



O *RECALL* E OS CONCEITOS HÄBERLIANOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO¹

RECALL AND THE HÄBERLIAN CONCEPTS OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND CONSTITUTIONAL INTERPRETS

Andressa Fracaro Cavalheiro²

Resumo

O presente trabalho, a partir de uma ideia de interpretação onde se indaga sobre os participantes do próprio processo interpretativo, apresenta a figura do *recall* judicial como mecanismo que possibilita uma participação cada vez maior e mais efetiva da sociedade, porque um dos instrumentos pelos quais se traduz o conceito häberliano do cidadão como intérprete da Constituição. Assim, trabalham-se conceitos como a força normativa da Constituição e o surgimento da jurisdição constitucional, bem como a hermenêutica constitucional sob a ótica de Peter Häberle, a partir de suas teses de constituição como cultura e da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. São feitas considerações sobre o *recall* e *recall* judicial, este último como exemplo concreto da flexibilização da interpretação constitucional jurídica, abordando as questões do ativismo judicial e da interpretação constitucional aberta. Para cumprir o desiderato proposto utilizou-se o método de procedimento indutivo por meio da técnica de pesquisa indireta, dividindo-se o trabalho em seis seções, incluindo-se introdução e conclusão.

Palavras-Chave: *Recall* judicial. Hermenêutica Constitucional. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Constituição como Cultura. Peter Häberle.

Abstract

This paper, discusses from a interpretation idea where its inquired about the participants of the interpretive process, presents the figure of the judicial recall as a mechanism that allows an increasing and more effective society participation, because its one of the instruments that translates häberle's the

¹ Artigo recebido em: 03/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus de Francisco Beltrão. Membro titular da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Pesquisadora dos seguintes grupos de pesquisas, vinculados ao CNPq: Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Humanos, junto à Unioeste e Grupo de Pesquisa em Governo Eletrônico – E-gov, junto à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Membro dos seguintes grupos de pesquisa, também vinculados ao CNPq: Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Justiça e Cidadania nas Práticas Judiciárias Brasileiras – Estudos de Caso, e, Teoria e Prática dos Casos Dífceis no Direito, todos junto à UFRGS. Advogada. E-mail: afcavalheiro@gmail.com.



concept of the citizen as an interpreter of the Constitution. Thus, concepts as the normative force of the Constitution and the emergence of constitutional jurisdiction are studied, as well as the constitutional hermeneutics from the perspective of Peter Häberle, from his theses of constitution as culture and open society of interpreters of the Constitution. Considerations are made regarding the recall and judicial recall, the latter as a concrete example of the flexibilization of the legal constitutional interpretation, addressing the issues of judicial activism and open constitutional interpretation. To achieve the desideratum proposed, the method was used the inductive procedure by indirect research technique, dividing the work into six sections, including introduction and conclusion.

Keywords: Judicial Recall. Constitutional Hermeneutics. Open society of interpreters of the Constitution. Constitution and Culture. Peter Häberle.

INTRODUÇÃO

A partir da sua 'invenção' no Estado Moderno, a Constituição passa a desempenhar um papel cada vez mais relevante nos ordenamentos jurídicos, até atingir, contemporaneamente, o *status* de norma máxima ou hierarquicamente superior.

A par disso, as Constituições, notadamente a partir do Estado Social, passam a ser síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico porque, além de espelhar a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e afins, dão unidade e harmonia ao sistema, numa ideia de integração não só entre suas diferentes partes, mas buscando uma conformação social.

Neste contexto, a interpretação das normas constitucionais se faz relevante, visto que tal interpretação deve, necessariamente, indagar sobre os participantes do próprio processo interpretativo e, a partir disso, buscar uma maior democratização a partir do ingresso, neste processo, da população para a qual se dirigem as normas.

Dentro desta ideia de interpretação, a figura do *recall* judicial pode se traduzir na real possibilidade de uma participação cada vez maior e mais efetiva da sociedade, porque um dos instrumentos pelos quais se traduz o conceito häberliano do cidadão como intérprete da Constituição, possibilitando, assim, a abertura da jurisdição constitucional.



Deste modo, o presente trabalho é uma primeira tentativa de abordar estes temas³.

2 A 'INVENÇÃO' DA CONSTITUIÇÃO E O SURGIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia de uma Constituição com força normativa, dotada, portanto, de caráter imperativo e cujos comandos podem ser tutelados em juízo, quando não cumpridos, pode hoje parecer uma completa obviedade, mas as coisas nem sempre foram assim (SARMENTO, 2004, p. 70).

Deste modo, refere Leal (2007, p. 5) que

A Constituição, enquanto documento jurídico de organização do poder, é uma 'invenção' moderna. Ela nasce com a pretensão de vinculação do poder ao Direito, numa clara (e maquiavélica) tentativa de consolidação das conquistas alcançadas e pretendidas pelo triunfo burguês da Revolução Francesa, razão pela qual não é por menos que devemos aos humanistas franceses a construção e o desenvolvimento de nossas principais instituições jurídicas e políticas, todas herdadas da modernidade. As noções de Constituição e de Estado, em seus construtos teóricos e operativos, são um clássico exemplo disso. [...] É preciso frisar, contudo, que assim como a própria Constituição se desenvolveu na perspectiva do Estado, também o papel da garantia e as formas de atuação da jurisdição constitucional se modificaram na esteira destas transformações.

Portanto, para se entender a história evolutiva da Constituição e da constituição jurisdicional, deve-se correlacioná-las à história evolutiva dos próprios modelos estatais, a partir do chamado Estado moderno.

Após a idade média o poder político encontra-se centralizado, embora tal centralização tenha resultado no absolutismo, onde a figura do Estado praticamente se confundia com a pessoa do monarca. É célebre a frase de Luis XIV – *L'État s'est moi* – que resume bem esse período.

³ A ideia de trabalhar o *recall* juntamente com os conceitos desenvolvidos por Peter Häberle relativos à hermenêutica constitucional dos intérpretes da Constituição nasceu das aulas de jurisdição constitucional do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.



Assim, foi durante a chamada época iluminista que se busca, através de uma retomada jusnaturalista, a ideia de que homem é dotado de direitos inatos, anteriores, portanto, ao Estado, e que, por isso, devem ser respeitados e garantidos pelo poder público, resultando, em âmbito jurídico, no constitucionalismo, no reconhecimento, em âmbito jurídico, das ideias iluministas (SARMENTO, 2004, p. 21).

Estava formado, portanto, o Estado Liberal. Neste modelo, a constituição, eminentemente jurídica, surge com a pretensão de ser considerada, antes de mais nada, Lei. Portanto, há uma tentativa de se construir o direito constitucional sob a mesma ótica do direito civil. Os direitos próprios desta Constituição são, claro, os direitos individuais: o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Tais direitos são considerados negativos porque se caracterizam pela não violação e não intervenção do Estado, visto como grande vilão, dada sua conformação absolutista. É, por assim dizer, a ruptura do governo dos homens pelo governo das leis.

Sobre o papel da Constituição no Estado liberal, aponta Sarmento (2004, p. 24) que esta, enquanto lei escrita, era considerada

[...] superior às demais normas (devendo) estabelecer a separação dos poderes para contê-los [...] e garantir os direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado. O papel que então se atribuía à Constituição estava bem delineado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual “toda a sociedade, na qual a garantia não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

A constituição, portanto, só existia para organizar a vida do Estado e impedir que este se imiscuísse na vida dos indivíduos.

Na lógica do Estado Liberal, via-se, portanto, a grande dicotomia entre público e privado, ou seja, a separação entre Estado e sociedade que se traduzia em garantia da liberdade individual devendo, pois, o Estado, a reduzir ao mínimo sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa (SARMENTO, 2004, p. 26).



Entretanto, com o evoluir do Estado Liberal, e apesar dos progressos havidos com o reconhecimento dos direitos individuais, a industrialização realizada de acordo com a lógica do mercado, acentua o quadro de exploração do homem pelo homem, mostrando, então, sua insuficiência para assegurar a dignidade humana.

Ora, não se olvide que é nesta época que uma massa de pessoas passa a viver em condições subumanas, com jornadas de trabalho de vinte horas e com condições precárias de saúde.

Logicamente isso se transforma em objeto de reivindicação, quando, então, se começa a reconhecer a existência de um mínimo de direitos sociais para que se possa garantir um mínimo de igualdade material.

A conclusão lógica advinda deste processo não é outra senão a de que se as coisas funcionando pela sua própria lógica (a do mercado) não estão funcionando bem, necessário se torna que alguém intervenha no processo, a fim de reduzindo este impacto, criar condições para uma vida digna, do que resulta, por exemplo, a criação de leis para regular o trabalho e garantir saúde àqueles que não podem pagar por ela.

Neste sentido, refere Sarmiento (2004, p. 40) que

Surge, então, na virada do século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação, etc.). Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.

É o advento dos chamados direitos prestacionais, ou de segunda geração que, ao contrário dos direitos individuais, são direitos sociais e, portanto, positivos, passando a ser incorporados pelos textos constitucionais como programas de ação.

Neste diapasão, merece destaque as considerações de Sarmiento (2004, p. 40), para quem

Todas estas alterações do perfil do Estado refletiram-se, como não poderia deixar de ser, sobre as constituições. Estas, que no liberalismo se limitavam a traçar a estrutura básica do Estado e a garantir direitos individuais,



tornam-se mais ambiciosas, passando a ocupar-se de uma multiplicidade de assuntos [...]. No afã de conformarem a realidade social, as constituições passam a valer-se com freqüência de normas de conteúdo programáticos, que traçam fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem especificar, de modo suficientemente preciso, de que modo os mesmos devem ser atingidos. [...].

Deste modo, a Constituição passa a ser vista como um plano, um programa do que se precisa fazer perdendo, claro, seu *status* de exclusivamente legal (ou jurídica) transformando-se em carta política.

O grande problema do Estado do Bem-Estar Social é que as Constituições acabam por perder sua característica jurídica passando suas determinações a serem consideradas como parte de um programa (daí o termo 'programática') que não tem data marcada para ser executado.

Como referido, embora perdendo sua força normativa, as Constituições, no Estado Social, passam a ter uma maior significação social, característica que não se perde com o novo paradigma estatal.

Contemporaneamente se pode dizer do fim do Estado Social e do surgimento do chamado Estado Pós-Social, identificado a partir dos dois choques do petróleo na década de 70, somado à expansão do Estado Social, sem recursos para o atendimento das demandas reprimidas da população, tornado, assim, burocrático e obeso, e à globalização econômica. (SARMENTO, 2004, p. 43)

Entretanto, para o objetivo traçado para o presente trabalho, convém falar, agora, de um modelo de estado surgido no segundo pós-guerra, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Tal modelo, fruto das políticas do *Welfare State* e do advento da democracia no segundo pós-guerra e da redemocratização em sentido amplo daí decorrente, tem como reflexo a incorporação e a positivação, pelos textos constitucionais, dos direitos fundamentais, acompanhado da desconfiança com relação ao critério da maioria, utilizado como elemento de legitimação do nazi-facismo, fazendo com que a tarefa de preservação dessa vontade fosse confiada à justiça constitucional. (LEAL, 2007, p. 41)

No Estado Democrático de Direito tem-se a ideia de constituição não só política, mas política e jurídica, ou seja, se mantém a noção da constituição como



sendo para organizar a vida do Estado e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, se busca resgatar a força normativa da constituição.

Assim, vai-se ter uma série de mecanismos que tentam dotar a Constituição da força que perdeu no Estado do *Welfare State*, reconhecendo-se que não basta ter direitos previstos no texto constitucional porque, tão ou mais importante, são os instrumentos de implementação, de coerção, para a realização destes direitos.

A preocupação do Estado Democrático, além de garantir e ampliar uma série de direitos, vai se fazer valer os conteúdos constitucionais.

Disto decorre um aumento dos mecanismos jurídicos de proteção dos direitos fundamentais e a própria ampliação destes direitos a partir da noção de dignidade humana, cujo conceito passa ser a chave mandamental da qual vão decorrer uma série de direitos.

É a partir disto, então, que a ordem constitucional passa a reconhecer todos os direitos necessários à dignidade humana. Também é aí que se vai refletir o caráter histórico e de abertura dos direitos fundamentais, observada a norma de abertura prevista constitucionalmente.

A efetividade dos direitos fundamentais é buscada através do poder judiciário embora as constituições não defiram a ele esse papel de proeminência, embora a preocupação das constituições em criar instrumentos jurídicos para a efetivação de tais direitos acabe, inevitavelmente, deslocando o foco para o Judiciário, o que o obriga a mudar a forma de atuação neste cenário.

É, portanto, a partir daí que se destaca a jurisdição constitucional, que é o espaço institucionalizado, especial, oficial, para a análise e implementação dos conteúdos constitucionais considerados como especiais dentro da norma jurídica fundamental.

Nos dizeres de Leal (2007, p. 61),

Percebe-se, pois, que em face de uma tal situação, um destacado papel passa a ser desempenhado pela jurisdição constitucional (embora não só por ela), que, a partir da interpretação, tem a importante função de dar, cotidianamente, nova vida à Constituição, a fim de que ela possa cumprir, de forma perene, com sua missão de ordem jurídica fundamental da comunidade.



Portanto, neste cenário de destaque da jurisdição constitucional, a interpretação das normas constitucionais passa a ter grande relevância, dado o caráter aberto das constituições vigentes pressupondo-se, para sua realização, uma atuação criativa por parte dos tribunais que passam, então, a desenvolver uma série de recursos teóricos e hermenêuticos para dar conta de tal propósito, acabando por interagir com a atividade legislativa propriamente dita (LEAL, 2007, p. 62).

Assim, no próximo item, far-se-á uma pequena incursão nos conceitos háberlianos de hermenêutica constitucional para, ao final, estabelecer a possibilidade de adoção do *recall* como desdobramento prático de tal atividade.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL HÄBERLIANA: A CONSTITUIÇÃO COMO CULTURA E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

A introdução ao tema determina que se faça alguns apontamentos acerca dos conceitos de cultura e sua relação com a doutrina constitucional na teoria háberliana. Neste respeito assevera o autor (HÄBERLE, 2000, p. 30) ser necessário

Desestimar toda forma de entender la cultura como '*algo exclusivo de los ciudadanos mejor instruidos*', ésta debe ser tomada muy em serio y entendida tanto em su magnitud empírica como en su orientacion normativa bajo las dos significativas acepciones de '*cultura para todos*' (H. Hoffmann) y '*cultura de todos*'. [destaques no original].

Assim começa o autor a introduzir a ideia de cultura como um conceito 'aberto', porque abarca "tanto la cultura educacional tradicional ciudadana como la 'popular', incluyendo aqui otras, como las llamadas 'cultura alternativa' y 'anticultura' o 'subcultura'". (HÄBERLE, 2000, p. 31) [destaques no original].

Desta maneira, refere o autor que

Esta forma de entender la cultura como una realidad abierta es a su vez consecuencia de la estructura pluralista del grupo político de soporte. De este modo el aspecto antropológico inicial vuelve a resultar decisivo, ya que el ser humano ostenta necesidades culturales diferentes a las que el Derecho constitucional cultural deve corresponder en todo caso mediante un marco óptimo de desarrollo. El Derecho – que a nível federal resulta ser 'Derecho constitucional cultural' es tan solo un mero *instrumento*. Ahora



bien, es un hecho que el hombre no sólo vive de cultura; sin embargo, si vive esencialmente em um entorno cultural que es produto tanto de generaciones anteriores como de las actuales. La cultura es y crea toda una gama de posibilidades al poner em prática sus propios logros em el seno de una historia concebida como una realidad abierta. [destaques no original].

Daí asseverar-se, portanto, a ideia de um direito constitucional cultural como forma de se concretizar os valores da população. Ou seja, sendo os valores reflexos da cultura, à Constituição cabe o papel de instrumento cultural concretizador.

Assim, a própria história constitucional de um Estado guarda estreita relação com sua cultura, que é fruto de sua história e, mais do que isso, do processo histórico de suas conquistas enquanto povo.

Veja-se, por exemplo, a história de países devastados por ocasião da II Grande Guerra, notadamente vítimas de regimes totalitários como o nazismo e o facismo. Foram neles que se desenvolveu mais fortemente (e de lá se irradiou) a ideia de reconhecimento e proteção aos direitos humanos, o grande elemento de abertura dos ordenamentos jurídicos e mudança dos textos constitucionais, cujo marco inicial pode ser traduzido pela promulgação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

São esses direitos que fazem com que as Constituições deste período assumam e incorporem a pluralidade subjacente ao tecido social, retomando aspectos valorativos que suplantam, em muito, a simples ideia de uma identidade de interesses, identificada pela vontade da maioria (MARTOS, 2007, p. 51).

É a partir do evento marcante do segundo pós-guerra que as Constituições passam a ser concebidas como *comunitárias*, ou seja, aquelas que refletem os valores compartilhados pela comunidade que as adota, dando origem à chamada Teoria Material da Constituição, onde são levados em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição (LEAL, 2007, p. 30).

Obviamente que a ideia de constituição comunitária não se desenvolveu da noite para o dia, tendo suas origens ainda no começo do século XX quando, ainda no modelo de Estado Liberal, era o mercado quem, de fato, ditava as regras e a igualdade, apenas formal, não consegue evitar a eclosão de movimentos sociais que reclamavam uma atuação mais forte por parte do Estado.



Neste diapasão, e sobre esse conceito formal de igualdade, merece destaque as considerações de Böckenförde (2000, p. 32-33), para quem

El Estado de Derecho liberal (burguês) como tipo constitucional, tal y como surgió a partir del concepto originario del Estado de Derecho, no podía desde sus propios principios dar respuesta a la cuestión social que él mismo provocó. (Razão pela qual) [...] el movimiento histórico que se puso en marcha con ello condujo necesariamente no solo a la desigualdad social basada em la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad, y com ello a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica. [grifou-se]

Estas, sinteticamente, as justificativas para a grande mudança conceitual da Constituição e a elaboração do já referido conceito material da Constituição.

Os direitos fundamentais, agora albergados no texto constitucional são, portanto, reflexo de uma cultura que se instala em função da própria história vivenciada por estes povos e daí o grande relevo do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido como

[...] premisa que deriva de la cultura de todo un pueblo y de unos derechos humanos universales, a su vez entendidos como vivencia de la individualidad o especiicidad de un pueblo determinado que logra su identidad tanto em la tradición histórica como em sus propias experiencias, y que refleja sus esperanzas em forma de deseos y aspiraciones de futuro [...]. (HÄBERLE, 2000, p. 33)

Daí reconhecer-se que a

[...] Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un médio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (HÄBERLE, 2000, p. 34)

Não se limitando a um mero conjunto de textos jurídicos ou compêndio de regras, devem as Constituições ser vistas como 'letra viva' que, no entender de Häberle (2000, p. 34), são

aquellas cuyo resultado es obra de todos los intérpretes de la sociedad abierta, son en su fondo y en su forma expresión e instrumento mediador de cultura, marco reproductivo y de recepciones culturales, y depósito de futuras "configuraciones culturales, experiências y vivencias, y saberes. [...]



ya que lo juridico tan sólo representa um aspecto de la Constitución como cultura.

É a partir desse reconhecimento, de que a Constituição é um produto da cultura, que podemos avançar na teoria Häberliana notadamente no que se refere à questão da interpretação constitucional.

Parte Häberle da ideia de que a teoria da interpretação constitucional sempre

se centrou muito na 'sociedade fechada' de intérpretes, fixando o seu foco no aspecto jurídico e formal, em que a interpretação é uma atividade de cunho predominantemente estatal e institucional. [...] no entanto, é preciso que se considerem, igualmente, a formação e a realidade constitucionais, o que implica [...] a formação de um amplo e pluralista círculo de intérpretes, onde cada um que vivencia a norma [...] é, também, o seu intérprete legítimo, direta e indiretamente. Esta viragem [...] é cunhada [...] como personalização da jurisdição e da interpretação constitucional. (LEAL, 2007, p. 117)

Vê-se, assim, o rompimento da noção puramente institucional da hermenêutica constitucional, inserindo-a numa esfera aberta – a própria sociedade.

Assim é que se a hermenêutica constitucional refletia, basicamente, sobre as funções e os objetivos da interpretação, e sobre os métodos desta mesma interpretação, Häberle passa a questionar “como” e “para quem” se faz a interpretação constitucional. (LEAL, 2007, p. 117)

Desta feita, a teoria da interpretação constitucional desenvolvida por Peter Häberle (2007, p. 12) está vinculada a um novo modelo interpretativo:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”. [destaques no original]

Assim, assevera Häberle (2007, p. 23-24) que

[...] a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse



processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. [...] Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a esta realidade.

Portanto, a interpretação constitucional, para Peter Häberle, envolve, necessariamente, métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral, sendo mais um elemento da sociedade aberta, onde estejam envolvidas todas as potências públicas, participantes do processo social. Assim,

[...] a Constituição aparece como um produto cultural, um sistema *aberto* capaz de interagir com o meio no qual está inserida, razão pela qual os seus conteúdos precisam ser interpretados sempre de novo e a cada vez. Significa dizer que as suas regulações não são perfeitas e que tampouco ela é uma unidade já concluída, devendo ficar incompleta e imperfeita porque a vida que ela quer ordenar é histórica e, conseqüentemente, o seu conteúdo está sujeito a alterações também históricas. É a interpretação, por sua vez, que permite esta atualização e esta mediação (necessária) entre realidade e texto normativo, tarefa que cabe não somente aos órgãos oficiais, mas a toda a *sociedade aberta*, fazendo com que a Constituição passe a ser vista, então, numa perspectiva viva, como obra de todos os seus intérpretes. (LEAL, 2007, p. 60) [grifou-se]

Sendo a Constituição, então, um produto cultural, é sua interpretação que, além de refletir a história, vai fazer o elo entre realidade e texto normativo; Portanto, o próprio conceito de interpretação necessita ser esclarecido porque deste processo de interpretação deve fazer parte toda a sociedade. Nas palavras de Häberle (2007, p. 12),

[...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la [...]. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional [...] Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo.

Importante destacar que, para Häberle, a interpretação “conhece possibilidades e alternativas diversas, sendo necessária a ampliação do círculo dos



intérpretes [...] como consequência da necessidade [...] da integração da realidade no processo de interpretação”. (HÄBERLE, 2007, p. 30)

Portanto, Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional que seja adequada, pertinente, conformada, com a sociedade pluralista atual, sociedade que ele chama de “aberta”, entendendo que uma teoria de interpretação constitucional e seus métodos devem estar voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral.

Neste contexto, temos que a hermenêutica constitucional deve ser voltada para o interesse público, envolvendo o cidadão ativo, na busca da reflexão real da história de vida dos que vivem sob sua égide e, portanto, não pode mais ficar adstrita às funções estatais aos participantes destes órgãos, aos legitimados pela constituição para manifestar-se acerca de questões constitucionais, ou ainda pareceristas, expertos, peritos, etc. A interpretação constitucional deve ser ampliada, a fim de poder contar com o cidadão ativo.

Neste respeito convém destacar o conceito, aqui empregado, de cidadão ativo, considerado, então, como aquele que, abandoando sua posição de simples administrado, dá-se conta de que a sociedade contemporânea exige dele uma nova relação com o Estado, uma relação horizontal, multipolar, paritária e circular, fundada na comunicação e na real colaboração, a fim de que, juntamente com o Estado, se possa enfrentar os problemas de uma sociedade cada vez mais complexa⁴.

Por fim, destacando-se o pensamento de Leal acerca da hermenêutica häberliana, tem-se que se trata,

Portanto, de uma *democratização* (de certo modo, diga-se, apenas quantitativa) da tarefa interpretativa, sendo que, no dizer do autor, não existe (e não pode existir) interpretação sem o reconhecimento desta potencialidade, pois ela constitui um processo aberto que conhece diferentes alternativas. Neste sentido, o alargamento do círculo interpretativo aparece como consequência da incorporação da realidade à interpretação, isto porque os intérpretes em sentido lato [...] constituem uma parte desta mesma realidade, principalmente quando se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, pronta e pré-determinada, que impescinde de desenvolvimento. (LEAL, 2007, p. 117)

⁴ Características propostas por Arena (2008).



Convém asseverar que Häberle, embora proponha uma interpretação constitucional aberta, com vários intérpretes, entende que sempre subsiste a responsabilidade da jurisdição constitucional que é quem vai deter a última palavra no processo hermenêutico. (HÄBERLE, 2007, p. 14)

Assim,

Cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação [...]; eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. (HÄBERLE, 2007, p. 14)

No presente estudo, entretanto, propõem-se um “alargamento” da classificação de pré-intérprete formulada por Häberle, na medida em que se vai considerar a possibilidade do cidadão fazer não uma pré-interpretação da norma, mas, concretamente, manifestar-se sobre sua conformidade ao texto constitucional.

4 O *RECALL*: BREVES CONSIDERAÇÕES

Dentre os vários institutos representativos da democracia semidireta (DALLARI, 2009, p. 153), a figura do *recall* se apresenta como um dos mais interessantes. Trata-se de um instituto tipicamente norte-americano, com aplicação em duas hipóteses diferentes: a primeira para revogar a eleição de um legislador ou funcionário eletivo; a segunda – e mais relevante para este estudo – para reformar decisão judicial sobre constitucionalidade de lei.

Para configuração do primeiro caso se faz necessário que certo número de eleitores requeira uma consulta à opinião do eleitorado, para que determinado mandato seja ratificado ou cassado (MALUF, 2003, p. 184), exigindo-se dos requerentes um depósito em dinheiro (DALLARI, 2009, p. 155). Geralmente é permitido àquele, cujo mandato está em jogo, a possibilidade de imprimir sua defesa na própria cédula que será usada pelos eleitores. Decidindo a maioria dos eleitos pela cassação do mandatário, esta se efetiva; senão, o mandato permanece e os requerentes perdem, em favor do Estado, o dinheiro depositado (DALLARI, 2009, p. 155).



O segundo caso, também chamado *recall* judicial, surgiu em 1912, quando a Suprema Corte Norte-Americana se arvorou em super-poder, passando a anular as leis que consubstanciavam a nova política social do Presidente Theodore Roosevelt (MALUF, 2003, p. 184), tendo sido por ele preconizada numa de suas campanhas eleitorais. Segundo propunha, as decisões de Juízes e Tribunais, excluída apenas a Suprema Corte, negando a aplicação de uma lei por julgá-la inconstitucional, poderiam ser anuladas pelo voto da maioria dos eleitores. Em ocorrendo tal anulação, a lei seria considerada constitucional, com obrigatoriedade de imediata aplicação.

Vários Estados norte-americanos acolheram o *recall* judicial em suas respectivas Constituições, objetivando superar obstáculos à aplicação de leis sociais, colocados pela magistratura eletiva pressionada pelos grupos econômicos que decidiam as eleições. (DALLARI, 2009, p. 155)

No presente estudo vamos considerar, para desenvolvimento de algumas ideias, o *recall* judicial como sendo a possibilidade da população de um determinado Estado anular as declarações de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) feitas pelo poder Judiciário, via controle concentrado de constitucionalidade.

5 **RECALL JUDICIAL: RELATIVIZAÇÃO (FLEXIBILIZAÇÃO) DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JURÍDICA, ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA**

Definidos alguns conceitos pertinentes à constituição como produto cultural, a interpretação constitucional aberta e os intérpretes da constituição além do próprio instituto do *recall* e notadamente ao *recall judicial*, vejamos agora sua associação.

O aumento dos intérpretes da Constituição faz com que as funções desenvolvidas pelos magistrados sofram uma significativa relativização. Para Häberle, tal relativização está assentada em três razões, das quais vamos destacar individualmente, apenas as duas primeiras. Assim:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente.



Em que pese Häberle não ter tratado sobre o *recall* judicial, parece muito claro que sua aplicação tem estreita relação com sua teoria, pois que, na possibilidade aventada, o magistrado não só não interpretou isoladamente o texto constitucional, mas como teve sua interpretação alterada por participante outro deste mesmo processo, qual seja, o cidadão-eleitor.

A segunda razão trazida por Häberle (2007, p. 41) diz que

2. [...] O conceito de “participante do processo constitucional” (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização política. [grifo do autor].

Disto decorre que o Judiciário tem se fixado como um novo espaço público não representativo visto que

O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade de espaço político, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas. (CITTADINO, 2002, p. 17)

Ressalte-se que a questão do ativismo judicial não é ponto pacífico na doutrina estrangeira, sofrendo críticas no sentido de que o protagonismo judicial, longe de ser um mérito do Judiciário, significa um demérito do Executivo, e, assim, do próprio povo que falha na escolha de seus representantes.

Neste sentido, Cittadino (2002, p. 17) faz a seguinte advertência:

De qualquer forma, nunca é demais insistir no tema da responsabilidade democrática dos juízes quando se debate o tema da judicialização da política. Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

A questão do ativismo judicial pode muito bem fundamentar a ideia do *recall* judicial, mas, como neste trabalho se pretendeu, aprioristicamente, estabelecer-se



uma relação entre este instituto com alguns dos conceitos häberlianos, não há como se imiscuir nesta seara, voltando-se, agora, à questão do *recall* judicial.

Se necessariamente deve fazer parte do processo de interpretação constitucional o cidadão ativo, para o qual, teoricamente, não somente as leis, mas a própria Constituição, são feitas, o que se pode dizer quando a interpretação constitucional feita por um órgão estatal é recusada, de forma direta, pela população?

É justamente esta a hipótese aventada pelo *recall* judicial e o que se pretende, neste trabalho, é tecer algumas considerações a respeito, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, uma vez que as próprias respostas estão sendo tecidas em conjunto com a evolução das sociedades.

Segundo Häberle (2007, p. 31), “qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis”. Um juiz é levado a decidir, então, não só pelo texto legal, mas também pela sua experiência, profissional e pessoal.

Assevera o autor que ‘seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial” (HÄBERLE, 2007, p. 31).

Sendo assim, se resta evidente reconhecer que influências, expectativas e obrigações sociais evitam o livre arbítrio da interpretação judicial, ousa-se discordar do Autor para dizer que influências, expectativas e obrigações sociais, bem como influências políticas e econômicas podem levar os membros do Judiciário a decidir contrariamente aos direitos fundamentais, notadamente se o órgão judicial que tem por tarefa precípua a guarda da constituição for um órgão político, como sói acontecer na maioria dos estados democráticos.

E é sobre esta perspectiva que se afigura interessante a adoção do *recall* judicial, na medida em que ele possibilita um controle das decisões proferidas por um Tribunal político que pode, em dado momento, não ter interesse na efetiva concretização dos preceitos fundamentais albergados na ordem constitucional.



Exemplificativamente, imagine-se que num determinado caso concreto tenha havido declaração de constitucionalidade de determinada lei que, na verdade, atente, por exemplo, contra o direito fundamental à previdência, albergado no texto constitucional.

A fim de afastar as consequências do ato emanado pelo Judiciário, segue-se requerimento para realização de *recall* sobre a decisão judicial emitida e, em votação direta, têm os cidadãos-eleitores a possibilidade de anular a decisão, reconhecendo como inválida a norma editada, extirpando-a do ordenamento jurídico vigente.

A mesma hipótese poderia se dar em contrário, ou seja, contra decisão de inconstitucionalidade, insurgem-se a maioria dos eleitos, reconhecendo como válida, e, portanto, vigente no ordenamento jurídico, a lei demandada.

Se consideradas válidas e corretas as posições e definições trazidas por Häberle, tais possibilidades não seriam outra coisa senão a real conformação da constituição à realidade social, por meio de interpretação realizada pelo cidadão, para quem, a lei tida como inconstitucional, não fere qualquer dos direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelo texto constitucional, ou, ao contrário, a lei tida como constitucional fere tais direitos.

Ora, essa manifestação popular nada mais seria do que a explicitação da democracia desenvolvida mediante controvérsia sobre alternativas, possibilidades e necessidades da realidade e também o concerto de questões constitucionais onde não existe dirigente. (HÄBERLE, 2007, p. 36-37)

No caso, os eleitores, enquanto cidadãos, se configuram num elemento pluralista no processo constitucional, libertando-se do velho modelo que reservava só ao órgão estatal a interpretação e o controle constitucionais.

A importância de um instituto como o *recall* judicial é de grande vulto, na medida em que a sociedade se torna livre e aberta quando se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição.

Deste modo, na teorização feita, a consequência não será só o efetivo reconhecimento de que a constituição é produto cultural e que, em função disto, é necessário que os cidadãos, para quem de fato as normas constitucionais são dirigidas, possam vivê-las, ou seja, interpretá-las, mas vai, seguramente, possibilitar



um processo de fortalecimento democrático, na medida em que, num Estado Democrático de Direito,

A democracia não se desenvolve unicamente a partir dos aspectos formais; antes, pelo contrário, ela se dá cotidianamente, na política e na práxis. Dentre deste contexto, em que a supremacia do povo não se dá somente no dia da eleição, a interpretação aparece como um espaço de exercício desse mesmo elemento democrático, de modo que – pode-se afirmar – na democracia, o cidadão é intérprete da Constituição. (LEAL, 2007, p. 117-118)

Ora, é tema recorrente a necessidade do fortalecimento da democracia nos Estados, notadamente em Estados com regime de governo tido por populista ou que recentemente tenham passado por regimes autoritários ou ditatoriais.

Neste sentido, parece possível a adoção do *recall* judicial como um meio para o fortalecimento democrático desses países, ainda que neles se verifique um cada vez maior ativismo judicial.

CONCLUSÃO

Se permito à população o exercício de controle direto de constitucionalidade, incito sua participação, cada vez de forma mais ativa, em outras áreas da seara política.

Claro que a adoção deste sistema necessita, obrigatoriamente, de reforma do texto constitucional, em Estados onde a Constituição é escrita e prevê o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

No Brasil, a figura do *recall* não é exatamente desconhecida, posto que já houveram tentativas de implementação do *recall* eletivo, ou seja, aquele pelo qual um detentor de mandato representativo pode ser destituído do cargo, mediante eleição onde se confirmará ou não a legitimidade de seu mandato.

Assim, a adoção desta modalidade de *recall* poderia ser o primeiro passo na futura adoção do *recall* judicial.

Além disso, é preciso destacar a crescente busca de legitimidade por parte do Executivo, do Legislativo e também do Judiciário.



Entendendo-se legitimidade como o efeito advindo do consenso, ou seja, do exercício do poder original e reiteradamente consentido, o *recall* judicial pode, também, prestar-se a esta busca, visto que, ainda que, na hipótese de uma lei declarada inconstitucional voltar ao ordenamento jurídico, a decisão estará legitimada pelos cidadãos, ainda que seja uma legitimação negativa [o não reconhecimento da decisão exarada], mas que permitirá ao Judiciário saber como, realmente, posicionam-se a maioria dos cidadãos sobre determinado assunto, o que certamente influenciará suas decisões futuras, tornando-as cada vez mais legítimas, porque cada vez mais de acordo com o consenso [ou dissenso] coletivo.

Resta evidente que o *recall* judicial guarda estreita relação com os conceitos Häberlianos de hermenêutica constitucional e dos intérpretes da Constituição, o que representa, não só, um instrumento de democracia semidireta, mas também um outro meio de se conferir efetividade à teoria Häberliana, transformando-se mesmo, num instrumento de sua concretização.

Assim, revela-se um instrumento efetivo não só de democracia, mas de legitimidade constitucional, sendo possível [e desejável] sua adoção por países cujo processo democrático ainda necessite passar por um processo de fortalecimento.

REFERÊNCIAS

- ARENA, Gregório. A administração condivisa. *In*: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. (Série Direito e Sociedade Contemporânea).
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estúdios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Teoria de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción introducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



O *recall* e os conceitos häberlianos de hermenêutica...

LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

LEAL, Rogério Gesta (Org.). **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália**: reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26. ed., atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTOS, José A. Montilla. Minoria política & tribunal constitucional. *Apud*. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americanada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.