

A CONSTITUIÇÃO INTERPRETADA: ANOTAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI 2.602-0 MG COM BASE NA CONTRAPOSIÇÃO TEÓRICA DOS MODELOS JURÍDICOS DE HERBERT HART E DE RONALD DWORKIN

Luiz Egon Richter

Augusto Carlos de Menezes Beber

Resumo: O presente trabalho possui vias de produzir um estudo analítico sobre o fenômeno interpretativo no direito a partir de dois paradigmas: primeiro, através do juspositivismo hartiano; segundo, através da teoria do direito como integridade proposta por Ronald Dworkin. As divergências entre os posicionamentos são ilustradas por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.602-0 MG, na qual o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a natureza dos serviços notariais e registrais e sobre a aposentadoria compulsória dos titulares das serventias extrajudiciais ante a promulgação da Emenda Constitucional n. 41/03. Por meio disto, pretende-se demonstrar a necessidade de um coerente uso de matriz jurídica de fundo, assim como os possíveis resultados a partir de seus distintos caracteres.

Palavras-chave: Registros públicos. Interpretação. ADI 2.602-0 MG. Ronald Dworkin. Herbert Hart.

Abstract: This work seeks producing an analytical study of the interpretive phenomenon right from two paradigms: first one, through the hartian juspositivism; second, through the theory of law as integrity proposed by Ronald Dworkin. The differences between the positions are illustrated through the unconstitutionality lawsuit n. MG 2602-0, in which the Supreme Court argued about the nature of the notary and registration services and the compulsory retirement of the bosses of extrajudicial offices before the enactment of Constitutional Amendment n. 41/03. Through this, it is intended to

demonstrate the need for a coherent use of legal matrix background, as well as the possible results from their different characters.

Keywords: Public records. Interpretation. ADI 2.602-0 MG. Ronald Dworkin. Herbert Hart.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Supremo Tribunal Federal é, nos termos da Lei Maior, o guardião da Constituição. Para o leitor apressado, esse pode ser um mandamento constitucional típico de organização judiciária. Entretanto, é necessário refletir com cautela. É preciso lembrar das sábias palavras de Dworkin (2007, p. 3), que afirma que é importante conhecer a maneira como os juízes decidem os casos. Em termos práticos, uma decisão judicial pode representar um impacto tão grande quanto um fato natural; um mau jurista pode ser tão perigoso quanto um mau médico, e um entendimento minoritário ou majoritário pode simbolizar a diferença entre a liberdade e a prisão, ou entre a riqueza e a ruína.

Nesse sentido, dentro de um sistema em que o Poder Judiciário representa a *ultima ratio* na resolução dos conflitos do meio social, a norma que confere ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em termos jurídicos deve também evidenciar uma preocupação em saber como os componentes da cúpula do Poder Judiciário decidirão quando lhes forem apresentados casos de ampla magnitude.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.602-0 MG, movida pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG), é exemplo de caso polêmico julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Buscando a declaração da inconstitucionalidade do provimento n. 55/2001, emitido pela Corregedoria-Geral de Justiça do estado de Minas Gerais, a referida associação sustentava que o provimento era inconstitucional, uma vez que continha orientação destinada aos magistrados diretores de suas comarcas

para realizar rigorosa fiscalização a fim de aposentar compulsoriamente os titulares de serventias extrajudiciais maiores de 70 anos.

O provimento tinha por base decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que declaravam os notários e registradores como servidores ocupantes de cargo público, devendo, portanto, submeterem-se às limitações da categoria, dentre as quais, o regime da aposentadoria compulsória.

Entretanto, ao tempo do pronunciamento do STF sobre a matéria, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que alterou a redação do artigo 40 da Constituição, substituindo a expressão *servidores* por *servidores titulares de cargos efetivos*, o que fomentou novo debate jurídico sobre a natureza do serviço prestado pelos notários e registradores.

Diante da controvérsia, o Supremo foi provocado a tomar novo posicionamento. Entretanto, diante de uma norma constitucional de aplicação dúbia, como o mesmo deve decidir? Uma vez que os métodos tradicionais da resolução jurídica – como o silogismo e a subsunção – mostram-se insuficientes para situações abstratas, como o caso em tela, a Corte teve que fazer uso de técnicas mais sofisticadas para dizer o direito. Entretanto, neste ponto residem as mais diversas e polêmicas discussões da academia jurídica. O que o Supremo realizou foi criação ou interpretação do direito? Sua atuação formou-se dentro dos limites da jurisdição constitucional? Estas são as perguntas que este trabalho pretende resolver.

A resposta para as mesmas, entretanto, não é de fácil conquista. Para tanto, uma melhor resolução buscará ser tecida a partir da seleção de duas matrizes teóricas muito discutidas no meio jurídico: o modelo juspositivista de Herbert Hart e o modelo do direito como integridade de Ronald Dworkin. Ambos são controversos e carregam em si diferentes conceitos de direito. A leitura da ADI 2.602-0 MG por meio dessas diferentes concepções tem o condão de permitir a construção de uma nova visão plurilateral para o

problema, e, com isso, buscar contribuir para a construção de um direito mais coerente.

1 ENTRE A ZONA DE PENUMBRA E A TEXTURA ABERTA DO DIREITO: UMA LEITURA DA ADI 2.602-0 MG A PARTIR DO JUSPOSITIVISMO HARTIANO

Herbert Hart (2001) foi um dos mais eloquentes representantes do positivismo analítico. Sua teoria, em contraposição ao jusnaturalismo, colocava o direito como ato de produção humana, isento de determinações divinas ou sobrenaturais. Para o autor, o sistema jurídico caracteriza-se pela presença de regras primárias e secundárias, cuja interação resulta no que se chama hoje de direito. As regras primárias, em sua teoria, seriam aquelas que prescrevem obrigações aos sujeitos; e, as regras secundárias, seriam aquelas que, relacionadas com as primárias, proporcionam o poder de julgamento, alteração e reconhecimento dos dispositivos jurídicos.

Hart (2001), contudo, sabia que o homem não é capaz de prever todas as situações possíveis a ponto de positivizar soluções para todos os casos do mundo dos fatos. Para o autor, haverá casos simples, em que não haverá dúvidas quanto a regra que será aplicada, mas também haverá casos duvidosos, limítrofes, em que o juiz terá que agir como legislador, a fim de produzir norma a ser aplicada no caso concreto.

Uma das mais ferrenhas críticas a Hart encontra-se neste ponto. Como Hart entende que em casos juridicamente não previstos o juiz irá criar direito novo, seus críticos, especialmente Dworkin, enfatizam que em qualquer sistema haverá casos não regulados, sendo que os mesmos não serão resolvidos por decisões de direito, uma vez que o mesmo se apresenta indeterminado ou incompleto (HART, 2001, p. 335). Hart, em resposta, orienta que os juízes, ao criar novo direito, não devem fazê-lo de forma arbitrária, ou seja, devem agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo conforme suas crenças, valores e experiência jurídica.

Nestes termos, tem-se que para Hart a atividade jurídica, quando os juízes se deparam com causas que não são regulamentadas pelo direito posto,

é pautada primordialmente pela discricionariedade judicial. São causas em que os juízes atuam como legisladores - as pessoas que criam normas. Assim sendo, por serem legisladores não eleitos eles teriam o dever de agir com modéstia quando suas decisões criarem direito novo (POSNER, 2012, p. 252).

No caso da ADI 2.602-0 MG, a decisão jurídica a ser prolatada dependia, a partir do pensamento hartiano, de uma avaliação criteriosa dos julgadores, a partir de sua experiência, uma vez que a norma não se mostrava cristalina em seus termos. O artigo 40 da Constituição Federal, antes da edição da EC 41/03, possuía a seguinte redação: “Art. 40. O servidor será aposentado: [...] II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.” Após a EC 41/03, o texto constitucional foi alterado para a seguinte forma, já mencionada:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

[...]

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

Quis o constituinte derivado excluir dos notários e registradores o limite imposto pela aposentadoria compulsória? No voto do ministro Joaquim Barbosa, o mesmo deu ênfase para a leitura do dispositivo à luz do princípio republicano, que não permite que nenhum sujeito se eternize na posse de um cargo público.

Contudo, rendendo minhas homenagens ao brilhantismo dos votos vencidos naquela assentada, inclino-me, no julgamento definitivo do mérito desta ação direta, pela valorização e pela confirmação desse precedente da Corte. Dele extraio o entendimento deste Tribunal sobre um princípio fundamental da Constituição de 1988: o princípio republicano, que se irradia e informa toda a nossa vida pública. Esse princípio repele, e nisso o texto constitucional é explícito, a personalização da função pública, repelindo com igual vigor qualquer tentativa de eternização do seu exercício (STF, 2005, p. 15).

Entretanto, o ministro Carlos Britto defendeu que a efetiva solução para o caso perpassaria pela discussão sobre a *natureza* dos serviços notariais e registrais. Acrescentou, ainda, que os referidos serviços são atividades próprias do Poder Público, porém exercidas por particular, mediante delegação; que esta delegação não se traduz em cláusulas contratuais, mas em estatuições unilaterais ditadas pelo Estado; que há a necessidade de concurso público para a delegação da atividade do Poder Público; que a fiscalização das serventias é realizada por parte do Poder Judiciário e que a remuneração dos titulares é feita mediante emolumentos fixados por lei.

Ainda o ministro Carlos Britto destacou que, ao contrário do que expôs o ministro Joaquim Barbosa, no caso em tela não havia violação ao princípio republicano, uma vez elencadas as hipóteses extintivas da delegação na Lei n. 8.935/94.

Nada obstante, quer sob a categorização de atividade estatal não-constitutiva de serviço público (este o nosso pessoal entendimento), quer debaixo dessa outra categorização cognoscitiva (segundo os precedentes deste STF), é do meu pensar que não se sujeitam à aposentadoria compulsória os titulares dos serviços notariais e de registro, dado que esses particulares exercentes de atividade estatal não titularizam cargo público efetivo. Também não ocupam emprego público, até porque são eles empregadores celetistas de quantos se vinculem à serventia por um trabalho contínuo ou não-eventual, sob dependência econômica e subordinação hierárquica (STF, 2005, p. 47-48, grifo do autor).

Irresignado, o ministro Joaquim Barbosa insistiu em seu posicionamento. Apesar da alteração do texto constitucional, o objeto que enfrentava em sua análise, no entanto, era diverso daquele trabalhado pelos colegas de tribuna. Enquanto que Barbosa se mantinha disposto a recorrer ao princípio republicano, o ministro Nelson Jobim, então presidente da Corte, afirmava que, com a EC 41/03, a Constituição teve por certa a exclusão dos notários e registradores do regime da aposentadoria compulsória, questão que somente poderia ser alterada pelo Congresso Nacional (STF, 2005, p. 55).

A fala do ministro Nelson Jobim muito lembra um dos posicionamentos de Hart. Conforme já explanado, na visão do autor, há um conjunto de juristas que acredita que há casos não regulados pelo direito, em que o juiz teria a inevitável tarefa de criação do direito, o que permitiria a existência de múltiplas respostas possíveis para a mesma demanda (HART, 2001 p. 337).

Os críticos de Hart acreditam que pelo fato de o juiz estar criando direito segundo sua experiência, Hart estaria dando apoio a uma forma de criação de direito antidemocrática e injusta. Uma vez que os juízes não são, em regra, eleitos e, em um regime democrático, somente os representantes eleitos pelo povo têm o poder de criar o direito, os juízes estariam usurpando uma função que não lhes pertence (HART, 2001, p. 338).

Hart não vê nisto uma ameaça efetiva à democracia. Pelo contrário, entende que, mesmo quando a atividade legislativa é cedida ao Executivo ou implicitamente ao Judiciário, em ambas as formas, o órgão legislativo eleito exercerá o controle sobre os atos praticados pelos demais poderes e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis (HART, 2001, p. 338-339).

De volta à fala do ministro Nelson Jobim, verifica-se que o mesmo, ao estar de acordo com o posicionamento do ministro Carlos Britto, entende por inconstitucional o provimento emitido pela Corregedoria-Geral de Justiça do estado de Minas Gerais, assentado na premissa de que o constituinte excluiu os notários e registradores do regime compulsório de aposentadoria. Qualquer entendimento contrário do Tribunal seria equivocado, e, qualquer alteração substancial caberia apenas ao Congresso Nacional.

É importante perceber que, por ser um caso duvidoso, na ótica hartiana os juízes tiveram que fazer uso de sua experiência para chegar a um resultado jurídico. O voto vencedor, do ministro Carlos Britto, privilegiou o que parece ser uma leitura mais restrita do texto constitucional. Entretanto, e se o voto do ministro Joaquim Barbosa tivesse prevalecido? Ainda se poderia afirmar que esta seria uma resposta possível no sistema, adstrita ao texto constitucional. A diferença é que, uma vez pensada a decisão nos termos do juspositivismo

hartiano, por mais complexa que seja a argumentação, o resultado ainda será jurídico, entretanto, a própria extensão da jurisdição constitucional vai se mostrar mais limitada, uma vez que matéria seria “extrajudicial”, podendo ser a qualquer instante retomada por órgãos externos ao Poder Judiciário.

2 A ADI 2.602-0 MG SOB A LUZ DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Dworkin refuta o conceito de direito parcialmente indeterminado ou incompleto de Hart. Em sua concepção interpretativa do direito, ele inclui, além do direito posto, identificado por meio de suas fontes sociais, princípios jurídicos implícitos, que se ajustam ao direito posto e com ele mantém coerência, conferido sua melhor justificação moral (HART, 2001, p. 335). Richard Posner, um dos críticos mais ferrenhos de Dworkin, diz que, segundo o autor,

[...] O direito não compreende somente as normas estabelecidas por assembleias jurídicas formais, mas também os princípios, com destaque para os princípios morais, a que os legisladores ou os juízes podem fazer referência quando criam normas novas. Os juízes têm o dever de ser filósofos morais (POSNER, 2012, p. 145).

Segundo Posner (2012, p. 145), para Dworkin, ao decidir, os juízes não estão criando, mas simplesmente aplicando o direito, agindo nos moldes de sua competência constitucional e da função que lhes é autorizada, razão pela qual não precisam agir com modéstia, da forma como age o juiz na teoria juspositiva de Hart.

Dworkin expõe as razões para acreditar que o conceito de direito seja interpretativo apontando casos clássicos da jurisprudência inglesa e norte-americana. Com isso, ele busca refutar o que chama de teorias semânticas do direito. Para o jurista norte-americano, a prática do direito é argumentativa, e mesmo quando os juristas pensam estar divergindo sobre fatos, estão tendo divergências de ordem teórica (DWORKIN, 2007, p. 56).

No caso *Riggs vs. Palmer*, por exemplo, mesmo não havendo restrição explícita no Direito das Sucessões estadunidense que impedisse que um

herdeiro que assassinasse o autor da herança recebesse seu quinhão, a Corte americana, com base no direito suprapositivo, adotando o princípio de que ninguém pode extrair vantagens do seu comportamento ilícito, negou o legado ao herdeiro assassino, privando-o de sua herança.

Assim sendo, enquanto que para alguns juristas o que a Corte americana realizou foi um debate de ordem extrajurídica, para Dworkin a atividade realizada foi genuinamente interpretativa, isso porque o direito em Dworkin está além da letra dos textos legais:

Daí porque, numa comunidade de princípios, direitos e deveres não se esgotam nas instituições que produzem os textos normativos, pois, por sua vez, estes também dependem da moralidade política da própria comunidade. Nesse contexto, os princípios operam como ponte, permitindo a junção desses dois domínios (o que a comunidade considera como valor moral e jurídico). Portanto, esses direitos e deveres devem ser garantidos numa ótica de justiça e equidade que é articulado pelos princípios (BITENCOURT, CALATAYUD, RECK, 2014, p. 122-123).

Neste sentido, mesmo em decisões complexas, como foram a ADPF 54, a ADPF 186 ou mesmo a ADI 4277, segundo o pensamento de Dworkin, o Supremo Tribunal Federal apenas interpretou o direito, e não o criou, como o seria na teoria hartiana. Lembra-se que, nesse sentido, a ADPF 54, que versou sobre fetos anencefálicos, a ADPF 186, sobre cotas raciais e a ADI 4277, sobre a união estável homoafetiva, são decisões altamente criticadas por alguns estudiosos justamente porque em seu entendimento acreditam que o STF se pautou mais em argumentos extrajurídicos do que no direito propriamente dito.

Na verdade, a partir dessa concepção, vários críticos apontam que o que o Tribunal fez não era direito. Mas veja-se: mesmo na concepção hartiana o trabalho do Tribunal é qualificado como jurídico, uma vez que os juízes têm o dever de decidir e estão autorizados a usar sua experiência nos casos em que há discricionariedade judicial. A diferença em Dworkin está no fato de que o mesmo não considera os argumentos dos julgadores como extrajurídicos, mas como pura interpretação do direito.

Discussões como o ativismo judicial em Dworkin estão em um nível muito restrito uma vez que para o autor o juiz ativista seria aquele que desrespeita toda a prática constitucional para decidir de forma arbitrária. Na dicção de Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 2007, p. 452).

O jurista, para qualificar as decisões do Supremo Tribunal Federal de ativistas, precisaria partir da premissa de que o direito seria apenas aquilo que foi posto de forma explícita, entretanto, sem permitir que qualquer órgão jurisdicional se pronuncie fora da letra da lei. Este é um pensamento que está contido em uma forma muito arcaica do positivismo, há muito abandonada pela teoria do direito. O direito como interpretação é um fenômeno muito mais complexo, razão pela qual são necessárias muitas variáveis que se inter-relacionam no ato de decisão:

Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade (sic): o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade (sic) que convém a uma Constituição (DWORKIN, 2007, p. 452).

Nestes termos, a jurisdição constitucional será exercida de forma muito mais ampla, havendo espaços de controle relacionados diretamente com a qualidade dos argumentos dos julgadores.

No caso da ADI 2.602-0 MG, como se daria, portanto, a atuação do juiz segundo o direito como integridade? Para chegar a essa resposta, é necessário visitar o modelo mitológico de Hércules, juiz a quem Dworkin atribui

a tarefa de decidir os casos mais complexos em direito. Entretanto, antes de adentrar no mundo de Hércules, é mister explorar um pouco da tarefa de outra figura mitológica – Hermes.

Dworkin começa a tratar da interpretação do direito legislado a partir da metáfora do juiz Hermes. Hermes, mensageiro grego, em sua tarefa árdua de decidir, buscaria a princípio a *intenção* daquele produziu a norma, ou seja, do legislador (DWORKIN, 2007, p. 381). Sua primeira tarefa, portanto, consiste em identificar quem é o emissor da mensagem a ser transmitida. Uma vez que Hermes se baseia na teoria da intenção do locutor, entende que a interpretação se dá como uma conversa entre amigos, onde um busca compreender o que o outro quis dizer com suas expressões.

Entretanto, apesar de identificada, a primeira tarefa de Hermes não é simples: o processo legislativo é complexo, e qualquer visão realista dele incluiria uma visão global dos membros do Congresso, assim como dos funcionários e auxiliares administrativos que prepararam os projetos, dos lobistas, dos cidadãos que se manifestaram sobre a norma em construção ou mesmo do presidente que sancionou e promulgou a lei. Em pouco tempo Hermes percebe que a teoria da intenção do locutor não determina por si só quais intenções devem ser analisadas, e qualquer escolha arbitrária feita por ele prejudicaria de forma irreparável o resultado interpretativo (DWORKIN, 2007, p. 384).

Assim, mesmo tomando-se por base somente legisladores que aprovaram a lei a ser analisada, a teoria da intenção do locutor ainda exige que Hermes combine as múltiplas opiniões emitidas em uma intenção grupal mista (DWORKIN, 2007, p. 385). Diante disso, sua tarefa consiste em reconstruir o que o legislador teria em mente quando se manifestou através de seu voto. Entretanto, mais uma vez Hermes encontra-se em uma situação complicada: como considerar as múltiplas pressões políticas, econômicas e sociais que exerceram influência sobre o voto do legislador? A intenção a ser considerada é aquela que estaria genuinamente em seu íntimo, ou aquela intenção que por conveniência foi pressionado a externar?

Hermes somente consegue superar o problema que a busca da intenção dos legisladores lhe impõe quando altera sua abordagem: seu exercício passa a estar voltado para uma interpretação das leis de forma a favorecer os objetivos de uma comunidade de princípios, ou, de outro modo, a expressar “um esquema coerente de convicção dominante dentro da legislatura que as aprovou” (DWORKIN, 2007, p. 396).

Entretanto, Hermes apenas irá ter sucesso em sua tarefa interpretativa quando finalmente tomar consciência de que o que realiza ao interpretar não necessita de uma função combinatória das convicções de cada legislador, porque seu agir é voltado para a interpretação do histórico da instituição por eles composta. (DWORKIN, 2007, p. 403). A partir desse momento, Hermes compreende o princípio da integridade, o que se não o torna idêntico, o leva até Hércules.

A integridade, a partir de agora considerada, exige que Hércules elabore uma justificativa que se ajuste à lei a ser aplicada e que seja coerente com a legislação em vigor. Nestes termos, Hércules rejeita a ideia de que existe um momento canônico em que a lei nasce e adquire todo e único significado que terá. O método de interpretação de Hércules leva em consideração não somente o texto da lei, mas também todo o processo que a envolve, desde muito antes de sua formalização até muito depois desse momento (DWORKIN, 2007, p. 416).

Segundo Dworkin (2007, p. 416), a interpretação tem por base um desenvolvimento contínuo, alterando-se os sentidos da lei conforme a história se transforma. Na dicção do jusfilósofo:

Hércules interpreta a história em movimento, porque o relato que ele deve tornar tão bom quanto possível, é o relato inteiro através de sua decisão e para além dela. Não emenda leis antiquadas para adaptar-se a novos tempos, como sugeriria a metafísica da intenção do locutor. Reconhece em que se transformaram as velhas leis desde então (DWORKIN, 2007, p. 419).

Nestes termos, Hércules não precisa de um método para os casos fáceis e outro para os casos difíceis, uma vez que seu método se aplica a

ambas as situações. Quando Hércules interpreta, ele busca o melhor resultado possível (DWORKIN, 2007, p. 453). Nestes termos, na prática da interpretação constitucional, Hércules buscará, como primeira medida, elaborar descrições das possibilidades jurídicas que as diversas soluções podem apontar.

No caso em análise, o julgador deveria elencar as possibilidades que existiriam ao impor ou afastar a aposentadoria compulsória dos notários e registradores públicos. Seguindo o modelo de Hércules, o julgador deverá então testar cada resultado como uma interpretação competente da prática constitucional, considerando a história constitucional, a comunidade de princípios e o devido processo legal.

Logo, percebe-se que a decisão a partir de Hércules levantará uma série de questões argumentativas e o melhor resultado será determinado pela formação da decisão mais coerente em termos de direito. Assim, a jurisdição constitucional encontrará uma forma de controle mais completa, se comparada com consideração a teoria hartiana.

Entretanto, o modelo de Hércules leva a diversas críticas acerca de seu solipsismo. Afinal, Hércules é um juiz que descobre o melhor direito sozinho; um juiz solitário que descobre a vontade democrática sem interagir com a comunidade a que pertence. Entretanto, quanto a isso defende Dworkin (2007, p. 476):

Mas já vimos o suficiente para saber que uma acusação que certos juristas fariam a Hércules é injusta e, o que é ainda pior, obscurantista. Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. O leitor pode discordar de alguns julgamentos que apresentei em seu nome; se eu lhe contasse um pouco mais sobre sua carreira no Olimpo, é bem possível que discordasse de outros mais. Mas, se Hércules tivesse renunciado à responsabilidade que descrevi, que inclui a responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido um traidor, e não um herói da limitação judicial.

Com isto, percebe-se que, uma vez que os juristas têm por base o modelo do direito como integridade como matriz teórica de sustentação, a legitimidade da jurisdição constitucional se opera de forma muito diferente daquela apresentada através da matriz hartiana. Interpretando, o juiz atinge patamares muito mais sólidos em termos de direito, e, fazendo-o com consciência do seu agir interpretativo, permite a abertura de uma série de janelas de controle, sempre pautadas pelo regime do melhor argumento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2.602-0 MG se mostrou emblemática na medida em que se tratava de matéria constitucional conturbada. O Supremo já havia se pronunciado sobre a natureza do serviço notarial e registral, opinando pela caracterização da aposentadoria compulsória aos titulares das serventias extrajudiciais, tal qual se impõe aos servidores públicos.

Promulgada a Emenda Constitucional n. 41, em 2003, a discussão se reacendeu. A Constituição passou a falar em servidores titulares de cargos efetivos como destinatários da limitação de idade, e, mais uma vez provocado, o Supremo decidiu que a nova redação produziu um novo efeito jurídico: a não incidência da aposentadoria compulsória aos notários e registradores.

Note-se ainda que não era a exegese da EC n. 41/03 o pilar elementar da questão constitucional – mesmo após sua promulgação o ministro Joaquim Barbosa ainda opinou pela manutenção do enquadramento dos titulares das serventias extrajudiciais como servidores, limitados em seu exercício até os 70 anos. A divergência estava além: estava no origem constitucional do serviço notarial e registral e no tratamento que a Constituição Federal dava a ele.

A partir disso, tomando-se o pensamento de Hart, poder-se-ia considerar que o caso enfrentado pelo Supremo encontrava-se na zona de penumbra, local que não permitia uma incidência lógico-formal do direito, devendo os julgadores, no caso, agir conforme seu bom senso e experiência a fim de encontrar a solução para a demanda. Nos limites do direito, o juiz, autorizado pela regra de reconhecimento e pelas regras de julgamento, possui

legitimidade para decidir em casos nebulosos com discricionariedade, ainda que não de forma arbitrária.

Por outro lado, tomando-se por base a teoria do direito como integridade, proposta por Dworkin, tem-se que o que o Supremo realizou foi pura interpretação do direito, uma vez que não há norma senão norma interpretada. Para o modelo do juiz Hércules, não há lacunas do direito a serem preenchidas, senão um direito a ser interpretado. Nestes termos, o juiz não precisa agir de forma contida conforme quer Hart, porque o controle da jurisdição constitucional está nos argumentos do julgador, e não em sua vinculação às regras preexistentes.

Ambos os modelos permitem chegar a um mesmo resultado. Entretanto, enquanto um se embrenha em um campo extrajurídico, o outro admite uma atuação mais espaçada, criativa, embasada num conceito de direito mais amplo e volátil. Os reflexos da adoção de uma matriz ou outra encontram-se no controle da decisão judicial: enquanto que a legitimidade de uma decisão esbarra na competência de outro órgão, em outra matriz a atividade da corte constitucional encontra-se mais bem posicionada em seu exercício interpretativo.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Caroline Muller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do Direito e Discricionariedade**: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.602-0 MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 24/11/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266859>>. Acesso em: 03/05/2015.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001
- MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. São Paulo: Elsevier, 2007.

XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

VIII MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS



2015

POSNER, Richard A. **A Problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo:
Martins Fontes, 2012.