HISTÓRIA SEMÂNTICA DE UM CONCEITO: A INFLUÊNCIA INGLESA DO SÉCULO XVII E NORTE-AMERICANA DO SÉCULO XVIII NA CONSTRUÇÃO DO SENTIDO DE CONSTITUIÇÃO COMO PARAMOUNT LAW*

RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES**

> "Uns, com os olhos postos no passado, vêem o que não vêem; outros, fitos os mesmos olhos no futuro, vêem o que não pode ver-se" (PESSOA, Fernando. Obra Poética – volume único. 3a edição. Rio de Janeiro: Ed. Nova Aguillar, 1998, p. 290).

Introdução

A frase acima citada, do poeta Fernando Pessoa, retrata bem a dificuldade e o risco de toda tentativa de reconstrução histórica. Dificuldade, em virtude da distância e do estranhamento que permeiam o *métier* do historiador[1]; risco, tendo em vista a possibilidade do uso indevido do tempo, da história. Sem embargo de tudo isso, o olhar voltado ao passado entremostra-se como uma verdadeira necessidade para aqueles que querem compreender o funcionamento da sociedade atual, e mais especificamente do constitucionalismo contemporâneo. Como afirmou o historiador Marc Bloch, o ofício do historiador se mostra no processo fundamental de compreensão do presente pelo passado e, correlativamente, do passado pelo presente.[2]

Diante desse contexto, deve-se registrar uma advertência: o presente artigo não tem a pretensão de reconstruir completamente a herança constitucional do passado ou mesmo estabelecer como *realmente* aconteceram os fatos[3] que repercutiram na mudança conceitual do termo *constituição*. Toda reconstrução histórica é parcial, relativa. Ao contrário, pretende-

---

* O presente artigo foi apresentado, em dezembro de 2005, na disciplina *Dimensão histórico-sociológica do constitucionalismo*, ministrada pelo Professor Doutor Cristiano Paixão Araújo Pinto, com a finalidade de adquirir créditos para o mestrado em *Direito, Estado e Constituição* da Faculdade de Direito da UnB.

** Especialista em Direito Constitucional pela UNIPÊ/PB. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário do Distrito Federal/UniDF. Procurador Federal.

[1] Para uma análise das implicações morais da distância na prática historiográfica cf. GINZBURG (2001).

[2] O historiador não é um antiquário: "o presente e o passado se interpenetram. A tal ponto que seus elos, quanto à prática do ofício de historiador, são de sentido duplo. Se, para quem quer compreender mesmo o presente, a ignorância do passado deve ser funesta, a recíproca — embora não esteja sempre tão nitidamente alertado — não é menos verdadeira" (BLOCH. 2001, 65).

[3] Ao contrário de restringir a história a documentos oficiais e ter a pretensão de demonstrar a *verdade* dos acontecimentos, procura-se ter em vista, na análise histórica dos fatos e do contexto a serem estudados, as considerações propostas pela *Nova História*. Cf., sobre o tema, BURKE (1992); BURKE (1997); LE GOFF (2001); BLOCH (2001).

se apenas evidenciar o contexto, o pano de fundo jurídico-político dos acontecimentos, principalmente no século XVII na Inglaterra e no século XVIII nos Estados Unidos, para indicar a influência desse período na formação do constitucionalismo moderno, especialmente na noção de supremacia constitucional.[4] Por outro lado, o estudo de uma história semântica desses conceitos deve tomar como pressuposto que o século XVIII não desembocou em um modelo acabado e absoluto de constitucionalismo, mas em uma pluralidade de tradições constitucionais.[5]

Assim, propõe-se o seguinte roteiro: abordar-se-á de início (i) o pré-constitucionalismo inglês do século XVII, representado pela conturbada tentativa de limitação do poder político do monarca pelo parlamento, sobretudo o discurso político de Sir Edward Coke sobre uma *ancient constitution* inglesa. Em um segundo momento (ii), analisar-se-á a mudança conceitual do termo *constituição* proporcionada pela Revolução Americana e a importância da decisão *Marbury vs. Madison* nesse contexto. Por fim (iii), examinar-se-á esses acontecimentos à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, demonstrando as conseqüências, para o Direito e para a política, da aquisição evolutiva da Constituição como *paramount law*.

1. Prenúncio da supremacia constitucional no pré-constitucionalismo inglês do século XVII: os conflitos entre rei e parlamento e o discurso político de Sir Edward Coke

Se de um lado pode-se afirmar que existiu um *proto* ou *pré-constitucionalismo* inglês (ARAÚJO PINTO. 2003), por outro é importante deixar assinalado que não há um nexo de causalidade direto e específico entre essa vivência e a Revolução Americana ou mesmo entre as práticas que assentaram as premissas do *judicial review of legislation*. A intenção não é demonstrar até que ponto as idéias inglesas influenciaram os revolucionários americanos, mas apenas evidenciar que a existência dessas memórias repercutiu de alguma forma no desenrolar dos acontecimentos.[6]

[4] Embora autores como BRITO (2001) falem de um constitucionalismo amplo e restrito, adotar-se-á o termo *constitucionalismo moderno* relacionado com as características que ROSENFELD (2001, 3) enumera: a) limitação do poder; b) aderência à cláusula do *rule of law*; c) proteção dos direitos fundamentais.

[5] Segundo ROSENFELD (2001, 5) *"the rule of law has come to mean different things to various legal traditions as evinced by the contrasts between Anglo-American rule of law, German* Rechtsstaat *and French* État de Droit*".* Do mesmo modo, CANOTILHO (1999, 89-93); FIORAVANTI (2001. 12); PREUSS (2005, 535-539).

[6] *"In general then, we have to conclude that American constitutionalism was a modification of English constitutionalism in its fundamental principles and, except of federalism, in much of the institutional structure that was designed to translate those principles into practice"* (GORDON. 2002, 325).

Dessa forma, embora o constitucionalismo moderno só tenha adquirido seus fundamentos iniciais com a Revolução Americana no final do século XVIII, certamente seu desenvolvimento e consolidação pelo mundo teria sido diferente sem a experiência *constitucional* inglesa (COSTA. 2004,49).[7] Quando se fala que a Inglaterra do século XVII — período aqui estudado — teve uma vivência *constitucional* não se quer referir a uma possível existência de *constituições* no sentido atual do conceito, mas a uma constante tentativa de limitação do poder político do monarca pelo parlamento (STOURZH. 1988, 42; MADDOX. 1995, 50)[8] e à existência de documentos, como a *Magna Carta*, que caracterizavam em certo sentido um *fundamental law*: a afirmação de um direito antigo que fazia parte de uma tradição imemorial de direitos e liberdades.

Por isso, antes de estudar o século XVII, se faz necessário um exame do desenvolvimento, entre os séculos XIII e XV, do *common law* e do significado que a *Magna Carta* adquiriu após sua celebração em 1215 pelo Rei João Sem Terra. Isso será importante para entender melhor a *queda de braço* entre rei e parlamento — especialmente a argumentação utilizada por Sir Edward Coke — durante o reinado de *James I* e *Charles I*, ambos da dinastia *Stuart*.

Em relação à mudança conceitual da *Magna Carta*, é interessante notar que esse documento era formalmente, pelo menos de início, uma concessão real que garantia certos direitos aos barões detentores de terra. Era mais uma declaração escrita feudal que nacional. Somente a partir do reinado de *Henry III* (1216-1272) — da dinastia plantageneta — é que a *Magna Carta* adquire um sentido distinto, passando a ser considerada um *statute* que afirma o direito antigo, integrante do *common law*, sendo regularmente *confirmada* a partir de 1225 no início de cada Parlamento (MCILWAIN. 1969, 176-177; HILL. 1992, 319). Assume peculiar importância no desenvolvimento pós-1215, pela linguagem utilizada, um trecho da famosa confirmação do Rei *Edward I* feita em 1297:

> I. Know ye that we to the honour of God and of the holy Church, and to the profit of all our realm (...), have granted for us and our heirs, that the Great Charter of Liberties (…) and the Charter of the Forest, which were made by common assent of all the realm (…), in the time of King Henry our father,

[7] Ratificando esse entendimento, GORDON (2002, 276) lembra que *"whether English constitutionalism was a native plant or an imported one is a historical problem that cannot be definitively settled, but it is beyond dispute that, once it was well established there, it was exported and took root in many parts of the modern world".*

[8] Vale ressaltar que houve, também, desde o início da conquista normanda, em 1066, uma constante luta entre rei e barões pela estipulação de limites ao poder político centralizado. Cf. ARAÚJO PINTO (2003). Sobre uma análise do período compreendido entre a conquista normanda, a partir do reinado de *William I*, e o reinado de *Henry II*, cf. BERMAN (1996. 455-481).

> shall be kept in every point without breach. (…) and that our justices, sheriffs, mayors, and other officials who under us and by us have to administer the law of the land (…) shall allow the said charters in pleas before them and judgments in all their points; that is to say, the Great Charter of Liberties as common law, and the Charter of the Forest according to the Assize of the Forest, for the relief of the people (…).
>
> II. And we will that if any judgments be given from henceforth, contrary to the points of the charters aforesaid by justices or by any other our ministers that hold pleas before them touching the points of the charters, they shall be undone and holden for naught. [9]

Como visto acima, *the Great Charter of Liberties* era considerada parte do *common law*. Mas o que era *the law common to all*? Como se formou? A resposta a essas questões ajudará a compreender o surgimento de uma *fundamental law* inglesa, a qual Coke tanto se reportou, e que, posteriormente, refletiu de certa maneira na formação do conceito moderno de constituição pelos revolucionários americanos. Como notou Thomas Paine (1989, 166), "não existe na Inglaterra algo como constituição. Pode-se levantar a questão, não imprópria para ser investigada: se não existe constituição, como surgiu a idéia de sua existência tão generalizada?".

Na realidade, foi a partir do reinado de *Henry II* que se instalaram as bases para o surgimento do sistema de direito inglês[10] chamado *common law*, pelo menos como existiu e se desenvolveu até os séculos XVI e XVII (BERMAN. 1996, 459; DAVID. 1998, 286). Tomando como ponto de partida a conquista normanda[11] levada a cabo por *William I – The Conqueror*,[12] é somente com a coroação de *Henry II* após a morte do Rei *Stephen* (neto de *William I*) em 1154 que, diante de um panorama de guerras privadas e anarquia, são desenvolvidas instituições e conceitos político-jurídicos que eram apenas embrionários nos reinados anteriores da

[9] *Apud* (MCILWAIN. 1969, 127-128).

[10] Segundo DAVID (1998, 284-285), existem quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período que antecede a conquista normanda em 1066. O segundo, compreendido entre 1066 e 1485, é o período da formação do *common law*. O terceiro, de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento da *equity*. O quarto período, que começa em 1832 e continua até nossos dias, é o período moderno, no qual o *common law* deve se adequar ao desenvolvimento da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida pela administração.

[11] "A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece; o feudalismo instala-se na Inglaterra" (DAVID. 1998, 285).

[12] Sobre *William I*, vale citar uma passagem de PAINE (1982, 19-20), ao criticar o direito hereditário dos monarcas: "A Inglaterra, desde a conquista, conheceu bons monarcas, mas gemeu sob um número muito maior de maus soberanos; embora nenhuma pessoa em seu juízo perfeito possa afirmar que Guilherme, o Conquistador, tenha sido uma pessoa de muito honorabilidade. Um bastardo francês desembarcando em meio a um grupo de bandidos armados, estabelecendo a si mesmo como o rei da Inglaterra contra a vontade dos nativos, em termos exatos pode ser classificado de um iniciador grandemente torpe e desprezível — e certamente não possuía qualquer divindade em si".

Inglaterra e da Normandia. Por outro lado, com a liberdade da Igreja — e a extinção da idéia, que vigorava até então, de uma monarquia sacra, onde a Igreja era submetida à autoridade do monarca — o desenvolvimento do governo real e de suas instituições jurídicas é favorecido. Dessa forma, ao impor a jurisdição e o direito real aos assuntos penais e civis que antes haviam estado dentro de uma jurisdição local ou feudal, *Henry II* revolucionou o sistema de direito inglês existente e estabeleceu as premissas para o surgimento do *common law* (BERMAN. 1996, 458-467).

Durante a grande parte desse período em que o *common law* estava tomando forma, há uma certa disputa entre a idéia romana de *lex* e a concepção medieval de direito como um uso imemorial, um *consuetudo*. A partir de meados do século XIII e início do século XIV, esses *costumes antigos do reino* passam a se identificar com a própria noção de direito comum: "*custom had really become law*" (MCILWAIN. 1969, 131). Inicialmente, portanto, o direito na Inglaterra é uma coisa que já existe, apenas necessitando de definição, só podendo ser promulgado e não feito/criado. Diante disso, a noção de legislação ainda é ambígua, tendo os atos do parlamento[13] a característica inicial de afirmação desse direito antigo. O próprio rei, na maioria das vezes, não poderia ir contra esse direito pré-existente.

Mas a *Magna Carta* não era somente *direito comum*, era considerada também um ato formal, uma promulgação do parlamento (*enactment*), mais especificamente um *statute*. Para entender o real significado da *Great Charter of Liberties* deve-se examinar a relação dos atos formais/promulgações do parlamento com o *common law*.

Charles H. Mcilwain (1969, 143-177) propõe alguns critérios para esclarecer a questão. Originalmente, pelo menos no início do século XIV, os atos do parlamento eram realizados com o fim geral de *afirmação* do todo o conjunto do direito costumeiro antigo, das duas *Cartas* e de todos os *statutes* anteriores.[14] O parlamento encontrava-se, aqui, numa permanente tensão com o direito antigo, pois só lhe cabia confirmar o que já existia. Somente após esse período é que a *revogação* (repeal) passa a ser uma das finalidades parlamentares. Assim, a cada parlamento havia uma convocação e abertura através de uma *pronunciatio* — em analogia às declarações reais de paz que eram feitas no início de cada reinado — que afirmava o valor do

[13] É importante deixar claro que o parlamento inglês só passa a ter as características de uma instituição autônoma no século XVII, após o conflito com os *stuarts* e a eclosão da Revolução Inglesa de 1640. Efetivamente, só após a Revolução Gloriosa de 1688 é que se instala o princípio da soberania parlamentar. Antes disso, ele é um mero conselho real, convocado e dissolvido aleatoriamente pelo monarca.

[14] Para uma visão mais detalhada da afirmação do direito como uma das finalidades do parlamento inglês, inclusive com vários exemplos, cf. MCILWAIN (1969, 148-153).

common law. Por outro lado, a participação na edição das leis é baseada em uma teoria que afirma que a edição vinculante de um ato parlamentar só pode ser feita se as pessoas afetadas consentirem na sua promulgação. Dessa maneira, o que vincula todos deve ser assentida por todos, tornando-se *law common to all* (MCILWAIN, 1969, 145), o que só poderia ser realizado pelo parlamento. No tocante à variedade de nomes atribuídos aos atos do parlamento, a distinção mais relevante se faz entre *statute* e *ordinance*. Enquanto a *ordinance* se caracteriza pelo aspecto temporário e pela informalidade na sua edição, o *statute*, no seu sentido original, é a afirmação do *common law*; ele adquire a natureza do direito que interpreta, ou seja, a permanência e a supremacia dentro do reino (MCILWAIN, 1969, 160-169), necessitando, assim, de uma maior formalidade.[15]

Chegou a hora de aplicar à *Magna Carta* os pontos acima analisados para se ter uma idéia clara de como os ingleses do século XIV-XV a encaravam. Esse documento passa a ser considerado um *statute* que afirma o direito antigo e que tem força obrigatória em todo o reino. Depois da confirmação de 1301, não foram feitas mais adições à *Magna Carta* e passou a ser costume a sua confirmação no começo de cada novo parlamento até pelo menos meados do século XV. Isso é o mais próximo de um *fundamental law* que as concepções medievais inglesas puderam alcançar. Sem sombra de dúvida, essas repetidas confirmações revelam a dificuldade de vincular o monarca pelo direito, influenciando intensamente os conflitos que estavam por vir entre rei e parlamento no século XVII. Conforme resume MCILWAIN (1969, 176-177):

> Magna Carta, in the later Middle Ages, is looked upon and treated as an enactment in affirmance of fundamental common law, to be confirmed and observed as a part of that law; but undoubtedly all other enactments of such law are regarded as less important. The evolution of a *constitutional law* in America has generally been considered by British writers as without precedent in earlier English institutions. Such a view is hardly supported by a study of those institutions in the Middle Ages, before the modern doctrine of the legislative sovereignty of Parliament had taken definite form. But it seems hardly possible completely to identify the *fundamental law* of medieval England with the usual modern forms of such a law. In fact the content of that law, of which Magna Carta is the best example, was not entirely nor mainly *constitutional*. *Rigid* constitutions are a development of modern times. (...) We go so far as to make of *fundamental* and *constitutional* practically equivalent terms. This was not done in medieval England.

[15] O selo, a inscrição no *statute roll* e a publicação eram marcas dos *statutes* em seu período inicial. Cf. MCILWAIN (1969, 168).

Encerrado o exame do surgimento e desenvolvimento do direito comum, assim como do significado incorporado pela *Magna Carta* após o século XIII, inicia-se a análise da importância do século XVII para a história *constitucional* inglesa e para a formação do constitucionalismo moderno.

Terminada a dinastia *Tudor* com a morte da Rainha *Elisabeth I*, sobe ao trono o Rei *James VI* da Escócia, posteriormente conhecido como Rei *James I* da Inglaterra, dando início à era *Stuart*. No período compreendido entre a coroação de *James I* em 1603 e a eclosão da Guerra Civil em 1642, a Inglaterra tornou-se o local mais importante na história ocidental no desenvolvimento da teoria do governo constitucional. As doutrinas da soberania e da separação dos poderes se confrontaram numa prolongada disputa entre rei e parlamento sobre a distribuição do poder político e sobre a competência para interpretar a denominada *Constituição Inglesa* (GORDON. 2002, 238-239).

Com efeito, a imposição de taxas sem a aprovação do parlamento[16], a crença em uma monarquia absoluta onde predominasse o direito divino dos reis[17], a constante dissolução do parlamento[18], bem como a questão religiosa — a tensão entre protestantismo e catolicismo[19] — foram alguns dos motivos que fizeram com que o reinado dos *Stuarts* fosse marcado pelos constantes conflitos com o parlamento. Uma vez rompida a harmonia entre os comuns e a coroa, que caracterizou o governo dos *Tudors*[20], ambas as partes lançaram mão da tradição para justificar os seus direitos e privilégios.

Com a sucessão de *Charles I* ao trono inglês em 1625, as relações entre coroa e parlamento se acirraram. Após a dissolução do parlamento em 1626 devido às dificuldades impostas às pretensões bélicas do rei e ao *impeachment* do *Duke of Buckingham*, *Charles I* se

[16] Confira, principalmente, o caso do *Ship money*.

[17] Em 1598, quando ainda era o rei da Escócia, *James VI* escreveu um livro chamado *The Trew Law of Free Monarchies*, onde defendia a existência de um direito divino dos reis. Assim como as monarquias absolutas da França e Espanha da época, o Rei *James VI* tinha a intenção de impor essas idéias na Inglaterra.

[18] Durante o reinado de *James I* (1603-1625), foram dez anos sem parlamento e três dissolvições. Já no de *Charles I* (1625-1649) foram quatro dissoluções e, dentro desse período, onze anos sem parlamento. Cumpre destacar que antes da guerra civil o parlamento não era um órgão permanente da política inglesa, mas apenas uma assembléia temporária e aconselhadora que o monarca podia dissolver.

[19] As reivindicações do Parlamento não se limitavam exclusivamente à proteção da propriedade dos súditos da coroa. Em 1621, suspeitando das intenções do Rei *James I* quanto à restauração do catolicismo, o parlamento sugeriu ao rei que desistisse do seu plano de casar o seu filho — *Charles I,* futuro rei da Inglaterra — com uma princesa espanhola católica. Nesse sentido, o mal do catolicismo e a existência de uma conspiração papal para subverter a *Constituição* inglesa eram temas dominantes nos discursos de John Pym, o líder dos críticos de *Charles I* na Câmara dos Comuns. Cf. GORDON (2002, 240-241).

[20] Conforme GORDON (2002, 242), a prática durante o reinado de *Elisabeth I* era a convocação do parlamento a cada três ou quatro anos.

viu forçado, devido às circunstâncias financeiras da coroa, a convocar um novo parlamento em 1628. Mais uma vez as pretensões reais foram dificultadas pela imposição da *Petition of Right* em troca da concessão dos subsídios solicitados pelo rei. Entre outras coisas, o documento exigia o fim das prisões arbitrárias e da taxação sem a aprovação parlamentar.[21] Tendo em vista seus interesses, o rei aceitou a *Petition of Right*, mas já no ano seguinte dissolveu o parlamento e prendeu vários líderes parlamentares, instaurando um governo estritamente pessoal de onze anos, que passou a ser conhecido por seus inimigos por *Eleven years' Tyranny* ou *Charles' personal rule*.

Os primeiros anos do *governo pessoal* de *Charles I* foram marcados por uma certa tranqüilidade. Porém, quando o rei tenta impor suas políticas religiosas à Escócia acaba provocando uma revolta nacional com a Guerra dos bispos. Com o intuito de conseguir recursos[22] para subjugar os escoceses, o rei convoca o parlamento em abril de 1640, que aproveita mais uma vez a oportunidade para demonstrar suas queixas, bem como impor limites às prerrogativas régias. Após três semanas — daí o nome de *Short Parliament* — o parlamento é novamente dissolvido, pois *Charles I* percebe que teria que ceder muito para obter a cooperação parlamentar. Entretanto, com a situação militar em estado crítico — em virtude dos conflitos com a Escócia — e sem recursos para custear seus projetos políticos, não restou outra saída ao rei senão a convocação do parlamento em novembro de 1640 — dessa vez o chamado *Long Parliament*.

Com efeito, rapidamente esse novo parlamento, aproveitando-se da fragilidade institucional da coroa, cuidou para que algumas das prerrogativas régias fossem limitadas. A *Câmara Estrelada* e outras cortes reais foram abolidas, a taxa *ship money* foi declarada ilegal, *the Triennial Act* — que estabelecia a convocação do parlamento a cada três anos independente da vontade do rei — foi promulgado, assim como ocorreu o *impeachment* de vários ministros do rei (GORDON. 2002, 243). Privilegiado pelas circunstâncias, o parlamento

[21] *"Para fundar estos derechos, los juristas filoparlamentarios (y entre ellos, en los primeros decenios del siglo, Edward Coke) recurren no ya al derecho natural sino al derecho positivo: ellos reivindican el derecho de los ingleses, un derecho que se estima fundado sobre una tradición* inmemorial*, confirmada por la* Magna Charta *y defendida por el Parlamento que procede – en la puesta a punto de un sistema de libertades que los súbditos puedan usar – de forma gradual: la libertad de los barones (garantizada por la* Magna Charta*) se convierte en la* libertad de los ingles***es*** *y es la libertad que el Parlamento declara tutelar frente a un poder soberano que pretende superar los límites fijados por la tradición jurídica, por el* common law*. La* Petition of Rights *de 1628, que impide el arresto arbitrario, es el primer ejemplo de una garantía procesal que defiende la liberdad de los súbditos en nombre de normas que se estiman escritas en el conjunto del orden positivo"* (COSTA. 2004, 49).

[22] Percebe-se, após todos esses fatos, que o trunfo do parlamento era sua autoridade sobre a tributação que estava enraizada na tradição política inglesa. Segundo GORDON (2002, 243), *"the imposition of taxes without the sanction of Parliament was generally regarded, even by royalists, as illegal".*

passou a considerar-se como o protetor da tradição imemorial inglesa, que os *Stuarts* tanto violaram.

No final de 1641, os líderes parlamentares dirigiram uma violenta acusação pública a *Charles I* (*Grand remonstrance*) com o escopo de colocar o povo contra o rei e, em junho de 1642, na iminência da guerra civil, lançaram um ultimato ao rei: as *Nineteen Propositions*. Nesse documento, o parlamento exigia que os oficiais reais deveriam ser aprovados pelo parlamento, que os juízes deveriam ter segurança no cargo, que os membros do parlamento seriam imunes à prisão, entre outras proposições. *Charles* I, na sua famosa *Resposta*, rejeitou os pedidos específicos das *Propositions*, afirmando que eles iriam reduzir o poder real a nada. No entanto, seguindo Aristóteles, ele reconheceu três formas de governo e declarou que a Inglaterra era um exemplo disso com o Rei, Nobres e Comuns, representando, cada um deles, respectivamente, a monarquia, a aristocracia e a democracia (GORDON, 2002, 258). Embora estivesse indo de encontro ao *direito divino dos reis* que tanto defendera, o rei não fazia mais do que afirmar suas próprias prerrogativas, bem como ressuscitar a idéia de *constituição mista*[23] que era tão cara à história constitucional inglesa.

Embora com a *Resposta* o rei tivesse cedido um pouco, isso não impediu a crescente radicalização entre realistas e parlamentaristas e a condução da Inglaterra à guerra civil — a chamada Revolução Puritana[24] —, com a execução de *Charles I* em 1649[25], e à instalação do primeiro e único período republicano da história inglesa. Com a restauração da monarquia em 1688[26], após a Revolução Gloriosa, a semântica política foi radicalmente transformada (GORDON. 2002, 266), como demonstra o significado constitucional do convite do parlamento

[23] Ao identificar esse tipo de constituição ao parlamento inglês, onde conviviam o Rei, os Lordes e os Comuns, FIORAVANTI (2001, 56) afirma que essa constituição mista *"tenía al menos otra virtud, que era la de la estabilidad y la duración. Tal virtud estaba unida, a su vez, al hecho de que la constitución mixta no tenía, no debía tener, un origen, en otras palabras, no era una constitución instaurada, querida por un vencedor. Era más bien una constitución que se habia formado en el tiempo, y que se remontaba en el tiempo, era la constitución de los antepasados (...)".* Para uma análise da noção de constituição mista na história jurídica inglesa, cf. LIEBERMAN (2004).

[24] Sobre a Revolução Puritana de 1942 cf. HILL (1992) e STONE (2000).

[25] "A natureza revolucionária da Revolução Inglesa pode ser demonstrada tanto por suas ações quanto por suas palavras. Suas realizações incluem não apenas a execução de um rei (os ingleses tinham uma longa tradição de assassinatos de reis odiados, de William Rufus a Eduardo II, a Ricardo II), mas o seu julgamento em nome do *povo da Inglaterra*, acusado de alta traição por ter violado *a constituição fundamental deste reino*. Isto era algo que nunca fora feito antes" (STONE. 2000, 102-103). Com a mesma argumentação cf. HILL (1992, 12).

[26] É nesse período que são elaborados alguns dos documentos mais significativos da história constitucional inglesa: o *Bill of Rights* (1689), o *Toleration Act* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Conforme nota ARAÚJO PINTO (2003), uma característica interessante é que nessa comunidade política, ao contrário da Europa Continental e dos Estados Unidos da América, não houve a promulgação de uma constituição escrita e rígida.

a *William of Orange* para ser o rei da Inglaterra através da imposição do *Bill of Rights*. Instala-se, assim, a supremacia do parlamento.

Desse modo, a era inicial da dinastia *Stuart*, vista como uma constante disputa pela autoridade política, é fundamental para a história constitucional inglesa e para a tradição constitucional ocidental em vários pontos. Os mais importantes, sem dúvida, são a autonomia do judiciário e do parlamento e a conseqüente limitação do monarca pelo direito. Dentro desse contexto, vale ressaltar a importância de Sir Edward Coke.[27] Não obstante tenha sido um grande ativista parlamentar da era inicial dos *Stuarts*, foi seu trabalho como estudioso do Direito que predominou em grande parte do constitucionalismo inglês, sobretudo pela publicação de seus *Law Reports* e *Institutes of the laws of England*.

A idéia da existência de uma *ancient constitution*, que devidamente consultada demonstraria que os monarcas têm sido historicamente limitados no exercício do poder político (STONE. 2000, 187), fez de Coke uma peça fundamental nos conflitos do século XVII entre rei e parlamento. Ao fazer desse mito uma realidade, identificando-o com o *common law*, Coke elevou o judiciário — intérprete autorizado desse direito — para um *status* político autônomo, igualando-o ao Parlamento e à Coroa (STONER JR. 1992, 27-30; GORDON. 2002, 256). Para o objetivo do presente ensaio, é fundamental examinar a opinião de Edward Coke no *Doctor Bonham's Case*[28] e constatar até que ponto esse caso se relaciona com a idéia de supremacia constitucional e de controle de constitucionalidade. A famosa passagem de Coke nessa decisão se expressa da seguinte forma:

> (…) And it appears in our books, that in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void.

Embora alguns estudiosos do tema[29] encontrem nesse argumento o fundamento direto do moderno *judicial review of legislation*, do exame do contexto histórico que envolvia a

[27] Para uma análise da vida e influência de Sir Edward Coke, cf. HILL (1992, 303-357); HULSEBOSCH (2003); STONER JR. (1992, 13-26).

[28] Para uma análise específica do *Bonham's Case* cf. STONER JR. (1992, 48-62).

[29] CAPPELLETTI (1999, 57-60) afirma que a atuação de Coke, especialmente no *Bonham's Case*, influenciou diretamente no surgimento do *judicial review* americano. A decisão seria um precedente imediato à criação da teoria americana. Esse parece ser, também, o entendimento de STRECK (2004, 306): "Mas é a sentença do caso *Bonham* que, certamente, é a mais famosa e a mais discutida, uma vez que a ela credita-se a moderna instituição do controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário". No entanto, como afirmado por FIORAVANTI (2003, 33), "aunque en realidad este control de constitucionalidad no se ha desarrollado en Inglaterra y la

decisão, bem como das características da atuação política de Edward Coke, chega-se a outra conclusão. Uma coisa é discutir qual o uso semântico que os americanos fizeram da decisão; outra, bem diferente, é afirmar que o *Bonham's Case* caracteriza-se como um exercício de controle de constitucionalidade. Não há um nexo de causalidade específico entre a decisão de Coke e o *Marbury vs. Madison*. Os contextos históricos, os fundamentos teóricos e a semântica dos conceitos são totalmente diversos. Um pressuposto básico para a identificação das decisões era a disponibilidade[30], para Coke, do conceito moderno de constituição, de legislação e de função judicial, o que era impossível antes do final do século XVIII. Como adverte James R. Stoner Jr. (1992, 51), em qualquer estudo histórico do Direito é perigoso aplicar conceitos que são familiares para nós, mas que são desconhecidos para um período anterior. Portanto,

> as a background to understanding Coke's contribution to judicial review, one would suppose that an outline of his general thoughts about law should be followed by a discussion of his constitutional theory. One has begun to understand Coke only when one comes to see how mistaken it would be to assert that he had such a theory at all. Modern commentators readily note that Coke has but a rudimentary concept of a written constitution, that he antedates the modern doctrine of the separation of powers, and that he appears not to accept the modern concept of legislation, much less the concept of the sovereign as the source of law. What they often fail to observe is that Coke not only seems ignorant of the modern political science his contemporaries and immediate successors began to develop, but he also apparently rejects much that the classical political science available to him might have offered.[31]

Dessa forma, embora, como visto acima, tenha existido uma espécie de pré-constitucionalismo inglês apto a influenciar[32] nos desenvolvimentos revolucionários posteriores, é somente com a promulgação da Constituição de 1787, e especialmente a partir da decisão *Marbury vs. Madison*, que se instalam as premissas para a formação do conceito de supremacia constitucional e a conseqüente teoria do controle judicial de constitucionalidade das leis.

---

referencia a Coke en la doctrina del *higher law* parezca cuestionable, queda todo el peso de una tradición de *fundamental law* que se ha alimentado tanto de la teoría política como de la costumbre jurisprudencial británica".

[30] Essa semântica pré-existente é imprescindível para se fazer política, revolução, tudo aquilo que se possa imaginar como atos sociais e históricos. A respeito desse assunto, cf. KOSELLECK (1992).

[31] (STONER JR. 1992, 27). Ademais, "*for Coke even to have formulated a theory of fundamental law would require of him a perspective he avoids; he does indeed speak of fundamental law or laws, but not as something that could be distinctly marked, much less enthroned*" (STONER JR. 1992, 29).

[32] WOOD (1998, 322) chega a afirmar que "*the most important external source of American constitutionalism was England. The doctrine of checks and balances that developed in seventeenth-century England, and its institutional realization after the Revolution of 1688, dominated American political thought and informed the practice of American colonial government and the construction of the early state constitutions*".

2. O papel da Revolução Americana na mudança conceitual do termo constituição e no surgimento do judicial review

O constitucionalismo moderno nasce, ou para afirmar de uma forma menos mágica e abrupta, adquire as premissas necessárias para o seu desenvolvimento, na verdade, não com as declarações de direitos da Revolução Francesa, mas com a Constituição Federal americana de 1787 (FIORAVANTI. 2003, 97).

Ao contrário das revoluções européias — Reforma Protestante, Revolução Inglesa de 1642, Revolução Francesa e Revolução Russa —, que se valiam do mito do retorno a uma época passada[33], a Revolução Americana de 1776, combinando individualismo e historicismo, se diferenciou justamente pelo fato de não haver nenhum *antigo regime* a derrubar.[34] Embora essa revolução tivesse que provocar uma certa ruptura — a separação definitiva da pátria-mãe —, o que a caracterizou foi muito mais o uso político-jurídico, pelos colonos americanos, do patrimônio de direitos e liberdades fundado historicamente que a própria Inglaterra havia criado (CANOTILHO. 1999, 54; MADDOX. 1995, 50; GORDON. 2002, 289)[35], para preencher o termo *constituição* com um novo sentido. Não é por outro motivo que até meados de 1765 nos Estados Unidos nenhum dos colonos pensava em independência (FIORAVANTI. 2003, 81). A Declaração de 1776 não é outra coisa senão a constatação da impossibilidade de continuar vivendo como súditos do monarca inglês e sob a proteção das leis inglesas.

A Revolução Americana foi, em certa medida, paradoxal. Ao mesmo tempo em que rompia e pretendia transformar o sentido da *ancient constitution* inglesa, partia dessa mesma tradição para conceber um conceito de constituição que correspondesse "*a un texto orgánico*

[33] Segundo BERMAN (1996, 26), "*De hecho, el mito del retorno a una época pasada es el sello de todas las revoluciones europeas. También Lutero predicó un retorno a los principios del cristianismo que después habrían sido traicionados por el papado. Los puritanos ingleses encabezados por Cromwell, predicaron una restauración de las antiguas libertades inglesas después de 150 años de despotismo de los Tudor. La Revolución francesa se remontó a la Antigüedad clásica y a un estado de naturaleza para combatir el feudalismo y los privilegios aristocráticos. Los bolcheviques rusos predicaron un retorno a la sociedad sin clases de las tribus primitivas previas al establecimiento de la propiedad*".

[34] Como nota LUHMANN (1999, 383), embora com as revoluções do século XVIII o conceito de constituição adquira novos sentidos, isso se dá de forma totalmente diferente entre França e Estados Unidos. Nesse país não se apresenta nenhum problema de estamentos ou de Estado unificado. Ao contrário, o que marca essa comunidade é a tradição de cartas coloniais que se adaptam a um novo contexto político.

[35] Consoante FIORAVANTI (2003, 78), "*la necesidad de construir un mundo nuevo y un nuevo sistema político fundado sobre el valor preeminente de los derechos naturales individuales, sobre los Rights, no excluía para nada el hecho de que los protagonistas de esta operación se sintiesen orgullosamente Englishmen, hijos de una tradición histórico-constitucional que había ofrecido aportaciones de primer orden a la causa de los derechos y libertades*". Interessante notar com STOURZH (1988, 45) e LUHMANN (1996) que a expressão *inconstitucional* deve sua origem ao fato dos americanos justificarem a sua resistência contra as taxas impostas invocando a própria constituição inglesa. Nisso se consideravam mais fiéis a essa constituição do que os próprios ingleses. Somente após a declaração de independência, o termo passou a ser associado às constituições estaduais e federal.

escrito, que el cuerpo constituyente soberano há querido, y que como tal puede ser de hecho opuesto a los gobernantes que hayan actuado de manera ilegítima, es decir, contraria a la constitución" (FIORAVANTI. 2003, 84-85). Sob esse aspecto, o conceito de *constituição antiga* é superado, na medida em que o uso semântico de constituição pelos americanos pressupõe a noção de poder constituinte[36], que é radicalmente incompatível com a tradição inglesa de governo misto e equilibrado.

Dessa forma, necessário começar pelo exame, ainda que de forma resumida, da história conceitual[37] do termo *constituição*, sobretudo a inovação implementada no final do século XVIII.[38] Pode-se distinguir, nesse desenvolvimento histórico, um uso lingüístico jurídico e um uso lingüístico político, bem como a idéia de constituição material e constituição formal.[39]

Na tradição jurídica romana o termo *constitutio* relaciona-se com determinados atos do imperador, como editos e decretos. No período medieval, o termo passa a ser utilizado no plural para designar uma "ordem transcendente que, resolvendo os problemas fundamentais da *communitas*, assegura o equilíbrio e justificação política dos vários estratos, atribuindo-lhes pretensões relativas e obrigações mútuas na realização da tarefa comum" (SOARES. 1986, 37). Com a posterior identificação da expressão *statute* com *lex*, *constitutio(s)* perde importância e passa a ser utilizado como um regulamento local. Somente no período dos conflitos entre rei e parlamento na Inglaterra do século XVII é que *constitutions* ganha novamente importância, desta vez adicionado ao termo *fundamental* (STOURZH.1988, 43-44).

No uso político, *constitution* significa, por analogia ao corpo humano, a constituição/composição do corpo político (LUHMANN. 1996), isto é, o complexo ou forma do governo, com clara inspiração na terminologia aristotélica de *politeia* (STOURZH. 1988, 38-40; MADDOX. 1995, 51-55; BRITO. 2001). A utilização do termo *constitution* de forma

[36] Vale registrar que a noção de poder constituinte adquire contornos diferentes dependendo do contexto histórico-revolucionário a que estiver inserida. Segundo FIORAVANTI (2003, 90) a noção de poder constituinte erigida pela Revolução Francesa associa-se ao conceito de soberania. Já a noção americana associa-se ao conceito de rigidez constitucional.

[37] Para entender uma determinada mudança conceitual, necessário se faz uma compreensão político-histórica do termo, como adverte KOSELLECK (1992) e FARR (1995, 24-25): "*Constant change appears to be the only truly constant thing about our political concepts. (…) To understand conceptual change is in large part to understand political change, and vice versa. And such understanding must of necessity be historical*". Para uma análise do problema da *nomenclatura* no ofício do historiador cf. BLOCH (2001, 135-153).

[38] Ver, para uma história semântica do conceito de *constituição*, BRITO (2002); FIORAVANTI (2001); MADDOX (1995); SOARES (1986); STOURZH (1988).

[39] Segundo SOARES (1986, 36-38), o termo *constituição material* revela a idéia de que "qualquer comunidade política supõe uma ordenação fundamental que a constitui e lhe dá sentido", ou seja, que indica o titular do poder e que dá corpo à comunidade. Já a noção de *constituição formal* relaciona-se com a idéia de Estado moderno, indicando um "acto fundacional, uma lei positiva organizadora do Estado".

individualizada, sem referências à natureza, passa a ocorrer em meados de 1610, na Inglaterra, sendo somente depois de 1640 — sobretudo com a publicação da resposta às *Nineteen Propositions* — que essa prática aumenta. Essa mudança terminológica vai indicar o desenvolvimento posterior do termo: iniciando com *a constituição do governo do reino*, posteriormente a expressão *governo* deixa de ser utilizada, pois todos sabiam que *constituição* significava *governo* (STOURZH. 1988, 42). Assim, gradualmente, o uso jurídico passa a ser aplicado junto com o uso político e a *constituição* vai deixando de ser associada à forma de governo, para se identificar com o conteúdo construído no final do século XVIII.[40]

Estabelecido o termo *constituição* de forma individualizada e desconectado da referência ao corpo humano, o que faz, então, com que o termo adquira o significado que se conhece atualmente? Como se desenvolveu essa semântica nos acontecimentos revolucionários do final do Setecentos? Para entender minimamente esse processo, necessário examinar o papel das *charters* coloniais e das constituições estaduais na elaboração da constituição federal de 1787, bem como a idéia que os americanos passaram a ter da função legislativa, especialmente depois da taxação britânica a partir de 1765 (STOURZH. 1988, 47; MADDOX. 1995, 59-60; WOOD. 1998, 268).

Assim como os ingleses, os norte-americanos eram familiarizados com a noção de documentos escritos que regulamentavam o poder. Várias colônias norte-americanas foram, inicialmente, constituídas como companhias comerciais, sendo regidas por uma *charter* escrita e formal (CAPPELLETTI. 1999, 61) que se caracterizava como um contrato bilateral que estabelecia direitos e deveres entre o rei e os súditos americanos. Tais cartas não podiam ser rescindidas unilateralmente, eram vinculantes para a legislação colonial e estabeleciam a estrutura jurídica fundamental das colônias. Eram verdadeiras *constituições* coloniais, sendo a melhor maneira de ilustrar a aplicação da tradição constitucional inglesa aos colonos (WOOD. 1998, 269).

Com o início da política inglesa de taxação arbitrária — que tem como seu maior exemplo o *Stamp Act* em 1765 —, os colonos, como meio de defesa, *ativaram* justamente essas *charters*. O curioso é que o ato de taxação em si era modesto e razoável. O que fez com que os norte-americanos protestassem foi o fato de que o governo britânico não solicitou o

[40] Sobre isso, a passagem de PAINE (1989, 160) é bem ilustrativa: "*é evidente que os homens querem dizer coisas distintas e separadas quando falam de constituições e de governos. Por que estes termos são usados distinta e separadamente? Uma constituição não é o ato de um governo mas de um povo constituindo um governo. Governo sem constituição é poder sem direito*".

aval das assembléias legislativas coloniais, ferindo, dessa forma, um princípio que já estava enraizado na tradição inglesa — vide o caso do *Ship money* — de tutela de direitos e liberdades: *no taxation without representation* (GORDON. 2002, 289). As colônias, então, começaram a questionar a *constituição amorfa* inglesa (MADDOX. 1995, 60), que não passava de um artefato estritamente teórico, sem repercussão prática alguma; não estabelecia nenhum tipo de limite à tirania parlamentar.[41]

Por outro lado, a idéia de constituição como uma *charter* — um contrato entre governantes e governados —, que tanto vigorou nesse período colonial, foi perdendo fôlego. À medida que os norte-americanos vão encarando suas novas constituições escritas estaduais[42] como um documento onde estão alojados os princípios fundamentais que limitam o poder político, passam a necessitar de uma nova base teórica de legitimidade. Embora não utilizada na época do conflito com a Inglaterra, a teoria lockeana, após 1776, adquire uma significativa influência, sendo o fundamento teórico que passa a fazer sentido com a idéia de constituição como única lei fundamental do país, estabelecida pelo povo e limitadora de todas as instituições do governo (WOOD. 1998, 282-283; GORDON. 2002, 292-293).

No entanto, nos anos subseqüentes a 1776, ainda se via alguma dificuldade para reconhecer a distinção entre *fundamental* e *statutory law*. As próprias assembléias estaduais — como as de *New Jersey*, *Georgia* e *South Carolina* — constantemente alteravam as respectivas constituições estaduais para adequá-las a finalidades eventuais. O problema em 1780, portanto, era refinar e fazer efetiva a distinção (WOOD. 1998, 274-275). Os acontecimentos posteriores vão dando corpo à idéia, na medida em que várias assembléias estaduais ao tentarem alterar ou instituir uma nova constituição, vão se deparar com a idéia mais consolidada de que o poder legislativo ordinário não pode alterar a constituição; somente aqueles que foram expressamente autorizados têm competência para alterar ou estabelecer uma nova constituição.

De todo modo, esse processo não foi implementado de uma única forma; não foi um planejamento intencional. Além do fato do movimento revolucionário não ter sido algo linear ou com convergência de idéias, mas algo confuso e plural (WOOD. 1998, 273), a evolução da

[41] Sobretudo depois que o parlamento passou a exercer novas funções, além daquelas meramente afirmativas do direito antigo: "*Parliament could now actually creat new law whose binding force came not from its intrinsic justice and conformity to the principles of the common law, but from its embodiment of the will of the social constituents of the nation or from simply its sovereign authority*" (WOOD. 1998, 265).

[42] As constituições estaduais foram de vital importância para o constitucionalismo americano, na medida em que serviram como laboratório das idéias políticas que mais tarde foram estabelecidas na constituição federal. Na primavera de 1777, doze colônias já tinham adotado uma constituição. Cf. GORDON (2002, 294-295).

sociedade — e mais especificamente do direito e da política — não é algo monocausal que seja fruto de uma construção planejada. Várias pessoas em 1776 ainda tinham dificuldade para visualisar, na prática, a constituição como algo fundamental como era na teoria. Não se tinha consciência da radicalidade do movimento (MADDOX. 1995, 59-60; WOOD. 1998, 271).

Levando em conta tudo isso, o que foi realmente inovador? Sabe-se que o conceito moderno ou ocidental (SOARES. 1986, 69) de constituição só surge no século XVIII. Porém, se se analisa alguns textos jurídicos que exerceram um papel constitucional antes da Revolução Americana, verifica-se que a inovação não reside no conteúdo, na medida em que já havia uma certa tutela de direitos individuais mediante a limitação do poder político. Por outro lado, a idéia de que a sociedade política pudesse ser dada de forma jurídica também não era novidade. Então, qual a característica que pode ser considerada nova? Niklas Luhmann (1996) é enfático:

> Na América, ao contrário, em contraposição à situação jurídica inglesa, acentuava-se a *unidade do texto constitucional* redigido de forma *escrita*. O que requeria uma determinação conceitual que introduzisse uma *distinção* entre a *Constitution* e o demais Direito, em clara discrepância com o uso lingüístico inglês. Tal como freqüentemente se compreende, também neste caso, é uma distinção que possibilita que se deixe na indeterminação aquilo que se distingue. A Constituição não é senão este texto e nenhum outro. É de se acrescentar ainda que a ocasião da revolução política conduz à pretensão de se limitar juridicamente as possibilidades de ação de qualquer órgão do estado, ou seja, à ruptura da onipotência do próprio Parlamento. O que, por sua vez, produz efeitos posteriores e constringe a que se conclua que a Constituição deva ser *supra-ordenada* em relação a todo o demais Direito. Essa idéia só parece haver surgido após a Declaração da Independência de 1776. Portanto, ela deve ser compreendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema do Direito: no passado havia, é certo, a idéia de leis particularmente importante e fundamentais, mas não a idéia de que houvesse uma lei que servisse de *medida de conformidade ou não-conformidade ao Direito de todas as outras lei e atos jurídicos.*

Portanto, a novidade não era a limitação do poder[43], nem mesmo a constitucionalização dos direitos individuais ou a origem popular da Constituição, mas fazer tudo isso num único documento escrito de forma a estabelecer uma assimetria. A Constituição passa a ser considerada acima do demais Direito, podendo ser judicializável[44] e servindo de base para a

[43] A idéia de limites ao governo já existia antes mesmo do surgimento de constituições escritas no século XVIII. Sobre o assunto, cf. MADDOX (1995, 50).

[44] Essa última característica — implementação judicial da Constituição — é fundamental para WOOD (1998, 291): "*What in the final analysis gave meaning to the Americans' conception of a constitution was not its fundamentality or its creation by the people, but rather its implementation in the ordinary courts of law*".

declaração de nulidade dos atos contrários ao seu conteúdo.[45] Essa aplicação especificamente jurídica de um texto autológico é algo que nunca havia sido feito. Por outro lado, essa assimetria fez com que o texto constitucional passasse a ser associado com certos conteúdos; só é constituição aquele texto que possui, pelo menos, um catálogo de direitos fundamentais e a separação de poderes.[46]

É importante registrar que a afirmação da supremacia dessas constituições escritas tem seu marco mais importante com John Marshall[47] na decisão *Marbury vs. Madison* em 1803.[48] A partir dessa famosa decisão, a prática do *judicial review* tornou-se um relevante ponto de debate para a teoria democrática e política contemporânea, na medida em que proporciona uma série de indagações: o controle de constitucionalidade estava implícito na constituição ou foi uma criação da Corte Marshall? As premissas teóricas do julgamento já estavam dadas ou são frutos de uma mente brilhante? A decisão *Marbury vs. Madison* é a expressão de um julgamento cuidadoso ou é uma demonstração original de ativismo judicial? Antes mesmo de responder tais perguntas, pode-se afirmar que a decisão revela-se como paradigmática no constitucionalismo americano e mundial.[49]

A importância do caso[50] reside, sobretudo, em três pontos principais (TROPER. 2005, 24). Primeiro, é importante para a história constitucional mundial, já que não havia uma prática semelhante em nenhum lugar do mundo.[51] Em um segundo aspecto, *Marbury vs.*

[45] Para STOURZH (1988, 47) "*the rise of the constitution as the paramount law, reigning supreme and therefore invalidating, if procedurally possible, any law of a lower level in the hierarchy of legal norms, including ordinary legislator-made law, is the greater innovation and achievement of American eighteenth-century constitutionalism*".

[46] Vide o art. 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 02 de outubro de 1789, que foi produto da Revolução Francesa: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

[47] Sobre o grau de importância e influência das decisões da Corte Marshall na história constitucional americana cf., em lados opostos, KLARMAN (2001) e BALKIN (2002).

[48] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

[49] Sobre o desenvolvimento posterior da idéia, sobretudo depois da segunda guerra mundial, bem como sobre as diferenças entre o modelo americano e o modelo europeu de controle judicial de constitucionalidade, cf. ROSENFELD (2004).

[50] O resumo do caso é o seguinte: *William Marbury* foi indicado, no final do mandato de *John Adams*, juiz de paz em um condado do distrito de Columbia, em conformidade com uma lei federal de 1801, que assegurava um mandato de cinco anos para os juízes dos dois condados do distrito, a serem nomeados por indicação presidencial. Derrotados os partidários de *Adams* nas eleições de 1800, *James Madison*, secretário de Estado do novo governo, não cumpriu os atos finais do processo, de natureza estritamente formal, originando a demanda judicial. A Suprema Corte entendeu, no mérito, que *Marbury* tinha direito ao cargo para o qual fora nomeado, considerando ilegal a retenção da nomeação pelo novo secretário de Estado, desconhecendo a decisão presidencial anterior. Entretanto, a Suprema Corte negou-se a emitir um mandado, pois considerou inconstitucionais os dispositivos da Lei de 1789 que serviram de base para essa solicitação.

[51] Embora autores como CAPPELLETTI (1999, 49-65) tentem demonstrar antecedentes do *judicial review* na Grécia antiga e na Inglaterra medieval.

Madison caracterizou-se como a construção de uma atividade — embora os pressupostos já estivessem implícitos desde 1787 — que não estava expressa na Constituição Federal dos Estados Unidos, o que influenciou decisões semelhantes em outros países como França (1971) e Israel (1995). Terceiro, a decisão é significativa pela sofisticação do argumento utilizado e pela clarividência do discurso político de Marshall.

Partindo do reconhecimento dessa importância, algumas considerações merecem ser feitas. A primeira é que John Marshall não criou o *judicial review* (PAULSEN. 2003, 2707; WOOD. 1999, 789; KLARMAN. 2001), mas apenas aplicou idéias que estavam pré-estabelecidas[52], embora tais idéias demonstrassem uma visão estreita de controle judicial de constitucionalidade, na medida em que somente as leis que interferissem na estrutura do judiciário e que fossem claramente inconstitucionais e que poderiam ser invalidadas.[53] Por evidente, não se poderia nem cogitar essa pretensão sem ao menos estarem presentes as premissas básicas no contexto histórico colonial e da Revolução Americana. É no mínimo ingenuidade acreditar que uma pessoa possa ter *inventado* um instituto com conseqüências tão profundas na vida política de uma sociedade.

A incorporação da prática do controle de constitucionalidade à tradição político-constitucional é muito mais um produto de um processo lento e gradual do que de um evento único expressado intencionalmente. Mas, então, qual foi o papel exercido por Marshall na criação do *judicial review*? Foi justamente naturalizar o conceito, tornar uma competência que era excepcional e de certo modo revolucionária em uma atividade rotineira do judiciário (WOOD. 1999, 799). E, nesse escopo, *Marbury vs. Madison* se destacou, sobretudo, pelo argumento da supremacia constitucional e por ser a primeira decisão que declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal. Ora, *as conseqüências caóticas da batida de asas de uma borboleta podem mudar o desenrolar da história*.[54]

[52] Na Convenção de Filadélfia de 1787 já se debatia sobre o *judicial review*, embora de forma controversa — vide o *Virginia Plan e o New Jersey Plan*. Ademais, antes de 1803, várias cortes estaduais já haviam declarado leis estaduais inconstitucionais. Em 1792 e 1796 se chegou bem perto de uma declaração de inconstitucionalidade de lei federal nos casos *Hayburn's* e *Hylton vs. United States*. Por outro lado, a lógica de Marshall parece ter sido retirada do famoso Federalista nº 78, escrito por Alexander Hamilton em 1787. Cf. GARGARELLA (1996, 39-40); GORDON (2002, 319); KLARMAN (2001).

[53] Na visão crítica de KLARMAN (2001), "*a Court that practiced judicial review consistently with these two qualifications could not invalidate racial segregation, school prayer, legislative malapportionment, the death penalty, abortion restrictions, campaign finance form, affirmative action, or most of the other myriad statutes stricken by the Supreme Court in the last half century. (…) Yet, as we have seen, Marbury made at most a marginal contribution to the acceptance of a qualified judicial review power*".

[54] "*Constitutional law, like law generally, is hardly autonomous. It largely reflects past political events as well as past and present material and social conditions. Thus, to trace the driving forces in our constitutional history, we should pay less attention to such matters as the adoption of particular phrases or the outcome of contested cases than to*

Com efeito, para essa atividade se tornar habitual, alguns fatores deviam estar estabelecidos. Inicialmente, o *judicial review* deveria supor uma idéia de constituição como direito possível de ser adjudicado. O que dá significado a esse conceito moderno de Constituição que estava surgindo não era o fato dela ser *fundamental* ou *escrita*, mas acima de tudo, dela ser tudo isso de forma *adjudicável*, isto é, sua possibilidade de interpretação e aplicação rotineira pelas Cortes. Nesse sentido, a constituição legalizou-se, isto é, mudou as expectativas judiciais a ela vinculadas (WOOD. 1999, 799-802; TROPER. 2005, 25).

Ademais, não era suficiente que as constituições fossem interpretadas como *ordinary statutes* para que o *judicial review* fosse aceito. Se a interpretação constitucional era para ser parte da atividade judicial cotidiana e não um exercício político, então o processo de adjudicação tinha que ser afastado da política e do legislativo. De alguma forma, os juízes deveriam requerer para si uma esfera exclusiva de atividade jurídica profissional.[55] Essa separação resultou no fato de que os tribunais passaram a se concentrar em casos individuais — casos concretos que envolvessem dois litigantes — e evitar questões políticas controvertidas, assim como questões em tese[56].

Por outro lado, na implementação desses fatores, merece ser destacado o papel de Marshall em *Marbury vs. Madison*. Embora nessa decisão a declaração de inconstitucionalidade tenha sido feita sobre uma lei federal que versava sobre procedimentos e competências — Lei judiciária de 1789 — e que somente em 1857, no caso *Dred Scott vs. Sandford*,[57] a Suprema Corte tenha novamente declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal, tais fatos não desoneram a inquestionável capacidade consensual, bem como a notável *lógica de Marshall* (NINO. 1991, 98). Ao tentar conciliar concepções políticas de

such events as the invention of the cotton gin, the assassination of President Lincoln, and the rise of the corporation. Nonetheless, we cannot discount the impact of such second-order phenomena as text, cases, and appointments" (DORF.1999, 505).

[55] No período colonial e nas duas décadas após a revolução, os juízes eram qualquer coisa menos independentes e profissionais treinados. Vários eram apontados para os tribunais não porque eram formados em Direito, mas pela sua influência política e social. Vários juízes, inclusive da Suprema Corte, não viam problema no exercício de atividades políticas. No entanto, no início do século XIX, os juízes começaram a se afastar de atividades políticas que os identificavam com o executivo e passaram a adotar funções que eram exclusivamente jurídicas. Cf. WOOD (1999, 803-804).

[56] Os tribunais federais norte-americanos, em especial a Suprema Corte, consideram incompatíveis com a natureza da função judicial responder questões em tese ou prolatar decisões sem qualquer efeito prático, em que apenas seriam formuladas recomendações ou apelos aos poderes públicos (*advisory opinions*). Cf. *Clinton v. Jones*, 520 US 699 (1997).

[57] Não obstante a declaração de inconstitucionalidade no caso *Dred Scott vs. Sandford* tenha sido feita sobre uma lei federal e em matéria não procedimental — o que tornava importante o precedente — a intenção era irônica: o argumento da declaração era que a Constituição norte-americana não previu, nem tampouco fazia parte das intenções dos *founding fathers*, a concessão de cidadania aos negros.

Federalistas e Republicanos — Jefferson não cumpriria a decisão caso o *writ* fosse julgado procedente —, Marshall aproveitou a oportunidade para expor sua brilhante lógica, retratada por Carlos S. Nino (1991, 100) em sete premissas:

Premisa 1: el deber Del Poder Judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: cuando hay dos leys contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.

Premisa 3: la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

Premisa 4: la supremacía de la Constitución implica que cuando entre en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida.

Premisa 5: la negociación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.

Premisa 6: el Congreso está limitado por la Constitución.

Premisa 7: si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

Dessa forma, acima de todas essas contribuições, e desconsiderando qualquer pretensão de atribuir a John Marshall a *criação* da teoria da revisão judicial, o fato é que a decisão *Marbury vs. Madison* virou um mito[58], estabelecendo as premissas necessárias para a permanência e a universalização do conceito moderno de constituição e de revisão judicial da legislação.

3. A aquisição evolutiva da Constituição como *paramount law*: conseqüências para o Direito e para a política

Após a reconstrução dos principais aspectos que permearam o surgimento da Constituição como norma suprema distinta do demais Direito e sua conseqüente judicialização — proteção e aplicação pelo judiciário —, interessante demonstrar, utilizando para isso o referencial teórico de Niklas Luhmann, quais as conseqüências, para o Direito e para a política, da aquisição evolutiva da constituição como *paramount law*. Tendo em vista toda a

[58] Para uma contundente crítica desse mito, cf. PAULSEN (2003) e KLARMAN (2001).

complexidade e amplitude da teoria dos sistemas, proceder-se-á apenas a uma exposição superficial dos pontos estritamente necessários à compreensão do presente ensaio.[59]

Na perspectiva luhmaniana, a sociedade moderna pode ser descrita como um sistema social composto exclusivamente por comunicação, no interior do qual se diferenciaram diversos (sub)sistemas sociais específicos, que passaram a ser encarregados da realização de uma determinada função, como, por exemplo, direito, política, religião, educação. Nesse contexto, a teoria da diferenciação de Luhmann tem como pressuposto a substituição da idéia de sistema como sendo uma unidade, pela noção de diferença: seu postulado básico expressa-se pela distinção sistema/ambiente.

Com a dissolução da sociedade pré-moderna e com a passagem de uma diferenciação por estratos para uma diferenciação funcional, todos os subsistemas passaram a ter o mesmo peso; não existe uma hierarquia entre os sistemas. É dentro desse contexto que a constituição passou a exercer um papel fundamental, na medida em que se caracteriza como um *acoplamento estrutural* (LUHMANN. 1999, 351-407) de dois importantes subsistemas: Direito e política.

A constituição como aquisição evolutiva da modernidade cumpre sua função somente se estiver pressuposto a diferenciação funcional e o fechamento operacional dos sistemas políticos e jurídicos (LUHMANN. 1999, 390). Os acoplamentos estruturais, na medida em que se revelam como uma forma de distinção, pressupondo a idéia de irritação, não introduzem nunca normas do ambiente no sistema do direito (LUHMANN. 1999, 356). O fechamento operacional do sistema — auto-produção a partir de seus próprios elementos — permite a abertura cognitiva do sistema, na medida em que se encontra aberto para as demandas sociais. Não há uma separação absoluta entre Direito e política. Por outro lado, não há a corrupção do código de um subsistema por outro, mas somente prestações recíprocas.

Assim, pergunta-se: qual é a função da constituição para o direito e para a política? A invenção da constituição como aquisição evolutiva "é uma reação à diferenciação (moderna) entre Direito e política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito" (CORSI. 2001). Com a secularização da política, a idéia de constituição surge exatamente para responder a dois problemas de fundamento: a questão da fundação do Estado como forma

[59] Para uma introdução às teses centrais da teoria, cf. ARAÚJO PINTO (2002, 161-237).

moderna de organização política, e a questão da fundação do Direito como instrumento jurídico-coercitivo do Estado (MAGALHÃES. 1998, 361).

Para o sistema jurídico, essa função relaciona-se com o termo positividade do Direito. Positividade significa que o direito só pode ser criado e desenvolvido por critérios estabelecidos pelo próprio direito, e não por fundamentos externos como na pré-modernidade, o que acarretou, sem dúvida, a separação entre moralidade e legalidade (PREUSS. 2005, 532). O sistema jurídico exerce sua função através do código binário direito/não-direito. No entanto, não se pode aplicar a distinção sobre o próprio código, pois isso causaria um bloqueio no processo de tomada de decisões. Ao romper com o regresso infinito da fundação, a função da constituição torna-se exatamente a ocultação ou prorrogação do paradoxo[60] do Direito e da política[61], pois transfere o peso de um sistema para o outro: enquanto a soberania agora atribuída ao povo, encontrando sua legitimação no vínculo jurídico-constitucional, a legitimação da constituição como texto jurídico é realizada pelo ato político do poder constituinte originário e pela legislação (CORSI. 2001; LUHMANN. 1996).

Do ponto de vista jurídico, a novidade do conceito de Constituição revela-se na positividade de uma lei que funda todo o Direito, e até a legislação e o governo. A Constituição é a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia, negando qualquer tipo de fundamentação externa (LUHMANN. 1996). Ao realizar isso, a constituição traz como conseqüência a transposição das perspectivas temporais.[62] Ao invés da abertura para o passado, implementa-se a abertura para o futuro. Essa abertura significa

> que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política, todo o Direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho Direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição.[63]

[60] Consoante TEUBNER (1993, 15), "a descoberta de contradições e paradoxos não pode conduzir a uma *des-construção* do Direito, mas, quando muito, a uma *re-construção* dos seus fundamentos latentes: ou seja, não é capaz de *eliminar* o paradoxo do Direito, mas, inversamente, tão-só de reconstruir a relação auto-referência, paradoxo, indeterminação e evolução do Direito".

[61] "Em ambos os casos, o problema manifesta-se como um paradoxo; o paradoxo do soberano que vincula/desvincula a si mesmo através de suas próprias decisões e o paradoxo do Direito que se arroga no direito de discriminar de acordo com o Direito, produzindo assim a diferença entre certo e errado, entre lícito e ilícito, e assim por diante" (CORSI, 2001).

[62] Para um exame das diferentes noções de *tempo* através da história e sua relação com o direito cf. ARAÚJO PINTO (2002, 09-160).

[63] (LUHMANN. 1996).

Em relação ao sistema político, a Constituição também foi importante para a sua diferenciação. Ela foi a base para o surgimento do conceito moderno de soberania, que se expressa na pretensão, de forma monopolizada, do exercício do poder pelo Estado em um determinado território. A inovação aqui reside na crescente importância da legislação em contraposição ao de jurisdição (LUHMANN. 1990).[64] Dessa forma, ao realizar a comunicação entre Direito e política, a Constituição legitima juridicamente o exercício do poder político e disponibiliza, para o Direito, a coercibilidade da esfera política. Consoante Giancarlo Corsi (2001),

> a Constituição é, mais que um vínculo, um fator de liberdade: o valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas concentram-se, *apenas*, na referência à Constituição, que estabelece os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito.

Conclusão

Como foi visto acima, a aquisição evolutiva da Constituição pela modernidade não foi um processo fácil. Foi, sobretudo, um produto de várias causas, de vários séculos e de vários conflitos. Do pré-constitucionalismo inglês à Revolução Americana, foi visto como surgiu a mudança conceitual do termo constituição e da conseqüente garantia do *judicial review*.

O grande desafio contemporâneo é como manter e trabalhar essa aquisição evolutiva da forma mais produtiva possível, levando em conta o pluralismo que existe na sociedade complexa e que se traduz na tensão entre liberdade e igualdade, isto é, no fato de que todos somos iguais justamente porque somos livres para ser diferentes.

Dentro desse contexto, vários problemas necessitam de uma resposta satisfatória, como a crescente judicialização da política[65], a permanente tensão entre democracia e constitucionalismo — presente principalmente na problemática do aumento constante de poderes do STF[66], nos casos de repercussão religiosa[67] e de políticas públicas[68], bem como na suspensão de direito fundamentais com fundamento em uma suposta guerra contra o

[64] A distinção entre legislação e jurisdição somente foi estabelecida a partir do século XVIII. Antes, o que havia era a *iurisdictio*, concebida, desde o fim da Idade Média, como tarefa do estado territorial governado pelo príncipe. A separação entre legislação e jurisdição cumpre, na modernidade, a função essencial de impedir que todas as questões — como criar e interpretar o direito — sejam decididas a partir de um único centro. Para um maior desenvolvimento do tema cf. LUHMANN (1990).

[65] Para uma interessante demonstração do problema vide a ADPF nº 45 julgada pelo STF.

[66] Vide as Leis nº 9.868/99, 9.882/99 e EC nº 45/05 (súmula vinculante).

[67] Vide o caso do aborto de anencéfalos presente na ADPF nº 54, que está sendo julgada pelo STF.

[68] Como exemplo, as ações afirmativas em matéria de educação (cotas para negros em universidades).

terrorismo[69] — e a inadequação do conceito de soberania para a descrição do funcionamento da sociedade mundial, tendo em vista a globalização, o enfraquecimento da legitimidade normativa do direito estatal[70] e a possibilidade de uma constituição para a União Européia.[71]

Diante de todas essas questões, a manutenção da Constituição como aquisição evolutiva da sociedade só pode ser feita se se tem como premissa o reconhecimento da abertura da identidade constitucional; uma identidade que é permanentemente construída, que nunca é apropriada. Como diz Menelick de Carvalho Neto (2003, 154), o constitucionalismo, ao afirmar que somos uma comunidade de cidadãos livres e iguais, "lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão e também uma nova exclusão".

O direito moderno, ao reconhecer que não regula nem a si próprio, desvela o risco permanente de manipulação da formalidade constitucional através, por exemplo, da política e da economia, que podem fazer com que os sentidos estabelecidos constitucionalmente venham a ser, na prática, invertidos pelo avesso. Assim, o papel atual do constitucionalismo é conseguir lidar reflexivamente com a tensão *idealidade-realidade*, fazer com que essas garantias — que na verdade não garantem nada — sejam efetivas, sejam vivenciadas constantemente (CARVALHO NETTO. 2003, 147-161).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Arqueologia de uma distinção — o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BALKIN, Jack M. The use that the future makes of the past: John Marshall's greatness and its lessons for today's supreme court justices. *William and Mary Law Review*. Volume 43, nº 4, 2002.

BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício do historiador*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

BRITO, Alejandro Guzmán. El vocabulario histórico para la idea de constitución política. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. Nº 24, 2002. Disponível em: www.scielo.cl. Acesso em 28.10.05.

BURKE, Peter. Abertura: a nova história, seu passado e seu futuro. ***In:*** BURKE, Peter (org). *A escrita da história – novas perspectivas*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992.

_____. *A Escola dos Annales (1929-1989) – a Revolução Francesa da historiografia*. Trad. Nilo Odalia. São Paulo: Unesp, 1997.

[69] Como exemplo pode-se citar o *Patriot Act* estabelecido pelo governo Bush após os ataques do 11 de setembro. Sobre o tema, vale a pena ver o instigante estudo de DWORKIN (2002).

[70] Para uma análise crítica do problema cf. MAGALHÃES (1998).

[71] Sobre a possibilidade de uma *Constituição* européia, cf., principalmente, o debate inicial entre Jürgen HABERMAS (2004) e Dieter GRIMM (1995).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constiuição. Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

COSTA, Pietro. Derechos. In: FIORAVANTI, Maurizio. *El Estado moderno en Europa – Instituciones e derecho*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

DORF, Michael C. Be careful what you wish for. (The Sound of Legal Thunder: The Chaotic Consequences of Crushing Constitutional Butterflies). *Constitutional Commentary*. Volume 16, dezembro, 1999.

DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. *The New York Review of Books*. New York, Vol. 49, número 3, fevereiro 2002.

FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: FARR, James. BALL, Terence. HANSON, Russel L. (ed.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. *De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Trad. Manuel Martínez Neira. 4ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre o carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GINZBURG, Carlo. Matar um mandarim chinês – as implicações morais da distância. In: *Olhos de madeira - nove reflexões sobre a distância*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GORDON, Scott. *Controlling the state – constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge, MA: Havard Univesity Press, 2002.

GRIMM, Dieter. Does Europe need a Constitution. *European Law Journal*, nº 3, novembro de 1995.

HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma Constituição? Um comentário sobre Dieter Grimm. In: *A inclusão do outro*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Loyola, 2004.

HILL, Christopher. *Origens intelectuais da Revolução Inglesa*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

HULSEBOSCH, Daniel J., The Ancient Constitution and the Expanding Empire: Sir Edward Coke's British Jurisprudence. *Law and History Review*. 21.3, 2003. http://www.historycooperative.org/journals/lhr/21.3/hulsebosch.html. Acesso em 23.10.05.

KLARMAN, Michael. How Great were the "Great" Marshall Court Decisions? *Virginia Law Review*. Volume 87, nº 6, 2001.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Trad. Manoel Luís Salgado Guimarães. *Estudos Históricos*. Vol. 5, nº 10. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1992.

LE GOFF, Jacques. A história nova. In: LE GOFF, Jacques (org.). *A história nova*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIEBERMAN, David. The Mixed Constitution and the common law. *Working Paper* nº 99-4. Berkeley: Berkeley School of law, 2004. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=184708. Acesso em 28.10.05.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS,* nº 49, julho, 1990.

MADDOX, Graham. Constitution. In: FARR, James. BALL, Terence. HANSON, Russel L. (ed.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. *Revista de Direito Comparado*, nº 2, volume 2, março de 1998.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

NINO, Carlos S. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: NINO, Carlos S. (org.). *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

PAINE, Thomas. *O senso comum e a Crise*. Trad. Vera Lúcia de Oliveira Sarmento. Brasília: Ed. UnB, 1982.

_____. *Os direitos do homem*. Petrópolis: Vozes, 1989.

PAULSEN, Michael Stokes. The irrepressible myth of Marbury. *Michigan Law Review*. Agosto de 2003.

PREUSS, Ulrich K. The Political meaning of constitutionalism: British, French and American perspectives. In: ARTHUR, John; SHAW, William H. (orgs.). *Readings in the philosophy of law*. New Jersey: Prentice Hall, 2005.

ROSENFELD, Michel. The Rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Working Paper Series*. N° 36. New York: Cardozo Law School, março de 2001.

_____. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*. Volume 2, n° 4. Outubro de 2004.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 119, nº 3743-3744, 1986.

STONE, Lawrence. *Causas da Revolução Inglesa 1529-1642*. Trad. Modesto Florenzano. São Paulo: EDUSC, 2000.

STONER JR., James R. *Common Law and liberal theory: Coke, Hobbes and the origins of American Constitutionalism*. Kansas: University Press of Kansas, 1992.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing means of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: BALL, Terence. POCOCK, J.G.A. (ed.). *Conceptual change and the Constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 1988.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

TEUBNER, Günther. *Introdução ao direito autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TROPER, Michel. Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy. *International Journal of Constitutional Law*. Volume 3, n° 1, 2005.

WOOD, Gordon. *The Creation of American Republic – 1779-1787*. Chapel Hill and London: The Univsersity of North Carolina Press, 1998.

_____. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Washington and Lee Law Review*. Summer 1999.