

# O JUIZ COMO SISTEMA: AS DECISÕES JUDICIAIS COMO PROCESSOS DE SIMPLIFICAÇÃO DA COMPLEXIDADE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

<sup>1</sup>Heloisa de Carvalho Feitosa

## Resumo

Diante de uma sociedade em constante transformação, a interpretação e aplicação das normas ganha papel de destaque. Os conflitos são inerentes à vida em sociedade e se intensificam, aumentando a complexidade das relações estabelecidas. Da complexidade cada vez maior das demandas sociais surge a necessidade de uma figura pacificadora, que venha a exercer a função de decidir as questões entre os sujeitos, promovendo a manutenção da paz social e viabilizando a própria vida em sociedade. Esse papel de resolução de conflitos e promoção da justiça, restabelecendo a paz social, foi confiado ao juiz. Nesse cenário é importante refletir acerca da forma que o julgador exerce o seu papel. Indaga-se se estaria ele voltado sempre a exercer a jurisdição almejando a promoção da equidade e da justiça. A fim de dar respostas às indagações aventadas, o presente trabalho será desenvolvido a partir do método de pesquisa qualitativa, através da técnica de pesquisa e revisão bibliográficas. Será adotada a visão sistêmica de Niklas Luhmann, visando enquadrar o juiz e o seu processo de decisão nas categorias da teoria desenvolvida pelo autor em voga. Serão expostas algumas características e noções desenvolvidas por Ronald Dworkin na elaboração do “juiz Hércules”, confrontando essa figura flagrantemente ideal com a sua (im)possibilidade fática.

**Palavras-chave:** Teoria dos sistemas; decisões judiciais; Niklas Luhmann; Ronald Dworkin.

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós – Graduação em Direito Constitucional – PPGDC da Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Superior de Advocacia de Pernambuco. Advogada regularmente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil pela seccional do estado do Rio de Janeiro.

# **THE JUDGE AS A SYSTEM: JUDGMENTS AS PROCESSES TO SIMPLIFY THE COMPLEXITY ON THE PERSPECTIVE OF NIKLAS LUHMANN'S SYSTEM THEORY**

## **Abstract**

Faced with a rapidly changing society, the interpretation and application of the rules wins leading role. Conflicts are inherent in social life and intensify, increasing the complexity of that relationship. The increasing complexity of the social demands of the need for peacemaking figure who exercises the function of deciding the issues between subjects, promoting the maintenance of social peace and enabling the very life of society arises. This role of conflict resolution and the promotion of justice, restoring social peace, was entrusted to the judge. In this scenario is important to reflect on the way that the judge exercises his role. Inquires whether he would ever come back to exercise jurisdiction aiming at promoting equity and justice. In order to give answers to the questions aired, this work will be developed from the qualitative research method, through technical research and literature review. Systemic view of Niklas Luhmann, seeking to frame the judge and the decision process in the categories of the theory developed by the author in vogue is assumed. Will be exhibited some features and concepts developed by Ronald Dworkin in preparing the "judge Hercules" blatantly confronting this ideal figure with its ( im ) possibility factual.

**Key-words:** Systems theory; judgments; Niklas Luhmann; Ronald Dworkin.

## **1- Introdução: plano de trabalho**

Diante de uma sociedade em constante transformação, a interpretação e aplicação das normas ganha papel de destaque. Os conflitos são inerentes à vida em sociedade e se intensificam, aumentando a complexidade das relações estabelecidas. Da complexidade cada vez maior das demandas sociais surge a necessidade de uma figura pacificadora, que venha a exercer a função de decidir as questões entre os sujeitos, promovendo a manutenção da paz social e viabilizando a própria vida em sociedade.

Esse papel de resolução de conflitos e promoção da justiça, restabelecendo a paz social, foi confiado ao juiz.

Num contexto de judicialização da vida privada, à medida que é crescente a busca do Judiciário para solução de questões, é natural que o processo de decisão do juiz ganhe relevância, enquanto objeto de estudo. A filosofia e a teoria do direito muito se ocuparam do tema, demonstrando a sua pertinência.

A presente pesquisa pretende analisar o papel exercido pelo juiz na tomada de decisões e construção do Direito. O objetivo é suscitar a reflexão se, em âmbito de decisão judicial, de fato o juiz desenvolve um processo decisório que busque uma solução mais justa, voltada à harmonização e a construção da regra mais adequada ao caso concreto. Levanta-se o questionamento sobre a viabilidade de estabelecimento de um modelo procedimental a ser seguido nos processos decisórios, e da crença na imparcialidade do julgador.

O trabalho será desenvolvido a partir do método de pesquisa qualitativa, através das técnicas de pesquisa e revisão bibliográficas. Será adotada a visão sistêmica de Niklas Luhmann, visando enquadrar o juiz e o seu processo de decisão nas categorias da teoria desenvolvida pelo autor em voga. Uma vez que o trabalho se propõe a tão somente provocar a discussão sobre as concepções ideais de juiz/julgador, serão expostas algumas características e noções desenvolvidas por Ronald Dworkin na elaboração do "juiz Hércules", confrontando essa figura flagrantemente ideal com a sua (im)possibilidade fática.

Trabalha-se com a hipótese inicial de que o juiz – enquanto membro do Judiciário – atua como um subsistema seu, sempre visando selecionar as opções de solução disponíveis no ambiente - conflito que viabilizem a manutenção da sua existência e que se prestem a simplificar a complexidade crescente.

## **2- Breves notas sobre a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**

Niklas Luhmann nasceu em 08 de dezembro de 1927 em Lüneburg, Alemanha. Com formação em Direito pela Universidade de Freiburg (1949), começou logo depois

de formado a trabalhar como funcionário público. Em 1960 vai para os Estados Unidos para se especializar em Administração na Universidade de Harvard. Lá conhece a Teoria dos Sistemas de Talcott Parsons, que serviu de ponto de partida para a criação da sua própria teoria, de traços distintos. Depois de finalizada a sua especialização, retorna à Alemanha e ao seu trabalho na Administração Pública.

Em 1965, por incentivo de um amigo – Helmut Schelsky – ingressa na carreira acadêmica. Após um doutoramento pela Universidade de Münster, passou a lecionar na Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld, onde permaneceu trabalhando até a sua aposentadoria em 1993. Possui uma obra extensa com mais de trinta livros e cerca de trezentos artigos, versando sobre os mais diversos assuntos (direito, pedagogia, economia, etc.). Faleceu em 06 de novembro de 1998 em Oerlinghausen, Alemanha.

## **2.1 – Niklas Luhmann e a influência de Talcott Parsons**

Talcott Parsons desenvolveu um sistema teórico geral para a análise da sociedade que foi denominado de funcionalismo estrutural. Para Parsons a sociedade é um sistema estruturado com base em quatro subsistemas: o cultural; o social; o econômico; e o político.

Parsons concebe o homem como parte do sistema social, dotado de determinadas funções que deveriam ser desempenhadas a fim de manter e aperfeiçoar esse sistema. O indivíduo é, para ele, naturalmente um reflexo das estruturas, devendo preservá-las. Agindo contrariamente, deveria suportar a ação dos mecanismos de controle social, como a moral, a ética, a atuação do Estado Juiz ao aplicar sanções, etc. Na sua perspectiva o sistema era algo estável que sempre funcionava buscando a harmonização e solução consensual. Dessa forma, Parsons via as dissonâncias como desvios e expressões de patologia que ameaçavam a integridade do todo.

Como indica o próprio Luhmann (2009, p. 28), o funcionalismo estrutural de Parsons

Se via em apuros para responder ao problema da história: que espaço temporal e que mudanças era necessário identificar para que a sociologia (ou simplesmente um observador) pudesse afirmar que uma sociedade havia se tornado um sistema diferente? [...] quantas mudanças era preciso identificar para que qualquer observador coincidentemente assentisse que a sociedade antiga havia tido estruturas que já não operavam, nem emergiam na sociedade?

A teoria dos sistemas de Luhmann é elaborada utilizando visão interdisciplinar e visando suprir as lacunas das análises sistêmicas anteriores. Diferentemente da teoria parsoniana, o homem não está no sistema social, nem na sociedade (formada por todos os sistemas sociais). Na teoria luhmanniana o homem faz parte do ambiente dos sistemas sociais, constituindo, por si, um sistema psíquico.

Luhmann entende que os sistemas trabalham com códigos binários para a realização de escolhas nos processos de comunicação com o ambiente e com outros sistemas. O sistema jurídico, subsistema do sistema social, trabalha com o código direito / não direito. Dessa forma, observa-se que para o autor alemão cada sistema não tem que operar de forma a respeitar e manter a estrutura. Ao contrário, tem que atuar simplificando a complexidade a fim de sobreviver às irritações do ambiente, que são o que motiva as suas eventuais diferenciações. As estruturas luhmannianas são por sua natureza mutáveis, como estratégia do sistema para se adaptar à complexidade crescente.

## **2.2 – A teoria dos Sistemas**

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann tem a pretensão de ser universal e aplicável a tudo que existe. É desenvolvida, assim, como uma teoria geral da sociedade. Justamente por essa razão ela se revela complexa e abstrata, sobretudo pelo perfil interdisciplinar do autor, que se utiliza de conceitos da biologia, da cibernética e da neurofisiologia. Para a realização do objetivo do presente trabalho, passa-se a exposição sintética de conceitos e aspectos da teoria dos sistemas de Luhmann.

Nota-se que Luhmann se preocupou com a complexidade do mundo e da sociedade, pois a teoria sistêmica por ele concebida propõe-se a operar a redução dessa complexidade. No seu intento apresenta um possível caminho para se estabelecer a ordem a partir do caos. Os sistemas são construções reais, não abstratas. Por essa razão ao observar o Direito como sistema Luhmann entende que ele deve ser entendido como uma rede de operações fáticas. Sendo essas operações sociais, são, por conseguinte, comunicação (CHAMON JR., 2007, p. 51).

Para o autor alemão existem quatro tipos de sistemas: os *não vivos* (incapazes de se autoproduzir); os *vivos* (como as células, os animais, o corpo humano; possuem a

capacidade de se autoproduzir); os *psíquicos* (como a consciência, composta pelos pensamentos); e os *sociais* (compostos pela comunicação). Os três últimos tipos são autoreferentes, autopoéticos e operacionalmente fechados (mantendo-se cognitivamente abertos). E todos os sistemas sociais formam a sociedade.

O fechamento operacional do sistema permite que ele observe o ambiente sem colocar em risco a sua identidade. Não há que se falar, dessa forma, em importação ou exportação de dados de um sistema para o outro, ou entre o sistema e o ambiente.

Os sistemas são compostos exclusivamente por comunicação. O processo de comunicação se dá quando aquele que recebe a informação (*ego*) capta a emissão e compreende o estímulo daquele que envia a informação (*alter*). A informação é construída por *ego*. Por isso tem-se a comunicação, ainda que a informação selecionada e traduzida por *ego* não corresponda à emitida por *alter*.

O sistema opera buscando sobreviver e se manter em face de um ambiente complexo, a partir da seleção de elementos ali dispostos que façam sentido para a sua função. Seleciona apenas elementos que façam sentido, objetivando diminuir a complexidade do ambiente para ele, e legando aos demais elementos não selecionados a condição de potencialidades futuras. A tendência é de que em um ambiente mais complexo o sistema se torne mais complexo. Porém é importante destacar que o aumento da complexidade interna do sistema não pode ser considerado mero reflexo do ambiente, já que é fruto de uma construção auto-referente.

Prosseguindo o esclarecimento dos conceitos abordados na Teoria dos Sistemas de Luhmann, observa-se que o *ambiente* é o entorno do sistema (que com ele não se confunde, sob pena de morte do sistema). No ambiente está tudo que não é comunicação, mas pode vir a ser. E a noção de complexidade creditada aos sistemas e ao ambiente traduz a existência de mais possibilidades do que o sistema pode realizar em um dado momento.

Cada vez que opera o sistema torna-se mais complexo. Quando o número de possibilidades aumenta a um nível intolerável, o sistema se autodiferencia em subsistemas, processo pelo qual ocorre a *evolução* da sua estrutura. A estrutura do sistema é mutável justamente para permitir a sua sobrevivência. Salienta-se que a *evolução* é obra do próprio sistema, motivada pela *irritação* com os dados do ambiente.

No desenvolvimento da sua visão sistêmica, como explicitado anteriormente, Luhmann não deixa de examinar o Direito como um sistema social. Consoante assevera Lúcio Antônio Chamon Júnior

Luhmann expõe que o Direito moderno descreve a si mesmo, isto é, se autodescreve como sendo direito positivo. A positividade do Direito moderno, portanto, marcaria as observações e descrições que poderiam ser referidas ao Direito enquanto sistema social. Isto implica que a superação de uma concepção que entendia estar o Direito positivo fundado em um direito natural imutável marcaria a percepção do Direito enquanto modernamente referido, equivale dizer, enquanto fruto de decisões contingentes. A contingência, a possibilidade de mudança, enfim, a não-necessidade do Direito moderno marca uma nova compreensão: a compreensão do Direito como um sistema que reproduz a si próprio na medida, sobretudo, que terá agora as possibilidades de regulação de sua própria mudança.

A superação de uma distinção entre imutável / mutável, enfim, entre direito natural / direito positivo põe em realce uma perspectiva fulcral: o Direito é fruto de decisões e que, enquanto decisões temporalmente fixadas, são contingentes, isto é, poderiam ter ocorrido noutro sentido. (CHAMON JR., 2007, p. 50).

Voltando a tratar da autodiferenciação, nota-se que a *irritação* estimula o processo de *autopoiese*<sup>2</sup>. Assim, pode-se falar que o sistema Direito se autodiferenciou em Direito Público e Direito Privado. E com o processo de aumento da complexidade do ambiente essa autodiferenciação já não dava mais conta de mantê-lo. Assim, cada subsistema se diferencia novamente em Direito Penal, Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito Civil, entre outros. As irritações são produto da ação do próprio sistema. Talvez sendo mais adequado se falar que o sistema irrita-se com o ambiente. As diferenciações dão-se a partir de comparações e diferenciações com as estruturas internas e as expectativas do sistema.

Quando o aumento de possibilidades ocorre em até um patamar que leve o sistema a atingir complexidade não tolerável pela sua estrutura, ou ele morre ou altera a sua forma de diferenciação. Luhmann apresenta quatro formas de diferenciação: a *segmentação*, a *hierarquia*, a *centro/periferia* e a *função*. Assim, conforme evolui o sistema passa de segmentado para hierárquico, dessa condição para a de centro/periferia, até ser funcional. Para o autor a evolução do sistema é determinada pela *contingência*<sup>3</sup>, de forma que ele evolui à medida que se afasta de uma reação

---

<sup>2</sup> Autopoiese é expressão advinda da biologia, etimologicamente de origem grega (*auto* = “próprio”; *poiesis* = “criação”). Cunhada por pelos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios.

<sup>3</sup> A contingência pode ser definida como a fatalidade de que entre as possibilidades apresentadas no sistema ou para o sistema sempre haverá frustração de expectativas. Na contingência o sistema trabalha

“normal”. O sistema evolui quando não se repete. Assim, tem-se que a evolução não pode ser planejada.

Salienta-se que embora a redução da complexidade do ambiente seja tratada com tanto protagonismo na teoria luhmanniana, não pode ser elevada ao *status* de objeto do seu estudo. O objeto do estudo da teoria dos sistemas é a diferença entre sistema e ambiente.

O que muda na compreensão da Teoria dos Sistemas, em relação aos avanços de 1950 e 1960, é uma formulação mais radical, na medida em que se define o sistema como a diferença entre sistema e meio. Tal formulação necessita de um desenvolvimento explicativo, já que se apóia em um paradoxo de base: o sistema é a diferença resultante da diferença entre sistema e meio. O conceito de sistema aparece, na definição, duplicado no conceito de diferença. [...] Assim, a Teoria dos Sistemas não começa a sua fundamentação com uma unidade, ou com uma cosmologia que represente essa unidade, ou ainda com uma categoria do ser, mas sim com a diferença. (LUHMANN, 2009, p. 81).

Como o sistema é construído somente por elementos produzidos internamente, pode-se dizer que não há elemento obtido do ambiente. Vale dizer que o sistema não reproduz fielmente os elementos do ambiente, ou seja, não há na operação do sistema a reprodução do ambiente assim como ele é.

Conforme esclarecido anteriormente, as pessoas não fazem parte dos sistemas sociais, estando no seu entorno. Enquanto sistemas psíquicos, as pessoas são sistemas formados pela consciência e de extrema relevância para a comunicação. Através do *acoplamento estrutural* entre o sistema psíquico e os demais, aquele irrita e estimula a diferenciação dos demais sistemas.

O conceito de acoplamento estrutural especifica que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio de autopoiesis de um sistema. O meio só pode influir casualmente em um sistema no plano da destruição, e não no sentido da determinação de seus estados internos. [...] os acoplamentos estruturais podem admitir uma diversidade muito grande de formas, desde que sejam compatíveis com a autopoiesis. A ênfase reside, portanto, nessa compatibilidade. (LUHMANN, 2009, p. 130).

Para explicar melhor o conceito de acoplamento estrutural, Luhmann se vale do conceito estabelecido por Maturana, elaborado a partir de duas considerações: a) o sistema é uma organização autopoietica, desenvolvendo suas estruturas de acordo com a contingência, não havendo que se falar em juízo prévio acerca das estruturas que deverão prevalecer; b) a organização autopoietica contém estruturas muito diversas,

---

com expectativas para o futuro, assumindo o risco delas não se concretizarem. Faz escolhas que poderiam ser feitas de maneira diversa.

sendo possível o desenvolvimento de diversas estruturas, desde que se conserve a autopoiese. Assevera, no entanto que o termo *organização* não pode ser aplicado na sociologia, pois designa um fenômeno social muito específico. Para o efeito da teoria dos sistemas, acoplamento estrutural designa o acoplamento entre um sistema e o meio, ou entre um sistema e outro sistema, referido exclusivamente às estruturas e aquilo que no meio ou no outro sistema possa ser relevante para as estruturas.

### **3- O juiz como sistema**

Partindo da Teoria dos Sistemas de Luhmann para analisar o ordenamento jurídico, infere-se que ante a complexidade crescente, o sistema social foi se diferenciando, formando muitas instituições, subsistemas, aos quais incumbe a difícil tarefa de manter a ordem em meio ao caos de pretensões contrapostas.

O sistema político global aumentou a sua complexidade autodiferenciando-se em subsistemas que são os Estados. E cada um destes se autodiferenciou em outros subsistemas (União, estados-membro, municípios). Estes se diferenciaram novamente nas funções do poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) que em sua atividade se diferenciaram nas instituições necessárias a sua operação.

Operando a sua função de reduzir a complexidade do ambiente e de manutenção da ordem na sociedade, o sistema emite decisões coletivamente vinculantes. As decisões sócio - políticas são comunicações do sistema que podem ser aceitas ou recusadas pelo ambiente. Para que essas comunicações tenham maior probabilidade de aceitação, o sistema utiliza um meio de comunicação simbolicamente generalizado que é o poder. O poder baseia-se numa ameaça de sanção que se procura evitar, aceitando a comunicação.

O poder Judiciário (subsistema do sistema social e dotado de caráter político) e seus subsistemas – juízes – produzem decisões que vinculam as partes envolvidas. Tais decisões são dotadas de maior aceitação, haja vista o poder do sistema político em questão. O poder, por sua vez, é fundado na ameaça de uma sanção. Cada vez que a sanção tem de ser aplicada resta evidente a falta de poder do sistema, a perda da sua eficácia simbólica.

O sistema vai sempre selecionar informações que sirvam para manter o Estado no poder e manter-se sobrevivente. Sendo assim, o juiz enquanto sistema sócio - político, orientado pelo objetivo de simplificar o ambiente dando respostas tão rápidas quanto possível, visa em verdade a manutenção das leis e da autoridade do Estado e de suas instituições.

No ambiente do sistema juiz estão: os sistemas psíquicos das partes, os sistemas políticos de seus representantes legais com suas respectivas argumentações e as leis. Entre as informações que fazem sentido para o sistema está a necessidade de preservação das leis, a priori (ainda que elas sejam mutáveis por conveniência do sistema político legislativo, de acordo com a sua contingência). Há que se destacar, ainda a presença dos precedentes, decisões tomadas por outros juízes em casos semelhantes. O próprio ato de julgar um caso concreto consiste em comunicação, no sentido luhmanniano.

A operação do sistema juiz se dá com fulcro no sistema binário direito/não direito e lícito/ilícito. Da mesma forma que abordado na teoria sistêmica de Luhmann o juiz produzirá uma decisão (escolha entre as possibilidades que venha a simplificar a questão). O processo decisório é de caráter interno e auto-referente, ainda que haja parâmetros e informações externas que *irritem* o julgador. O juiz possui vivências, princípios e valores próprios que certamente influenciarão nesse inter.

A atuação do juiz enquanto sistema coaduna com a ideia de *Razão de Estado* desenvolvida por Michel Foucault, na obra *Segurança, território e população* (2008). A razão de Estado envolve a necessidade de governar racionalmente porque há um Estado e para que haja um Estado. É ela o que permite manter o Estado “em estado” (no sentido de imobilidade).

*Razão de Estado* traduz a orientação do Estado em todas as suas atividades e concessões sempre com o propósito maior de se manter, de assegurar a preservação da sua existência e poder. O Estado e todos os seus subsistemas operam com finalidades específicas, visando a consecução de objetivos subliminares, tendo de se valer de subterfúgios, por vezes, para dar fachada de legitimidade a intenções que a opinião pública condenaria. Em todo esse processo sua intenção e objetivos são implícitos e as operações se dão de forma autopoietica. Importante notar que não é só nas relações internas que isso se verifica. Também nas relações externas que cultiva o Estado se

mantém unido da visão de autopreservação. O Judiciário e o juiz em sua atuação seguem a mesma lógica. Dessa maneira, se concedem direitos, o fazem porque o seu interesse e o interesse institucional no momento são coincidentes com os interesses das partes.

O Estado só se subordina a si mesmo, busca seu próprio bem e não tem nenhuma finalidade exterior, isto é, ele não deve desembocar em nada mais que em si mesmo. [...] Em outras palavras, através da razão de Estado está esboçado um mundo em que haverá, necessariamente, fatalmente e para sempre uma pluralidade de Estados que terão sua lei e seu fim apenas em si mesmos. (FOUCAULT, 2008, p. 389).

Portanto, a partir dessa perspectiva observa-se que o juiz afasta-se de qualquer tipo de idealização. Sua operação obedece a intenções de preservação e sobrevivência, de maneira que as suas decisões podem ou não coincidir com o senso comum de justiça. E essa coincidência se dá por e quando for conveniente para as operações desse sistema, e não por um esforço sobre-humano de busca da verdade e da equidade, para maior justeza da decisão.

#### **4- O juiz Hércules de Ronald Dworkin**

Ronald Dworkin, filósofo do direito nascido em 11 de dezembro de 1931 nos Estados Unidos e falecido em 14 de fevereiro de 2013, criou em sua obra *Levando os direitos a sério*, a figura ideal do juiz *Hércules*, bastante difundida e criticada, que será caracterizada a seguir.

O juiz Hércules é um modelo de juiz dotado de habilidade, conhecimento, paciência e perspicácia sobre-humanas (DWORKIN, 2010, p.165). É concebido como uma figura idealizada, dotada das mais sublimes virtudes, como o próprio autor assevera. O alvo principal da teoria desenvolvida é a forma de decisão dos *casos difíceis*, definidos como aqueles em que a análise preliminar não faz prevalecer uma entre as possíveis interpretações da lei. O autor defende que existe sempre uma resposta correta para cada caso. Afirma que mesmo quando aparentemente esteja-se diante de uma lacuna, da inexistência de regra, ainda existe o direito de uma das partes.

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para este fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem

chamarei de Hércules. [...] Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal e dos tribunais superiores cujo fundamento racional, como dizem os juristas, aplica-se em juízo. (DWORKIN, 2010, p. 165).

O autor alerta, no entanto, que sua teoria não possui procedimentos mecânicos para definir esse direito e que a defesa da resposta certa não implica na existência de um único resultado consensual possível, ao qual todos devem chegar, mas na exigibilidade de uma postura interpretativa a fim de encontrar a resposta mais adequada a questão.

A criação de direito novo, para Dworkin, passa pelo olhar retrospectivo em uma das etapas do método interpretativo e de sua consistência com os precedentes judiciais, decisões políticas passadas, história constitucional e estrutura interna da constituição, sendo mais uma reconstrução de algo que já existe do que invenção propriamente dita.

Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo eu complemento o que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública.

[...] sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que inevitável em algum nível. (DWORKIN, 2010, p. 196-198).

Adverte que considerando as limitações usuais de tempo, espaço e conhecimento o juiz Hércules não deve ser visto como modelo a ser seguido por cada juiz em sua atividade cotidiana o que seria inviável, mas deve ser adotado como um ideal a ser perseguido por determinados tribunais especializados e cortes constitucionais para resolver os casos difíceis. Nas palavras de Marcelo Novelino (2012, p. 179) o juiz Hércules “deve ser interpretado como um modelo contrafático que, apesar da impossibilidade de ser alcançado, serve como parâmetro crítico para a avaliação dos processos argumentativos corretos”.

A técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibilidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em razões políticas ou, simplesmente, não decidilos. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, por desventura e com frequência, os juízes tomarão decisões injustas, eles não

devem esforçar-se para chegar a decisões justas. A segunda alternativa sustenta que, por serem falíveis, os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. Mas submetê-los a quem? Não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral; ou, se houver uma razão, será preciso mudar o processo de seleção dos juízes, e não as técnicas de julgamento que eles são instados a usar. Assim, essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica de decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade. (DWORKIN, 2010, p. 203).

Sinaliza como limites à leitura moral por parte dos juízes a necessidade de fundamentação de suas interpretações em bons argumentos. Vale acrescentar que outro importante elemento de restrição à liberdade de ação da leitura moral é a linguagem (necessidade de identificação de quem disse e em que contexto) e a história, instrumento para a compreensão do texto decisório e condicionador da possibilidade interpretativa adotada (controle pelos demais julgadores da coerência como o ordenamento).

Apesar de não definir objetivamente os princípios como normas, o autor ressalta a todo o momento a necessidade de sua observância nas decisões e relata que uns têm mais peso do que outros.

Observa-se pela própria construção da teoria que o próprio Dworkin é consciente da falibilidade dos juízes e reforça a noção de que os julgamentos fatalmente serão influenciados, para não dizer condicionados pela formação moral de cada ser julgador. Isso reforça a hipótese levantada de que o processo de decisão do juiz mais se assemelha a mecânica de operação dos sistemas luhmannianos. Isso porque, ainda que o ser que profira a decisão seja dotado das mais elevadas virtudes, o processo decisório é sempre interno e auto-referente.

Ademais, a justeza de uma decisão pode ser aferida de diferentes maneiras que não passam tão-somente pela forma com que se deu a concessão de direitos a uma parte e a negação a outra. O julgador sempre avalia os impactos que serão gerados com o seu proferimento, entre os quais figuram a credibilidade do órgão emissor e a possibilidade do Estado e do Judiciário de arcar com o que foi determinado (nota-se que em linhas gerais se está diante da necessidade de sobrevivência assim como nos sistemas luhmannianos).

## 5- Conclusão

Assim sendo, confirma-se a hipótese inicial de que o juiz – enquanto membro do Judiciário – atua como um subsistema seu, sempre visando selecionar as opções de solução disponíveis no ambiente - conflito que viabilizem a manutenção da sua existência e dos demais sistemas políticos e que se prestem a simplificar a complexidade crescente.

Isso porque atua de forma autopoiética (o juiz produz o direito e reforça a sua necessidade e a indispensabilidade da sua função, se reproduzindo a lógica que fundamenta a sua incumbência), auto-referente e independente dos clamores das partes. Em que pese a sua operação se dar de forma independente, atua selecionando a possível conclusão de uma demanda que venha a simplificar o ambiente conflituoso. Age assim por ter um código binário orientador que responde à lógica da razão de Estado e pelo fato de como todo sistema visar a sua preservação.

Conclui-se, portanto, que se afasta das figuras idealizadas, ao passo que não vislumbra promover a equidade e pacificação. Age, ao revés, movido pelo intuito de manter o sistema jurídico e o sistema político vivos.

Sua forma de decisão e poder simbólico de sua atuação remetem ainda à submissão a ótica da razão de Estado, teorizada por Michel Foucault. A razão de Estado é determinante para a orientação do código binário que orientará o sistema - juiz. Dessa forma, concedem o que for conveniente e absolutamente necessário para a preservação do poder estatal e das instituições políticas envolvidas.

A solução de uma demanda judicial implica em produção do Direito e, conseqüentemente, não deixa de ser um processo de produção do conhecimento. E como tal é de desenvolvimento interno e elaborado por cada indivíduo. O juiz ao elaborar a decisão judicial se vale de vivências anteriores, de valores morais que lhe são próprios e com base neles é que chega a uma conclusão.

## Referências Bibliográficas

CHAMON JR., Lucio Anônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DOMINGUES, José Maurício. **A sociologia de Talcott Parsons**. Niterói: EdUFF, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. Tradução de Eduardo Brandão e revisão de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SALVADOR, Ângelo Domingos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Bibliográfica**. Porto Alegre: Sulina, 1976.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23ª edição. São Paulo: Cortez, 2007.