

## O OBSERVADOR, A TEORIA CONSTITUCIONAL E O GOVERNO DOS JUÍZES – A DECISÃO JUDICIAL COMO FRONTEIRA DO CONSTITUCIONALISMO?

THE OBSERVER, CONSTITUTIONAL THEORY AND THE GOVERNMENT OF JUDGES – THE JUDICIAL DECISION AS THE FRONTIER OF CONSTITUTIONALISM?

Luciano Nascimento Silva<sup>1</sup>  
Allan Jones Andreza Silva<sup>2</sup>

Resumo

O sistema organiza (simplifica) a complexidade do seu entorno e assim formula suas estruturas através da observação, a partir do que estabelece o que deve ser reconhecido como saber, verdade e, até mesmo, direito, ocultando por intermédio da seletividade seu paradoxo operativo que também implica em possibilidades de não-saber, não-verdade e não-direito. A evolução da teoria constitucional, acoplamento entre política e direito, reflete essa tentativa de redução da complexidade de uma sociedade em transformação, em crescente velocidade, oportunidade na qual se distingue o observador-juiz que irá dar cabo da observação para (re)construir o direito, que paradoxalmente não observa os limites da sua não-observação, do seu não-saber e do não-direito. O Direito, ou melhor, o Direito Constitucional e os observadores-juizes não observam sua não-observação, não se auto-observam, mas são observados e constroem suas comunicações, seu fundamento de legitimidade, a partir da seletividade da observação. O que falar então sobre constitucionalismo?

Palavras-chaves

Sistema. Direito. Observação. Constituição. Juiz.

Abstract

The system organizes (simplifies) the complexity of its surroundings and thus formulates its structures through observation, from which it establishes what should be recognized as knowledge, truth and even law, hiding its paradox through selectivity operative that also implies possibilities of non-knowledge, non-truth and non-law. The evolution of constitutional theory, coupling between politics and law, reflects this attempt to reduce the complexity of a society in transformation, at increasing speed, an opportunity in which the observer-judge who will put an end to the observation to (re)construct the law, which paradoxically does not observe the limits of its non-observance, its non-knowledge and its non-law. Law, or rather, Constitutional Law and observer-judges do not observe their non-observation, they do not self-observe, but they are observed and build their communications, their basis of legitimacy, based on the selectivity of observation. What then to say about constitutionalism?

Keywords

System. Right. Observation. Constitution. Judge.

*Diante da Porta da Lei há um guardião. Ante este guardião apresenta-se um camponês, que quer entrar na Lei.*

*Porém, o guardião lhe diz que agora não pode permitir seu ingresso. O homem reflete e logo pergunta se então poderá entrar mais tarde. É possível, diz o guardião, “porém, não agora”.*

*É o início do famoso conto de Kafka. Escrito três ou quatro anos antes, o conto foi publicado em 1920. Um ano a partir do qual na Europa se discutiria extensamente sobre a questão:*

<sup>1</sup> Pós-doutor em Sociologia e Teoria do Direito pelo *Centro di Studi sul Rischio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*, Lecce, Itália. Investigador Científico no *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Departments of Criminal Law and Criminology – Freiburg in Breisgau – Baden Württemberg, Deutschland* (Alemanha). Professor Adjunto no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (CCJ/UEPB). Professor Permanente no PPGRI/UEPB e Colaborador no PPGCJ/UFPB. Líder do Grupo de Pesquisa NUPOD/DGP-CNPQ.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB), Pós-graduado lato sensu em Direitos Fundamentais e Democracia (UEPB) e em Segurança Pública (PMPB).

*quem seria (ou deveria ser) o guardião da Constituição (...). E, com efeito, a discussão se levanta através de um escrito – extremamente rude – de Carl Schmitt, em torno da refinada proposta e dos escritos de Kelsen. A questão atravessa o pensamento constitucional do século passado. Muitos países recolhem em seus ordenamentos as ideias que estavam na base das argumentações e das propostas de Kelsen, desenvolve-se em uma, antes de tudo, moderna doutrina do Estado, identifica-se a guarda da Constituição, esquece-se de Kafka. O que torna o relato um problema de literatura. Não obstante fica, de todo modo, aberto um curioso aspecto daquele relato: o que é que cega, que coisa está atrás da porta da Lei e não pode ser vista? Em substância: quem defende o defensor? E quem guarda o guardião?*

**Raffaele De Giorgi.** “O Desafio do Juiz Constitucional”. Campo Jurídico – Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito, v. 3, n. 2, pp. 107-120, out. 2015.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema apontado, por um lado, é *O Observador*, teoria extremamente explorada por Raffaele De Giorgi, Niklas Luhmann e Heinz von Foerster; por outro, temática em desenvolvimento que nominamos *O Governo dos Juízes*, a ideia acerca do paradigma de protagonismo do Poder Judiciário e sua inequívoca posição de supremacia em detrimento dos demais poderes da República, à luz de uma prática judicante monocrática e superior na realidade jurídica brasileira, que não observa fronteiras entre direito e política, o que enseja *Observações* sociológicas, teóricas e práticas do direito.

A ideia do *Observador* é uma construção cognitiva por um processo formulador de um olhar sobre o *Saber* e o *Não-saber*, isto é, acerca da teoria do conhecimento. A virada epistemológica da matriz do pensamento do mundo ocidental, o abandono do pensamento analítico característico da primeira modernidade com sua matriz dual de *Sujeito* e *Objeto* como elementos que impulsionam a produção do *Saber*. A nova cognitividade elege *Sistema* e *Ambiente* como os espaços de construção do *Saber*. O olhar do *Observador* sobre o *Sistema Social* (Sociedade) e os diversos *Subsistemas* (política, economia, religião, direito, arte, ciência). O conhecimento passa a ser construído pelo olhar do *Observador*, que identifica nas relações comunicativas – a produção do agir comunicativo que substitui a ideia de fato, este é apenas um produto da comunicação, esta é o elemento preponderante para a construção do *Sistema Social* ou *Sociedade* – a origem do que mais a frente será nominado *Saber* ou *Conhecimento*. O posicionamento do *Observador* traduz um sentido científico construído no espaço da sociologia, neurociência, cibernética e comunicação.

O pensamento constrói *Saber*, *Conhecimento*, e necessita elaborar uma engenharia comunicativa que represente: lógica, sistematicidade e persuasão. Estas terminologias alcançam sua materialização comunicativa por uma única expressão: *verdade*. A teoria do conhecimento é uma construção da *Verdade*. Aquele que constrói verdades detém saber e conhecimento. E quem é ele? O *Observador*.

A verdade. A mentira. A verdade da mentira. A mentira da verdade. A verdadementirosa. A mentira verdadeira. Os processos comunicativos de construção cognitiva, a partir da modernidade, com o uso de uma expressão intitulada *Ratio* (razão) buscam intensificar o dualismo sem sentido (verdadeiro ou falso), que vai edificar *Saber* e *Não-saber*, a teoria do conhecimento. As realidades estão dentro do *Saber*, elas são a *Verdade*, conhecimento é verdade, saber é verdade.

## 2. O OBSERVADOR: OBSERVA, É OBSERVADO, MAS NÃO SE AUTO-OBSERVA

As ciências sociais somente conquistaram o *status quo* científico a partir do século XIX, antes apenas as ciências exatas, biológicas, saúde etc., eram consideradas plataformas científicas, portanto, pensamentos como o da sociologia, direito, economia e política não eram considerados científicos. A personagem central das ciências sociais é o *Observador*, ele é o responsável pela construção científica das *Ciências Sociais*, ele formulou o olhar que se volta para o passado com a objetividade de analisar o presente e perspectivar o futuro. A sociologia que ele construiu modelou as matrizes de *Sistema Social* e *Sociedade*. A problemática é que todos os modelos ou definições acerca da *Sociedade*, construídas pelo *Observador*, ruíram. Os modelos desmoronaram-se, liquidificaram-se, evaporaram-se. Resultado: há uma produção comunicativa ininterrupta que o *Observador* não mais consegue analisar, não mais consegue conceituar, não mais consegue definir.

O *Observador* que observa é observado. Mas não se auto-observa. É o *Observador* que constrói a definição dos fenômenos sociais (interação, organização, sistemas) com base no critério da identificação das diferenças. Por este método nasce a *Teoria da Sociedade* ou *Teoria dos Sistemas Sociais*, no entanto, o *Observador* que observa e é observado, mas não consegue se auto-observar, não observa tudo. O *Observador* “só vê aquilo que vê, não vê aquilo que não vê”. **Explicação:** o mundo do saber é sempre menor do que o mundo do não-saber. O olhar do *Observador* é a tradução de uma visão científica denominada *análise sociológica*, a partir dela passa a ser possível a construção de conceitos, definições, plataformas etc., que representarão as bases científicas de estudos sobre as fenomenologias sociais, sobre o agir comunicativo das pessoas que diretamente faz surgir o espaço comunitário, o espaço social, assim como o delimita. O que significa dizer que este agir comunicativo formula, p. ex., os olhares de inclusão e exclusão, os processos de distinção.

Há um elemento emergente na produção comunicativa. Ele é intitulado: **complexidade**. O *Observador*, que é a personagem titular da formulação científica passou a enfrentar enormes dificuldades para descrever as fenomenologias sociais produzidas pelo agir comunicativo. As investigações devem, portanto, partir de um olhar sobre a complexidade, ela é o elemento emergente produzido pelos *Sistemas Sociais* ou *Sociedade*. Os *Sistemas Sociais*, por intermédio das suas estruturas e processos, operam pelo método da seletividade à luz de um universo de possibilidades para que possa construir assim a sua ordem, a sua *Verdade*. A questão é que esta metodologia faz com que o próprio *Sistema Social* ou a *Sociedade* se torne complexa.

Daí a lição sociológica do funcionalismo-estrutural afirmar que a “complexidade não é uma operação, não é nada que um sistema faça ou que nele ocorra, mas é um conceito de observação e de descrição, inclusive de auto-observação e auto-descrição” (LUHMANN, 1984, p. 193). Mas a observação é construída pelo *Observador*. Se ele não se auto-observa, como poderá construir auto-observação e auto-descrição?

A descrição acima realizada informa, portanto, a situação das ciências sociais. As ciências sociais que, através do *Observador*, devem construir a *Teoria da Sociedade* não possuem uma estrutura teórica adequada. **Explicação:** a sociologia não mais explica, conceitua, define ou descreve o modelo atual de sociedade. Não consegue realizar uma descrição científica da sociedade moderna. Ou a outra face da sociedade moderna. O *Observador* está sempre com o olhar nas soluções construídas pelos autores clássicos (os primeiros observadores). O *Observador* consegue realizar uma colocação dos problemas, no entanto, quando do momento de formular as soluções ele sobrecarrega as antigas perspectivas. O *Observador*, portanto, inventa um princípio explicativo: o conceito de complexidade.

O olhar do *Observador* só vê: desmoronamento, liquidificação, evaporação dos conceitos formulados sobre uma *Sociedade* que parece não mais existir. A sua matriz racional-calculadora-finalística desmoronou, seu *discurso sobre o método* não mais persuade. As suas formulações de determinação-corroboração de elementos constitutivos indispensáveis evaporaram. A ontologia e a antropologia tanto cultural quanto social não mais ofertam respostas para as problemáticas apresentadas por essa outra face da sociedade moderna. As ciências sociais conseguirão reconquistar o *statu quo* de espaço científico?

### 3. EM DESTAQUE A POSIÇÃO DO OBSERVADOR E AS CIÊNCIAS SOCIAIS

Na observação, produto da construção de um *Observador*, há sempre um ponto cego. Todo *Observador* tem seu ponto cego. Portanto, faz-se necessário reconhecer as limitações na construção do que é *Saber* ou *Conhecimento*. Mais ainda, o pensamento da virada epistemológica afirma que “só conseguimos enxergar aquilo que podemos explicar” (VON FOERSTER, 1994, p. 269). Para pensadores como von Föerster, o cérebro não tem estrutura para perceber luzes, cores, sons, calores nem imagens. Por um lado, a mente humana só capta ondas eletromagnéticas, quer dizer, intensidades. Por outro, é o sistema nervoso que calcula essas percepções. Já quanto ao fenômeno da comunicação, pode-se dizer que “palavras, símbolos ou mensagens não fazem parte da comunicação, significam apenas suas “tecnologias”. A informação não é uma realidade, mas sim uma probabilidade, um processo relacional, uma atividade” (VON FOERSTER, 1985, p. 85).

Não existe assim, uma teoria da comunicação, uma ciência da comunicação. Mas tão-somente uma teoria e ciência das tecnologias da comunicação. Tudo não passa de lógica recursiva e auto-referência.

O elemento *Tempo* sempre foi muito importante nas construções do *Observador*, o processo de criação ou invenção do *Saber* ou teoria do conhecimento sempre exigiu o *Tempo* como plataforma para afirmação e reconhecimento do que é *Científico*. O esgotamento da matriz moderna de uma construção protagonizada pela *Ratio* passou a implicar consideravelmente no processo e metodologias das Ciências Sociais. O *Tempo* não mais existe, só a velocidade. As implicações são nos campos da causalidade e dos princípios. A velocidade destrói, liquidifica, fulmina a ideia de *Tempo*. Mas a velocidade constrói civilidade? A velocidade constrói paradigma? As ciências sociais podem explicar, garantir ou responder às indagações? Nas ciências sociais, ainda é possível ofertar explicações por meio de conceitos?

A ideia de *Tempo* que vem sendo fulminada nesse início de século, tão magistralmente dissecada nos campos da filosofia (HEIDEGGER, 1972) e literatura (BORGES, 1989), parece evaporar. As ciências sociais, isto é, uma fenomenologia científica de uma existência inexistente que existe, não mais consegue explicar as bases dos pensamentos sobre: *tempo* e *velocidade*. Se as ciências sociais não mais explicam, indaga-se: que são as ciências sociais? A cognitividade do *Observador* provocaria: *deutsche Was sind die Sozialwissenschaften?* Interrogaria o pensador italiano: *cosa sono le scienze sociali?* O modelo (até então, inominado) de *Sistema Social* que não pode desconsiderar sua incomensurabilidade com a sociedade moderna, exige igualdade sem vê a produção da desigualdade; exige diversidade sem considerar a unidade. O *Sistema Social* convoca as ciências sociais para explicar os *Subsistemas Sociais* da política, economia, religião, cultura, arte etc. As ciências sociais, portanto, assumem a função de construir explicações temáticas referentes à *Sociedade*. A questão central, a saber, é a seguinte: as ciências sociais não apresentam estruturas teóricas para cumprir a referida função, não possuem os alicerces teóricos. As ciências sociais descrevem a *Sociedade* mediante a utilização de uma metodologia de ocultação das suas insuficiências de estrutura teórica.

Houve dois momentos nos quais as ciências sociais conseguiram realizar a função a elas designada: primeiro, com a crítica ou denúncia da estrutura de classe da sociedade moderna (MARX, 1868); segundo, a construção cética, a metodologia de organização e a ideia de racionalidade (WEBER, 1956). A *Sociedade* (inominada) esboça um elemento emergente com o qual as ciências sociais terão que se relacionar cientificamente, qual seja, a **Complexidade**. Os teóricos sociais, os cientistas políticos, os analistas, os historiadores, os intelectuais de plantão no mundo da radiodifusão, comunicação televisiva, digital ou impressa, não fazem a menor ideia de qual seja o sentido da terminologia *complexidade*.

Os teóricos sociais *não vêem, que não vêem* (VON FOERSTER, 1994, p. 288). O cenário é agravado com a tradução da cegueira social, pode-se dizer que:

não conseguem ver que os sistemas operam pelo método da seletividade,

seja referente às estruturas, seja aos processos. O sistema opera à luz de uma série de possibilidades com o objetivo finalístico de criar uma ordem. Ao construir essa ordem o sistema próprio se torna complexo, pois se vê obrigado a realizar uma seleção quanto à relação existente entre seus elementos (LUHMANN, 1984, p. 191).

As ciências sociais, então, explicam os fenômenos. Quer dizer: produzem uma comunicação científica explicativa sobre o que acontece. Mas a comunicação que comunica, também é a que não comunica, não consegue abordar os elementos omitidos por sua seletividade. O que faz lembrar as lições do pensamento construtivista de “quando Einstein afirmou que as teorias científicas são livres criações da mente humana” (DE GIORGI, 2006, p. 195). A afirmação provocou um efeito: construtivo-destrutivo que veio robustecer as novas conquistas alcançadas no universo da física. Mas também, fulminava séculos de pensamento europeu acerca do sentido da teoria do conhecimento. A referida afirmação pode traduzir o sentido da revelação/ocultação de um paradoxo, ela pode provocar a possibilidade de não haver conhecimento, *Saber*, explicação ou demonstração acerca do mundo e dos seres vivos que o habitam. Mais ainda, a própria ideia de mundo já havia sido fulminada “quando escreveu Nietzsche que <mundo> é uma invenção cristã. Um conceito de fim, ao qual endereçar cada nossa necessária ignorância” (DE GIORGI, 2005, p. 7).

Em 1883, na Escola de Direito do Recife, a única que já existiu no Brasil, surgiam os escritos intitulados “Variações Anti-sociológicas” (BARRETO, 2000, p. 11-73), no sentido de construir uma crítica na afirmação de que a sociologia não é uma ciência, mas sim não passa de uma *frase*, de um sonho tão bonito quanto inatingível. A sociologia seria “apenas o nome de uma aspiração tão elevada, quão pouco realizável” (BARRETO, 2000, p. 11). Sua tradução poderia se dar por um postulado do coração que procura traçar as linhas da sociedade num todo orgânico. Para a sociologia, a sociedade estaria subordinada, como os demais organismos, a certas e determinadas leis. Para Barreto (2000, p. 13), trata-se de uma construção que não merece atenção. Para ele, o estudo dos fenômenos sociais, numa consideração de totalidade reduzida à unidade lógica de um sistema científico, resultaria numa estúpida *Pantosofoia*.

Para o mais importante *Observador* brasileiro do século XIX, a sociologia não se presta nem como ciência descritiva. As ciências sociais são construtíveis, pois que “não podem ser descritos todos os fenômenos de sua alçada” (BARRETO, 2000, p. 11). Então, indaga: “por que razão havia de ser como ciência de princípios, como ciência de leis, que têm de ser induzidas da observação desses mesmos fatos?” (BARRETO, 2000, p. 12). A lição de Tobias Barreto faz lembrar Heinz Von Foerster nas inesquecíveis expressões de que “nas ciências, a verdade é a construção de um grande mentiroso” (VON FOERSTER, 1994, p. 288- 89). E, mais do que nunca, as palavras de De Giorgi (2006, p. 22), de que “o nosso mundo do saber é sempre menor do que o mundo do não-saber”.

Os sociólogos *não vêem, que não vêem*. A sociedade moderna era a sociedade do otimismo, em função do estágio de civilidade que havia alcançado, entre glórias e tragédias, entre civilidade e barbárie. A sua única preocupação era com a fenomenologia do *perigo*, a idéia de *perigo* que sempre mereceu atenção, mas não comprometia o sistema. Surgiram as seguintes problemáticas: ecológica, tecnológica, informação. Passou-se, portanto, à identificação da ocorrência da “mudança paradigmática do perigo para o risco” (DE GIORGI, 2005, p. 23). Perdeu-se o otimismo, agora se vive o medo do futuro. A sociedade imprime, numa velocidade nunca antes identificada, uma produção do *risco* incalculável. Não há mais uma planificação do controle, apenas uma descrição que não descreve as conseqüências do agir humano.

Finalmente, as tomadas de decisão – sejam elas pautadas na ciência, política, economia etc. – que objetivam construir soluções para as problemáticas (riscos) que o modelo de sociedade produz, geram novas problemáticas, que exigem novas soluções, que ocasionam novas problemáticas com implicações sistêmicas. O maior *risco* que tem sido produzido é o *risco* de

amanhã essa sociedade não mais existir<sup>3</sup>.

#### 4. VERDADE: A CONSTRUÇÃO DO SABER OU TEORIA DO CONHECIMENTO

Que é *Saber*? Que é *Conhecimento*? Que é *Ciência*? A grande tradição lingüístico-comunicativa que tem determinado aquilo que é *Científico* – leia-se o pensamento moderno, liberal e iluminista –, ao contrário do que é prolatado não edificou seus princípios pelas ideias analíticas de origem ou fundamento do objeto, mas sim pela ideia de *Verdade*. Encontrou nos princípios a fortaleza intitulada *Verdade*. Os princípios representam a rede de verdades dos *Sistemas Sociais* do mundo ocidental. No entanto, nota-se, inequivocamente, o esgotamento desse pensamento quando diante do conflito de suas verdades (conflito entre princípios), que exige do sistema uma operacionalização seletiva, o processo de escolha determina o sacrifício de uma das verdades.

Os princípios, que assumem roupagem de *Verdades*, são edificados na forma de *Conceito*, ponto que faz emergir um paradoxo. Isto em função de que "não é mais fácil indicar imediatamente em que consista a natureza do conceito enquanto não se estabelece imediatamente o conceito de um outro objeto qualquer" (HEGEL, 1974, p. 05). Faz-se, portanto, necessária uma atenção maior com a cognitividade e as palavras. Para discorrer seriamente, no espaço do Direito, deve-se atentar para a sua estrutura paradoxal, nas palavras construtivistas de que "paradoxal é o direito porque a distinção entre direito e ilícito começa em si mesmo" (DE GIORGI, 2006, p. 26). A invenção cognitiva e lingüística, construída pelo *Observador*, do que é nominado ilícito ou crime, traduz um paradoxo.

Trata-se da representação do limite cognitivo alcançado pelo *Ser* (todos nós) nas relações comunicativas, isto é, não se consegue ir além de um dualismo, de um código binário cognitivo, que tem traduzido os processos de civilidade no mundo ocidental. Poder-se-ia dizer que se trata de um *dualismo-unitário*, pois o conceito construído somente tem sido possível por ser amparado em outro, portanto, a natureza do conceito não está em si mesmo, mas sim em outro, que é imediatamente apontado para legitimar aquele. Quer significar que: o conceito só é conceito porque é um conceito de outro conceito.

Qual seria, portanto, o conceito de ciências sociais? E em qual outro conceito ele estaria amparado? A resposta só pode ser dada pelo *Observador*. A função do *Observador* é identificar as fenomenologias que possam ser construídas como ciências sociais, portanto, são teóricos sociais. Significa dizer que são "poetas" sociais. O relato de poucas linhas pode ser explicado na realidade imaginária guarabireense na arte de Santos (2013, p. 06), na "poesia" da pintura intitulada *Geometria do Imaginário*. Na sua diversidade complexa de "poesia" da pintura há uma, em especial, que nos fascina, que é nominada *O Nascimento da Ideia*. Esta é a função, por outras letras, do *Observador*, interpretar quanto ao nascimento da ideia, que se encontra diante dos seus olhos, que deverá ser elevado ao posto de ciência. O processo de cientificar uma ideia e, portanto, construir uma realidade social que vai iniciar a edificação arquitetônica intitulada civilidade.

#### 5. A TEORIA CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO, ATIVISMO JUDICIAL E DECISIONISMO

O processo de observação constrói sentidos a vida social que, por sua vez, estabelece o que é ou o que deve-ser, institui assim os limites, possibilidades e razões do modelo societário, funda desta maneira uma ideia de Direito, que operacionalmente se utiliza do código binário *right*

<sup>3</sup> Para Mendonça, Mamed e Paz (2023, p. 21) "o risco advém da tomada de decisões, que podem ser fundamentadas e legitimadas, ainda que seja observada a existência de riscos concretos ou abstratos. Com isso, há um notável comprometimento do futuro, prejudicando-se as gerações presentes e futuras".

– *unright* para distinguir condutas, mas também como prisma para seletivamente estabelecer os parâmetros ou os modelos comportamentais do agir comunicativo.

A constituição, muito embora seja um produto do acoplamento entre política e direito, estabelece as condições basilares e o horizonte funcional para operacionalização destes subsistemas. O observador, ou melhor, a comunidade de observadores, mais uma vez constrói, por intermédios da sua observação ou ainda da seletividade e da simplificação da complexidade que lhe aflora, as razões, os conceitos, os conhecimentos e as verdades que subsidiam as orientações para o regimento da comunidade social, jurídica e política. O “dado” não existe, apenas a observação.

O direito, como sistema, se organiza, auto-organiza, é organizado, pela observação. Esta irá construir as condições para o fechamento operativo do sistema, mais ainda os ditames para o exercício da força e do poder. Ao fazê-lo, omite as (im)possibilidades deste agir e interpõe uma seletividade estruturada, calcada no que é observado ou aceito pela comunidade de observadores, como via razoável de simplificação das complexidades sociais, para fins de resolução de conflitos e fixação de sua segurança no presente e prospeção de futuro.

Mas o direito realmente pode assegurar a segurança e projetar um futuro? A complexidade, a velocidade das interações globais e o risco parecem não permitir que sejam estabelecidas garantias, nem mesmo se haverá futuro. Nesta senda, não se pode também obscurecer que o direito constitui uma via de simplificação da complexidade, de estruturação de uma *ratio*, que permite generalizadas expectativas em torno de sua comunicação, assim reduz-se a dispersão ou volatilidade de possibilidades para centrar-se nos ditames normativos.

O Direito Constitucional, como mote deste processo de observação, retrato do acoplamento entre política e direito, funda a organização do corpo social e jurídico, estabelece as matrizes de um Estado, pontifica os limites de atuação deste ente e funda a ideia de liberdade sob a ótica da exclusão da regulação (pode-se tudo desde que não seja proibido) e dos parâmetros de exercício de poder estatal, fixando os papéis dos órgãos, os compromissos estatais e funda um sentido operativo para o sistema, sobretudo ao fixar as condições para o seu fechamento, no tocante principalmente as condições de validade das demais normais, se postando, desta maneira, num status superior. Essa tautológica afirmação (ou auto-afirmação) do direito, nada mais é que a representação de observações que constroem sentidos, verdades, conceitos, institutos a partir de outras observações, mas que omite seu paradoxo operativo do sistema.

Ao observar, mas também ser observado, o âmbito jurídico-constitucional estatui um paradigma político-jurídico intitulado Estado de Direito. Os constitucionalistas avocam a teoria constitucional, como prisma de construção da constituição que *per se* diz o que é o ser e o dever-ser do Estado e da própria constituição da sociedade. Nesta feita, o constitucionalismo, enquanto movimento político-jurídico, mas também econômico, social, cultural, fundado num sentimento constitutivo (VERDÚ, 2004), integrativo, é o mesmo que irá interpor a carta política que estabelecerá o poder, que em sua gênese é ilimitado, mas que operativamente se auto-limita, edificando uma ordem de si, para si e para os outros. Assim, o constitucionalismo, em sua expressão moderna, nada mais é que o estabelecimento de um sentido comunicativo auto-constitutivo, para não dizer tautológico, mas que é apresentado sob a via de um contrato fixado entre as partes de uma comunidade política (ROUSSEAU, 2012). Esse sentido contratual é a clara evidencia do acoplamento entre direito e política, que exprime validade, legitimidade em sua elaboração, mas que, por outro lado, omite à seletividade sobre as partes deste processo (DE GIORGI, 2015).

O contratualismo jurídico-constitucional, razão constitucional, apenas tem sentido se omitir seu paradoxo fundamental: as partes que lhe compõe não tem a mesma liberdade de disposição e alteração, pois sua fixação no sistema jurídico estabelece matrizes e determinantes que impactam de diferentes modos sob as partes, inclusive estatuindo idiosincrasias, diferenciações, sobretudo no reconhecimento dos direitos tidos como fundamentais e universais, ou melhor, fundam excedentes de alteridade (DE GIORGI, 2017).

Mas então seria essa disfunção? É um de-serviço pensar no constitucionalismo? Certamente a questão não pode ser pensada desta maneira, a Constituição exerce um papel fundamental, apesar de redundante, pois estabelece uma *ratio* fundamental, que assegura um discurso legitimante do fechamento sistêmico do próprio Direito, permitindo assim que o fundamento de validade das normas que se circunscrevam ao âmbito normativo-constitucional. O que deflora deste contexto é que a pactuação do poder, que funda a soberania constitucional, estabelece graduações/ hierarquização do próprio direito em face da natureza normativa, constrói novos paradoxos e possibilidades que acabam reforçando a legitimidade constitucional, como a elaboração de normas cujo processo formal ou seu conteúdo material sejam conflitantes com a Magna Carta acabarão por ser tratadas por ilegítimas, sem validade, ou melhor, inconstitucionais.

Entretanto, a complexidade social que extravasa, em muitos casos, os recursos linguísticos-normativos do texto positivo constitucional, instaram um movimento sistêmico-autopoiético, a ressignificação do sentido atrelado aos preceitos constitucionais, de modo a estatuir uma abertura semântico-cognitiva ao sentido constitucional, pautando-se, sobretudo na tessitura aberta dos direitos e no papel jurídico diretivo, interpretativo, decisional do juiz. Assim, ora a constituição ganha sentido e conteúdo aberto às demandas sociais por via da (re)significação de suas matrizes normativas passando a afirmar uma (re)pactuação/ (re)tradução político-social ao que se tratou de chamar de neoconstitucionalismo, ou então passou-se a centra-se no processo de significação do sentido constitucional estabelecido pelo observador que deverá estatuir o “direito” inscrito, formal ou materialmente, na Magna Carta.

Pela observação, do observador perante a Constituição, mas também de como a comunidade de observadores observam os demais observadores e o exercício de observação, passou-se a estabelecer um sentido que requer a omissão do paradoxo: a ocultação do sentido tautológico do poder conferido pelos observadores (juizes) para a definição daquilo que é ou dever-ser então permitido, mas também do obscurecimento das limitações ao poder que lhes é investido (ou autodeterminado), permitindo assim um protagonismo do processo decisional, a frente inclusive de pautas de outros poderes ainda que em deficit com a discussão democrática<sup>4</sup>, mas mesmo assim como possibilidade de dar vazão ou simplificação as contingências a estes apresentadas.

Deste modo, a complexidade social, a velocidade das transformações contemporâneas e a limitação dos recursos normativos para dar vazão às demandas sociais, imprimiram o rearranjo sistêmico, especificamente a (re)significação do papel do observador-juiz, da (re)formulação/(re)pactuação das funções e compromissos constitucionais, dando azo ao ativismo judicial, que propugna o protagonismo jurídico para dar efetividade prática aos ditames constitucionais, em patente intervenção perante ao estamento jurídico-político estatal. Por outro lado, a deslumbramento da abertura significativa do texto constitucional, ao tempo em que democratiza suas informações, estabelece demandas operativas no sentido de equacionar a complexidade das relações sociais, da vasta possibilidade de observação e intervenção, ao tempo em que estatui um cenário intitulado de decisionismo judicial, que exige sempre um terceiro (observador-juiz) para dar sentido e conteúdo aos termos normativos, em alguns casos indo além do texto expresso e avocando valores, princípios e conteúdos abstratos como recurso justificador.

Este quadro reafirma o paradoxo comunicativo, sobretudo ao considerar que a constituição enquanto instrumento de fechamento sistêmico e ao mesmo tempo giza de um cenário jurídico-político democrático, que deveria ser a expressão contratual e representativa de uma sociedade, perde este sentido ao abrir-se as inovadoras observações, que constroem verdades, interpretações, saberes, em constante conflito, mas além disso estabelece exclusões, excedentes, sendo incapaz de dar sentido prático as normas pactuadas (sobretudo em termos de direitos

---

<sup>4</sup> Como destacam Andrade e Boff (2022), o protagonismo do poder judiciário vem sucessivas vezes ocupando o espaço da política ao discutir temas que originariamente deveria ser produto de um diálogo democrático, não obstante o próprio judiciário ao se antever aos diálogos e debates populares, acaba por fundar e disciplinar temas sem qualquer representatividade cidadã.



sociais).

Por outro lado, a sociedade da velocidade, do risco, da complexidade emprega comunicações que não são capazes de serem acompanhadas pelos conceitos tradicionais, as observações desta sociedade tem trazido à tona comunicações então omitidas pelo sistema, ora fundindo-as às existentes (como ocorre com as *fake news* – onde verdade e não-verdade se aglutinam e constroem cenários), ora liquefazendo ou introduzindo reflexões sobre as matrizes científicas então estatuídas. Ao final deste processo o direito constitucional, abalizado pelo normativismo kelseano, tem suas bases fragilizadas pelas novas observações sobre o paradoxo comunicativo, que expõe e questionam a seletividade da estruturação constitucional.

Assim, o sentido constitucional acaba sendo definido *in concreto*, frente as demandas levadas a efeito pelo juiz-observador, que irá construir por intermédio observação uma decisão, uma sentença, uma seletividade comunicativa expressar a partir da dialógica relação entre partes processuais que, ao final, implicará na definição do que se passará a ser tratada como verdade.

## 6. O GOVERNO DOS JUÍZES: ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A judicialização da política. A politização do judiciário. O governo dos juízes entre direito e política. *La decisión Judicial* sem limites, a prática judicante que se auto-fundamenta e afirma que não há democracia sem o *Juiz*. Que democracia? Que juiz? Que direito? Que política? O judiciário assume o protagonismo daquilo que alguns defensores nominam de realização material da democracia pelo direito. Na realidade jurídica brasileira esse protagonismo não reconhece fronteiras, não identifica limites, a *La decisión judicial* é o próprio limite.

A linguagem traduz o estágio cultural do ser humano. A linguagem traduz o estágio filosófico e científico de um pensador no espaço da produção do *Saber* e do *Conhecimento*. Qual *Saber* e *Conhecimento* que a linguagem da *decisión judicial* de um judiciário protagonista na democracia constrói? Que tempo presente observamos e qual o futuro que essa *decisión judicial* constrói? Na prática judicante brasileira seja o juiz monocrático, seja o ministro da Corte Constitucional, passaram a interpretar que a democracia não se realiza na política e sim no direito. E não se pode afirmar que seja um direito material, salvo se a interpretação for aquela de que independente da previsão normativa a realização material do direito se identifica na *decisión judicial*. Constitucionalismo? Neoconstitucionalismo? Ativismo judicial? Decisionismo? Não se sabe mais qual o conceito a ser utilizado, a *decisión judicial* que observamos na prática judicante brasileira não se coaduna às expressões acima. Um juiz constitucional que nega a Constituição. Um juiz constitucional que inventa princípios constitucionais para fundamentar o não fundamento da sua decisão.

Não se nega que a ciência do direito é a linguagem jurídica, a construção linguístico-constitutiva da ciência direito que traduz sua estrutura por *verdade*, *paradoxo*, *complexidade* e *interdisciplinariedade*. Entretanto, qual verdade tem construído essa *decisión judicial*? Qual paradoxo ela oculta? Qual complexidade procura organizar e assim se tornar complexa? Qual interdisciplinariedade se identifica no conteúdo dessa *decisión judicial*? Uma prática judicante que contraria a Constituição do Estado, não redimensionando a função da produção normativa para o Poder Legislativo reformador, mas sim construindo o direito com a sua estrutura (*decisión*) e obrigando o Estado a promover a realização material.

O juiz *Superman*. O judiciário protagonista da democracia representativa, que não reconhece fronteiras a sua prática judicante, que usurpa a função do Poder Legislativo. O juiz que não aplica o Direito, mas sim constrói o Direito. Mas qual Direito? Uma *decisión judicial* que nega a taxatividade e clareza da norma constitucional, do mandamento do legislador constituinte. A invenção de uma nominada linguagem jurídica que o seu fundamento é ela própria, a auto-fundamentação jurídica. Leciona o teórico italiano que

Per costruire teorie è necessario trasformare ovvietà in problemi, diceva Luhmann. Sorprendersi e inventarsi, diceva Heinz von Foerster. E così la scienza diventa poesia perché cognizione è comportamento, conoscenza è costruzione, invenzione del sé che inventa un mondo, invenzione della macchina nella quale la percezione percepisce se stessa" (DE GIORGI, 2006).

A invenção de direitos pela *decisión judicial* expande os tentáculos de uma prática judicante que desconsidera toda uma teoria dos procedimentos e uma estrutura constitucional originária, secundariza a função do Legislativo e do Executivo, não reconhece que sua função é a fiscalização das ações de gestão do primeiro e o controle de legitimidade da produção normativa pelo segundo, exemplo vigente é a nominada *Estado de coisas inconstitucional* que não mais reconhece limites. Ou as manifestações (*decisión judicial*) que se autonomizam pertencentes aos mundos do neoconstitucionalismo, ativismo judicial e decisionismo. Mas o presente que observamos, com a *decisión judicial* que constrói direitos, que futuro trará? O juiz é o controlador, mas quem controla o controlador?

## 7. CONCLUSÃO

Letras sobre o *Observador* e os *Juízes*, sobre a invenção da ciência e o modelo de governança do jurídico. Letras sobre um paradigma perdido: ciências sociais. Letras sobre o protagonismo do judiciário na democracia (brasileira) ocidental. Letras sobre o Governo dos Juízes na democracia representativa que não representa.

O mundo. Os mundos. A existência. A inexistência. A invenção. A criação. Os sistemas. Os subsistemas. A ideia da ideia. O conceito do conceito. O conceito do não conceito. O *Observador* e a invenção do *Saber* traduzem a nossa inequívoca ignorância. Que *Saber* a *decisión judicial* constrói? O *Saber* representa o nível máximo do *Não-saber*. As idéias que temos ou sobre as quais tomamos conhecimento, representam um mundo infinitamente menor do que àquelas idéias que ainda não tivemos ou sobre àquelas que ainda não conhecemos. O *Observador* é a personagem nuclear na construção do *Saber* ou teoria do conhecimento, sem ele não há *Saber*, sem ele não há conhecimento. No entanto, com ele, o que é construído é realmente um *Saber*? Ou é um *Saber* sobre o *Não-saber*, que caracteriza a nossa necessária ignorância de uma teoria do conhecimento, a ciência? O juiz que governa pela *decisión judicial* constrói um *Saber* para o futuro? E qual futuro? O *Saber* ou teoria do conhecimento traduz os limites do pensamento, limites que se abrem e se fecham pelas simplificações de natureza causal, histórica e antropocêntrica, que conduzem sempre a uma metodologia da objetividade. Aqui, sem dúvida, o ponto nuclear no qual se encontra o *Observador*, pois toda idéia ou pensamento é idéia ou pensamento do *Observador*. E uma *decisión judicial* que não observa limites? O *Saber* ou teoria do conhecimento é sempre a mesma, sempre diversa, projeta-se sobre um novo *Saber* ou *Conhecimento* sempre o mesmo, sempre diverso. Trata-se do processo operacional impulsionado pelo *Observador*, ou seja, operações que assumem a função de construir horizontes que partem sempre de outros horizontes numa diversidade que exige seleção de possibilidades de horizontes.

É um direito sem limites? É um direito que não reconhece o espaço e a função da política na democracia representativa? O *Saber* ou teoria do conhecimento representa os confins de uma cognitividade que tem como limite a auto-reprodução que é auto-referencial, reflexiva e circular. O *Saber* se reproduz a partir de si mesmo e retorna sempre a si mesmo.

O *Saber* é o horizonte das possibilidades que se reproduz na teoria do conhecimento, da ciência. Portanto, aquilo que não era horizonte se torna horizonte a partir de si mesmo: *la decisión judicial* tem reinventado o direito a partir de si mesma. A partir de então aquilo que era *Saber* ou *Conhecimento* pode ser renominado de evolução científica. O *Saber* é *Saber* e *Não-saber* que se auto-determina, determina seus confins na invenção contínua de horizontes de possibilidades que são sempre atualizáveis. A *decisión judicial* que nega a memória de decisões judiciais, que determina a exclusão de uma memória jurisprudencial. O *Observador*, a distinção e a observação estão sempre

expostas a outros processos de observação, fundados em outras observações, estas realizadas por outras distinções.

## 8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Willian; ORO BOFF, Salete. A Hermenêutica Filosófica como barreira para o Ativismo Judicial. **Duc In Altum** - Cadernos De Direito, n. 14, v. 32, 2022. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2260>. Acesso em 06 abr. 2023.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas : Bookseller, 2000.

BORGES, Jorge Luis. **Obras Completas**. 18ª e d. Buenos Aires: María Kodama yEmecé Editores, 1989.

DE GIORGI, Raffaele. **Temî di Filosofia del Diritto**. (Collana *Scienza del Diritto*, nº 5). Lecce : Edizioni Pensa MultiMedia, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. “O Desafio do Juiz Constitucional”. **Campo Jurídico** – Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito, vol. 3, nº 2, pp. 107-120, outubro, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos Direitos Humanos. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, a. 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Scienza della Logica** (*Wissenschaft der Logik*). Traduzionedi Arturo Moni. Tomo Terzo – *Sistema della Logica Soggettiva*. Roma-Bari : Editori Laterza, 1974.

HEIDEGGER, Martin. “Der Zeitbegriff in der Geschichtswissenschaft”. *In: Frühe Schriften*, Frankfurt am. Maim, Vittorioino Klostemann, 1972.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie**. 7ª ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main., 1984.

LUHMANN, Niklas. **Soziologie des Risikos**. Berlim/New York: Walter de Gruyter, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Suhrkamp-Taschenbuch-Wissenschaft,1993.

LUHMANN, Niklas. **Die Kunst der Gesellschaft**. Frankfurt am Main : Suhrkamp,1995.MARX, Karl. **Das Kapital** – Demokratischen Wochenblatt, Leipzig, 1868.

MENDONÇA, A. L. P. .; MAMED, D. de O. .; PAZ, R. L. de A. . Danos ambientais, sociedade de risco e direito de danos: perspectivas para a ampliação da tutela do meio ambiente. **Duc In Altum** - **Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 15, n. 35, 2024. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2651>. Acesso em: 10 abr. 2024.

PARSONS, Talcott Edgar Frederick. **The Social System**. (Routledge Sociology Classics). With a New Preface by Bryan S. Turner. Editor: Bryan S. Turner/Routledge – Taylor & Francis Group. London: 1952/2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SANTOS, Elias. **Geometria do Imaginário**. (Exposição de Pintura). Guarabira: Casa da Cultura, 2013.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Tradução de Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WEBER, Max. **Wertschaft und Gesellschaft**: Grundriss der Vertehenden Soziologie, Tübingen, 2. Habbd., Paul Siebech, J. C. B. Mohr, 1956.

VON FOERSTER, Heinz. “**Wissen und Gewissen**”. SCHMIDT, Siegfried J. (Org.). Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.

VON FOERSTER, Heinz. **Sicht und Einsicht**: Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie. Braunschweig/Wiesbaden, Friedr. Vieweg & Sohn, 1985