

Breves comparações entre o pensamento de Dworkin e de Habermas sobre o Juiz Hércules

Brevi paragoni tra il pensiero di Dworkin e di Habermas sul Giudice Ercole

Aline Marques Marino

Mestra em Direito pelo
Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)
E-mail: alinemarinoadv@gmail.com

Karla Alexandra Falcão Vieira Celestino

Mestranda em Direito pelo
Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)
E-mail: karlafalcao2013@yahoo.com.br

Grupo de Trabalho: Direitos Humanos na Sociedade Contemporânea

Resumo: O tema objeto deste estudo refere-se à escolha do modelo ideal de juiz, buscando respostas para os questionamentos quanto às características necessárias a um juízo perfeito na Teoria do Juiz Hércules, de Dworkin, e no Agir Comunicativo, de Habermas. O estudo se justifica diante da Era Pós Moderna, marcada pelo neoconstitucionalismo. Para tanto, utilizar-se-á do método da revisão bibliográfica, com a leitura de obras dos autores pesquisados, bem como de livros jurídicos, com os objetivos de comparar as ideias de ambos os filósofos e de apresentar os exemplos da súmula vinculante e da sentença de improcedência de plano como institutos que além de dificultar a aplicação dessas teorias, esbarram nos requisitos necessários para garantir a segurança jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito, necessários à proteção jurídica, sobretudo na sociedade contemporânea. O resultado retoma o trabalho desenvolvido e demonstra a dificuldade de se implantar a Teoria do Juiz Hércules. O alcance social engloba profissionais da área do Direito e da Filosofia.

Palavras-chave: Juiz Hércules; Dworkin; Agir Comunicativo; Habermas.

Riassunto: Il tema oggetto di questo studio si riferisce alla scelta del modello ideale di giudice, alla ricerca di risposte alle domande che riguardano le caratteristiche necessarie per un giudizio perfetto nella Teoria del

Giudice Ercole, di Dworkin, e nell'Agire Comunicativo di Habermas. Lo studio si giustifica dinanzi all'Era Post-Moderna, caratterizzata dal neocostituzionalismo. Per questo motivo si usará il metodo della revisione bibliografica, attraverso lo studio delle opere degli autori citati, come pure di pubblicazioni dell'area giuridica, avendo come obiettivo quello di paragonare le idee di entrambi i filosofi e di presentare gli esempi del procedimento giudiziale vincolante e della improcedenza di piano come degli istituti che, oltre a mettere in difficoltà l'applicazione di queste teorie, sono bloccati nei requisiti necessari per garantire la sicurezza giuridica e la pretesa di legittimità del Diritto, protezione legale necessaria, soprattutto nella società contemporanea. Il risultato prende il lavoro e dimostra la difficoltà di attuare la teoria Ercole Giudice. L'importanza sociale congloba professionisti dell'area del Diritto e della Filosofia.

Parole-chiave: Giudice Ercole; Dworkin; Agire Comunicativo; Habermas.

Introdução

O tema proposto neste estudo refere-se aos modelos de juiz, principalmente o Juiz Hércules, de Dworkin. Busca-se responder quais as características necessárias ao bom juízo, dentro do contexto da Era Pós Moderna, em que impera o advento do neoconstitucionalismo, cujos marcos filosóficos e jurídicos trazem a ordem principiológica ao Direito na atualidade, a

fim de estabelecer diretrizes diante da não subsunção de normas, quebrando com paradigmas até então dominantes, justificando, assim, a pertinência e a escolha do assunto pesquisado.

Ao buscar respostas para a problemática, este ensaio delimita-se à teoria do Juiz Hércules, narrada por Dworkin na obra “O Império do Direito” e criticada por Habermas no trecho da obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, mais especificamente correspondente ao capítulo V, Indeterminação do Direito e Racionalidade da Jurisprudência, do Volume I.

Assim, para cumprir com os objetivos de comparar as perspectivas de Dworkin e de Habermas quanto ao Juiz Hércules, bem como de apontar institutos jurídicos que impedem a aplicação da teoria de ambos os filósofos, a título exemplificativo, a súmula vinculante e o julgamento antecipado da lide, utiliza-se o método da revisão bibliográfica, com a leitura de obras filosóficas dos autores objeto de estudo e, também, da leitura de trechos de livros de Direito Constitucional e de Direito Processual Civil.

1. O diálogo entre Habermas e Dworkin sobre a Teoria do Juiz Hércules

O Juiz Hércules, objeto de estudo deste trabalho, guarda certa relação com a história mitológica do Hércules. O Direito Brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é marcado pela abertura principiológica como forma de legitimar decisões, tendo em vista o esgotamento da tutela jurisdicional exclusivamente através da interpretação literal das normas diante da necessidade de adequar-se os fatos à realidade. Trata-se do que se denomina neoconstitucionalismo, nomenclatura utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em comparação com o Direito surgido na Europa pós-guerra, a fim de designar os novos paradigmas surgidos após a redemocratização do Brasil à luz do pós-positivismo, que quebrou a idéia de legalidade estrita, sem desprezar o direito posto e buscou a reaproximação entre Direito e Moral (BARROSO, 2005).

Há, pois, o desfazimento do convencional, que se baseia tão somente na subsunção do fato à norma. Atualmente, acrescenta-se a isto a introdução de cláusulas gerais, que dão respaldo ao intérprete no caso de inexistência de normas exatas, ao colocar normas valorativas norteadoras de uma interpretação sistemática eficaz, como, por exemplo, a boa-fé, a ordem pública, o interesse social e a dignidade da pessoa humana, que servirão para ponderar qual direito irá prevalecer no caso concreto (BARROSO, 2005).

Desenvolveu-se, então, um processo de constitucionalização do Direito, centrado nos direitos fundamentais, na força normativa da Constituição e na expansão da jurisdição constitucional, fazendo surgir novas dogmáticas interpretativas.

Aliás, a obra de Dworkin é reflexo da história norte-americana, em que a Suprema Corte, nos anos 60, passou por reformas diante da luta pelos direitos civis.

Dworkin sustenta que o direito deve ser entendido como um processo de "interpretação construtiva", análogo ao de um crítico literário, não a serviço de uma avaliação estética, mas político-moral. Como pode haver teorias rivais igualmente coerentes com a jurisprudência, a legislação e a doutrina jurídica, aquela a ser escolhida deverá ser a mais adequada à justificação política mais aceitável naquelas circunstâncias. Coerência do direito e escolhas políticas não se separam, e a avaliação de uma teoria deve sempre considerar os propósitos do direito em geral e os objetivos da área particular do direito em que a questão se insere. O livro pode ser lido (e criticado) como uma tentativa de explicar o reformismo da Suprema Corte americana durante a luta pelos direitos civis nos anos 60, reformando a interpretação tradicional da Constituição. (MUÑOZ, 2000).

Neste contexto, relevam-se as discussões sobre a legitimidade do poder de decisão, ou seja, as normas abertas, como os princípios, favorecem a utilização de critérios também abertos e, em consequência, a interpretação ampliativa, trazendo à baila os questionamentos sobre os papéis dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Neste tópico, ater-se-á ao Poder Judiciário, mais especificamente às características necessárias a um juiz que irá julgar casos difíceis, bem como apontar-se-á as limitações desta alegoria ideal, conforme os pensamentos de Dworkin e de Habermas, de modo a responder à pergunta: “De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade do Direito?” (HABERMAS, 1997, p. 261).

Para responder a esta indagação, Dworkin, especialmente na obra "O Império do Direito", cria um “juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (DWORKIN, 2007, p. 287), ao qual chamou de Hércules.

(...) Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. (...). (DWORKIN, 2007, p. 294).

É evidente a relação entre o Juiz Hércules, de Dworkin, e o Hércules, da mitologia romana. Ambos têm capacidade sobre-humana. O personagem mitológico é um semideus que adquire a imortalidade, a teoria filosófica traz Hércules com toda a força, metáfora do que um juiz precisa para julgar com perfeição, da mesma forma que o herói precisou para desempenhar com eficiência os seus doze trabalhos árduos.

Ao Juiz Hércules de Dworkin, Habermas lança críticas, dizendo se tratar de uma

“teoria pretensiosa” e que se limita à construção de teoria do direito, e não de uma teoria da justiça (HABERMAS, 1997, p. 262-263).

Para Dworkin, Hércules tem que respeitar o espírito de integridade, a fim de escolher a melhor interpretação "do ponto de vista da moral política como um todo", porque a tutela se refere aos princípios comuns da comunidade política que almeja a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo (DWORKIN, 2007, p. 313-314). Para tanto, o juiz modelo lançará mais perguntas do que respostas, optando pela ação moralmente justificada. O pensador impõe a interpretação construtiva, preocupando-se com o propósito fundamental do intérprete.

Dessa forma, interpretar o Direito é, primeiro, analisar como foram solucionados os casos semelhantes. Trata-se da chamada “teoria coerencial do Direito”, que impõe uma reconstrução a partir de decisões passadas. Habermas, porém, critica a Teoria Coerencial do Direito, pois, para ele, há a necessidade da análise histórica, pois as situações imprevisíveis são produzidas através da história, diferentemente de Dworkin.

O Hércules rejeita o convencionalismo, "que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais" (DWORKIN, 2007, p. 488-489) e rejeita, também, o pragmatismo, que vê nos juízes os arquitetos para um futuro melhor. Em contrapartida, Hércules acata a interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade ao adotar a ideia de integridade, pois o juiz deve avaliar como foram decididos outros casos, "de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas", em consonância com o Estado de Direito (DWORKIN, 2007, p. 291).

Além da integridade e do talento sobre-humano, Dworkin (2007) coloca que Hércules tem tempo infinito ao seu dispor e que a escolha dos melhores princípios comuns em prol do coletivo não é uniformidade, e sim o atendimento da melhor interpretação construtiva nas conformidades do ideal político, em que "os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais" (DWORKIN, 2007, p. 267).

Habermas, de início, apresenta a concordância com alguns pontos da Teoria do Juiz Hércules, como, por exemplo, o que ele denomina de “dois componentes de um saber ideal” – o conhecimento de todos os princípios e objetivos válidos, simultaneamente com a “visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos” (HABERMAS, 1997, p. 263). Entretanto, logo após traz algumas críticas, revelando a discordância e as limitações à teoria inerentes a esses dois componentes. São elas: a) a sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules; b) a possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos (princípios e força de

justificação deontológica; lógica da argumentação e discursos de fundamentação e de aplicação); c) a necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir “erros” (HABERMAS, 1997, p. 263).

Em suma, Habermas tem por base um pensamento dinâmico, o que faz com que haja dúvidas quanto ao referencial a ser observado, isto é, ao menos parte da história pode vincular-se a erros, afetando tudo o que daí decorre, inclusive a decisão judicial, porque o ideal político de proteção da integridade, orientada pelos princípios de justiça, igualdade e liberdade poderia expressar uma falsa idealização e, assim, “a prática constitucional poderia enganar-se sobre si mesma, trazendo conseqüências e sobrecarregando as instituições com tarefas cuja solução é impossível” (HABERMAS, 1997, p. 268). Para evitar isso, é necessário um alargamento da teoria com o acréscimo de uma contínua aprendizagem, “para que uma justificação da história institucional possa provar que uma determinada parte desta história repousa sobre erros” (HABERMAS, 1997, p. 263-264).

Para alguns, as considerações de Habermas, por trazer o multiculturalismo, podem parecer relativistas. No entanto, numa leitura atenta da obra do autor, percebe-se que isso é um equívoco e que, na verdade, a proposta do filósofo é abranger a sociedade pluralista, decidindo sim a respeito de determinado aspecto, mas, ao mesmo tempo, permanecendo aberto a outras possibilidades, inclusive para colocar em xeque o que já foi decidido.

Dworkin, antes de adentrar nos detalhes sobre o Hércules, faz autocríticas esclarecedoras, levando a impressão de dúvida sobre sua própria teoria ao intérprete da obra ao afirmar que “um juiz verdadeiro, só pode imitar Hércules até certo ponto” (DWORKIN, 2007, p. 294).

(...) Nossa preocupação principal foi identificar os pontos de ramificação do argumento jurídico, os pontos em que a opinião se divide da maneira proporcionada pelo direito como integridade. Para cada caminho seguido por Hércules, com base nessa concepção geral, um outro jurista ou juiz, que partisse da mesma concepção, encontraria um caminho diferente e terminaria em um lugar diferente, tal como o fizeram os juízes de nossos casos experimentais. Ele terminaria de forma diferente, pois se afastaria de Hércules, seguindo suas próprias considerações, mais cedo ou mais tarde, em algum ponto polêmico da discussão. (DWORKIN, 2007, p. 491).

Percebe-se que, para Dworkin, há a possibilidade de uma única interpretação correta para cada caso em específico, desde que os juízes hajam como o Hércules, com predominância dos interesses da coletividade sobre os particulares e de acordo com a moral política.

Por sua vez, Habermas enfatiza a dependência da história, justificada pela necessária interpretação sistemática, isto é, uma norma válida precisa de complementação coerente das demais (GÜNTHER, 1989, p. 300, apud HABERMAS, 1997, p. 272), sendo que Dworkin reconcilia a história com a justiça (HABERMAS, 1997, p. 264).

A Teoria do Direito habermasiana elabora a tensão entre facticidade e validade e somente neste âmbito pode-se pensar na efetivação dos direitos, já que nesta tensão há pluralidade de sentidos, expresso internamente (coerção e legitimidade) e externamente (poder político e autonomia dos cidadãos) (SEGATTO, 2008, p. 37). Caso contrário, haveria a preponderância de princípios normativistas ou de princípios objetivistas, correndo o risco de, respectivamente, ausentar-se da realidade social ou deixar quaisquer aspectos normativos (HABERMAS, 1997, p. 23).

Dessa forma, Habermas questiona se as exigências ideais colocadas por Dworkin seriam tão somente a expressão de uma idéia que deve servir de orientação ou se estes ideais tomados como parâmetro são falsos, o que limita a Teoria do Juiz Hércules, tornando-a contraditória sobre si mesma, já que, ao escolher o Hércules como paradigma ideal, conseqüentemente, haveria também a escolha de um interesse, em detrimento de outro, retirando, assim, a necessária imparcialidade e passando a abarcar decisões parciais.

Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por ele no trabalho nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de „racionalizar“ decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito (...). (HABERMAS, 1997, p. 266).

Assim, o juízo pode ser considerado correto se a aplicação for imparcial e se uma norma válida é a única aplicável a um caso. As normas que Dworkin atribui como regras, são exceções. Há necessidade de determinar qual é a norma que será apropriada quando houver colisão entre princípios contraditórios, de modo que os esforços de Hércules não sejam em vão (HABERMAS, 1997, p. 269).

Em outras palavras, a facticidade da validade social (enfoque objetivador), associada aos discursos de aplicação, e a legitimidade da pretensão ao reconhecimento normativo (enfoque performativo), identificadas como validade, respaldam o processo hermenêutico da aplicação de normas”, porque, mesmo que existam expectativas de comportamentos a partir de padrões determinados, o intérprete, seja o juiz ou o legislador, deve adaptar-se ao

dinamismo dos processos históricos, de modo a não comprometer a segurança jurídica (HABERMAS, 1997, p. 271 et seq.).

Além disso, através dessa tensão colocada por Habermas, há lugar para a “reserva falibilista”, tendo em vista que nem sempre os atores são orientados pelo sucesso, o qual exige a integração por meio do agir comunicativo, “que se situa no nível de expectativas obrigatórias de comportamento em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos”, diferente do agir estratégico, que se limita no nível de fatos sociais (HABERMAS, 1997, p. 50 et seq.).

Deste modo, Habermas apresenta uma reformulação da proposta de Dworkin, ao substituir os ideais pelos paradigmas, eis que existe o mundo da vida, tido como a forma de saber em que há consenso (“saber-de-orientação-cultural”) e que serve para nortear a compreensão, aliviando “Hércules da supercomplexa tarefa de colocar „a olho” uma quantidade desordenada de princípios aplicáveis” à mesma situação (HABERMAS, 1997, p. 275).

À Teoria do Juiz Hércules, de Dworkin, Habermas a supera através do acréscimo da compreensão procedimentalista do Direito, em que os paradigmas jurídicos fixo e alternativo se abrem uns aos outros e comprovam a pluralidade de interpretações igualmente coerentes do mesmo caso (HABERMAS, 1997, p. 275).

2. As dificuldades para implementar as Teorias do Direito de Habermas e de Dworkin no ordenamento jurídico brasileiro

François Ost, jurista, filósofo e escritor belga, no seu clássico texto “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, cuja tradução em espanhol foi publicada na Revista Doxa, n. 14, de 1993, critica os modelos de juízes, sugerindo que a aplicação do direito se deve pautar nos pressupostos hermenêuticos capazes de afastar a indeterminabilidade dos textos jurídicos (STRECK, 2010).

Para Ost (1993)¹, é preciso superar o solipsismo, porque a evolução em curso impede a adoção de um modelo, colocando-o em crise no contexto da Era Pós Moderna, merecedora de algo melhor do que este artifício teórico e caracterizada pelo paradoxo da ausência de referências e, simultaneamente, da abundância de referências. Ainda assim, o autor insinua

¹ Embora a ênfase do presente estudo não se refira à teoria de Ost (1993) sobre os tipos de juízes, é interessante, é interessante fazer menção, além do Juiz Hermes, às características de Júpiter e de Hércules, de acordo com Ost (1993), a fim de estabelecer as diferenças e os pontos em comum com o Juiz Hércules, de Dworkin (2007).

que o modelo Hermes seria o ideal, ou seja, preza-se pelo juiz sempre em movimento, o mediador universal entre os discursos, aquele que ocupa o vazio entre céu, terra e inferno.

Trata-se de uma estrutura de rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e que, para lidar com tamanha complexidade, o Hermes precisa utilizar a Teoria Lúdica do Direito, de forma que a legitimidade não seja nem transcendência, nem imanência, e sim dialética com reformulação de respostas direcionadas ao bom direito, com caráter inacabado, para que a interpretação não seja monopolizada. Mas, o Hermes de Ost difere do Hermes de Dworkin.

Já o Juiz Hércules, de Dworkin, aproxima-se do Juiz Júpiter, de Ost, porque se Júpiter se humaniza, Hércules também poderia, ao inverso, abnegar-se de sua condição humana, ao menos parcialmente, e elevar-se a qualquer forma de racionalidade superior (OST, 1993). Pela narrativa de Dworkin, Hércules seria a perfeição, o deus para julgar, o juiz racional que leva os direitos a sério e que domina o Império do Direito e que se consagra em todas as ocasiões, principalmente ao achar a resposta correta para os casos difíceis.

As idéias que Ost (1993) coloca sobre o Juiz Hermes assemelham-se com as da Teoria do Direito de Habermas. Ambos elucidam que um dos desafios do Direito Pós Moderno é a importância da democracia para a cidadania e para assegurar o destino das gerações. Todavia, os pensadores diferem, à medida que, para Habermas (1997, v. I, p. 266) “a indeterminação interna do direito não resulta da estrutura do próprio direito, como os críticos pensam, e sim da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica”, enquanto que, para Ost (1993), essa indeterminação é oriunda da crise dos modelos de juiz no contexto da Pós Modernidade.

Ousamos em trazer um ponto de vista mais específico, com a ressalva de que os filósofos não são brasileiros e que, portanto, pode-se supor que desconhecem a realidade do Brasil, já que cada situação concreta tem a sua peculiaridade. Da análise da afirmação de Habermas transcrita no parágrafo anterior, em conjunto com o trabalho de Ost, discordamos do fato de a indeterminação do Direito ser produto da recusa dos juízes e, também, de culpar a pós modernidade pela crise de modelos.

O argumento de Habermas (1997) é radical e ingênuo ao transferir a responsabilidade tão somente aos juízes, pois os trabalhos do Poder Judiciário dependem de uma série de fatores, como os recursos materiais que o Estado disponibiliza, os recursos humanos, que incluem não só quem faz parte diretamente deste poder, como também aqueles que estão direta ou indiretamente envolvidos, como as partes de um processo, os advogados, o

Ministério Público, a Advocacia Pública, setores de acordos extrajudiciais (Arbitragem e Procon, por exemplo) entre outros.

Por outro lado, associar a indeterminação do Direito à crise da Era Pós Moderna, como faz Ost (1993), é lançar um ideal demasiadamente simplista, transferindo a culpa para o “sistema” e retirando das costas humanas a parcela desta responsabilidade, o que já se tornou lugar comum.

Embora haja discordâncias, não há como negar que, em alguns casos, podem ser aplicadas as opiniões de Habermas (1997) e de Ost (1993), porém essas mesmas opiniões não podem servir para se tornarem paradigmas de explicação do fenômeno da indeterminação do Direito, correndo o risco de contradizer a própria teoria de Habermas (1997), que tem como pano de fundo o pluralismo de ideias. Ademais, cabe observar que, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, há institutos previstos em normas diversas que contribuem para essa indeterminação e, inclusive, impõe aos juízes uma forma de julgar exclusiva, mitigando a margem de discricionariedade e o livre convencimento motivado, como se pode perceber, a título exemplificativo, dos dois institutos a seguir.

2.1. Súmula vinculante

A Súmula Vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de deixar de aumentar a quantidade de processos submetidos aos tribunais e, em consequência, diminuir custos de manutenção e solucionar os casos com mais agilidade. É originária da Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe a chamada “Reforma do Poder Judiciário” e introduziu o artigo 103-A na Constituição Federal, in verbis.

CF, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A Lei que o texto constitucional se refere é a de número 11.417/2006, que regulamentou o dispositivo acima, juntamente com a Resolução 381/STF, de 29.10.2008, e com a Resolução/STF 388, de 5.12.2008.

Observa-se as restrições impostas. Somente o Supremo Tribunal Federal pode editar Súmula Vinculante, obrigando diretamente os órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo e possibilitando, no caso de descumprimento, a Reclamação de qualquer interessado perante o STF.

As súmulas diferem dos precedentes. Estes se dão em casos concretos e, eventualmente, influenciam decisões futuras, enquanto aquelas trazem enunciados gerais e abstratos (assemelhando-se às leis) e visam à solução de caso futuro, de forma coerente dentro da comunidade política. Diferem, também, das leis, porque os mecanismos legais para propor, rever e cancelar súmula/lei são diferentes (CANOTILHO et al., 2014).

A propositura, revisão ou cancelamento de súmula vinculante pode se dar de ofício pelo Supremo Tribunal Federal ou através de provocação dos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), bem como do Defensor Público-Geral da União e dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Militares (artigo 3º, incisos I a XI, da Lei 11.417/2006).²

Os Municípios também têm legitimidade para a propositura de súmula vinculante, desde que o faça incidentalmente ao curso de processo em que seja parte (artigo 3º, § 1º, da Lei 11.417/2006).

Há, ainda, a possibilidade de manifestação de terceiros (§ 2º do artigo 3º da Lei 11.417/2006 e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), que deverá ocorrer no prazo de cinco dias, a contar da data de publicação de edital de convocação na imprensa oficial (Resolução 388/2008 do STF). Em seguida, o processo é encaminhado à Comissão de Jurisprudência, com cópia para o Procurador-Geral da República e para os Ministros da Corte. O Presidente do STF submeterá ao Plenário ou, se ausentes pressupostos formais, determinará o arquivamento.

Submetida ao Plenário, a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 2º, § 3º, da Lei 11.417/2006). O enunciado da súmula será

² Em alguns casos, além da legitimidade do proponente, exige-se a pertinência temática, assim como na ADI, a fim de evitar a utilização político-corporativa. É este o entendimento de Lênio Streck (in CANOTILHO et al., 2014), embora não haja previsão legal desta regra.

publicado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, no prazo de dez dias após a sessão (art. 2º, § 4º, da Lei 11.417/2006).

A súmula vinculante tem eficácia imediata, mas é possível a modulação temporal dos seus efeitos, sendo que o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, nos termos do art. 4º da Lei 11.417/2006.

Devido à ideia da súmula vinculante, qual seja, a de impor padrões com obrigatoriedade de cumprimento, há discussão no sentido de que a utilização deste tipo de norma “engessa” o sistema jurídica, em detrimento das mudanças sociais. Lênio Streck (2014) discorda deste posicionamento, manifestando-se no sentido de que “há previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados” (STRECK, 2014).

Não obstante as afirmações deste exímio constitucionalista, ousamos discordar, diante de experiências no âmbito do Direito Comparado que comprovam o inverso, deixando implícito que os fatores sociais estão à frente das normas e que, por isso, é necessário adaptar-se rapidamente. Logo, a edição de uma súmula contribui para a demora desta adaptação.

Dworkin, na obra “Levando os Direitos a Sério”, traz importante relato do direito inglês e norte-americano, ocorrido entre o final do século XIX e início do século XX, em que os Tribunais tentaram desenvolver regra específica a partir de precedentes e que pudesse ser aplicada a casos futuros. Entretanto, esta experiência não foi duradoura porque a tradição preponderou e, assim, os casos futuros é que determinaram o precedente e não o contrário (DWORKIN, 2002, p. 172-173).

Salienta-se, ainda, que na prática a norma inserida no artigo 103-A da Constituição Federal, no que tange aos requisitos da controvérsia atual e originária entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública, de forma que acarrete grave insegurança jurídica e a possibilidade da ocorrência de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, muitas vezes são descumpridos e a discricionariedade impera, ainda que não se aplique.

Verifica-se que a súmula vinculante confronta-se com o modelo deliberativo de democracia colocado por Habermas, que preleciona que “as normas de direito só podem obrigar duradouramente quando os procedimentos que comandaram o seu surgimento forem reconhecidos como legítimos” (HABERMAS, 1993, p. 106). É nesse reconhecimento que surge o agir comunicativo, que, segundo o pensador alemão, é necessário para estabelecer o dinamismo entre facticidade e validade e, assim, garantir simultaneamente a segurança

jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito. No caso da súmula vinculante, é evidente a interpretação direcionada exclusivamente ao STF, até mesmo porque somente o STF pode editar a súmula vinculante e, curiosamente, o mesmo STF é que julga os casos de propositura, revisão ou cancelamento, ou seja, julga a si próprio, o que denota ainda mais a crise da legitimidade democrática (SCHNEIDER, 2014).

Quanto às ideias de Dworkin, as Súmulas Vinculantes também não encontram respaldo porque o filósofo é explícito ao dizer que rejeita o pragmatismo e o convencionalismo, características facilmente observadas nas súmulas. Além disso, pode ocorrer, ainda que de forma sutil, incompatibilidade com o Direito como Integridade, já que este pressupõe a melhor interpretação, coerente, construtiva e estruturada por princípios de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, o que nem sempre as Súmulas Vinculantes irão possuir, diante do lapso temporal entre sua edição e o caso concreto, por exemplo, acabando por desacompanhar a evolução social.

2.2. Julgamento Liminar de Mérito: a improcedência *prima facie*

A legislação processual civil prevê três casos de julgamento pela improcedência liminar, sem a necessidade de seguir a regra de abertura da fase instrutória (probatória) do trâmite. São eles: a) o indeferimento da petição inicial em razão de prescrição ou decadência (carência de interesse processual) (artigos 240, 485, inciso I, 487, inciso II, e 330, inciso III, do Código de Processo Civil); b) o julgamento imediato de causas repetitivas (artigo 332 do Código de Processo Civil); e c) a rejeição liminar dos Embargos à Execução manifestamente protelatórios (artigo 918, inciso III, do Código de Processo Civil). Ao presente estudo, interessa o segundo caso mencionado, denominado “sentença de improcedência de plano”, pois os casos de prescrição e de decadência são justificados à medida que são causas de ordem pública, da mesma forma, também é justificada a rejeição dos Embargos à Execução protelatórios, com base nos princípios da boa-fé e da celeridade.

A sentença de improcedência de plano está prevista no artigo 332 do Código de Processo Civil (artigo 285-A do CPC/1973, incluído pela Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006). De acordo com as regras contidas neste preceito:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Observa-se que o julgamento de improcedência de plano se dá antes mesmo da citação do Réu ao processo, o que causa estranheza. Didier Júnior (2012) e Theodoro (2014) esclarecem que se trata de decisão apta a ficar indiscutível pela coisa julgada material e que, embora sem ouvir o Réu, é a favor dele, sendo que o contraditório em relação ao autor é evidenciado através do efeito regressivo da Apelação, em que há possibilidade do juiz retratar-se da decisão tomada. Caso o autor interponha recurso de Apelação, o réu será citado, independentemente se o juiz se retratar ou não.

Em que pese a boa intenção da celeridade, não há que se negar que o julgamento nos preceitos do referido artigo massifica o Poder Judiciário e restringe em demasia o papel dos juízes. Verifica-se, portanto, que a Teoria do Juiz Hércules, de Dworkin, não se aplica nesta hipótese, eis que o juiz não analisa as minúcias de cada caso (fato) concreto, porque o que importa aqui são as questões controvertidas limitadas ao direito (tese jurídica). Por outro lado, pode-se relacionar o personagem fictício de Dworkin a algumas situações, pois se o caso em análise não apresenta controvérsias fáticas, poderia ser associado ao caso fácil, e não ao caso difícil, o que afasta a necessidade de um trabalho hercúleo.

O Juiz Hércules relaciona-se ao fato de que para se chegar à prolação de uma sentença de improcedência de plano, há como um dos requisitos a existência de precedentes, o que confirma a perspectiva de Habermas, quando se elenca o reagir de modo adaptador aos processos históricos para se atingir a segurança jurídica (HABERMAS, 1997, p. 273). Entretanto, a pretensão de legitimidade do Direito colocada por Habermas não parece ser atingida porque o agir comunicativo não se dá de forma plena, eis que a análise pauta-se tão somente nos aspectos de direito, deixando ausente a análise fática (facticidade).

Considerações Finais

Diante do exposto no decorrer deste artigo, percebe-se a dificuldade em se estabelecer critérios objetivos para um julgamento eficaz, sobretudo nos casos difíceis referidos por Dworkin.

Ficou nítido que tanto a Teoria do Juiz Hércules, de Dworkin, quanto o Agir Comunicativo, de Habermas, embora tragam elementos dignos de alta estima e apreço, inclusive para estudar o Direito Comparado, eis que ambos os autores não são brasileiros, ainda assim são teorias incapazes de suprir a indeterminação do Direito Brasileiro, tendo em vista que há institutos jurídicos, como a súmula vinculante e a sentença de improcedência de plano, que além de dificultar a aplicação dessas teorias, esbarram nos requisitos necessários para garantir a segurança jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito.

Portanto, ao que se deduz do estudo, os casos difíceis estão além dos mecanismos jurídicos que a capacidade humana desenvolveu até então. Como ponto de partida, neste trabalho, fizemos este breve retrospecto comparativo entre os autores Dworkin e Habermas no que se refere a uma decisão judicial eficaz. Enquanto Dworkin propõe a Teoria do Juiz Hércules, Habermas desenvolve o que ele denomina de "Agir Comunicativo".

Embora os pensadores tragam elementos comuns, no sentido de buscar pelo melhor critério a ser aplicado com a finalidade de se encontrar a melhor decisão, ambos adotam pontos de vista diferentes, pois enquanto o alemão se baseia na ideia de abertura aos intérpretes, o americano se pauta numa perspectiva histórica. A dificuldade quanto à efetividade da argumentação, contudo, é esclarecida no decorrer das obras.

Essa difícil aplicabilidade é ainda mais nítida no Brasil, quando se observa os exemplos colocados no decorrer deste trabalho: sentença de improcedência *prima facie* e súmula vinculante. Além disso, nota-se que o sistema jurídico brasileiro é diferente dos sistemas jurídicos da Alemanha e dos Estados Unidos, o que torna ainda mais complexa a concretização destes modelos na atual conjuntura brasileira.

Deste modo, para uma eventual efetividade destas teorias no ordenamento jurídico brasileiro, demandaria uma série de especificidades que devem ser refletidas. Em outras palavras, teria que adotar apenas aquilo que pode ser compatível com a realidade do Brasil, de modo a reformulá-las "à moda brasileira", o que requer outros estudos que escapam aos objetivos do presente trabalho.

Referências

ARANHA. Maria Lúcia de Arruda; MARTINS. Maria Helena Pires. **Temas de Filosofia**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1998. 256 p.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

BÍBLIA de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2002.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.695/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2373898>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. Lei 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 388/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao388-2008.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 381/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO381-2008.PDF>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Dworkin e a Teoria dos Direitos. In: _____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

_____. **Teoria Crítica e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

MUÑOZ, Alberto Alonso. Lições de Direito. **Folha de São Paulo**, Jornal de Resenhas, Discurso Editorial USP/Unesp/UFGM, Caderno Especial, 14 out. 2000.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, tradução de Isabel Linfante Vidal. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, ano 4, n. 8, 2007, p. 101-130. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014.

SCHNEIDER, Juliana Cordeiro. Súmula Vinculante e Uniformização Jurisprudencial. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cbe68589759f5663>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade, in NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. O (Pós-)Positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários, in **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 7, p. 15-45, Vitória, jan./jun. 2010. Disponível em: www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf. Acesso em 01 de julho de 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.