
NOVAS REFLEXÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO

José Luiz Quadros de Magalhães

Mestre e Doutor em Direito pela UFMG
Professor da PUC/MG

Resumo: Neste texto os elementos históricos e caracterizadores dos constitucionalismos inglês e norte-americano são analisados de forma a explicitar a complexidade de cada uma dessas realidades com suas particularidades, mas, sobretudo, aponta elementos próprios à reflexão constitucional, em especial para a Hermenêutica Constitucional, que indicam a universalidade teórica de realidades, muitas vezes, desconsideradas no processo de interpretação constitucional, ressaltando, por fim, questões em torno da *autopoiesis*.

Palavras-chave: Direito constitucional inglês e estadunidense; *autopoiesis*.

NUEVAS REFLEXIONES CON RELACIÓN A LA INTERPRETACIÓN

Resumen: En este texto los elementos históricos y caracterizadores de los constitucionalismos inglés y norteamericano son analizados de forma a explicitar la complejidad de cada una de esas realidades con sus particularidades, pero, sobretudo, apunta elementos propios a la reflexión constitucional, en especial para la Hermenéutica Constitucional, que indican la universalidad teórica de realidades, muchas veces, desconsideradas en el proceso de interpretación constitucional, resaltando, por fin, cuestiones en torno a la *autopoiesis*.

Palabras-clave: Derecho constitucional inglés y estadunidense; *autopoiesis*.

Não vamos 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 no que diz respeito especialmente à 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 como agora, trazendo contribuições importantes para o Direito contemporâneo.

A mudança da compreensão do significado do que é Constituição muda 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, 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 a sistemas prontos. Assistimos desmoronar diante de nossos olhos os sistemas teóricos econômicos, sociais, 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 (sua única defesa), afirmarem que não há salvação fora de suas pobres teorias (daí, o caos 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.

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 história 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

1 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 75.

2 A Inglaterra integra a partir de 1602 uma união particular 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.

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 histórica 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 menciona 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 do qual a Magna Carta constitui apenas o início. Por Constituição na Inglaterra compreende-se três bases:

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, 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 tem 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 por esta tradição chegou até nós. 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 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 formada por diversas leis que são interpretadas, reinterpretadas e formalmente modificadas, isto tudo somado a Convenções não escritas 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, e que se dissolve depois desta tarefa, deixando 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, no Judiciário

e na cultura política.

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 reinterpretações da lei produzida pelo parlamento. O precedente não se equivale ao que chamamos entre nós de súmula. A súmula é uma redução absurda do caso, onde uma ementa resume toda a sua complexidade. O pior é determinar que esta súmula dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal deve vincular 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 estão 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 que podemos dizer que um precedente não se revoga, mas é superado pela história, cultura e valores vigentes nas sociedades, sempre em transformação.

Partindo dessa experiência podemos resistir à 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 à 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.

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 das 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 separados.

Sobre a constituição norte-americana muito se tem 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 intérpretes 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 isto 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 a 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 Miranda³ 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 mutações interpretativas, mudança de compreensão de seu sentido e do conceito de seus princípios, que torna desnecessário o recurso constante à 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 regras, permite maiores mudanças interpretativas do que um texto analítico, com excesso de regras que travam as 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 com 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: isso que ocorre nos EUA, com relação à sua Constituição, ocorre em todo o mundo, com intensidade diferente. A

3 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 84.

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 o lê, e quando isto ocorre, necessariamente quem o lê e lhe atribui um sentido, o faz a partir de suas compreensões dos significantes ali apresentados, jogando 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 à 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 em todo o mundo.⁴

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, situando-se no século XXI, compreende estas palavras? Provavelmente, da maneira como a grande maioria das pessoas, ou seja, todas as pessoas, indistintamente, sem diferenciação em razão de

⁴ Não ignoramos a existência de uma rica hermenêutica no mundo oriental, muito anterior às 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.

credos religiosos, 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 quase todos os 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 compreensão mais profunda da idéia de igualdade não seja tão uniforme – e nem deve ser - dentro de um universo cultural diversificado, plural e democrático.

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, 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 intérprete é condicionado pelos valores sociais e as pré-compreensões destes valores decorrentes em um determinado momento da história. As compreensões são histórica e geograficamente localizadas. Com outro sentido, as normas decorrentes deste princípio estabelecem uma ordem jurídica fundada sobre valores e um sistema normativo completamente diferentes.

A situação de exclusão e um desenvolvimento econômico distinto entre o norte industrializado e progressista e o sul escravocrata e conservador geraram conflitos que levaram à guerra civil norte-americana. Os conflitos sociais, políticos e econômicos empurram a sociedade para mudanças comportamentais, novos valores se afirmam e as compreensões do mundo mudam 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 juízes 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 que a qualidade dos serviços sejam iguais para brancos e negros.⁵ 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 nas décadas de 1950⁶ e 60 com a liderança de Malcom 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

5 A pesquisadora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora Carla Dumont Oliveira observa em sua pesquisa sobre a reforma da Constituição dos 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) *Plessy 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.

6 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 se*, 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.”

ruptura, com a construção de uma nova idéia de igualdade. Lentamente, a doutrina do “separados, mas iguais” vai cedendo espaço a uma nova leitura do princípio 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 de direitos entre homens e mulheres entretanto, ainda vai demorar um pouco mais. Em 1972, nos EUA, foi proposta a 27^a 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 à lei de uma nova forma. Podemos dizer que a frase “todos os homens nascem livres e iguais em direito” 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 5º inciso I. Em muitos países, hoje respeitados como modelos de Estado de bem estar social democráticos, 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 tem 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 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.⁷

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.

Um pressuposto: a autopoiesis é uma condição humana.

Um pressuposto fático e não apenas teórico é a condição de que, enquanto vivos, estarmos condenados a autopoiesis. Somos necessariamente, enquanto seres vivos, auto-referenciais e auto-reprodutivos e esta condição se manifesta também nos sistemas sociais e jurídicos.

Dois cientistas chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela⁸, biólogos, trouxeram uma importante reflexão, que a partir da compreensão da vida na biologia, resgatam a idéia de auto-referência que se aplica para toda a ciência.⁹

7 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.”

8 MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco, *El Arbol Del Conocimiento*, Editorial Universitária, undécima edición, Santiago do Chile, 1994.

9 No livro acima mencionado os pesquisadores chilenos escrevem: “Nosotros tendemos a vivir

Estudando o aparelho ótico de seres vivos¹⁰, os cientistas viraram o globo ocular de um sapo de cabeça para baixo. O resultado lógico foi que o animal passou a enxergar o mundo também de cabeça para baixo e sua língua quando era lançada para pegar uma presa, ia também na direção oposta. O resultado óbvio demonstra que o aparelho ótico condiciona a tradução do mundo em volta do sapo.

A partir desta simples experiência temos uma conclusão que pode ser absolutamente óbvia, mas que, entretanto foi ignorada pelas ciências durante séculos, ciências que buscavam uma verdade única, ignorando o papel do observador na construção do resultado.

O fato é que, entre nós e o mundo, existe sempre, nós mesmos. Entre nós e o que está fora de nós existem como que lentes que nos permitem ver de forma limitada e condicionada pelas possibilidades de tradução de cada uma destas lentes.

Assim, para percebemos visualmente, ou seja, para interpretarmos e traduzirmos as imagens do mundo, temos um aparelho ótico limitado, que é capaz de perceber cores e uma série de coisas, mas que não é capaz de perceber outras, ou por vezes nos engana, fazendo com que interpretemos de forma errada algumas imagens ou cores.

Outras lentes ou instrumentos de compreensão se colocam entre nós e a realidade. Além do aparelho ótico e de outros sentidos, somos seres submetidos a reações químicas e cada vez mais condicionados pela química das drogas. Assim, quando estamos deprimidos percebemos o mundo cinzento, triste, as coisas e as pessoas perdem a graça e a alegria, e assim passamos a perceber e interpretar o mundo. De outra forma, quando estamos

un mundo de certidumbre, de solidez perpetua indisputada, donde nuestras convicciones prueban que las cosas solo son de la manera que las vemos, y lo que nos parece cierto no puede tener otra alternativa. Es nuestra situación cotidiana, nuestra condición cultural, nuestro modo corriente de humanos.” Prosseguindo, os autores afirmam escrever o livro justamente para um convite a afastar, suspender este hábito da certeza, com o qual é impossível o diálogo: “Pues bien, todo este libro puede ser visto como una invitación a suspender nuestro hábito de caer em la tentación de la certidumbre.” MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco, op. cit., p. 5. 10 Nas páginas 8 e 9 do livro “El árbol del conocimiento” os autores propõem aos leitores experiências visuais de nos demonstram facilmente como a nossa visão pode nos enganar, revelando o que não existe e não revelando o que está lá. Nas várias experiências com a visão das cores nos é mostrado como nossa visão revela percepções diferentes de uma mesma cor. Mostrando no livro dois círculos cinzas impressos com a mesma cor, mas com fundo diferente mostra como o círculo cinza com fundo verde parece ligeiramente rosado. Ao final nos faz uma afirmativa contundente, mas importante para tudo que dizemos aqui: “el color no es una propiedad de las cosas; es inseparable de como estamos constituídos para verlo”. MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco, op. cit., p. 8.

felizes, ou quando tomamos drogas, como os antidepressivos, passamos a ver o mundo de maneira otimista, positiva, alegre ou mesmo alienada. É como se selecionássemos as imagens e fatos que queremos perceber e os que não queremos perceber. Mesmo a nossa história, ou os fatos que presenciamos, assim como a lembrança dos fatos, passa a ser influenciada por esta condição química. A cada vez que recordamos um fato, esta condição influencia nossa lembrança. Daí, a dificuldade de contar com provas testemunhais em processos judiciais ou administrativos, especialmente quando o depoimento ocorre muito tempo depois do fato. Um mesmo fato, presenciado por diversas pessoas, será descrito de maneira diferente por cada uma das testemunhas. A percepção diferente do mesmo fato ocorre uma vez que cada observador é um mundo, um sistema auto-referencial formado por experiências, vivências, conhecimentos diferenciados que serão determinantes na valoração do fato, na percepção de determinadas nuances e na não percepção de outras. Nós vemos o mundo a partir de nós mesmos.

Assim, podemos dizer que uma outra lente que nos permite traduzir e interpretar o mundo são nossas vivências, nossa história, com suas alegrias e tristezas, vitórias e frustrações. O que percebemos, traduzimos e interpretamos do mundo está condicionado por nossa história, que constrói nosso olhar valorativo do mundo, nossas preferências e preconceitos.

Novas lentes se colocam entre nós e o mundo, novos instrumentos decodificadores que, ao mesmo tempo, nos revelam um mundo e nos escondem outros. Aproximando-se do campo do Direito temos a cultura, que traduz uma série de círculos sistêmicos, que parte do mais estreito (especialmente falando), onde há uma maior sintonia fina, para os mais amplos. Assim, somos influenciados em nossa percepção do mundo pelos valores e pré-compreensões decorrentes da cultura de nossa família, nossa cidade, nossa região, nosso país, nosso continente, assim como compartilhamos algumas compreensões universais. A cultura condiciona sentimentos e compreensões de conceitos como liberdade, igualdade, felicidade, autonomia, amor, medo e diversos comportamentos sociais. Assim, o sentir-se livre hoje é diferente do sentir-se livre a cinquenta ou cem anos atrás. O sentimento de liberdade para uma cultura não é o mesmo de outra cultura, mesmo que em um determinado momento do tempo possamos compartilhar conceitos, que dificilmente são universalizáveis.

Chegando ao campo do Direito, quando procuramos entender uma Constituição e um sistema legal de um outro Estado nacional, uma outra cultura e história, enfrentaremos os problemas de diferentes compreensões

e percepção do mundo, especialmente quando tratamos de princípios, palavras cheias de sentido, que se localizam por isto geográfica e historicamente. Ao lermos o texto de uma Constituição vamos nos deparar com palavras como liberdade, igualdade, soberania, etc. Quando lemos o texto vamos atribuir o sentido a estas palavras, de nossa cultura, de nosso conhecimento e compreensão do mundo, entretanto, esta não será a compreensão destas palavras para o sistema jurídico estudado. Para nos aproximarmos do sentido do texto para aquele sistema jurídico temos que buscar sua compreensão nos julgados, nas decisões judiciais que interpretam o texto naquele sistema.

Somos seres autopoieticos (auto-referenciais e auto-reprodutivos) e não há como fugir deste fato. Entre nós e o que está fora de nós, sempre existirá nós mesmos, que nos valem das lentes, dos instrumentos de interpretação do mundo para traduzir o que chamamos de realidade. Nós somos a medida do conhecimento do mundo que nos cerca. Nós somos a dimensão de nosso mundo.

A linguagem e a série de conceitos que ela traduz é nossa dimensão da tradução do mundo. Podemos dizer que, quanto maior o domínio das formas de linguagem, quanto mais conceitos e compreensões (que se transformam em pré-compreensões que carregamos sempre conosco) incorporarmos ao nosso universo pessoal, mais do mundo nos será revelado.

Assim, não podemos falar em uma única verdade. Não há verdades científicas absolutas, pois é impossível separar o observador do observado¹¹. Daí existirão tantas verdades quantos observadores existirem. Este universo de relatividade se contrapõe aos dogmas, aos fundamentalismos, as intolerâncias. A compreensão da autopoiesis significa a revelação da impossibilidade de verdades absolutas, sendo um apelo a tolerância, a relatividade, a compreensão e a busca do diálogo. A certeza é sempre inimiga da democracia. A relatividade é amiga do diálogo, essência da democracia. Entretanto, um problema fundamental se coloca para o Direito: é necessário construir mecanismo de interpretação jurídica que ofereça o mínimo de segurança possível e desejável, onde o grau de relatividade seja controlado. Deve existir um mínimo de previsibilidade dentro da inevitável relatividade. Lembremos que, a tentativa de eliminar a relatividade na busca da previsibilidade pode levar ao absolutismo, ao totalitarismo, ou no mínimo ao autoritarismo, gerando sempre injustiça.

11 Verificar ainda o seguinte livro: MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.