

A BELEZA E A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS: o juízo estético como modelo de adjudicação constitucional

RESUMO

O presente artigo visa explorar a relação entre juízos estéticos, juízos morais e aplicação de princípios constitucionais na solução de casos difíceis. Para tanto, pretende-se expor o quadro conceitual formulado por Alessandro Ferrara, resumido naquilo que designa como 'paradigma do juízo', bem como a peculiar leitura que este autor faz da teoria do 'direito como interpretação', de Ronald Dworkin. Considera-se que as teses defendidas por estes autores podem descortinar um entrelaçamento bastante original destas distintas esferas de julgamento. A partir daí, novos aportes poderão ser incorporados ao debate sobre a objetividade e validade das práticas de interpretação e aplicação da constituição.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUIÇÃO – PRINCÍPIOS – INTERPRETAÇÃO – ADJUDICAÇÃO – JUÍZOS ESTÉTICOS – JUÍZOS MORAIS.

BEAUTY AND ADJUDICATION OF CONSTITUTIONAL CONFLICTS: aesthetic judgment as a model of constitutional adjudication

ABSTRACT

This article seeks to explore the relationship between aesthetic judgments, moral judgments and the application of constitutional principles in solving hard cases. To this end, we intend to explore the conceptual framework drawn by Alessandro Ferrara, summarized by what he describes as 'paradigm of judgment' and the peculiar reading that this author makes on the theory of 'law as interpretation' of Ronald Dworkin. It is considered that the arguments put forward by these authors can discover a very unique interweaving of these different spheres of judgment. Thereafter, new contributions can be incorporated into the debate about the objectivity and validity of the practice of interpreting and applying the Constitution.

KEY WORDS: CONSTITUTION – PRINCIPLES – INTERPRETATION – ADJUDICATION – AESTHETIC JUDGMENT – MORAL JUDGMENTS.

A BELEZA E A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS: o juízo estético como modelo da adjudicação constitucional

Rodrigo de Souza Tavares

“Uma coisa bela persuade por si mesma, sem necessidade de um orador [...]”
William Shakespeare

1. Introdução

Há algo em comum ocorrendo quando contemplamos a beleza de ‘*A Primeira Missa no Brasil*’, de Victor Meirelles, quando decidimos o que é fazer a coisa certa, ou quando julgamos a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo? Em outras palavras, existe alguma relação entre juízos sobre a beleza, juízos morais e a solução de casos difíceis sobre a interpretação e aplicação da Constituição? Pretendemos mostrar neste trabalho um esforço teórico de aproximação dos componentes desta tríade que, à primeira vista, parecem pertencer a campos muito distintos.

Na primeira parte pretende-se demonstrar um ponto de sobreposição na teoria do direito contemporânea, consistente na crença de que parte significativa da atividade de interpretação e aplicação da constituição implica em alguma forma de juízo moral. Nesse sentido, vários dos chamados “casos difíceis” representariam a conjugação de duas variáveis: a) a submissão de um dilema moral à apreciação judicial; b) a existência de parâmetros fluídos de decisão, derivados da interpretação de normas constitucionais caracterizadas por sua textura aberta. Ainda que os desdobramentos conceituais destas afirmações sejam extremamente controversos, o largo consenso em torno das mesmas presta-se para o fim de evidenciar o primeiro elo da associação proposta.

Na segunda parte, apresentaremos o alicerce principal da estratégia intelectual ora analisada. Seu núcleo consiste em afirmar a proximidade entre juízos morais e juízos estéticos. Apresentaremos uma reformulação das ideias defendidas por Kant na sua “Crítica à Faculdade do Juízo”. Este empreendimento foi assumido por Alessandro Ferrara, resultando num modelo de juízo de validade que, embora seja universal, não compartilha da demonstrabilidade das operações lógicas e opera com base em critérios intrínsecos ao contexto de julgamento.

Na terceira parte, entraremos em maiores detalhes sobre a transposição das relações entre juízos estéticos e adjudicação constitucional através de duas metáforas já empregadas na literatura jusfilosófica - a tese do ‘romance em cadeia’ de Ronald Dworkin. Por fim, espera-se que a insuspeita associação anunciada no título deste artigo reste esclarecida.

Vale ressaltar que o debate proposto tem grande relevância para a conjuntura atual brasileira. É fato inegável estarmos diante de um abrupto incremento da importância e da complexidade dos mecanismos de jurisdição constitucional. Ademais, tal fenômeno é secundado por discursos de expurgo do decisionismo e investigação de parâmetros decisórios objetivos, universais e comunicáveis. A busca por legitimidade da atuação judicial ganhou contornos acentuados nos últimos tempos. Se a análise aqui empreendida acrescentar uma mirada renovada na estrutura dos juízos realizados para resolver questões constitucionais, cremos que a abordagem terá dado importante contribuição para o desenvolvimento das instituições democráticas.

2. Controvérsias constitucionais e a demarcação dos limites entre direito e moral.

Nenhuma outra questão tem sido tão tenazmente enfrentada na teoria do direito quanto a delimitação dos domínios do direito e da moral. Estes dois sistemas normativos visam, em essência, responder à mesma inquietação humana sobre o que fazer no âmbito das questões práticas. Considerando tal proximidade, não são estranhas as dificuldades experimentadas por aqueles que tentam demarcar suas fronteiras difusas. O embate entre os deveres contraídos a partir da legislação da *Polis* e aqueles decorrentes de leis universais e superiores às convenções humanas, encontrado na *Antígona* de Sófocles, é o protótipo literário desta indagação persistente. No campo teórico, a abordagem do problema originou duas correntes opostas – o jusnaturalismo e o juspositivismo – que desempenham papel central na história do pensamento jurídico. Não obstante a imensa diversidade de teses agrupadas neste binômio, podemos afirmar, correndo o

risco de incorrer em considerável redução, que o cerne do debate gira em torno do emprego ou não de critérios morais na definição do conceito de direito. Seria o direito um domínio independente da moral? Esta pergunta aparentemente simples já consumiu um número impressionante de laudas.

Porém, desde o último quarto do século XX, os termos desse longo debate parecem ter mudado sensivelmente. Se antes existiam dois pólos teóricos bastante nítidos na discussão, agora assistimos a uma convergência em torno de um dado empírico: os processos de constitucionalização das democracias ocidentais reafirmaram a existência de padrões morais entre os fundamentos dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Conceitos morais foram incorporados aos textos constitucionais, através de parâmetros mais ou menos vagos, como o objetivo de proteger o valor intrínseco do ser humano. Em seguida, assistiu-se uma crescente demanda por garantia judicial dos mesmos, a qual foi atendida através da consolidação de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Neste sentido, realiza-se uma espécie de ‘constitucionalização da teoria do direito’, pois esta passa a ser produzida com o objetivo de descrever ou justificar, para alguns, o funcionamento dos sistemas jurídicos nas democracias constitucionais contemporâneas bem sua cultura jurídica fundada na supremacia dos direitos fundamentais. Este conjunto de mudanças implicaria, no campo da teoria do direito, na superação da dialética jusnaturalismo / juspositivismo e no surgimento de um novo paradigma, denominado neoconstitucionalista¹ (CARBONELL, 2003; LACOMBE; TAVARES, 2009, p. 355-368).

Assim, sejam componentes contingentes ou necessários do conceito de direito, podemos afirmar, sem correr riscos, que critérios morais desempenham um papel determinante na atividade de adjudicação jurídica. Haja ou não independência conceitual entre estes sistemas normativos, a moral estará presente em muitos momentos onde se declara quem tem direito a algo, com vistas à resolução de um problema prático-jurídico. Tal questão não foi desconsiderada por autores da tradição. Mesmo Kelsen, que levou aos estertores os esforços para purificar o conceito de direito de influências extrajurídicas, afirmava que, ao aplicar a lei diante de um caso concreto, o intérprete fixa uma moldura, dentro da qual se encontram as soluções possíveis segunda esta mesma lei. Neste ponto, encerra-se a investigação do direito positivo e a

¹ Os autores que comungam deste interesse sobre o papel dos princípios no funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos foram rotulados na Itália e Espanha, como ‘neoconstitucionalistas’, expressão que se tornou bastante corrente no Brasil nos últimos anos.

determinação da norma individual do caso ocorre mediante um ato de vontade, de livre escolha pelo intérprete/aplicador. Esta escolha, por sua vez, seria inegavelmente influenciada por parâmetros morais. Vejamos como se manifesta sobre o tema (KELSEN, 2000, p.393):

“Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”

A mesma tese foi defendida por H.L.A. Hart (2005, p. 220), que afirma:

“O direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral aceita, como também de ideais morais mais vastos. Estas influências entram no direito, quer de forma abrupta e confessada, através da legislação, quer de forma silenciosa e paulatina através do processo judicial”.

Sobretudo na adjudicação dos chamados casos difíceis, que envolvem questões de alta complexidade e relevância social, submetidas à jurisdição dos Tribunais Constitucionais, a moral se apresenta mais saliente que em qualquer outra parte do direito. Para alguns autores, a própria definição de casos difíceis no direito envolve justamente a necessidade de desenvolver em sede judicial uma argumentação sobre pontos morais controvertidos. Os expoentes do neoconstitucionalismo, se comparados com os teóricos do direito que lhes antecederam, sublinharam a relevância da moralidade na adjudicação constitucional. Ronald Dworkin (2006, p.2) fornece o melhor exemplo desta tendência, ao comentar sobre a tarefa de interpretação e aplicação da constituição afirma o seguinte:

“A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a "liberdade de expressão". A leitura moral propõe que todos – juízes, advogados e cidadãos – interpretamos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.”

Em suma, quando se confrontam com casos envolvendo, por exemplo, a constitucionalidade de políticas públicas de ação afirmativa ou a possibilidade da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, os órgãos jurisdicionais competentes inevitavelmente julgam qual deve ser a ação correta, tendo como parâmetro normativo cláusulas constitucionais consideravelmente abstratas – tais como o direito à vida e à liberdade – passíveis de resultar em distintos juízos valorativos. Impossível concretizar tais normas sem o recurso a argumentos morais. Assim, abandonadas estas divergências conceituais, resta evidente o entrelaçamento entre adjudicação constitucional e juízos de moralidade.

3. O correto e o belo.

Podemos definir um juízo moral como um enunciado que expressa uma avaliação a respeito de uma ação, que pode ser considerada certa ou errada. Os parâmetros que tornam tal ação correta ou não são objeto de estudo da ética. Por sua vez, podemos dizer que um juízo estético é um enunciado que atribui um valor estético para alguma coisa e o valor estético por excelência seria a beleza². As duas formas de juízos podem ser incluídas como espécies do gênero dos juízos de valor. Portanto, podemos construir inúmeras interações entre estes domínios³.

Uma obra de arte pode transmitir uma mensagem ética profunda, tal como foi o caso de *Navio Negreiro* de Castro Alves, verdadeiro anátema à escravidão. Ou podemos, em sentido contrário, julgar através de critérios éticos uma obra de arte, como é o caso das críticas dirigidas ao fotógrafo brasileiro Sebastião Salgado que, para seus detratores, auferiu lucro explorando a estética da miséria. Neste trabalho, vamos explorar similaridades estruturais destes distintos tipos de juízos avaliativos. Em que medida a forma como julgamos o que é certo se parece com a forma como julgamos aquilo que é belo? Apresentaremos uma tentativa de responder esta questão.

² Frank Sibley (1959, p. 421-450), precursor da discussão moderna das qualidades estéticas, inclui na sua lista, além da beleza, exemplos como “graciosidade”, “equilíbrio”, “melancolia”, “unidade”, etc.

³ Para uma análise abrangente das várias possibilidades de interação destes domínios veja Stecker (2010, p. 525-536).

3.1. O exemplo como fonte de normatividade: expandindo o paradigma do juízo Kant

O filósofo italiano Alessandro Ferrara (2008c) cunhou a expressão ‘paradigma do juízo’ para designar sua resposta aos problemas impostos à validade dos juízos normativos pela virada lingüística e por intuições pluralistas. Sua concepção se baseia fundamentalmente numa reinterpretação das teorias do juízo estético de Kant⁴ (2010) e na teoria do juízo político de Hanna Arendt (1993). A proposta do autor busca evidenciar uma amálgama entre o mundo das coisas como são – o mundo da faticidade – e o mundo das coisas como devem ser – o mundo da normatividade – originado a partir da constatação das coisas que são como deveriam ser. A ‘força do exemplo’ é, em sua opinião, a chave para reconciliar o pluralismo e o universalismo. Através da exemplaridade podemos entender algo julgado universalmente ‘exemplar’, a partir de critérios totalmente intrínsecos ao contexto de julgamento, sem nenhum apelo a princípios transcendentais.

A exemplaridade é, em outras palavras, a adequação de algo com sua própria identidade, e não com um tipo exterior. O autor emprega a forma do juízo estético para iluminar sua proposta. Pensemos na cogência do juízo das qualidades estéticas sobre uma obra de arte qualquer. Usaremos o ‘*Abaporu*’ de Tarsila do Amaral como referência. Sua beleza é, simultaneamente, indemonstrável e indiscutível. Não podemos isolar critérios suficientes do conceito de ‘boa arte’ que se apliquem a esta e outras obras primas, mas a contemplação das suas qualidades desperta a sensação de ‘florescimento da vida humana’, que esperamos seja compartilhada por todos.

Um dos principais elementos conceituais deste *paradigma do juízo* é a noção *juízo reflexivo*, elaborada a partir de uma distinção feita por Kant (2010). Inicialmente, Ferrara (2008c, p.15) afirma que a faculdade de julgar consiste em pensar o particular como “o particular contido no universal”. Entretanto, apenas em alguns casos limitados – por exemplo, na resolução de uma equação matemática ou na verificação da obtenção do quórum necessário à aprovação de

⁴ Cabe ressaltar que a escolha pelo paradigma do juízo estético kantiano é uma opção teórica de Alessandro Ferrara, que se encaixa em seu projeto de encontrar critérios de normatividade universais. Particularmente, considero o ‘sentimentalismo estético’ de Hume e Hutcheson mais atraente e coerente frente às evidências empíricas que demonstram a relação entre juízos estéticos e ativação de áreas relacionadas à emoção no cérebro. Em síntese, a escolha da abordagem kantiana neste artigo se deve mais ao caráter exploratório do presente trabalho do que às convicções teóricas de seu autor. Para uma defesa contemporânea do sentimentalismo estético, consultar Prinz (2012). Sobre as correlações entre juízos estéticos, juízos morais e emoções no cérebro ver Tsukiura e Cabeza (2010).

emendas à constituição – a faculdade de julgar não encontra dificuldades para identificar um princípio ou regra e então subsumir o caso concreto como uma instância dessa norma geral. Para designar esse tipo de juízo Kant (2010) emprega o termo *juízo determinante*. O grande apelo que tal tipo de juízo tem exercido para as ciências, incluindo as do espírito, é devido a sua aparente objetividade e comunicabilidade. Porém, suas perspectivas são limitadas, como visto, pelo pluralismo de valores e pela singularidade de linguagens e formas de vida. De outra parte, os juízos reflexivos caracterizam-se por serem julgamentos nos quais apenas o particular é dado e o universal deve daí então ser encontrado. Nas palavras de Kant (2010, p.82): “um juízo que é considerado como um exemplo de uma regra universal que não se pode indicar”. Para Ferrara (2008c), a forma do juízo reflexivo tem a potencialidade de funcionar como um paradigma geral de validade, indo muito além do campo estético, por se adequar justamente às circunstâncias nas quais o modelo dos juízos determinantes se mostra insuficiente. Opinião que está resumida no seguinte trecho (FERRARA, 2008c, p.20):

“Dessa forma, o juízo reflexivo é o modelo escolhido para pensar em validade quando a natureza da questão levantada, a pluralidade de formas de enfocá-la, a distância histórico-temporal, ou qualquer outra razão, nos coloque diante de uma situação na qual não se podem invocar definições geralmente aceitas ou estabelecidas de outra maneira como ‘universais’ para responder ou para testar as respostas disponíveis. (tradução livre)

A cogência proporcionada pelo juízo reflexivo é, todavia, mais fraca do que a derivada dos juízos determinantes. Não é possível chamar irracional aquele que não concorda com o resultado de um juízo reflexivo, embora haja uma expectativa razoável de adesão de todos quanto às suas conclusões. A chave para desvendar a misteriosa comunicabilidade e normatividade dos juízos reflexivos reside na idéia de que todos compartilham uma espécie de “*sensus communis*” (FERRARA, 2008a, p.65-81).

Para Ferrara essa noção, oriunda também da reestruturação de um conceito kantiano, está afastada de duas alternativas encontradas na filosofia contemporânea. A primeira seria a reabilitação da pré-compreensão e da tradição como formadores do horizonte de sentido do intérprete, na esteira proposta gadameriana. A segunda seria uma leitura naturalista, que apela

para uma faculdade natural dos seres humanos. Ou seja, a existência de um aparato biológico cognitivo comum, na base da universalidade dos juízos normativos.

Em objeção à leitura hermenêutica do “*sensus communis*”, o autor afirma que a solução redundaria apenas num retorno aos impasses da virada lingüística. Isto porque a espécie de senso comum formado pela pré-compreensão e pela tradição nunca transcende seu contexto de formação, sendo incapaz de satisfazer pretensões de universalidade. Com relação à leitura naturalista, presente em algumas passagens de Kant sobre juízo estético, Ferrara entende que ela se aproxima demasiadamente do modelo dos juízos determinantes, por pressupor uma harmonia entre o objeto e o aparato biológico perceptivo do ser humano. Em suas palavras: “[...] desejamos que um crítico de arte não estivesse na mesma posição que um lógico, de nos forçar a concordar com suas conclusões, sob pena de legitimamente sermos acusados de irracionalidade” (FERRARA, 2008a, p. 75). A leitura naturalista seria, portanto, incompatível com a intuição sobre a cogência mitigada dos juízos estéticos.

Até o momento apresentou-se como não se deve compreender a noção de “*sensus communis*”, mas qual seria então seu significado? Dentro do paradigma do Juízo, a noção é compreendida como um tipo de prudência em relação ao ‘florescimento da vida humana’ e o que pode favorecê-lo. Todo ser humano é detentor de uma vida, circunscrita num lapso temporal finito, cujo significado geral, ou sentido, tenta reconstruir da melhor forma possível. A trama de significados e projetos que cada indivíduo constrói para si é o que o autor designa como identidade. Todo ser humano seria também apto para julgar o que promove ou deteriora essa construção.

A proposta de Ferrara expande esse modelo da reflexão pessoal para um campo intersubjetivo. Aqui, como, em outras partes do paradigma do juízo de Ferrara, pode-se perceber a influência da teoria do juízo de Hanna Arendt. Notadamente seu conceito de ‘pensamento alargado’, caracterizado pela capacidade de abandonar as idiosincrasias em nossos julgamentos, para assumir o ponto de vista de todos. A leitura política que Arendt fez do juízo estético reflexivo de kantiano tem na construção de Ferrara papel central.

Em sua opinião, deve-se entender “*sensus communis* como a capacidade de antecipar mentalmente o potencial, inerente num objeto, de enriquecer, realçar ou, de qualquer modo, fazer a vida humana florescer” (FERRARA, 2008a, p. 79). Para fundar essa afirmação o autor parte de intuições pré-culturais, embora não naturais, sobre o que consideramos uma boa vida humana.

Para exemplificar, emprega um experimento mental proposto por Nozick (1989 apud FERRARA, 2008c, p.32). Este consiste em imaginar dois cursos de vida, igualmente caracterizados pela exata quantidade de felicidade, como quer que se defina o termo. Na primeira hipótese, o desfrute da felicidade se concentra no primeiro quarto de vida, depois uma pequena porção no quarto seguinte e uma ínfima fração ao longo do restante. Na segunda, a felicidade é desfrutada em porções equilibradas no seu decorrer, com um ligeiro acréscimo ao final. O resultado do experimento é uma forte intuição compartilhada sobre a superioridade da segunda hipótese. Intuição esta que se manifesta, em seu entendimento, além de contextos históricos e culturais, embora não seja possível articulá-las sem o auxílio de algum esquema lingüístico e cultural já herdado. Nesse sentido, tal noção de “*sensus communis*” torna-se um meio-termo entre as visões naturalistas e hermenêuticas, sem absorver as fraquezas de ambas.

Em síntese, o paradigma do juízo de Ferrara permite vislumbrar como podemos fazer juízos universais, sem buscar fundamentos externos e esperarmos adesão incontestada de todos os seres racionais. A força do exemplo, que pode estar contida numa obra de arte ou na narrativa de uma vida bem vivida, é capaz de despertar em qualquer um a percepção de que o objeto apreciado promove de alguma forma a vida humana, tornando-a mais íntegra e congruente. Esse juízo, que não pode ser decomposto analiticamente ou demonstrado por meios lógicos, ainda assim é passível de comunicabilidade e expectativa de concordância.

4. Transportando o ‘paradigma do juízo’ ao império do direito: um diálogo entre Ferrara e Dworkin.

Observou-se anteriormente que Ronald Dworkin foi um dos principais responsáveis por trazer à tona o papel dos juízos morais no âmbito da interpretação e aplicação da Constituição. Porém, sua obra adquire maior relevância para a presente análise por tê-lo feito à luz de uma explícita analogia com a forma do juízo estético. Neste item pretendemos demonstrar como a teoria de Dworkin pode ser compreendida a partir da abordagem contida no paradigma do juízo de Alessandro Ferrara. Inicialmente, resumiremos a concepção de direito de Dworkin.

Desenvolvida como uma evolução do já mencionado debate com Hart, principalmente no livro *O Império do Direito* (2003), sua teoria tem início numa contraposição com antagonistas eleitos, que são as teorias convencionalismo e pragmatismo jurídico. Aquelas, segundo Dworkin,

defendem que controvérsias jurídicas devem ser decididas tão somente com olhos para o passado, buscando nas convenções sociais seus fundamentos. Estas advogam um modelo de decisão com olhos somente para o futuro, buscando a maximização do bem-estar da sociedade. Para o autor (DWORKIN, 2003), sua concepção do ‘direito como integridade’ é a única que juntaria as duas dimensões. Pois sem descuidar dos atos praticados no passado pelos tribunais e legisladores, buscaria aplicá-los ao presente, interpretando-os de acordo com sua melhor justificação a partir de um ponto de vista moral.

Em acréscimo, diz que a visão convencionalista reduz o direito *a uma simples questão de fato*, pois o trata apenas como algo que foi dito por um legislador ou tribunal no passado. O autor afirma que as disputas jurídicas são mais do que investigações históricas sobre os atos passados das autoridades competentes. Em sua opinião, ao lado dessas divergências empíricas, existem divergências teóricas sobre o direito. Os juristas não discutem apenas sobre a existência de leis, eles discutem principalmente o conteúdo das mesmas. Por exemplo, eles não discutem se existe um direito de liberdade de expressão previsto nas constituições modernas, mas podem discutir muito o alcance deste princípio num determinado caso concreto. Acredita, ainda, que as divergências teóricas ocupam um lugar central no direito e demonstram o caráter essencialmente argumentativo da prática jurídica. Conforme afirma: “[...] a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito das mesmas” (*Idem*, p.17).

Essa disposição argumentativa do direito enreda seus participantes num exercício de interpretação criativa. Assim, determinar o conteúdo do direito consiste, na verdade, em encontrar a melhor justificação das práticas judiciais, ou, como diz o autor, apresentá-las em sua melhor luz. Dworkin compara a interpretação do direito com um ‘romance em cadeia’ (*Idem*, p. 275-79). De acordo com essa hipótese, o juiz agiria como um escritor que recebe uma trama em andamento e nela acrescenta um novo capítulo, com a intenção de torná-lo o melhor romance possível. Se, por um lado, o escritor está preso aos personagens e aos fatos já inseridos, por outro, tem a possibilidade de criar-lhes um futuro, tendo em vista sua interpretação global do que seria melhor para a trama.

Por fim, vale ressaltar que para Dworkin a melhor interpretação possível do sistema legal norte-americano é aquela que o interpreta à luz dos princípios de equidade, justiça e devido

processo legal. Estes princípios são, em sua opinião, as melhores justificativas para o exercício do poder coercitivo estatal. Enfim, sua concepção do direito é assim resumida (*Idem*, p.272):

“Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da sociedade”.

Todas essas considerações convergem para um fato: a interpretação construtiva, característica do Direito, busca explicar uma prática em vista da sua melhor justificativa frente à moral política de uma comunidade. Assim, toda proposição sobre o direito carrega consigo um juízo e justificações morais. Após este breve resumo, podemos verificar em que pontos há convergência com o ‘paradigma do juízo’ antes exposto.

Para Ferrara, a posição de Dworkin sobre validade do direito e da adjudicação constitucional implica num juízo misto, com aspectos determinantes e reflexivos. De um lado, os juízes devem buscar uma interpretação que seja factível frente ao texto legal examinado – operação que envolve juízos determinantes – mas, por outro lado, eles devem fornecer uma interpretação que faça desse mesmo texto o melhor possível (um juízo reflexivo orientado por princípios de justiça e equidade). Em suas palavras:

A caracterização de Dworkin do juízo exercido por um ministro da Suprema Corte parece se acomodar perfeitamente nessa área intermediária entre o fechamento e a necessidade do juízo determinante e a abertura do juízo reflexivo puro (FERRARA, 1999, p. 77).

Além disso, Ferrara afirma que a constante menção de Dworkin aos princípios não deve ser entendida como uma espécie de crença em princípios universais, disponíveis à subsunção no momento da resolução de controvérsias. O autor lembra que sua ênfase se encontra na dimensão de peso e no balanceamento ou ponderação dos mesmos, procedimento que pode se encaixar no modelo de juízos reflexivos na acepção de Kant e Ferrara.

A noção de integridade, que na obra de Dworkin é o parâmetro responsável por guiar a interpretação de um texto à sua melhor luz, é tomada por Ferrara como sinônimo da autenticidade, auto-congruência ou identidade. Estes conceitos estão na base do seu sistema de validade dos juízos estéticos. A idéia de autenticidade no vocabulário de Ferrara corresponde à articulação de um estilo de vida que corresponde exatamente a quem somos. Na opinião de

Larmore (2004, p.5-9) esse conceito seria o ideal que substitui a autonomia do sujeito moderno, entendida como autodeterminação a partir de princípios universais. A autenticidade não parte da observância de princípios universais externos, mas de uma espécie de congruência com valores internos ao sujeito, os quais, porém, pretendem ser comunicáveis através daquilo que se apresenta como “*sensus communis*”.

Todavia, não são apenas os indivíduos que podem almejar o ideal de autenticidade, pois este se aplica a quaisquer construções simbólicas, tais como textos, projetos de vida ou comunidades políticas inteiras. Aqui a posição de autenticidade de Ferrara se aproxima diretamente da integridade na obra de Dworkin. Ambas podem representar uma congruência com a identidade política da comunidade. O próprio Ferrara (1999, p.85) ressalta a proximidade dos conceitos ao dizer que:

“Juízes que avaliam a compatibilidade de uma lei com esses princípios [referindo-se a princípios contidos na constituição, tais como a liberdade de expressão, o devido processo legal, etc.] atuam como um análogo institucional daquela parte de nós que avalia se e quando adotar novos interesses irá se encaixar no núcleo de nossos projetos de vida”.

(tradução livre)

Em síntese, a leitura de Ferrara é capaz de colocar em luz em aspectos metodológicos centrais da teoria do ‘direito como interpretação’. Abordando esta a partir da chave conceitual do paradigma do juízo, percebe-se que Dworkin faz uso de uma concepção de validade normativa universal baseada em juízos reflexivos. Nesse sentido a melhor decisão é aquela que melhor se encaixa e, ao mesmo tempo, melhor promove a estrutura política pré-existente da comunidade. A resposta correta para casos difíceis pode ser considerada exemplar à luz dos princípios de uma comunidade política, da mesma forma que o filme ‘*Ladrões de Bicicleta*’ pode ser visto como exemplar do movimento neorrealista italiano. Ambos fariam jus à tradição em que estão inseridos, seja estética ou política, e contribuem para seu florescimento. Além disso, o juízo a respeito da sua validade é mais do que uma mera manifestação de gosto. Muito embora não caminhe no terreno estável da dos juízos determinantes, é dotado da universalidade aberta característica dos juízos reflexivos orientados por constrangimentos materiais de algum tipo.

5. Conclusão

Neste artigo buscamos apresentar as relações entre juízos morais, juízos estéticos e adjudicação constitucional. Esta composição, que a princípio pode soar pouco harmoniosa, revelou-se possível e extremamente virtuosa para compreender as práticas de adjudicação constitucional próprias das democracias contemporâneas. A proposta de Ferrara de criar um paradigma amplo de justificação dos juízos normativos, que concilia a pretensão de universalidade com o pluralismo de valores, é importante para a discussão sobre os chamados casos difíceis no direito. Por seu intermédio podemos entender que a figura do ‘romance em cadeia’ de Dworkin é uma metáfora que evidencia a estrutura comum dos juízos normativos presentes em múltiplos âmbitos da experiência humana.

Com relação ao cenário brasileiro, podemos extrair do exposto uma série de lições valiosas. A assimilação entre nós das teorias de Dworkin tem sido acompanhada de fascínio e incompreensão. Seus *insights* sobre o valor dos princípios e a objetividade das respostas corretas em questões constitucionais são um *leitmotiv* empregado para condenar o decisionismo judicial. A dimensão de peso dos princípios e a ponderação são defendidas numa leitura que muito se aproxima dos juízos determinates, para remeter à terminologia kantiana. São comuns entre nós as referências que unem Dworkin e Alexy, autor que explicitamente traduz a técnica da ponderação para a linguagem da lógica formal (ALEXY, 2003, p. 433-449). Paradoxalmente, esta técnica da ponderação é frequentemente usada fora de contexto, no intuito de justificar a simples decisão com base na consciência pessoal⁵.

O ‘paradigma do juízo’ de Ferrara serve para mostrar que a metáfora da ponderação é apenas isto, uma metáfora. Não podemos retirá-la seletivamente da obra de Dworkin e esquecer que o direito pode, para este, ser visto como um romance em cadeia. No século XVIII, discutia-se francamente se juízos de moralidade eram mais parecidos com a matemática ou com a beleza. Estas eram as analogias que dividiam as preferências entre sentimentalistas e racionalistas morais. Este momento da história da filosofia moderna pode servir como um alerta para os juristas, para lembrar-lhes que a fórmula do peso e a ponderação são analogias com viés

⁵ Criticando argutamente este paradoxo, Lênio Streck (2010) compila e comenta decisões do judiciário brasileiro nas quais as ideias de Dworkin e outros autores aparecem fora do lugar.

racionalista. Sendo assim, permanecem abertas alternativas teóricas para descrever e justificar os juízos normativos empreendidos no âmbito do direito.

Por fim, vale dizer que aproximar o direito dos juízos estéticos não importa em abandonar as restrições próprias das formas jurídicas. A adjudicação constitucional é uma arte regida por limites próprios, tais como o texto constitucional e os cânones de interpretação. O espaço criativo dos intérpretes deve permanecer circunscrito dentre destes. Aliás, mesmo a expressão artística não se manifesta a partir do nada. Quem pensa dessa maneira esquece que, muitas vezes, a genialidade artística consiste em se apropriar de uma forma rígida, como a do verso decassílabo, e criar uma obra única e original, como ‘Os Lusíadas’. Conclui-se, então, que o direito pode incorporar da arte mais que ornamentos e retórica. Talvez esteja na própria forma como enxergamos o belo a sua grande contribuição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**. vol. 16, nº 4, 2003, pp. 433–49.

ARENDT, H. **Lições para uma filosofia política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

CARBONELL, M. (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos à Sério**, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ETHICS AND AESTHETICS. In: STECKER, R. **The Routledge Companion to Ethics**. Londres: Routledge, p. 525-536

FERRARA, A. **Justice and Judgment**. Londres: Sage Publications, 1999.

_____. Does Kant Share Sancho’s Dream? judgment and sensus communis. **Philosophy Social Criticism**, vol 34, nº 1–2, 2008a, p. 65–81.

_____. Introduction. **Philosophy Social Criticism**, vol 34, nº 1–2, 2008b, p. 5–27.

_____. **The Force of Example**: explorations in the paradigm of judgment. New York: Columbia University Press, 2008c.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KANT, I. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACOMBE, M. M. C.; TAVARES, R. S. As Várias Faces do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. P.; OLIVEIRA, F. M. R.. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 355-368.

LARMORE, C. Alessandro Ferrara's Theory of Authenticity. **Philosophy and Social Criticism**, vol. 30, nº 1, 2004, p. 5-9.

PRINZ, J. **Can Critics Be Dispassionate?** The Role of Emotion in Aesthetic Judgment. Disponível em: < <http://philpapers.org/rec/PRICCB> > Acesso em: 30 de ago. de 2012

SIBLEY, F. **Aesthetic Concepts**. *Philosophical Review*, 1959, nº 68, p. 421-450.

STRECK, L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

TAVARES, R. S. O Positivismo Inclusivo. In: Conpedi, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008.

TSUKIURA, T; CABEZA, R. Shared brain activity for aesthetic and moral judgments: implications for the Beauty-is-Good stereotype. **Social Cognitive and Affective Neuroscience**, mar., 2010.