

CONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO

CONSTITUTIONALISM AND INTERPRETATION

JOSE LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: A discussão, aberta neste texto, toma como referência o diálogo com as obras de Robert Alexy e Ronaldo Dworkin para referendar a compreensão da complexidade, da relatividade e da diversidade do mundo atual e as implicações para o Direito Constitucional, aqui tomado como método e processo, cuja vinculação à história e ao caso concreto permite a superação de uma concepção legalista pobre. Para tanto, a análise volta-se para as contribuições do Direito Constitucional inglês e norte-americano, para finalmente se reportar ao Direito contemporâneo, em seu aspecto global e universal.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Interpretação. Constitucionalismo inglês. Constitucionalismo norte-americano.

Abstract: This study turns concerning the dialogues with works of Robert Alexy and Ronaldo Dworkin to attest the understanding of complexity, relativity and diversity of the present world and the implication to the Constitutional Rights, at this very moment taken as a method and process, which entailing to the history and to the real case allows the overcoming of a poor legalist conception. To do so, the analysis turns to the contribution of Britannic and North American Constitutional Rights, to finally return to the contemporary rights, for its global and universal aspects.

Key Words: Constitutional Rights. Interpretation. Britannic Constitutionalism. North American Constitutionalism.

Não vamos neste ponto repetir o que já foi escrito de forma competente por diversos juristas contemporâneos. Cada um, dentro de seu marco teórico, desenvolveu reflexões importantes que devem ser conhecidas e estudadas. Vamos aqui desenvolver nossas reflexões sobre o tema, procurando oferecer uma contribuição a este debate. As reflexões que se seguem são construções teóricas efetuadas a partir do debate com o pensamento de diversos autores, sendo que, no que diz respeito especialmente a questão do conflito de princípios, a partir do diálogo com as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, tomando este último como referencial teórico capaz de nos oferecer maior segurança diante da incerteza, relatividade e complexidade descoberta.

O Direito Constitucional evolui com grande velocidade nestes anos de crise. Podemos dizer que nunca na história, a comunicação entre os dois grandes sistemas ocidentais de Direito, ocorreu com tanta intensidade, trazendo contribuições importante um para o outro.

A mudança da compreensão do significado do que é Constituição ocorre a partir de exigências de um mundo dinâmico e complexo. Constituição não é texto e Direito não é regra e não pode ser assim considerado, sob pena de se tornar obsoleto. É inimaginável a possibilidade do parlamento acompanhar e prever todas as possíveis situações fáticas decorrentes dos avanços da tecnologia (biomédica, biotecnologia, tecnologia das comunicações,

* Professor Doutor. Professor do Unicentro Izabela Hendrix, da PUC-MG, UFMG e UMA.

tecnologia da produção entre outras), na vida das pessoas. A vida se mostra muito mais complexa do que a ciência (simplificadora por exigência) e os seres humanos felizmente não se adequam aos sistemas prontos. Assistimos desmorerar diante de nossos olhos os sistemas teóricos econômicos, sociais e políticos construídos durante os séculos XVIII e XIX e implementados nos séculos XIX e XX. Assim vimos morrer a promessa liberal, o socialismo real, nos conformamos ao adiamento do sonho comunista e anarquista assim como assistimos propostas que se diziam mais realistas e, portanto mais tímidas, como a social democracia, o social cristianismo, entrarem em crise radical. Assistimos, hoje, patéticos economistas televisivos, arrogantes e presunçosos, afirmarem que não há salvação fora de suas pobres teorias (daí o caos em que vivemos) que mandam no mundo (teorias que transformaram os seres humanos em pouco mais que ratos que reagem a estímulos de consumo e poupança). A economia neoliberal (neoconservadora) se transformou em uma nova religião inquestionável. Felizmente começa a ser desmascarada e lentamente abandonada.

Diante deste mundo surpreendente o desafio é perceber sua complexidade, sua diversidade e sua relatividade. Diante disto uma nova consciência jurídica começa a se expandir. A superação de um legalismo pobre é exigência do nosso tempo. O Direito não pode ser resumido a regra, pois não há a possibilidade de previsão de regras para solucionar todos os conflitos de um mundo complexo. O Direito principiológico vinculado à história, vinculado ao caso concreto se tornou uma exigência democrática. Para compreendermos as origens históricas das reflexões contemporâneas do Direito Constitucional, e como antes das teorizações elas já eram realidades históricas, vamos começar a estudar esta questão através da compreensão da contribuição do

Direito constitucional inglês e norte americano para o Direito contemporâneo, que é neste sentido (enquanto método e processo), global ou universal.

1. O Constitucionalismo Inglês

A Constituição inglesa (ou o constitucionalismo inglês para alguns) começa a nascer simbolicamente com a Magna Carta de 1215. Três são as instituições protagonistas da histórica constitucional inglesa: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. O predomínio de cada um destes protagonistas marca períodos da história política e constitucional do Reino. No período que vai de 1215 até o século XVII, predomina a autoridade do Rei, marcando um período monárquico. Entre o século XVII e meados do século XIX prevalece a Câmara dos Lordes, marcando o período aristocrático, e, desde de final do século XIX até os dias de hoje ocorre o predomínio da Câmara dos Comuns, que seria então o período democrático. Alguns autores vêem no século XVIII um período misto, onde então ocorreria uma união ideal das três formas clássicas de governo: a monarquia, a aristocracia e a democracia.¹

Muitos equívocos foram cometidos a respeito da Constituição inglesa. Dizia-se que a Inglaterra² (leia-se Reino Unido) não tinha Constituição ou então que não tinha Constituição escrita, duas incorreções. Alguns começaram a separar o inseparável, a constituição moderna de constitucionalismo, afirmando que na Inglaterra e Israel, entre outros havia constitucionalismo sem Constituição (bobagem). O equívoco estava em reduzir a Constituição a sua forma, não compreendendo que Constituição pode até ser forma e pode até ser matéria específica, historicamente localizada, mas seu único elemento permanente é a sua hermenêutica, a Constituição sempre será interpretação, compreensão, leitura históri-

ca, e, portanto, temporal e geograficamente localizadas. Aliás, constituição é vida e vida é interpretação. Tudo é interpretação e a interpretação é história, cultura, vida e, portanto complexidade.

Para fins de referencial histórico a maior parte dos autores mencionam a Magna Carta de 1215 como o marco inicial de formação da Constituição Inglesa. A Magna Carta não é a primeira Constituição, mas nela podemos encontrar os elementos essenciais do constitucionalismo moderno: limitação do poder do Estado e declaração de direitos da pessoa.

A Constituição inglesa a partir de então começa a se construir sobre um tripé cuja a Magna Carta constitui apenas o início:

a) as leis escritas produzidas pelo parlamento que podemos chamar de *Statute Law*. As leis constitucionais produzidas pelo parlamento são Constituição não porque são elaboradas por um poder constituinte originário ou derivado, ou por observarem procedimentos legislativos especiais, mas são Constituição, por tratarem de matéria constitucional, ou seja, limitação do poder do estado com distribuição de competência e organização da sua estrutura e território e a declaração e proteção dos direitos fundamentais da pessoa;

b) as decisões judiciais de dois tipos: o *Common Law* e os *Cases Law*. Por *Common Law* compreendemos as decisões judiciais (escritas) que incorporam costumes vigentes à época. Por *Cases Law* temos as decisões judiciais que se traduzem por interpretações e reinterpretções, leituras e releituras das normas produzidas pelo parlamento;

c) e a terceira base, as Convenções constitucionais, que são acordos políticos efetuados no parlamento, não escritos, de conteúdo constitucional (entenda-se por conteúdo constitucional aqui as normas de organização e funcionamento do Estado,

distribuição de competência e limitação do poder do Estado e as declarações e posteriormente garantias de direitos fundamentais).

Como se vê, a Constituição inglesa existe, e é essencialmente escrita, pois dois dos três pilares de sua estrutura são escritos. Importante ainda ressaltar que as Convenções constitucionais não escritas, são obrigatórias, e por força da tradição, são de difícil alteração. Uma Convenção constitucional pode se transformar em lei do Parlamento, e neste caso o seu cumprimento ou não pode ser objeto de decisão judicial. Entretanto, enquanto Convenção constitucional, esta é de competência do parlamento, e o fato de uma ruptura com uma Convenção não autoriza o Judiciário a decidir sobre o fato.

Em outras palavras devemos entender o seguinte: uma Convenção constitucional é um acordo parlamentar não escrito, alguns durando séculos, que têm enorme força, sendo de difícil alteração. Entretanto, para romper com uma Convenção, basta não mais aplicá-la. Este fato para nossa cultura pode parecer fácil, mas, na cultura inglesa, extremamente tradicional, é difícil acontecer. Uma vez rompido com o acordo, está rompido, e este rompimento não pode ser objeto de análise do Judiciário.

O que nos interessa no constitucionalismo inglês é a sua contribuição para o constitucionalismo norte-americano, que influenciou fortemente o constitucionalismo brasileiro a partir de 1891. A sua contribuição principal neste caso não está na força do parlamento, mas na força do Juiz. O Judiciário constrói a norma justa aplicável ao caso concreto. Se esta norma construída pelo Judiciário cuida de matéria constitucional, ela é Constituição. O que acabamos de dizer vem a ser teorizado com maior consistência no século XX, entretanto é praticado a séculos.

Esta construção e reconstrução da compreensão da Constituição inserida na

realidade econômica, social, cultural e política, é fato, que passa a ser melhor teorizado na segunda metade do século XX. A Constituição inglesa é de extrema complexidade, pois não foi construída sobre uma única base, um texto constitucional produto de um poder constituinte originário, sistematizado, codificado, dividido em títulos, capítulos, seções, artigos, incisos e alíneas, mas é formado por diversas leis que são interpretadas, reinterpretadas e formalmente modificadas, isto tudo somado a Convenções não escrita acordadas no parlamento, o que torna a compreensão da Constituição Inglesa extremamente difícil para nós.

Não há na história constitucional inglesa um poder constituinte originário, eleito para elaborar a Constituição dissolvendo-se depois desta tarefa, restando um poder constituinte derivado de reforma atuante a qualquer momento, desde que cumpridos os requisitos formais. Podemos dizer que não há na Inglaterra um poder constituinte originário nem derivado, mas um poder constituinte permanente que atua no legislativo, judiciário e na cultura política. A idéia britânica da soberania do parlamento reside na afirmação antiga de que o parlamento (as câmaras e o rei) pode adotar qualquer lei. Assim não existe norma superior à lei e logo uma lei de conteúdo constitucional pode a qualquer momento ser modificada por uma lei ordinária. A lei constitucional não o é por ter procedimento legislativo diferente, mas somente pelo seu conteúdo. Alguns ainda defendem a idéia de que aquilo que a rainha faz em seu parlamento é direito e não há limites ao que pode fazer o parlamento (ao menos limites jurídicos por ser obvio a existência de limites históricos, fáticos). Assim os Tribunais não podem recusar a aplicação de uma lei sob o fundamento de invalidade ou inconstitucionalidade, recusando-se, portanto um mecanismo judicial

de controle de constitucionalidade das leis produzidas pelo parlamento.³

Entretanto recentemente a um forte movimento em defesa da adoção de uma declaração de direito, de uma codificação dos direitos e liberdades com um valor supralegislativo e logo suscetível de um controle de constitucionalidade. Esta tese ainda é minoritária, mas mudanças importantes vêm ocorrendo com a condição do Reino Unido de Estado Membro da União Européia. O Ato dos Direitos Humanos adotado em 1998 tornou a Convenção Européia de Direitos Humanos diretamente aplicável. Embora a Convenção não tenha superioridade em relação às leis ordinárias do parlamento, um deputado que proponha uma lei deve fazer uma declaração sobre a compatibilidade desta com a Convenção. Os Tribunais continuam não podendo anular uma lei do parlamento, mas devem, no caso de conflito entre uma lei do parlamento e a convenção, promover uma interpretação que as tornem compatíveis. Sendo impossível a compatibilização, esta deve ser declarada pelo Tribunal. O juiz não pode afastar a aplicação da lei parlamentar, mas para por fim ao conflito o primeiro ministro pode, emendar a lei sem voltar ao caso concreto que gerou o conflito.⁴

Outro aspecto importante da tradição jurídica inglesa, que decorre de maneira lógica de tudo o que foi dito, é o recurso ao precedente, como fonte do direito constitucional. Os precedentes judiciais são Constituição, na forma de decisões que incorporam tradições e costumes, e nas interpretações e reinterpretções da lei produzida pelo parlamento. Importante lembrar que a jurisdição suprema do Reino Unido é exercida pela Câmara dos Lordes que é também integrante do legislativo. A Câmara dos Lordes era composta em 1999 de 758 pares hereditários e 542 pares vitalícios indicados pela Rainha ou indiretamente pelo Primeiro Ministro, e 25

pares espirituais, bispos da Igreja Anglicana. Com as recentes reformas do governo Trabalhista de Tony Blair, os lordes hereditários deixam de existir e se inicia um processo de democratização da Câmara dos Lordes com a eleição de pares ao lado dos pares vitalícios nomeados pelo Primeiro Ministro por intermédio da Rainha. A reforma no sistema de designação do lorde vitalício ainda não foi implementada. Com a implementação os lordes hereditários perderão suas cadeiras com a exceção de 92 que permanecerão por serem selecionados por eleição. Finalmente acrescenta-se que, com as sucessivas restrições históricas ao poder da câmara dos lordes, a participação desta no processo legislativo se resume à possibilidade de vetos suspensivos que prorrogam a entrada em vigor de uma lei por no máximo um ano.⁵

O precedente não se equivale ao que chamamos entre nós de súmula. A súmula é uma redução absurda do caso, onde uma ementa elimina toda a sua complexidade. O pior é determinar que esta súmula dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal, vincule as decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário. Para entendermos a absurda simplificação de uma súmula, e a desumanização do processo no Judiciário quando impomos sua vinculação, devemos compreender o significado de um precedente. A riqueza do precedente, e a sua contribuição para as compreensões da hermenêutica constitucional contemporânea, está no fato de que o precedente não se resume a uma súmula (uma ementa), mas leva em consideração toda a lógica argumentativa desenvolvida pelas partes no decorrer do processo assim como o fundamento das decisões, incluindo os argumentos de votos vencidos. Neste sistema de precedentes as partes devem demonstrar que, levando em consideração a situação histórica do caso em julgamento, com todo o seu pano de fundo social,

cultural, econômico, pessoal entre outros aspectos, um precedente se aplica ou não, qual precedente se aplica, ou ainda se é necessário criar um novo precedente. Neste sentido podemos dizer que um precedente não se revoga, mas é superado pela história, cultura e valores vigentes nas sociedades, sempre em transformação.

Partindo desta experiência podemos resistir a estupidez das simplificações impostas, utilizando a mesma lógica para rechaçar a aplicação de uma súmula. Para evitar a desumanização do processo é necessário demonstrá-la, ou seja, é necessário demonstrar em cada caso a sua natureza única, a sua especificidade e a razão por que a súmula não se aplica.

Isto posto passamos a análise do constitucionalismo norte-americano, modelo este que contribuiu diretamente para nossa história constitucional. O constitucionalismo norte americano se aproxima do nosso uma vez que, a partir da experiência inglesa e da teoria francesa, os norte-americanos elaboraram um texto, produto de um poder constituinte originário, rígido, sintético, e essencialmente principiológico, o que permite a força do Judiciário na construção e reconstrução de sua interpretação.

Embora não tenhamos uma constituição com um texto sintético e principiológico, como a Constituição norte-americana, a influência do constitucionalismo norte-americano, a partir da nossa Constituição de 1891, ocorreu principalmente com a criação do controle difuso de constitucionalidade. A introdução desta forma de controle no Brasil permite que recebamos importante contribuição teórica e prática, que ocorre com a introdução da idéia de construção de um sentido mais amplo e democrático do conceito de jurisdição constitucional. Esta contribuição é hoje importante para o direito constitucional em todo o mundo.

2. O Constitucionalismo Norte-Americano

De forma diferente do constitucionalismo inglês, nos Estados Unidos houve um poder constituinte originário que produziu em 1787 um texto codificado, rígido e sintético com aspecto essencialmente principiológico e inicialmente político, incorporando a declaração de direitos individuais fundamentais a partir da dez emendas que constituíram o *Bill of Rights*.

O constitucionalismo estadunidense criou o sistema de governo presidencial, o federalismo, o controle difuso de constitucionalidade, mecanismos sofisticados de freios e contrapesos e uma Suprema Corte que protege a Constituição, sendo sua composição uma expressão do sistema de controle entre os poderes divididos.

Sobre a constituição norte-americana muito tem sido dito, e por isto, muitos são também os equívocos. Primeiro diz-se que os Estados Unidos tiveram apenas uma Constituição, mas esta não parece ser a compreensão de seus interpretes e estudiosos. Alguns autores afirmam encontrar-se nos EUA ao menos três constituições, outros falam em sete constituições diferentes. Isto significa que, embora desde 1787 o texto com sete artigos permaneça em vigor com 27 emendas, ocorreram modificações interpretativas que atribuíram sentidos diversos aos significantes do seu texto, e estas mudanças de compreensão geraram novos direitos.

Para compreender o que foi dito é importante lembrar que Constituição não é texto. O texto é um sistema de significantes aos quais atribuímos significados. Neste sentido toda leitura de um texto, significa atribuição de sentidos e atribuição de sentidos significa atribuir valores, valores estes que mudam com a mudança da sociedade. A sociedade muda através das contradições e conflitos internos e externos.

Logo, quando muda a sociedade, mudam os valores, logo mudam os conceitos das palavras (significantes), aos quais, portanto passamos atribuir novos significados.

O processo evolutivo da Constituição dos EUA ocorre principalmente através das suas mutações interpretativas, decorrentes da evolução de valores de uma sociedade em permanente conflito.

Jorge Miranda⁶ afirma que a constituição norte-americana é simultaneamente rígida e elástica. Rígida porque a alteração formal de seu texto é complexa e diferenciada do processo legislativo de elaboração de uma lei ordinária. Para alterar o texto ou promover emendas aditivas ou supressivas é necessária a participação dos Estados membros da federação em um processo lento e complexo. Isto explica em parte o número reduzido de emendas. Entretanto o principal motivo da existência de poucas mudanças formais do texto, através de emendas, é o fato de que, este texto sintético e principiológico permite amplas mutações interpretativas, mudança de compreensão de seu sentido e do conceito de seus princípios, que torna desnecessária o recurso constante a mudança do texto, pois muda-se a Constituição mudando o seu sentido, a sua compreensão, sem ter que mudar o texto.

Importante ressaltar que a mudança interpretativa tem limites, impostos pelo próprio texto. Logo, um texto sintético, que contenha mais princípios do que regras⁷ permite maiores mudanças interpretativas, do que um texto analítico, com excesso de regras, que travem a mudanças de compreensão dos princípios. Quanto mais detalhado o texto, quanto mais regras, quanto maior o detalhamento do texto, que em alguns casos pode construir modelos, conceitos e traduzir valores, menor o espaço para as mudanças interpretativas. Entretanto podemos dizer que mesmo um texto detalhado, minucioso também muda

de sentido, embora o espaço da mudança seja menor. Podemos concluir neste aspecto, que, ao contrário do que se diz, a Constituição dos EUA não é pequena, pois o seu texto sintético permite construções interpretativas muito amplas, fazendo que a constituição dos EUA, juntamente com a Inglesa, seja uma das maiores Constituições do planeta, pois para compreendê-la é necessário buscar a leitura que os tribunais fazem do seu texto. Integram a Constituição as decisões judiciais que dão densidade aos seus princípios diante do caso concreto.

Este é o ponto que nos interessa de perto para a construção da idéia de jurisdição constitucional: o que ocorre nos EUA ocorre em outros sistemas, com intensidade diferente. A interpretação, a atribuição de sentido ao texto, é fato que sempre ocorre. O texto por si só não existe, ele só passa a existir quando alguém lê, e quando isto ocorre, necessariamente quem lê e atribui sentido, o faz a partir de suas compreensões dos significantes ali apresentados, utilizando na compreensão do texto os valores, as pré-compreensões adquiridas no decorrer de sua vida. Podemos afirmar que é impossível não interpretar.

Pode-se imaginar a partir daí que a relatividade e as variações das compreensões são muito grandes, e isto também é fato. O que cabe ao jurista buscar, é a segurança jurídica possível diante do universo de compreensão que se abre com esta descoberta. A segurança que se buscou no legalismo extremado, gerador de injustiças, não é de forma nenhuma a solução. A inflação normativa, com a criação de regras para tudo é uma ilusão, que não gera segurança, mas gera sim injustiça e imobilismo autoritário.

Vivemos inseridos em sistemas de valores, em universos de compreensão que se inserem uns dentro dos outros. Quanto maior o espaço de abrangência do sistema de compreensão, menor a sintonia fina

existente, menores os recursos de comunicação. O sistema jurídico constrói um universo de compreensão não uniforme, mas que oferece uma maior segurança se o compreendermos em sua dimensão histórica e em sua dimensão sistêmica e teleológica. Este assunto vamos enfrentar mais adiante, e vamos nos valer das reflexões de Ronald Dworkin para fazê-lo, não adotando sua teoria, mas pensando a partir dela.

Voltemos, pois a história constitucional norte-americana para procurarmos entender a evolução constitucional daquele país e a importante contribuição de sua prática histórica para as reflexões que envolvem a hermenêutica constitucional.⁸

Vamos tomar uma frase (em português), mas originária da declaração de independência dos Estados Unidos:

“TODOS OS HOMENS NASCEM LIVRES E IGUAIS EM DIREITO”

Como o leitor compreende estas palavras hoje, no século XXI?

Provavelmente da maneira como a grande maioria das pessoas: todas as pessoas, indistintamente, sem diferenciação em razão de credo religioso, etnia, cor, sexo, origem econômica ou nacional nascem livres e iguais em Direito.

Como vemos, a expressão “todos os homens nascem livres e iguais em Direito” conquistou hoje o senso comum de milhões de pessoas em vários lugares do planeta onde há uma Constituição de um Estado nacional relativamente democrático, com um significado que se universalizou. Entretanto para lermos e compreendermos esta frase como a compreendemos hoje foram séculos de história, séculos de conflitos e lenta conquista de direitos. A atribuição deste sentido aos significantes da frase, embora não seja realidade efetiva em diversas sociedades representa uma busca comum de boa parte da humanidade. A compreensão geral deste princípio é hoje bastante generalizada, embora a compre-

ensão mais profunda da idéia de igualdade não seja tão uniforme, e nem deva ser, dentro de um universo cultural diversificado, plural e democrático, construído a partir de valores sociais diversos.

Se buscarmos, no entanto, a compreensão desta frase no século XVIII, pouco depois da independência dos EUA, vamos perceber que as palavras ganham um outro sentido, e logo as normas decorrentes deste princípio serão outras. O olhar de um juiz norte-americano sobre estas palavras, expressando os valores daquela época, vai permitir que ele extraia desta frase a seguinte compreensão: todos os homens (sexo masculino) brancos e protestantes, nascem livres e iguais em direito. A mesma frase, com os mesmos significantes ganha sentido completamente diverso, pois o olhar do interprete é condicionado pelos valores sociais e as pré-compreensões destas palavras decorrentes de um determinado momento da história. As compreensões são historicamente e geograficamente localizadas. Com outro sentido, as normas decorrentes deste princípio estabelecem uma ordem jurídica fundada sobre valores completamente diferentes, e um sistema normativo também completamente diferente.

A situação de exclusão, e um desenvolvimento econômico distinto no norte industrializado e progressista e um sul escravocrata e conservador, gerou conflitos que levaram a guerra civil norte-americana. Os conflitos sociais, políticos e econômicos sacodem a sociedade levando a mudanças comportamentais com a afirmação de novos valores, fazendo com que as compreensões do mundo mudem gradualmente. Novos conceitos se afirmam diante de novas realidades, um novo universo de pré-compreensões é paulatinamente construído e reconstruído. Novos significados se afirmam para os mesmos símbolos, para os mesmos significantes, para as mesmas palavras. Um novo mundo se constrói na linguagem que

é reconstruída pela marcha econômica e social do capitalismo do século XIX. Estas mudanças ocorrem nas cabeças das pessoas. Novas demandas se apresentam perante o Poder Judiciário, e juizes que incorporam estas novas compreensões constroem soluções, novas normas diante do caso concreto que refletem estes valores. No final do século XIX as mesmas palavras que traduzem o princípio da igualdade ganham novo significado e normas diferentes são criadas, regulando as relações sociais, políticas e econômicas de forma diferente.

A frase “todos os homens nascem livres e iguais em direito” passa a ter um novo sentido, podendo ser traduzida da seguinte forma: todos os homens (sexo masculino), brancos e negros, nascem livres e iguais em direitos, mas devem viver separados. A existência de escolas só para brancos e só para negros, ônibus ou lugares nos transportes coletivos só para brancos e só para negros assim como outras separações, são permitidas, desde a qualidade dos serviços sejam iguais para brancos e negros.⁹ Está criada a doutrina fundada sobre a idéia de separados, mas iguais. Este processo de mutação interpretativa é muitas vezes lento, aparecendo pontualmente em algumas decisões judiciais, até se firmar enquanto paradigma de compreensão durante algum tempo.

A compreensão do separados, mas iguais permanece até a década de 1960 nos Estados Unidos. Os conflitos raciais, o movimento pelos direitos civis na década de 1950¹⁰ e 60 com a liderança de Malcon X, o pastor Martin Luther King, a eleição de John Kennedy em 1960 e a ação de Bob Kennedy na repressão aos movimentos racistas violentos da Ku Klux Klan, empurram a sociedade norte americana para uma nova ruptura, com a construção de uma nova idéia de igualdade. Lentamente a doutrina do separados mais iguais vai cedendo espaço a uma nova leitura do princi-

pio da igualdade jurídica. A frase “todos os homens nascem livres e iguais em direito” passa a ser compreendida de outra maneira. Agora podemos dizer que todos os homens, brancos, negros, vermelhos, amarelos, independente de cor, etnia ou qualquer outra diferenciação, nascem livres e iguais em direitos, e não podem ser obrigados a viver separados em um sistema de segregação, de qualquer espécie.

A igualdade direitos entre homens e mulheres, entretanto ainda vai demorar um pouco mais. Em 1972, nos EUA, foi proposta a 27ª emenda, reconhecendo direitos iguais para homens e mulheres. Na sua proposição reconheceu-se que, caso a Suprema Corte mudasse a orientação a respeito da igualdade jurídica, não seria necessária a aprovação da emenda. A emenda não foi aprovada, encontrando forte resistência nos Estados do sul, mais conservadores. Entretanto a Suprema Corte passa a compreender a igualdade perante a lei de uma nova forma. Podemos dizer que a frase “todos os homens nascem livres e iguais em direitos” passa a ser compreendida da seguinte forma: todos os homens leia-se todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, nascem livres e iguais em direitos e não podem ser segregados ou discriminados por nenhum motivo, seja cor, etnia, origem social ou econômica, ou sexo.

A igualdade de direitos entre mulheres e homens no Brasil só foi reconhecida expressamente com a Constituição de 1988, no seu artigo 5 inciso I. Em muitos países, hoje respeitados como modelos de Estado de bem estar social democrático, os direitos das mulheres foi tardiamente reconhecido. Na Suíça, por exemplo, o voto feminino só foi admitido em nível federal, a partir de 1972.

Como vimos o princípio da igualdade jurídica percorreu um caminho de mais de duzentos anos de conflitos até que pudéssemos compreendê-lo com o significado

que ele têm hoje. Este foi o percurso de um princípio. Quando falamos em uma mutação sistêmica da compreensão do texto constitucional, esta representa a mudança de compreensão de toda a Constituição. É como se adotasse uma nova Constituição. Talvez o exemplo mais claro disto tenha sido a passagem de uma Constituição liberal para uma Constituição social, sem a alteração do texto, sem um processo formal de reforma e sem um novo processo constituinte. Houve uma mudança de compreensão do texto no que diz respeito à admissão da possibilidade de uma forte intervenção do Estado no domínio econômico, o que marca a introdução do *Welfare State* nos Estados Unidos a partir do governo Roosevelt na década de 1930 e 1940, adotando um modelo econômico intervencionista de base teórica keynesiano-fordista.¹¹

A história constitucional norte-americana reforça a idéia de uma Constituição dinâmica, viva, que se reconstrói diariamente diante da complexidade das sociedades contemporâneas. Uma Constituição presente em cada momento da vida. Uma Constituição que é interpretação e não texto. A experiência norte-americana nos revela uma nova dimensão da jurisdição constitucional, presente em toda a manifestação do Direito. É tarefa do agente do Direito, nas suas mais diversas funções, dizer a Constituição no caso concreto e promover leituras constitucionalmente adequadas de todas as normas e fatos. A vida é interpretação, não há texto que não seja interpretado. A interpretação do mundo, dos fatos, das normas é inafastável.

NOTAS

¹ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, página 75.

² A Inglaterra integra a partir de 1602 uma união pessoal com Escócia e país de Gales e a partir

de 1707 uma União real formando o Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda, sendo parte integrante da Grã Bretanha a Inglaterra, Escócia e País de Gales. Com a guerra de independência da Irlanda, esta transformou-se em República, permanecendo, entretanto parte do território da Irlanda, a parte de maioria protestante ao norte, vinculada ao Reino Unido, formando assim a Irlanda do Norte. A partir daí constituiu-se o Reino Unido da Grã-bretanha e Irlanda no Norte.

³ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional, 27 edição, Editora Manole, Barueri, São Paulo, 2005, página 197.

⁴ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional, ob.cit., página 197.

⁵ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. Direito Constitucional, ob.cit., página 205.

⁶ MIRANDA, Jorge. Ob.cit.p.84

⁷ Mais adiante vamos tratar da diferença entre princípios e regras.

⁸ Não ignoramos a existência de uma rica hermenêutica no mundo oriental, muito anterior as reflexões ocidentais, mas para abordarmos este tema é necessário maiores estudos. Quando aptos a enfrentar e trazer as contribuições históricas do oriente para a humanidade vamos fazê-lo. Agora ainda não.

⁹ A pesquisadora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora Carla Dumont Olliveira observa em sua pesquisa sobre a reforma da Constituição do EUA que no caso *Plessy v. Ferguson*, foi questionada uma lei de Louisiana de 1890 que exigia acomodações iguais para brancos e negros, porém em partes separadas de um mesmo trem. A Suprema Corte entendeu que tal exigência era razoável e não feria a décima quarta emenda, pois o que visava a referida lei era promover o interesse público, a paz pública e a boa ordem e não oprimir uma classe específica. Consta, ainda, da decisão, cujo relator foi o Juiz Brown, que se as duas raças buscam igualdade social, isso precisa ser o resultado do consentimento voluntário dos indivíduos, sendo que a legislação é impotente para erradicar instintos raciais. (grifos nossos) *Ples*

sy v. Ferguson iniciou a denominada doutrina dos “separados, mas iguais”. Os precedentes *Plessy v. Ferguson* e *Brown v. Board of Education* foram retirados do livro: *The American Constitution. Cases – Comments – Questions* P.939-941.

¹⁰ Carla Dumont Oliveira observa que “felizmente, em 1954, foi alterada a interpretação da décima quarta emenda com *Brown v. Board of Education*, em cujo caso decidiu-se que no campo da educação pública, a doutrina dos “separados, mas iguais” não tem cabimento. Entre outras coisas, asseverou-se que o senso de inferioridade afeta a motivação da criança em aprender e que a segregação, de per si, é uma negação da igual proteção das leis. Verifica-se, pois, alteração da Carta Magna, sem nenhuma alteração na letra da lei, mas significativa alteração no que tange à concepção do princípio da igualdade.”

¹¹ Carla Dumont Oliveira observa que o “ritmo das alterações da Constituição Federal tem variado rapidamente conforme o período histórico, apontando como fator determinante para isto relativo ativismo do governo federal. Entende Stephen Griffin que a Suprema Corte não deve servir como principal guardião da mudança constitucional. As principais mudanças constitucionais ocorridas ao longo do século vinte foram iniciadas e conduzidas pelo Presidente e pelo Congresso. Importantes modificações ocorreram por outros meios que não emendas ou interpretação judicial (mudanças fundamentais como aquelas que se seguiram ao New Deal)”. Daí Griffin criticar a definição convencional da Constituição como “conteúdo do documento de 1787, ratificado e validamente emendada, acrescido dos vários precedentes interpretativos editados pelo judiciário federal” (José Ribas (Org.) Temas de direito constitucional norte-americano. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág.65), por entender que tal definição não captura a total realidade da mudança constitucional. Para solucionar este aparente desafio, Griffin propõe entender as revisões sugeridas como tentativas para se explicar a Constituição, noticiando que normas que não estão no texto são funcionalmente equivalentes a normas do texto.”