
A COGNIÇÃO E SEUS EFEITOS NA JURISDIÇÃO E NA DEMOCRACIA

Ana Karina Ticianelli Moller¹⁵
Caio Roque Das Mercês Jardini Luiz¹⁶

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar o que seja a chamada teoria da dissonância cognitiva. Sua origem, seu uso e suas implicações, demonstrando que as decisões dos indivíduos tendem a ocorrer de acordo com determinada predisposição. Busca-se analisar e compreender os efeitos da cognição no comportamento dos indivíduos, bem como contrapor a discricionariedade dos agentes políticos, precipuamente os magistrados, aqui no que importa a sua interpretação do ordenamento jurídico, nas decisões por eles emanadas, asseverando que o prestador jurisdicional deve, de modo necessário, obedecer a norma posta e ao significado que dela se possa extrair, sob pena de ser traído pelo livre convencimento, em razão, conforme se verá, dos efeitos deletérios da dissonância cognitiva.

Palavras-chave: ativismo; cognição; democracia; discricionariedade; dissonância; judicialização; solipsismo.

ABSTRACT

This work aims to present what is the theory of cognitive dissonance, your origin, your uses and implications, demonstrating that individuals' decisions will according to predisposition to a particular factual situation. The aim is to analyze and understand the effects of cognition studies on the individual and their behavior, as well as counter the discretion of politicians, specifically the judges, in interpreting the law, pointing out that the judge should always obeying the rule, under penalty to be betrayed by his free conviction, because of the cognitive dissonance effect.

Keywords: cognition; dissonance; discretion; activism; judicialization; democracy; solipsism.

SUMÁRIO

1 PONTO DE PARTIDA E PONTO DE CHEGADA: O CONTINGENCIAMENTO DO JUDICIÁRIO E SUA FORÇA PARA O BEM E PARA O MAL. 2 DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E ALGUMAS CONCEPÇÕES. 3 O EXPERIMENTO DA CONSTITUIÇÃO E SÍNTESE DE SUA TRAJETÓRIA. 4 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL. 5 DA COGNIÇÃO E SEUS EFEITOS. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 PONTO DE PARTIDA E PONTO DE CHEGADA: o contingenciamento do judiciário e sua força para o bem e para o mal

De princípio, impende anotar a análise e aprofundamento do tema ora em foco, segue rigor científico metodológico, assim para os fins de demonstrar a nocividade da dissonância cognitiva. É uma forma possível e sustentável de compreender o direito como ciência jurídica.

Salienta-se que entender os efeitos da cognição nos indivíduos é sensato, e, contrapor-se à discricionariedade dos agentes políticos – leia-se, magistrados –, na interpretação do ordenamento jurídico, é, afinal, dizer que o juiz deve nortear-se pela norma, sob pena, como já salientado, de sua decisão tornar-se subvertida pelos efeitos da cognição dissonante.

¹⁵ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos pelo Centro Universitário Filadélfia. Professora de Direitos Humanos e Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina.

¹⁶ Pós graduando em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC.



É correto afirmar, demais, que a exacerbação, ou mesmo o desvirtuamento do conceito e da aplicação da discricionariedade pelo prestador jurisdicional, deriva de decisões divergentes, do ativismo judicial, do decisionismo, no solipsismo, fenômenos estes muito frequentes na vida jurídica hodierna que, certa, deságua em descrédito em detrimento do poder judiciário.

Como se verá alhures, estudos apontam que, se de um lado o poder judiciário dinamiza e perfaz a paz social na solução dos conflitos individuais e coletivos, de outro vértice, constata-se que esse mesmo poder vem sendo assenhorado por magistrados sem qualquer vocação, que decidem valendo-se de uma realidade idealizada em contraposição à realidade da ordem jurídica vigente, apartando, pois, das decisões emanadas de correta e escorreita interpretação.

De modo que o prestígio, pelos agentes políticos, de seus anseios e projetos pessoais em detrimento do ordenamento jurídico vigente, conduz ao desvirtuamento dos rumos do judiciário contemporâneo, anotando-se que indigitadas digressões vêm sendo verificadas na corte constitucional em franco comprometimento ao estado democrático de direito.

2 DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E ALGUMAS CONCEPÇÕES

Considerando a afirmação que os fenômenos de cognição podem ocorrer na seara da constituição, e que tais fenômenos implicam efeitos na democracia, é necessário delinear o paradigma constitucional que se pretende aproximar.

2.1 DO CONCEITO

A nomenclatura constituição possui nexos formais diretos, em análise etimológica, com a terminologia latina *constitutiu, onis* ou *constitutionis*, que está atrelado a ideia de lei, decreto, norma, estatuto. Tais terminologias carregam ainda o sentido somatório das partículas verbais “constituir” e “agir”, ou seja, constituir um objeto e agir utilizando-o; vale dizer, o sentido à constituição é o de composição em um conjunto de elementos para algo (Houaiss, 2001, p.813).

Na antiguidade romana “encontra-se a expressão *constitutiones principum*, indicando, contudo, meros atos de cunho normativo editados pelo Imperador, e que possuíam valor de lei” (TAVARES, 2010, p.85). Ainda, em Aristóteles, tem-se que o fenômeno “encontra um conceito de constituição (*politeia*), significando o modo de ser da *polis*. Nele se encontram vestígios do conceito moderno da constituição” (TAVARES, 2010, p.85).

Em sentido jurídico geral, a constituição pode ser vista como conjunto de leis fundamentais que rege a vida de uma nação, geralmente elaborada e votada por uma assembleia nacional constituinte, formada por representantes do povo, e que regula as relações entre governantes e governados, traçando limites entre os poderes e declarando os direitos e garantias individuais, ou, ainda, um conjunto de leis fundamentais que regulam os direitos e deveres no âmbito de cada estado da federação, elaborada e aprovada por sua assembleia legislativa (Houaiss, 2001, p.813). “Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 1990, p.38).

Em outro dizer, levando-se em consideração a densidade político normativa de sua composição, a constituição, em sentido moderno, é visualizada como ordenadora,

fundadora e limitadora do poder político que reconhece os direitos e liberdades do indivíduo (CANOTILHO, 2010, p.54-55).

Ainda no seio dos ideários políticos, analisando os planos existentes e proclamadores do constitucionalismo americano, resvala-se a abstração e conceito de que a constituição escrita é uma “bíblia política do estado”, assentando, ainda, que é um acordo feito pelo povo para a formação de um governo (CANOTILHO, 2010, p. 59). É dizer que “a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da *ancient constitution*. Ela devia garantir os cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano” (CANOTILHO, 2010, p.58).

Lado outro, destaca-se também a percepção de que a completude da constituição pode ser analisada do ponto de vista do imbricamento do sentir íntimo do cidadão à norma. Isto é, há o comando que direciona que a constituição cria um sentimento de acordo com sua efetividade e conformação com o público a qual se destina. É o que ensina Pablo Lucas Verdú:

[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o *sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência*. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, tem o sentimento o constitucional.

E ainda segue:

[...] o conceito de Constituição é completo quando, à sua intelecção teórica, une-se sua compreensão emocional através do sentimento que adere ao conceito. O ensino do Direito Constitucional não se esgota na explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas. Requer, além disso, que se insista na necessidade de que a sociedade adira à Constituição, senti-a como coisa própria (VERDÚ, 2004, p.74).

Desta forma a constituição depende da “cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos” (BARROSO, 1993, p. 41). É, portanto, que o próprio “vocábulo ‘constituição’ designa, genericamente, a especial forma de ser de um corpo, de um objeto, de um ser vivo. É sua organização, sua formação, enfim, sua constituição” (TAVARES, 2010, p.86).

Observa-se que tais considerações apresentam-se de suma importância, uma vez que o espectro cidadão que se projeta na relação entre constituição e público pode, bem ou mal, servir como requisito para um sentimento confirmativo e concordante do ser que recebe os efeitos da ordem jurídica constitucional. Assim afirma Nelson Camatta Moreira:

Adaptando-se as teorias de Honneth e de Taylor, a Constituição pode ser considerada o pano de fundo moral para o reconhecimento da cidadania, ou seja, ela deve não só pautar toda a atuação do Estado, como também o agir social, pois sem esse *ethos* valorativo mínimo, ou seja, sem o reconhecimento ético da identidade cidadã não há propagação suficiente do sentimento constitucional (MOREIRA, 2010, p. 201-202).



É de se indagar: é o ser político¹⁷ que se adequa à norma ou a norma que se adequa ao ser político?

Evidencia-se até aqui três situações sobre as concepções jurídicas sustentáveis acerca do conceito de constituição: 1 – a constituição é um emaranhado de normas fundamentais que regulam a vida em sociedade; 2 – a constituição é a bíblia política do estado, consubstanciada em acordo formulado pelo povo para a criação de um governo; 3 – a constituição é a simbiose de comandos normativos com o público, que quando se efetiva assenta sua completude e convoca a pluralidade interpretativa.

Esta última concepção jurídica possível é extremamente relevante à finalidade deste texto, já que escancara o subjetivismo inerente ao ser cognoscente e abre o discurso à coletividade na participação do movimento interpretativo da ordem constitucional, tocando, mesmo que despreziosamente na ideia de que “interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade” (HABERLE, 1997, p.14).

Sobressai, conseqüentemente, a necessidade de retirar a exclusividade interpretativa da constituição para oxigenar o direito, tornando-o instrumental suficiente para a promoção da democracia. Isso é prudente, pois, o indivíduo não mantém neutralidade ideológica (ZAFFARONI, 2007, p.111).

Em suma, tem-se que a constituição pode ser tida como uma composição diretiva de fundamentos, construída pelo povo para a criação de uma governança, com vistas à produção de efeitos nos seres humanos engajados em determinado nicho social.

56

2.2 DAS CONCEPÇÕES

Traçados alguns conceitos importantes, é de se considerar a indicação de algumas das concepções que podem ser sustentadas sobre a coisa constituída. É necessário ter proximidade sobre tais concepções, vez que traduzem os modelos epistêmicos que norteiam os estudos que aqui são propostos.

2.2.1. DA CONCEPÇÃO FORMAL

Uma das formas de se entender a constituição é sob o aspecto formal. Nesse aspecto, entende-se a constituição como um emaranhado de normas relativas que norteiam o modo de ser do Estado, que encontra-se, necessariamente, redigidas em um texto solene, com alterabilidade diferenciada (TEIXEIRA, 1991, p.42).

Nesse sentido, pode-se dizer que “há normas que, mesmo não sendo substancialmente constitucionais, são consideradas constitucionais na medida em que o são formalmente falando” (TAVARES, 2010, p. 87).

A título exemplificativo, o professor André Ramos Tavares cita (p. 87):

Exemplo típico é a norma que trata do tombamento dos documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos quilombos (art. 216 § 5º), que, se não estivesse normatizada constitucionalmente, de certo seria matéria

17

Considera-se a afirmação Aristotélica de que o homem é um animal político.



regulamentada por mera legislação federal, estadual ou municipal, nos termos do art. 24, VII.

Vê-se, portanto, que a concepção formal da constituição prestigia o texto constitucional, devendo as normas que ali estão inseridas serem respeitadas e prestigiadas com hierarquia constitucional.

2.2.2 DA CONCEPÇÃO SUBSTANCIAL E MATERIAL

Outra forma de entender a constituição é sob o aspecto material. Tal aspecto leva em consideração o conteúdo das normas. É o que ensina Celso Ribeiro Bastos:

Define-se a constituição em sentido substancial pelo conteúdo de suas normas. A constituição nesta acepção procura reunir as normas que dão essência ou substância ao Estado. É dizer, aquelas que lhe conferem a estrutura, definem as competências dos seus órgãos superiores, traçam limites da ação do Estado, fazendo-o respeitar mínimo de garantias individuais. Em suma, ela é definida a partir do objeto de suas normas, vale dizer, o assunto tratado por suas disposições normativas (2000, p. 43).

Percebe-se, então, que “substancialmente, a constituição é o conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política” (TAVARES, 2010, p. 87). Tal ideia está umbilicalmente ligada ao constitucionalismo moderno, que direciona a constituição à organização do estado, à limitação de poder e aos direitos humanos, ou seja, esta conjugada as estruturas mínimas inerentes a qualquer estado (TAVARES, 2010, p. 87).

Convergindo com o sentido substancial de constituição, porém com nomenclatura diversa, há a concepção material, consistente em regras materialmente constitucionais codificadas ou não em um documento (MORAES, 2000, p. 35). Frise-se, assim, que constituição em sentido substancial e material possuem o mesmo sentido.

Em razão de a concepção material levar em consideração o conteúdo da norma essencialmente, há a possibilidade de normas de caráter constitucional estarem em outros diplomas normativos, sendo que a localização e a qualidade de tais normas se diferem de estado para estado dada suas particularidades (TAVARES, 2010, p. 87-88). Ergue-se aqui a indagação: que conteúdo normativo pode, na concepção material e substancial, gozar de qualidade constitucional?

A resposta é clara no sentido de que “sob o aspecto material, a constituição será o conjunto juridicizado de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que configura determinada sociedade (TAVARES, 2010, p. 89). Tal ideia vai desaguar na concepção sociológica da constituição.

2.2.3 DA CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICA DE FERDINAND LASSALE E O CONTRAPONTO DE KONRAD HESSE

A concepção sociológica da constituição contempla os aspectos sociais e políticos que ocorrem dentro de determinado estado, afastando questões jurígenas. Tal concepção foi lançada em Berlim, por Ferdinand Lassale, em 16 de abril de 1862 em conferência sobre a essência da constituição; posteriormente as ideias lançadas na conferência foram consubstanciadas na obra “A essência da constituição”.



Prega-se a ideia de que a constituição em si é a soma dos *fatores reais de poder*¹⁸ que estão fragmentados entre diversos atores e fatores (políticos, econômicos, militar etc.).

Na arena social, *locus* das relações sociais e do experimento social, há uma luta travada entre os atores e fatores de poder, que em dado momento se acomodam de acordo com seus interesses e pretensões. Chega-se a noção de que a constituição real e efetiva de um Estado é a soma dos fatores reais do poder; do contrário a constituição não passa de uma folha de papel (LASSALE, 1933, p. 17 - 63).

Frise-se que, para Lassale, “as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social” (LASSALE, 1933, p. 63).

Desta forma, a constituição real e efetiva na concepção sociológica é aquela consubstanciada em um conjunto de atos confeccionados por entidades coletivas que detém o poder, porém jungidos de parcela e capacidade representativa dos seres individuais do Estado. Vale dizer: a constituição é um resultado dos acontecimentos e forças reais, e não apenas o que está escrito.

Não se discute – na perspectiva do presente trabalho e não de Lassale – a legitimidade dos atores e fatores de poder, mas tão somente sua existência, bem como a existência dos fatores reais de poder.

58

O esclarecimento dado à concepção sociológica neste trabalho, dá-se em razão de sua estreita relação com a informação de que a constituição é considerada, bem ou mal, o liame entre o indivíduo, ou coletivo que lhe represente, aos efeitos jurídicos estatais ao nacional. Resvala-se, conseqüentemente, na ideia já mencionada, que a coisa constituída (constituição) só atinge sua completude quando há o imbricamento pleno do sentir íntimo do cidadão à norma, sob pena de ser apenas um pedaço de papel.

Esse vínculo do ser com a constituição pode ser levado a efeito quando a norma fundamental for interpretada por quem tem interesse, ou seja, o cidadão. Consiste, nesta toada, uma razão para se retirar o monopólio interpretativo de determinados grupos.

Em contrapartida à concepção sociológica, Konrad Hesse disserta, na obra “A força normativa da constituição”, a ideia de que a constituição, diferentemente do que apontou Lassale, não se presta apenas a narrar aquilo que ocorre no plano real com os fatores reais de poder. É que a constituição jurídica também ordena e conforma a realidade; há uma coordenação entre a constituição real e a constituição jurídica, sendo que esta pode servir como instrumental de alteração do cenário social (HESSE, 1991, p. 1-5).

Hesse segue:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas — ordenação e realidade — forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado

18 Entende-se como fatores reais de poder, as instituições que empregam estímulos que informam ou até mesmo subjulgam os comandos das leis. A título exemplificativo, Lassale cita: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital e etc. que influenciam diretamente nos sentidos que devem ser dados às leis.



da ordenação jurídica.

Sobre a indagação: é o ser político que se adequa à norma ou a norma que se adequa ao ser político?

Percebe-se que, conforme prega Lassale, a norma se adequa aos fatores reais de poder, que são ditados por situações de forças cotidianas - não é acaso o cenário democrático no Brasil contemporâneo. Por outro lado, Konrad Hesse afirma que a norma pode conformar o ser político na medida em que assenta seu conteúdo no ser.

É de suma importância compreender e ter domínio desses posicionamentos, pois materializam o que, talvez, conforme será visto adiante, deva ser perseguido pelo *iudex*: informação e conformação.

2.2.4 DA CONCEPÇÃO POLÍTICA DE CARL SCHMITT E O MODELO PROPOSTO

A concepção política da constituição contempla os aspectos políticos na conformação da norma fundante. Tal concepção é dada por Carl Schmitt, e está consubstanciada na obra “Teoría de la Constitución”.

Leva-se em consideração a ideia de que a constituição é a decisão política fundamental do titular do poder constituinte, ponderando que o sentido positivo surge mediante ato do constituinte, valendo-se por virtude da vontade política existente (SCHMITT, s.d., p. 45-47). Isto motiva a premissa de que as ordenações constitucionais e seus ornamentos estão enraizados na vontade política de dada condição histórica. É de se considerar que a “política é o universo da vontade” (BARROSO, 2015).

Carl Schmitt propõe a distinção entre normas constitucionais e leis constitucionais. Isto é dizer que as normas constitucionais são aquelas que dizem respeito a formatação do estado, por exemplo: norma que pactua sistema de federação e repartição de poderes. Por outro lado, as leis constitucionais são aquelas que embora estejam escritas na constituição, não dizem respeito a decisão política fundamental (BARROSO, 2015, p. 45-49).

Ainda Carl Schmitt afirma que a constituição ideal tem de ter três itens essenciais: um sistema de garantias de liberdades; um sistema de divisão de poderes; um documento solene e formalmente escrito (BARROSO, 2015, p. 59-62) – tal apontamento também é feito por Canotilho (2010, p.52).

Esta concepção reverbera naquilo que se aproximará neste texto, como mecanismo de defesa a cognição dissonante, sendo, portanto, de suma importância ter intimidade com tais ideias.

3 O EXPERIMENTO DA CONSTITUIÇÃO E SÍNTESE DE SUA TRAJETÓRIA

Destaca-se que, conforme a história aponta, o caminho traçado pelo experimento constitucional criou vida e independência. Desta forma, a conformação dos conceitos e/ou paradigmas precedentes acerca da constituição são fruto de um produto ideológico forjado por séculos, sendo que o manejo e articulação dos ingredientes para a referida conformação durante a história adquiriu notoriedade e, inclusive nomenclatura, qual seja: constitucionalismo.



Sem prejuízo das diversas formas de compreender o constitucionalismo¹⁹, é mister empregar no presente texto que, em sentido moderno, representa uma forma específica de limitação do poder com fins de garantia. Cumpre observar, ainda, que o constitucionalismo ocorre em diferentes locais, períodos, culturas etc., tendo, portanto, uma pluralidade de movimentos constitucionais, porém quase sempre com o vetor de limitação de poder (CANOTILHO, 2010, p. 51).

Alguns movimentos constitucionais protagonizaram verdadeiros avanços para o direito constitucional que influenciam até os dias atuais a vida cotidiana dos cidadãos. Destacam-se: o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano e o constitucionalismo francês.

3.1 DO CONSTITUCIONALISMO INGLÊS

O constitucionalismo inglês adquiriu notoriedade graças aos avanços constitucionais consubstanciados em grandes documentos que permitiram a limitação de poderes, por exemplo: 1 – Carta de coroação de Henrique I (carta de liberdades e garantias do cidadão), 1.100 d.c; 2 – *Magna Charta Libertatum* (inspirada na carta dos barões), 1.215 d.c; 3 – *Petition Of Rights* (petição de direitos), 1.628 d.c; 4 – *Habeas Corpus Act*, 1.679 d.c; 5 – *Bill Of Rights* (parlamento impondo limites ao monarca), 1.689 d.c..

60

Note que o constitucionalismo Inglês iniciou-se com o desenvolvimento das instituições feudais que, em primeiro momento, resultou no fortalecimento do poder político dos barões do reino, quando, no ano de 1215, impuseram ao Rei João Sem Terra a *Magna Carta Libertatum*, sendo instrumento influente à consolidação do parlamento (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p.43). É dizer, verifica-se o movimento constitucional britânico, em seu início, no século XIII, por volta de 1.215 d.c, com a concessão da *Magna Charta Libertatum*, e, em momento posterior, iniciada no século XVII, pela luta entre o Rei e o Parlamento, com a *Petition Of Rights* (Petição de Direitos), de 1628, bem como as resoluções de 1648, 1688 e o *Bill Of Rights* (Declaração de Direitos), de 1689 ((TAVARES, 2010, p. 27).

Não se perde de vista a *Bill Of Rights* (Declaração de Direitos), de 1689, que foi ponto culminante da denominada revolução gloriosa, que pode ser considerada um dos principais momentos constitucionais da Inglaterra, dado que representou a necessidade de estabelecer, demarcar e limitar, inclusive em texto escrito, os poderes do legislador e do rei (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p.44). É assim que a revolução “legou ao mundo o modelo parlamentar e um primeiro sistema de liberdades civis e políticas, pode ser considerada como a grande contribuição inglesa ao constitucionalismo e para a historia das instituições políticas” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p.44).

Assim, constata-se que o constitucionalismo Inglês foi criado e marcado pela luta constante de forças de poder, que no decorrer dos séculos se alteraram na busca do mais equânime regime democrático possível, superando suas limitações e rumando de encontro ao que se estudou sobre conceito ideal de coisa constituída.

¹⁹ Considera-se as demais vertentes: Neoconstitucionalismo, Constitucionalismo do Futuro, Cross Constitucionalismo, Constitucionalismo Globalizado e etc.



3.2 DO CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS

Lado outro, também na Europa, outro movimento que adquiriu notoriedade foi o movimento constitucionalista francês, tendo, também, apresentado e endossado avanços visíveis no século XVIII. Alguns importantes documentos que marcaram o constitucionalismo francês: 1 – Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; 2 – Constituição francesa, de 1791; 3 – Constituição francesa, de 1793; 4 – Constituição francesa, de 1799.

Atente-se que o conceito de constituição apontado por Carl Schmitt e Canotilho já estava presente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, que consignou que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Tal anúncio advém da preocupação que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou o do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 200, p. 168).

É de se registrar que a característica ímpar do constitucionalismo francês consistiu em seu poder constituinte que, à época, significou uma ruptura com o passado na França, no sentido de uma nova ordem estatal e social, incidindo nos âmbitos mais elementares da sociedade. Desta forma, a declaração de direitos fundamentais francesa, não objetivou tão somente a limitação de poder do Estado, mas também a extinção definitiva do direito feudal e dos privilégios que gozavam os aristocratas (SARLET, MARINONI, MITIDIÉRO, 2013, p.50).

Sendo assim, uma das principais contribuições do constitucionalismo francês foi o lançamento da ideia sobre direitos individuais e universais naturais das pessoas, que posteriormente foram traduzidos nos direitos fundamentais.

61

3.3 DO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

Doutro lado do atlântico, o movimento constitucional americano também ganhou destaque em razão dos ideários de emancipação de poder e do grande anseio do povo a terem acesso as garantias constitucionais. Os principais documentos históricos que exprimiram o constitucionalismo americano foram: 1 – Pacto de Mayflower, de 1620 (redigido por peregrinos que atravessavam o atlântico no famoso navio Mayflower); 2 – Declaração de Virgínia, de 1776 (considerada primeira declaração de direitos humanos em sentido moderno); 3 – Declaração de Independência, de 1787 (primeira constituição escrita, tendo inaugurado a ideia de federação com a reunião de Estados e modo de governo presidencialista); 4 – *Bill Of Rights*, de 1791 (diferente do *Bill Of Rights* do constitucionalismo Inglês; conhecida com as dez primeiras emendas).

Como mencionado, foi insito ao constitucionalismo americano a ideia da limitação normativa do domínio político através de lei escrita, visto a necessidade de criação da “bíblia política do Estado”, aglutinadora de princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos particulares. Assim, a constituição não seria um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e construir um “governo” vinculado à lei fundamental (CANOTILHO, 2010, p.59).



4 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Em real sentido monista²⁰, intento ao relato de alguns movimentos constitucionais, é crível e razoável conjugar a realização dos lanços históricos à vicissitude pós moderna. Não é graça a Constituição da República Federativa do Brasil ser ampla e dinâmica, é sequela de certa mazela. É Carta de alforria. Não dizer que a dirigência e bondade da Carta é tamanha que “só não traz a pessoa amada em três dias” (BARROSO, 2015).

No condão de efetivar os comandos diretivos emanados da Carta, há a jurisdição como “poder do Estado, decorrente de sua soberania para editar leis e ministrar a justiça” (Houaiss, 2001, p.1694). É dizer, a jurisdição é instrumento que anuncia os direitos, sendo exercida precipuamente pela magistratura, podendo ocorrer em situações afetas à temáticas fundamentais de Estado, incidindo nas questões democráticas.

Assim, o manancial de direitos extraídos da Lei Maior, ante a larga incidência da jurisdição, torna fértil a judicialização, substantivo dado quando “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, 2015, p. 3). Com efeito, o fenômeno engendra “uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (Ibidem, p. 3). Desta forma, o prestador jurisdicional assume a incumbência de anunciar questões típicas dos outros poderes, inclusive em razão da vedação do *non liquet*²¹.

62

Nesse mesmo contexto, há o fenômeno do ativismo judicial, que “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (Ibidem, p. 4). Assim, o ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Ibidem, p. 4). Em dado ponto, descobrir o ativismo é explorar “qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional” (VALLE, 2009, .21). Noutro ponto, o ativismo judicial implica a “falta de limites no processo interpretativo” (STRECK, 2014c, p. 64), pois, o julgador insere-se em ambiente desconcertado da norma.

Sem prejuízo dos inúmeros debates advindos da judicialização e do ativismo judicial²², no cenário onde existem tais fenômenos, o magistrado passa a exercer verdadeira função política, surgindo a problemática da legitimação dos efeitos de suas decisões. Além disso, os fenômenos, bem ou mal, repercutem severas subtrações dos demais poderes do Estado e reverberam imoderações na discricionariedade do juiz. Logo, é fundamental entender a matéria prima das decisões: a cognição.

5 DA COGNIÇÃO E SEUS EFEITOS

O estudo do ser e da mente possui extrema relevância no âmbito acadêmico,

20 Possui o sentido Kelseniano, implicando na simbiose da Constituição brasileira às conquistas fundamentais alcançados por Estados estrangeiros.

21 A vedação do *iurare sibi non liquere* está consubstanciada no texto do artigo 4º da lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro), *in albis*: Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Ou seja, o juiz é obrigado a decidir, não podendo se esquivar de tal ônus com a afirmação de que não há clareza.

22 Considera-se, por exemplo, a problemática da usurpação, por parte da função jurisdicional, às funções dos propagadores ordinários de leis.



lançando efeitos na discussão sobre o modo de agir dos indivíduos, principalmente em sua esfera social.

Rumando à lógico da cognição, é importante registrar que a psicologia explora funções mentais, quais sejam: afeto, volição e cognição. Esta assume dimensão ímpar ao presente texto, pois é abraçada à percepção da formação dos juízos de valoração sobre os planos de existência. Isto é, a conjuntura das decisões são arrimadas na cognição – cá reside o motivo da não análise do afeto e da volição –, de modo que, refletir sobre as decisões pressupõe caminhar os trechos da cognição.

Cabal afirmar, ainda, que todo ser é inerentemente cognitivo, sendo que negar esse fato é consumir a atividade cognoscente em seu íntimo, mesmo de forma contraproducente. Com efeito, evidencia-se que decidir é desenvolver a arte cognitiva. No foro, a cognição urge em tão grandiosa evidência que atos normativos²³ mencionam seu nome notadamente ligada à atividade do magistrado. Nessa toada, a cognição é tema assente no presente texto e nos estudos do direito.

5.1 DO CONCEITO DE COGNIÇÃO E SEUS USOS

Ultrapassadas as considerações precedentes, iniciando a análise etimológica do termo, tem-se que a cognição advém do latim *cognitio, onis*, cuja significação é: ação de conhecer; a dissonância advém do latim *dissonantia, ae*, cuja significação é: dissonância, diferença, desarmonia (Houaiss, 2001, p.754, 1059).

A cognição pode possuir e ser vista por perspectivas e áreas de conhecimento distintas, em permanente ponderação de ato ou efeito, inerente ao indivíduo coletor de informações. Neste cenário, a dissonância pode possuir e ser entendida em consideração à situações desarmoniosas e conflitantes.

Para elucidar, Houaiss afirma (p. 754):

Cognição [...] ato ou efeito de conhecer 1 processo ou faculdade de adquirir conhecimento 2 [...] percepção, conhecimento 3 [...] fase processual de uma demanda em que o juiz toma conhecimento do pedido, da defesa, das provas etc., e a decide em contraposição à fase executória 4 conjunto de unidades de saber da consciência que se baseiam em experiências sensoriais, representações, pensamentos e lembranças 5 série de características funcionais e estruturais da representação ligadas a um saber referente a um dado objeto 6 um dos três tipos de função mental [As funções mentais se dividem em afeto, cognição e volição].

Dissonância [...] 1 reunião de sons que causam impressão desagradável ao ouvido 2 [...] falta de harmonia, discordância (entre duas ou mais coisas).

O prisma pretendido pinça o efeito e validade de uma macula da cognição, um desatino do indivíduo em momento de cognição mitigada, dado que existem situações em que o indivíduo é compelido a apresentar esforços no intuito de atingir um estado de coerência em determinadas ocasiões, uma vez que a informação que recebe não coaduna com sua compreensão de como determinada coisa seja ou poderia ser. Desta forma, o indivíduo pode moldar seu pensar e agir, casuisticamente, conforme suas idiosincrasias. Isto inclui mudanças de comportamento, mudanças de cognição e exposição circunspecta a novas informações e novas opiniões (FESTINGER, 1975, p. 36).

23 O termo cognição em suas variações pode ser encontrado, por exemplo: Lei 13.105/2015 – art. 203, § 1º; art. 503, § 2º.



É de observar: aparentemente a situação é óbvia; grandes autores tocam nos efeitos da cognição dissonante, todavia não há certa apreensão sobre a temática.

Descartes é um exemplo exceto dada sua inquietação sobre o método. Tal conclusão é retirada de suas razões sobre a segunda máxima normativa em seu método, ao afirmar que “fazia imitação dos viajantes que, quando se veem perdidos numa floresta, não devem ficar, errando de um lado para outro, nem ficar, tampouco, no mesmo lugar, e sim andar em direção tão reta quanto possível, acompanhando o mesmo rumo, sem jamais desviar-se[...].” (DESCARTES, s.d., p. 35).

5.2 DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Delineado o plano de fundo, surge a necessidade de explanação sobre o desenvolvimento dos estudos da cognição dissonante. Tal ocorreu dentro das ciências comportamentais, que tiveram parte de seu berço histórico em meados do século passado. Clarividente que em algumas partes do firmamento foram desenvolvidas técnicas sobre a cognição, porém – limitando a perspectiva – o destaque se deu nos Estados Unidos. A exploração da cognição, no horizonte da dissonância, ocorreu em meados do século XX, tendo à disposição destacados filósofos, sociólogos e psicólogos, a saber: Leon Festinger, May Brodbeck, Don Martindale, Jack Brehm e Alvim Boderman. Leon Festinger teve destaque com o lançamento da obra “A teoria da dissonância cognitiva”.

64

À época, Festinger foi consultado por Bernard Berelson, diretor da divisão de ciências do comportamento da Fundação Ford, que pretendia em empreender um “inventário propositivo” da área substantiva da “comunicação e influência social”. A aceitação e empenho de Festinger, juntamente com seus colegas (May Brodbeck, Don Martindale, Jack Brehm e Alvim Boderman), e o financiamento da Fundação Ford, culminou na conclusão da teoria da dissonância cognitiva, criada através de experimentos empíricos (FESTINGER, 1975, p.7-10).

Referida teoria concluiu que o “indivíduo esforça-se por realizar um estado de coerência consigo mesmo. A tendência de suas opiniões e atitudes, por exemplo, é para existirem em grupos internamente coerentes. Nessa linha de análise “uma pessoa é capaz de pensar que os negros são tão bons quanto os brancos, mas não gostaria de ter famílias negras residindo em seu bairro”. É bem verdade que quando se verifica a existência de tais incongruências, estas podem ser muito notórias e até dramáticas, mas se captam ao presente texto, visto que situam, em acentuado contraste, com um fundo de coerência (FESTINGER, 1975, p. 11). Convém ponderar que “as opiniões ou atitudes afins tendem a manter-se coerentes entre si. Estudos sobre estudos têm assinalado e descrito a existência na pessoa dessa coerência entre atitudes políticas, atitudes sociais e muitas outras” (FESTINGER, 1975, p. 11).

Doutro modo, a existência relações conflitantes de cognição é fator inspirador por si só, podendo ser considerada um condição que antecede a atividade individual e conduz ao exercício orientado das razões na busca da diminuição da macula cognitiva, há exemplo, a fome que leva à atividade orientada de alimentação (FESTINGER, 1975, p. 13).

Exemplos:

Uma pessoa pode saber que o cigarro é-lhe nocivo e no entanto continuar a fumar; muitas pessoas cometem crimes, apesar de saberem ser alta a probabilidade de que as descubram e de conhecerem a natureza do castigo que



as aguarda.

Sendo ponto assente que a coerência é a coisa usual (quiza excessivamente usual), que dizer daquelas exceções que nos acodem à mente com tanta presteza só raras as vezes – ou nunca – são psicologicamente aceitas como incoerências pelas pessoas em questão. O mais comum é fazerem-se tentativas para racionalizá-las, com maior ou menor êxito. Assim, a pessoa que continua a fumar sabendo que isso é mau para a sua saúde, também poderá achar que: a) saboreia tanto o prazer de fumar que vale a pena correr o risco; b) as probabilidades de pôr em perigo a saúde não são tão sérias quanto alguns afirmam; c) não é possível evitar sempre todas as contingências perigosas da vida e apesar disso ainda está viva; d) finalmente, mesmo que resolvesse deixar de fumar, talvez engordasse tanto que a sua saúde também seria prejudicada. Assim, continuar a fumar é, em última análise, coerente com as suas ideias sobre o fumo (Ibidem, p. 11-12).

No exemplo, o fumante encontra, através da atividade cognitiva, maneiras de extinguir a desarmonia existente na informação de que fumar é ruim e o fato de que é fumante, criando desvios. Todavia, nem sempre os indivíduos conseguem traçar soluções simplistas para resolverem as tensões sobre informações conflitantes. Existem situações que a dissonância pode ser momentânea ou persistente, a depender da informação a ser dada (Ibidem, p. 15-16).

O cerne da dissonância reside em reconhecer que em determinadas situações a tensão cognitiva não pode ser suprida, ou, ainda, tende a ser reduzida por comportamentos distintos à qualquer método, em razão da celeuma comportamental criada por conflitos informativos. É dizer, “a dissonância é uma consequência quase inevitável de uma decisão” (FESTINGER, 1975, p.40).

A saber:

[...] usando como exemplo ilustrativo o fumante habitual que tomou conhecimento de que o cigarro é mau para a sua saúde. Ele talvez tenha adquirido essa informação através de um jornal ou revista, por intermédio de amigos ou mesmo de um médico. Esse conhecimento é certamente dissonante com a cognição de que continua a fumar. Se estiver certa a hipótese de que haverá pressões para reduzir essa dissonância, o que se esperaria que essa pessoa faça? 1. Ela poderá simplesmente mudar a sua cognição sobre o seu comportamento modificando as suas ações; isto é, poderá deixar de fumar. Se já não fuma mais, então a sua cognição do que faz é consoante com o seu conhecimento de que o fumo é nocivo à saúde. 2. Ela poderá mudar os seus conhecimentos sobre os efeitos do fumo, Isso parece ser uma forma algo peculiar de expressá-lo, mas traduz perfeitamente o que deve acontecer. A pessoa talvez acabe por acreditar, simplesmente, que o fumo não tem quaisquer efeitos deletérios ou por adquirir tantos conhecimentos sobre os bons efeitos do fumo que os aspectos nocivos tornar-se-ão desprezíveis (FESTINGER, 1975, p. 15).

Percebe-se que as formas de dirimir a dissonância são casuísticas e dependem, em tese, da intimidade e individualidade do ser. Ademais, como aponta Festinger (p. 40), existem situações que a solução do conflito cognitivo será uma verdadeira adversidade, já que implicará em diversas alternativas, tornando o ato decisório complexo. :

O fumante hipotético talvez ache que o processo de renunciar ao cigarro é



demasiado penoso para que o suporte. Poderá tentar descobrir fatos e opiniões de outras pessoas que corroborem o ponto de vista de que o fumo não é pernicioso, essas tentativas são passíveis de fracassar. Assim, poderá manter-se na situação de continuar a fumar e saber que o fumo é nocivo. Se for esse o caso, entretanto os seus esforços para reduzir a dissonância não cessarão.

Com efeito, há certas áreas de cognição em que é costumeira a existência de grande dissonância. Isso pode ocorrer quando duas ou mais crenças ou valores estabelecidos, todos pertinentes à área da cognição em questão, se revelam incompatíveis. Quer dizer: nenhuma opinião poder ser sustentada, nenhum comportamento empreendido, que não sejam dissonantes com, pelo menos, uma dessas crenças estabelecidas (FESTINGER, 1975, p. 15-16).

Observa-se uma reflexão: de acordo com a lógica precedente, Festinger, de maneira oblíqua, profetizou a insegurança jurídica que assola o poder judiciário contemporâneo, visto que os prestadores jurisdicionais, quando se afastam da ciência jurídica, tornam-se vítimas da dissonância.

Convém ressaltar que, no ano de 1944, Gunnar Myrdal, em sua obra “Um Dilema Americano”, previu as razões de diversos episódios que ocorrem, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal:

A pessoa ou grupo, cujas incoerências em avaliações são publicamente expostas, sentirá a necessidade de encontrar um meio de reconciliar essas incoerências [...]. A sensação de necessidade de consistência lógica, dentro da hierarquia de avaliações morais [...] é, em sua intensidade moderna, um fenômeno relativamente novo (MYRDAL, 1944, p. 1029 - 1030).

66

Assim, não é possível dar guarida à discricionariedade e ao livre convencimento.

A criação (decisionismo)²⁴ – totalmente embriagada pela cognição dissonante – assola o discernimento, que desastrosamente contamina os critérios e métodos para a solitária intenção de reduzir certa desarmonia. Nesta paisagem, o julgador, no afã harmonizador de sua cognição, em razão da lacuna cognitiva criada por conflito informativo, derruba a suprema medida imposta – leia-se: Constituição –, passando a mergulhar nas profundezas de seu íntimo – cá reside o indivíduo solipsista.

Logicamente verifica-se que: 1 – o ativismo judicial marcado pela discricionariedade e livre convencimento do prestador jurisdicional, em alguma medida, é resultado da dissonância cognitiva; 2 – a fundamentação dos atos decisórios do *iudex* é necessária para a constatação do fenômeno da dissonância cognitiva. Isto é, só se vislumbra a dissonância perseguindo os rumos da decisão.

Portanto, para dizer a constituição com segurança e, principalmente com fidedignidade, a jurisdição constitucional deve superar a dissonância, abraçando perspectivas teóricas afetas ao objeto da decisão. Não é atoa que se afirma:

[...] a pré-compreensão acerca do que é Constituição, da função da justiça constitucional e da revolução copernicana ocorrida no constitucionalismo, torna-se condição de possibilidade para a configuração do lugar da co-originariedade, *onde habita a estrutura prévia do compreender* (STRECK, 2001, p.230).

Streck disserta (2011, p.3):

Essa pujança da questão interpretativa no campo jurídico deve-se, em grande parte, àquilo que Jorge Miranda chamou de “Revolução Copernicana do Direito Público”, ou seja, o novo lugar ocupado pelas Constituições do Pós-guerra e o igualmente novo papel exercido pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental. Nesse sentido, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional, que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial. Em outras palavras: quais são as condições de possibilidade do argumento jurídico-decisório?

Sensato afirmar não haver pretensão de limitar o exercício de interpretação à literalidade²⁵, todavia prega-se o apego a teorização da norma; a escultura histórica e a lógica jurídica²⁶ que está subjacente ao comando normativo deve ser valorizada – sob pena do julgador se transformar em Ângelo²⁷. É dizer, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da constituição” (HESSE, 1991, p.22). Aliás:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa terminada situação (Ibidem, p.22-23).

67

Ademais, considerada a carga política da constituição:

É necessário que todas essas decisões sejam atribuídas aos cidadãos em geral ou apenas a alguns – a uma magistratura única, por exemplo, ou então a diversos juízes; ou estas a alguns, aquelas a outros; ou umas a todos e outras a certa quantidade de cidadãos. Além disso, o que está na sua essência, de acordo com o espírito da democracia, é conferir a todos os direitos de resolver sobre tudo; nisso consiste a igualdade a que o povo anseia incessantemente (ARISTÓTELES, 2003, 199).

Deste modo, é necessário, no mínimo, determinado “controle intersubjetivo da

25 Considera-se, por exemplo: interpretação autêntica (ou legislativa), doutrinária (ou científica), jurisprudencial, gramatical (filológica ou literal), teleológica, histórica, sistemática, progressiva (ou evolutiva), declarativa, restritiva, extensiva, conforme, exofórica, endofórica.

26 Não possui o sentido estrito Kelseniano de lógica-jurídica.

27 Streck menciona a peça “Medida por medida”, de Shakespeare. Na peça, narra-se a estória de um governante (Ângelo), que condena à morte um rapaz (Cláudio), que teria fornecido com sua namorada (Julieta). Em razão da situação, Cláudio pede a sua irmã (Isabela) para que convença Ângelo a não matá-lo. Ângelo, então, começa a ser reiteradamente interpelado por Isabela e, de início, segue firme em sua decisão condenatória, calçado no estrito cumprimento do dever legal. Todavia, com o tempo, em conversas com Isabela, Ângelo se vê tomado por uma intensa pretensão sexual, razão que o motiva a propor fornicar com Isabela em troca da absolvição de Cláudio. Surge, então, a ideia do solipsista. Para melhor compressão, é aconselhável a leitura de Lênio Streck – episódio “É possível fazer direito sem interpretar?”, em sua coluna “Sendo Incomum” no periódico online “Conjur”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>



argumentação, que, normalmente, descamba para um caprichoso decisionismo” (ÁVILA, 2004, p. 17-18). Assim, torna-se imprescindível a valorização da fundamentação das decisões, uma vez que “é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão” (CALAMANDREI, 1996, p. 175).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A magistratura exerce função estrutural de Estado, vez que informa e conforma direções às controvérsias existentes, tanto no âmbito do direito público quanto no âmbito do direito privado. Isto é, informa através da fundamentação do *decisium* sobre a direção a ser tomada em dada divergência; conforma, vez que na dimensão da direção informada há, em certa proporção, um sentido normativo subjacente. Quanto maior explicitado o sentido normativo utilizado como solução da divergência, maior será a conformação do público, pois ficará evidente a coerência do julgador com o ordenamento jurídico, afastando seu particular.

Em certas ocasiões, controvérsias no âmbito social, político, econômico, etc., que envolvem implicações nitidamente de ordem democrática, são judicializadas obrigando o prestador jurisdicional a dar uma direção à situação. Pior é quando, pela deferência do emanador ordinário de leis que se compromete a razões subalternas, falta conteúdo normativo regendo a matéria afeta à controvérsia.

68

Nesse cenário, o *iudex* encontra-se no limbo, propenso a elastecer sua discricionariedade e afastar-se da razão jurídica que deveria informar o solucionamento da controvérsia que lhe foi posta a julgar. Eis, então, o surgimento do ativismo, solipsismo, livre convencimento, etc., que conspurcam a *ratio decidendi*, vez que criada no âmago da cognição de um solo indivíduo, ou, então, em alguns poucos indivíduos.

Desta forma, a decisão maculada, vez que distante de razões jurídicas, não cria conformação para os envolvidos direta ou indiretamente à seus efeitos. Isto é, a *ratio decidendi* não assenta longanimidade ao público e não emite o brilho democrático que se aguarda do ordenamento jurídico. Com efeito, a controvérsia continua, dado que o público, ciente do particular ideológico do julgador, insurge-se contra a direção informada pelo poder judiciário, esvaziando, portanto, sua função de pacificação social.

A cognição é a razão de boa parte da problemática, dado que incide sobre ela a dissonância que encoraja o magistrado na produção de direções destoadas do ordenamento jurídico, que priorizam suas idiossincrasias, comprometendo, assim, a democracia – isto ocorre, também, com o movimento interpretativo da Carta²⁸. Vale dizer: a sociedade complexa, plural e dinâmica não submete-se com serenidade ao que distancia da conjuntura diretiva constitucional; aceitar o monopólio interpretativo da constituição por parte do poder judiciário implica transferir-lhes os poderes do rei; o direito não é o que apenas os juízes dizem; a constituição atinge sua completude com a pluralidade de sua interpretação.

Em suma, a cognição dissonante faz com que os juízes interpretem solitariamente e, em alguma medida, imputem sentido diverso às leis e à norma constitucional²⁹, afastando a compreensão plural dos preceitos, promovendo, assim, o inconformismo. Tais ocorrências

28 A título exemplificativo: STF HC 126.292, STF RE 601314.

29 Considera-se o sentido proposto por Carl Schmitt sobre a distinção entre normas constitucionais e leis constitucionais (vide tópico 2.2.4).



exigem a formatação de métodos decisórios que imprimam a vinculação do julgador à norma e que observem as razões constantes no termo político, no caso, o promulgado no dia 5 de outubro de 1988, sob pena de comprometer a democracia. Mais ainda, o método tem de trazer conformação³⁰ ao jurisdicionado, prestigiando sua participação, de modo a impossibilitar o emprego de estímulos dos fatores reais de poder na deturpação da norma.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala, col. Mestres Pensadores, 2008.

_____. **Política**. Texto Integral. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 1993.

_____. Palestra UniCeub, Exposição oral: **Judicialização e Ativismo Judicial**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=idAWyb9QGDs>. Acesso em: 24 de Março de 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS – USP. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: <http://goo.gl/vuWcv3>. Acesso em: 05 de Abril de 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

DESCARTES, René. Discurso Sobre o Método. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: HEMUS, s.d.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, ed. Objetiva, 2001.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Santa Catarina: Conceito, 2010.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MYRDAL, Gunnar. **An American Dilemma**. New York: Harper, 1944.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **PALÁCIO DO PLANALTO**. Acervo: Material Legislativo. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>> Acesso em: 01 de Abril de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de**

30 Considera-se a ideia sobre a conformação apresentada por Konrad Hesse, na obra “A força normativa da Constituição”.



Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **A interpretação do direito e do dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Habermas para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito. Observatório da jurisdição constitucional.** Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014c.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEON, Festinger. **Teoria da dissonância cognitiva.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, s.d.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 6ª ed. rev. e ampl. e de acordo com a nova constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. Saraiva, 2010.

TEXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional.** Organização e atualização por Marcia Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Juruá, 2009.

70

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras Judiciales.** República Dominicana: comissionado de apoyo a la reforma e modernizacion de la justicia, 2007.

