilongo (2002, pp. 103-107) vê isso de forma muito interessante, ao articular a diferença jurisdição/legislação com outra, que é muito cara à teoria da diferenciação, qual seja a forma programação condicional/teleológica.

ve, anular normas que lhe pareça não-conformes ao direito. O direito, aqui, não é o natural, representado em uma *fundamental law*, e sim a Constituição, que é plenamente adjudicável.

Assim, a observação de Marshall parte do pressuposto que a comunicação entre direito e política, via Constituição, requer uma organização formal que torne operacional o mecanismo de acoplamento. Essa organização é o Judiciário, que, a partir de então, não teria mais funções de governo, como é próprio da pré-modernidade<sup>15</sup>. Não somente nos Estados Unidos. A Revolução Francesa se apressou em realizar movimento bem semelhante, conforme se pode verificar a partir da Lei de 16-24 de agosto de 1790, Título II, que declarou em seu art. 13 que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas” (MANNORI; SORDI, 2003, p. 76). E é bem significativo que, nesse cenário de distinção direito/política, jurisdição/administração e jurisdição/legislação, a primeira cátedra de “*droit constitutionnel*” seja criada no ano universitário de 1789-1790, na Faculdade de Direito de Nancy, na França (MESTRE, 2003, p. 467).

Tão logo selecionada enquanto sentido social, a Constituição, esse curioso artefato – uma aquisição evolutiva – que é representado por uma norma posta por determinação da soberania popular, se difunde pelo Ocidente como uma forma apta a regular a relação entre direito e política, na medida em que busca conformar o governo às suas disposições (DOGLIANI, 1994, p. 194).

---

<sup>15</sup> António Manuel Hespanha (1993, p. 385) informa que nas condições pré-modernas, a jurisdição é o principal poder à disposição do governante. Cf. também a profunda análise de: (COSTA, 2002, pp. 364-368).

## Referência bibliográfica

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

BELZ, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American constitutionalism in historical perspective*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1998.

BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England: a facsimile of the First Edition of 1765-1769*. Vol. I. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “Controle de constitucionalidade e democracia”. In: MAUÉS, Antonio Moreira. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Nº 39. Belo Horizonte: Janeiro-Junho de 2001.

COSTA, Pietro. *Iurisdictio: semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milano: Giuffrè, 2002.

DIETZE, Gottfried. *The Federalist: a classic on federalism and free government*. 3ª ed. Baltimore: John Hopkins Press, 1962.

DIPPEL, Horst. “Popular sovereignty and the separations of powers in American and French Revolutionary constitutionalism.” In: *Amerikastudien: Eine Vierteljahrsschrift*. Jahrgang 34. München: Wilhelm Fink Verlag: 1989.

DIPPEL, Horst. *As convenções no direito constitucional comparado*. Trad. Renato Bigliuzzi. Brasília: Faculdade de Direito-UnB, 2006 (manuscrito inédito).

DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

GARRATY, John. “The case of the missing commissions”. In: GARRATY, John (org.). *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper & Rom, 1988.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GORDON, Scott. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAMILTON, Alexander. “Nº 78, May 28, 1788: a view of the Constitution of the Judicial Department in relation to the tenure of good behaviour”. In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The Federalist*. Edição de J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing, 2005.

HENNINGER, Julien. *Marbury v. Madison: un arrêt fondateur, mal fondé*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2005.

HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema do direito”. In: *Revista da Ajuris*. Nº 49, ano XVII, julho de 1990.

LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”. *Cardozo Law Review*. Vol. 13, n.º 5. New York: NY Editorial Office, março de 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: 1985.

LUTZ, Donald. *The Origins of the American constitutionalism*. Baton Rouge: Louisiana University, 1988.

MADDOX, Graham. “Constitution”. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. “Giustizia e amministrazione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”. In:

*Decisões constitucionais de Marshall.* (trad. e organização Américo Lobo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional: 1903.

McDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: the intellectual origins of the Constitution.* Lawrence: University of Kansas Press, 1985.

McILWAIN, Charles Howard. “Magna Carta and the Common Law”. In: *Constitutionalism & the changing world – collected papers.* Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

MESTRE, Jean-Louis. “Les emplois initiaux de l’expression ‘droit constitutionnel’”. In: *Revue Française de Droit Constitutionnel.* Nº 55. Paris: Presses Universitaires de France, julho de 2003.

NINO, Carlos Santiago. “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”. In: *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito.* Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (tese de doutorado), 2004 (inédito).

POCOCK, John G. A. “1776: the revolution against Parliament”. In: *Virtue, Commerce and History: essays on political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century.* Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985.

RIBEIRO, Renato Janine. “A Constituição contra a Constituinte”. In: *Filosofia Política* 4. Porto Alegre, Campinas: UFRGS, L&PM, Unicamp, 1987.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. “Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis funda-

mentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006.

STOURZH, Gerald. “Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century”. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.

TRIBE, Laurence. DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional [On reading the Constitution]*. Trad. Amarílis Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TROPER, Michel. “The logic of justification of the judicial review”. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1, nº1. Oxford, New York: Oxford University Press; New York University School of Law, 2003.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes (1758)*. Ed. de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Editora UnB, 2004.

WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*. Vol. 56. Lexington: Washington and Lee University, Verão de 1999.

WOOD, Gordon. *The creation of american republic 1776-1787*. New York: W. W. Norton & Company, 1972.