

# REFUTAÇÕES ÀS CRÍTICAS À TESE DA RESPOSTA CERTA A PARTIR DA ABORDAGEM SISTEMÁTICA DO PENSAMENTO DWORKINIANO

*REFUTATIONS OF CRITICISM OF RIGHT ANSWER THESIS BASED ON THE SYSTEMATIC  
APPROACH OF DWORKINIAN THOUGHT*

*REFUTACIONES A LAS CRÍTICAS A LA TESIS DE LA RESPUESTA CORRECTA A PARTIR  
DEL ABORDAJE SISTEMÁTICO DEL PENSAMIENTO DE DWORKIN*

**Jean Carlos Dias<sup>1</sup>**

**Resumo:** O presente ensaio examina a conhecida e controversa tese de Ronald Dworkin sobre a existência de uma resposta certa em casos difíceis. Esse ponto, em particular, tem despertado críticas de teóricos de vários matizes. O presente texto pretende

---

1 Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Membro do Núcleo Docente Estruturante e Professor (Graduação e Pós-Graduação) do Centro Universitário do Pará – CESUPA em Belém no Pará, onde também coordena o Programa de Pós-Graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, do Centro de Formação Profissional do Ministério Público do Estado do Pará e da Escola Superior da Advocacia do Estado do Pará. Professor convidado da Escola Superior da Advocacia do Estado do Amazonas, da Escola Judiciária do Estado do Amapá e da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8<sup>a</sup>. Região. Professor convidado em cursos de Pós-Graduação em diversos Estados brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Pará, do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo. Autor de livros e artigos publicados nacionalmente. Líder de grupo de pesquisa CNPQ. Advogado. *E-mail*: jean@bastosedias.com

demonstrar que boa parte dessas críticas está sustentada em uma má compreensão do projeto de Dworkin como um todo e, especialmente, quanto ao que ele tem em mente ao propor que casos difíceis, isto é, casos que não possuam um padrão normativo claro e incontroverso a ser aplicado, e por isso exijam o recurso aos princípios como desdobramento das questões de moralidade política podem e devem ter uma única solução correta.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito. Direito como Integridade. Casos Difíceis. Resposta Certa.

**Abstract:** This essay examines Ronald Dworkin's well-known and controversial thesis on the existence of a right answer in difficult cases. This point, in particular, has elicited criticism from different theorists. The present paper seeks to demonstrate that much of this criticism is based on a misunderstanding of Dworkin's project as a whole, and, especially, on what he had in mind when proposing that difficult cases, i.e. those that do not have a clear and uncontroversial normative standard clear to be applied, and therefore require the use of principles such as the implications of issues of political morality, can and should have a single correct solution.

**Keywords:** Theory of Law. Law as Integrity. Difficult Cases. Right Answer.

**Resumen:** El presente ensayo examina la conocida y controvertida tesis de Ronald Dworkin sobre la existencia de una respuesta correcta en casos difíciles. Ese punto en particular ha despertado críticas de teóricos de varios matices. El presente texto pretende demostrar que una buena parte de esas críticas está sustentada en una mala comprensión del proyecto de Dworkin como un todo, y especialmente en relación a lo que el mismo tiene en mente al proponer que casos difíciles, es decir, casos que no poseen un patrón normativo claro e incontrovertido a ser aplicado, y por eso exigen el recurso a los principios como desdoblamiento de las cuestiones de moralidad política, pueden y deben tener una única solución correcta.

**Palabras clave:** Teoría del Derecho. Derecho como Integridad. Casos Difíciles. Respuesta Correcta.

## INTRODUÇÃO

**A** conhecida tese sustentada por Ronald Dworkin de que há uma resposta certa em casos difíceis tem se constituído em um dos pontos mais polêmicos<sup>2</sup> e controversos de seu pensamento.

Esse cenário deriva, em grande parte, de uma profunda incompreensão da teoria sustentada pelo autor e o que de fato isso significa, o que, em boa parte, contribui para uma crítica, em geral, superficial e muitas vezes desfocada.

Ao tratar do tema procurou-se, antes de tudo, definir como o autor define os casos fáceis e os casos difíceis para então abordar propriamente o conteúdo de seu pensamento crítico no que diz respeito às teses defendidas pelo positivismo jurídico.

O autor anota que a tese de que não existe resposta certa em casos controversos apresenta-se sob duas versões, ambas influentes, e procura demonstrar que todas podem ser refutadas.

A primeira versão da tese pode ser refutada através da demonstração de que não existem conceitos intermediários entre os conceitos dispositivos.

Logo, a discricionariedade judicial - um dos cânones do pensamento positivo -, para decidir casos que não atraem diretamente os conceitos dispositivos, não pode ser levada a sério (para usar a linguagem do próprio autor em outra obra que auxilia a compreensão da presente análise)

Quanto à segunda versão, bem mais complexa e estruturada, o autor caminha para demonstrar que todos os argumentos que a sustentam são relativamente frágeis e podem ser questionados de modo a concluir que também esta forma de apresentação da tese de que não há resposta certa pode ser contestada.

Nesse último item, o autor deixa transparecer, contudo, que em casos especiais pode realmente ocorrer de não haver resposta certa, mas não pelos fundamentos

2 Ver a respeito HORAN, Patrick. Exposing Hercules' Achilles heel: Dworkin and the single right answer thesis. Trinity College Law Review. V.9. 2006.

apresentados pelas duas versões da tese criticada, e sim pela existência de variáveis que fogem do padrão regular do direito moderno.

Assim, no presente estudo, buscar-se-á analisar o pensamento de Dworkin apontando seus principais argumentos a respeito do problema da resposta certa, demonstrando, assim, que, em geral, a polêmica a respeito da questão é em boa parte injustificada.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, dada a natureza teórica do tema, sendo, assim, essencialmente qualitativo o método empregado.

## A CARACTERIZAÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS E EXIGÊNCIAS INTERPRETATIVAS

Para Dworkin a questão acerca da resposta certa para os casos que demandam uma solução jurídica está relacionada com a complexidade desses casos e o conjunto de elementos conflituosos em jogo.

De outro lado, o reconhecimento de um caso difícil autoriza a formação de um pensamento que se constitui como uma crítica estruturada ao pensamento estritamente positivista.

Ao conceituar um caso difícil, Dworkin faz recurso a uma definição emprestada da teoria positiva, e pontua que se tem um caso assim “quando uma ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão”<sup>3</sup>.

Por contraposição, resta evidente que os casos em que se pode aplicar uma regra clara de direito já preexistente não podem ser considerados como difíceis, são caso fáceis, isto porque não há uma discussão de base quanto a que padrão referencial normativo deve incidir.

Quando as pessoas envolvidas não discordam acerca da regra de direito aplicável ou mesmo em relação ao modo como um princípio deve ser desdobrado, não há o tipo de conflito de base que configura os casos difíceis (*hard cases*).

3 Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 127.

Sendo clara a regra já estabelecida, o âmbito da variação da decisão judicial fica dentro de um intervalo conhecido pelas partes, permitindo, assim, um tipo de justificativa da decisão muito mais apreensível porque se limita a fixar posições jurídicas compatíveis com as expectativas das partes envolvidas em uma ação judicial.

De resto, ter consenso acerca da regra de direito aplicável permite uma considerável previsibilidade quanto ao conteúdo da decisão judicial e por isso uma maior possibilidade de controle das variáveis jurídicas que podem ser invocadas.

Nesse sentido é razoável crer que, sendo conhecida a base para a decisão, pode-se ter previamente uma antevisão da parte que deveria ganhar a causa em função da incidência daquela ao caso apresentado.

Esse panorama representa a grande maioria dos casos que são apresentados aos tribunais.

Há, contudo, casos nos quais não se tem, *a priori*, um acordo quanto à regra de direito aplicável e também por isso não se pode dizer que existe um padrão dado de antemão para resolvê-los, esses são os casos difíceis.

Quando ocorrem casos dessa natureza, Dworkin aponta que a doutrina positivista geralmente reconhece a existência de uma margem de discricionariedade cujos juízes podem decidir de acordo com o que entendem ser melhor decisão.

O autor expressa essa percepção assim: "quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir de uma forma ou de outra."<sup>4</sup>

Em sendo, assim, os casos difíceis fariam surgir a faculdade de julgamento discricionário que poderia ser livremente exercido pelos juízes.

É preciso, contudo, compreender o sentido que essa discricionariedade possui na análise do positivismo criticado por Dworkin.

4 Obra citada. P. 127.

Dworkin aponta que o poder discricionário pode ser reconhecido sob duas intensidades, uma forte, uma fraca, e só então atribui à teoria positivista a adoção de uma das modalidades.

A intensidade fraca do poder discricionário pode ser revelada quando se adota esse conceito “apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”<sup>5</sup>.

Outro uso fraco do conceito ocorre quando este é adotado “apenas para dizer que algum funcionário público tem autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.”<sup>6</sup>

O sentido forte do conceito de poder discricionariedade está ligado à autoridade que profere as normas que o juiz deve aplicar aos casos que lhes são apresentados. Quando o juiz não está adstrito aos padrões fixados pela autoridade, dizem os positivistas que ele tem o poder discricionário para decidir do melhor modo que lhe parecer.

E nesse sentido forte que Dworkin analisa que “usamos o ‘poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.”<sup>7</sup>

Desse modo, o uso forte do conceito poder discricionário implica uma liberação de formação de juízo não adstrito ao sistema de padrões emanado da autoridade dotada de competência para tanto.

O autor aponta que a doutrina positivista adota a modalidade forte de conceito: “parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte do poder discricionário.”<sup>8</sup>

---

5 Obra citada. P. 51.

6 Obra citada. P. 51

7 Obra citada. P. 52

8 Obra citada. P. 55.

Obviamente, como demonstra o autor<sup>9</sup>, a tese de que nos casos difíceis o juiz está autorizado a usar de discricionariedade, supõe a inexistência de uma obrigação jurídica ou de um direito, que somente seriam criados com a própria decisão discricionária.

Desse modo a crença nesse poder judicial discricionário acaba por se opor à existência dos princípios que, na opinião do autor, são direito e que por isso mesmo sugere a necessidade de se rejeitar a tese positiva.

Isso decorre naturalmente da ideia do poder discricionário, porque se ele efetivamente existe no sentido forte, os juízes não estariam adstritos a nenhum padrão jurídico para decidir – em especial, os princípios – e se estaria diante de uma forma de legislação derivada *post factum*.

Se de fato é assim, o juiz diante de um caso difícil não está obrigado a considerar os princípios que poderiam ser invocados, nem mesmo está obrigado a fazer qualquer ponderação, o resultado da causa está estritamente à mercê de sua análise subjetiva e calcada numa visão pessoal de bom-senso e moralidade pública.

Em certo sentido, a tese leva à formatação de um tipo de processo de decisão fundado estritamente na liberdade judicial de criação de normas.

O problema do poder discricionário induz, assim, à negação dos princípios como normas aplicáveis a caso difíceis e torna desnecessária qualquer necessidade de articulação e justificação de uma decisão sob o ponto de vista da ponderação.

Ocorre, contudo, que Dworkin demonstrou que a tese do poder discricionário não pode ser entendida como pensam os positivistas, à medida que sua teoria integrou os princípios ao campo da normatividade e os colocou como base para decisão judicial quando efetivamente não há uma regra dada de antemão capaz de ser aplicada ao caso controverso.

Desse modo, o juiz, diante de um caso concreto, tem a tarefa (hercúlea) de construir uma teoria abrangente do direito capaz de oferecer-lhe elementos capazes de subsidiar sua decisão.<sup>10</sup>

9 Obra citada. P. 71.

10 Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 129.

Os elementos que devem ser extraídos dessa teoria mais ampla são exatamente os princípios, observe-se que apenas estes são capazes de viabilizar uma decisão judicial capaz de se justificar sob a ótica dos direitos.

Em casos em que o que está em jogo é o próprio marco regulador, a necessidade de se buscar uma fonte não necessariamente formal capaz de induzir normativamente a decisão judicial revela um compromisso com uma precisa concepção de Direito.

Dependendo da necessidade que o sistema reconheça de recurso a bases não formais, pode-se afirmar sua tendência positiva. Quanto mais for estimulada a produção de decisões sem necessária adoção de regras formais, mais evidente será a tendência inversa.

Pois bem, pode-se agora estabelecer que, nos casos difíceis, existe um verdadeiro conflito acerca das bases que podem ser invocadas como adequadas para viabilizar uma decisão judicial.

Essas bases podem se tornar conflituosas exatamente porque a tese do positivismo transfere a formação da norma regulatória do âmbito da legislação para o da jurisdição e, por isso, confortavelmente pode alegar que, em função disso, não se poderia estabelecer uma resposta prévia que deva ser oferecida pelo juiz nesse tipo de situação.

O poder discricionário forte, tal como reconhecido pelo positivismo, tem o condão de, ao mesmo tempo, inflar o poder normativo do poder judiciário de uma sociedade e negar a existência de qualquer padrão regulador que lhe possa ser imposto (isso é especialmente importante porque afasta a incidência de princípios como normas que devam ser observadas pelos juízes).

Na mesma direção, embora se possa *prima facie* alegar que tanto princípios como políticas podem subsidiar decisões judiciais, somente os primeiros podem encontrar o argumento de coerência jurídica que se esperaria em um sistema jurisdicional eqüitativo.

Isso ocorre porque, para Dworkin, o Tribunal a quem cabe tal tarefa “deve tomar decisões de princípio não de política – decisões sobre que direitos as pessoas

têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral”.<sup>11</sup>

A razão para que os tribunais não devam fundamentar suas decisões em bases políticas está assentada em uma série de argumentos.<sup>12</sup>

Em que pese o papel da interpretação, o fato é que, segundo o Sunstein, os Tribunais apresentam sérias dificuldades para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca de conflitos sociais. Os canais políticos apresentam-se mais sensíveis e mais efetivos à necessidade de reformas sociais ou manutenção do estado atual que o judiciário.<sup>13</sup>

O autor examina, ainda, a questão das limitações das Cortes no que diz respeito à distribuição de bens entre os membros da sociedade. Nesse campo examina as políticas afirmativas e conclui que o argumento democrático reage fortemente contra a intervenção judicial na formação de políticas públicas, porque a busca pelos princípios básicos não produz justificativas absolutamente claras se isso não é histórico e textualmente exato.

Aponta, ainda, o autor que “Judicial foreclosure of political outcomes might well have corrosive effects on democratic processes”<sup>14</sup>, reconhecendo assim que, de certo modo, o processo democrático depende da restrição funcional do Judiciário ao modelo constitucionalmente estabelecido.

Além da estruturação funcional dos poderes estatais, antes examinada, convém destacar que o próprio Dworkin<sup>15</sup> estabeleceu outra base de justificação em favor da limitação da atuação política dos tribunais. Os dois argumentos usuais que

---

11 Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes.2000. p. 101.

12 “If someone thought that rights in hard cases could only be rights because they are written into secret books, it might seem to follow that these secret rules could be relevant in adjudication only by virtue of the notice they provide to guide conduct, which is none. But the secret-book picture is no part of any proper account of why people can have legal rights even though reasonable lawyers disagree that they do. People have such rights by virtue of reasons of fairness of the sort I described in Hard Cases. If Munzer concedes that they may have such rights, even arguing, then he cannot deny that the same reasons of fairness argue in favor of enforcing these rights. Dworkin, Ronald. Seven critics. GEORGIA LAW REVIEW. V 11. 1977. P. 1250.

13 Sunstein, Cass. The Partial Constitution. Cambridge: Harvard University Press. 1994. p. 142.

14 Em tradução livre: “a apropriação judicial dos temas objeto do processo político pode ter efeitos corrosivos nos processos democráticos Obra citada. P. 142.

15 Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes.2000. p. 27

ratificam essa posição foram analiticamente examinados e se constituíram como ponto de partida para uma posição mais ampla.

O primeiro argumento examinado é o diz respeito à ideia de que legisladores têm melhores condições de definir direitos que os juízes em função de sua representatividade, isto é, da aptidão originária de incorporar as forças sociais que estão presentes na comunidade e que são reconhecidas através do processo eleitoral. Sendo deste modo, à medida em que os parlamentares estão mais ligados ao corpo social, seria de esperar que sua percepção fosse mais exata, o que justificaria o impedimento da ação política dos juízes.

O segundo argumento está baseado na ideia de que, cabendo aos tribunais a definição dos direitos, a lei será cada vez mais desrespeitada e, tanto quanto isso, como os processos decisórios são diferentes do ponto de vista da estabilidade, admitir a atividade de reconhecimento de direitos pelos tribunais significaria aumentar a instabilidade.

Ambos os argumentos foram sintetizados, examinados e refutados por Dworkin, que apontou sua importância relativa na construção de um fundamento realmente persuasivo pelos quais os juizes não devam decidir questões de natureza política.

Embora tenha reconhecido o valor parcial desses argumentos, para o autor a razão substancial com base na qual se pode afirmar que não devem existir julgamentos políticos é de outra natureza. Dworkin estabelece que o fundamento central para que se argumente contra a atividade decisória dos tribunais em questões políticas é de equidade.

Para o autor, "a democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores, mas não juízes é enfraquecido, o que é injusto". Não se trata de um juízo metafísico de justiça, mas sim da percepção de que a atividade política dos juízes acaba por gerar um comprometimento democrático relevante, ao ponto em que "se todo o poder

político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas.”<sup>16</sup>

Como se vê, o argumento essencial diz respeito ao fundamento democrático e mais propriamente a uma visão democrática baseada numa percepção de igualdade substancial que seria colocada em risco.

Desse modo, parecer claro que, em casos difíceis, a decisão judicial não deve fazer recurso a argumentos de políticas, mas estruturar um sistema de princípios que possam subsidiar uma decisão ponderada.

## **PRÁTICA INTERPRETATIVA E RESPOSTA CERTA EM CASOS DIFÍCEIS**

Pelo que se viu na seção anterior, parece claro que os casos difíceis invocam uma base normativa que somente pode ser bem representada pelos princípios e tanto quanto isso, observou-se que existem bons argumentos pelos quais se deva recusar que políticas possam ser utilizadas para esse fim.

Contudo, o argumento em favor dos princípios revela um problema essencial que diz respeito à sua própria indeterminação. Para a teoria de Dworkin, os princípios possuem algumas características que pouco contribuem para a afirmação de sua clareza.

O autor estabelece que os princípios: a) apresentam-se sob a forma de orientações do tipo “o melhor que se possa obter”, não sendo assim suscetíveis de produzir imediatamente orientações do tipo tudo-ou-nada; b) admitem o critério de peso e relevância; c) estão relacionados a uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”<sup>17</sup>.

Em um caso difícil, é necessário o recurso a um sistema de princípios, contudo se faz necessário considerar se a aplicação desses princípios por meio da ponderação efetuada pelo juiz pode, para todos os efeitos, ser considerada como a resposta certa.

16 Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes.2000. p. 30

17 Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 36

A análise do autor parte da crítica às posições que afirmam não existir resposta certa para casos difíceis. Basicamente o autor enfrenta as duas versões que essa tese assume e procura demonstrar sua incoerência no atual estágio do Direito.<sup>18</sup>

Na primeira versão, a tese da impossibilidade de uma resposta correta decorre da afirmação da existência de conceitos incoativos que estão localizados entre os extremos lógicos de um conceito dispositivo. Tal tese afirma que “há, entre cada conceito dispositivo e sua aparente negação, um espaço ocupado por um conceito distinto.”<sup>19</sup>.

Ao tratar do tema, o autor parte da questão de que determinados institutos, quando configurados juridicamente, geram certa gama de consequências jurídicas; de outro lado, quando não configurados, tais consequências não deveriam ocorrer.

De certo modo, assume tal tese, que se poderia argumentar que entre a conformação de um instituto, um extremo, e a não conformação, outro extremo, existe um espaço que autorizaria o juiz a decidir de forma relativamente livre.

Nesse espaço, não haveria a possibilidade de afirmar a correção de qualquer decisão, exatamente porque se torna impossível configurar a situação jurídica que determinaria as consequências jurídicas que se poderia seguramente esperar.

Isso se dá porque, embora não se tenha atribuído uma definição jurídica, de fato os conceitos jurídicos dispositivos realmente estruturam um sistema jurídico baseado em posições claras – que não podem ser desconsideradas pelos juízes – e posições cinzas em que o grau de liberdade judicial é amplo e sua discricionariedade uma ferramenta fundamental para a definição dos direitos dos litigantes.

18 The implications of the right answer thesis are not limited to decisions by judges interpreting statutes. They arise with regard to any system of adjudication or legal reasoning, and the answers affect our understanding of any society or institution organized according to rules, whichever persons have the function of applying the rules to specific cases.6 Nevertheless, Dworkin’s argument raises issues which are narrowly empirical. He proposes a description of the manner in which judges decide cases not determined by legal rules (“hard cases”) in the legal systems of the United States and Britain. Woodman, Gordon. Dworkin’s “right answer” thesis and a case-study on the leasehold reform act the frustration of legislative intent. *The Modern Law Review*. V 45 No. 2. March-1982. P. 122.

19 Dworkin, Ronald. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes.2000. p. 181

A refutação do autor é no sentido de que entre tais conceitos dispositivos não há qualquer espaço cinza que signifique uma outorga de ampla discricionariedade judicial, pelo contrário, o autor aponta que tais conceitos dispositivos se explicam e aplicam pelo seu oposto, isto é, pelo extremo que se pretende negar.

Recorrendo à prática dos juristas, o autor aponta que “posso assinalar o fato de que os juristas tratam a afirmação de que um contrato não é válido como negação da afirmação de que é válido, a afirmação de que alguém não é responsável como a negação da afirmação de que é, e assim por diante.”<sup>20</sup>

Deste modo, os conceitos dispositivos não possuem entre si uma área cinza, mas sim são diretamente aplicáveis como indicadores da não ocorrência de seu extremo oposto. Não havendo, assim, o espaço que a tese advoga, não se poderia reconhecer a área de discricionariedade que autorizaria a conclusão de que não há resposta correta alguma.

De outro lado, há uma segunda versão que, bem mais ampla, sustenta-se em três argumentos basilares: a) é inevitável que a imprecisão de linguagem jurídica às vezes torna impossível afirmar a correção de uma proposição jurídica; b) as proposições de direito têm uma estrutura oculta explicada pelo positivismo jurídico e, por fim, c) as proposições jurídicas inerentemente conflituosas não podem ser verdadeiras ou falsas.

Torna-se, assim, necessário examinar<sup>21</sup>, com o autor, cada um desses argumentos para acolher ou rejeitar a segunda versão da tese de que em casos difíceis não há nenhuma resposta correta.

O primeiro argumento analisado é o da imprecisão da linguagem, isto é, afirmam os juristas que defendem esse ponto de vista que a linguagem que as normas utilizam são tão vagas que se torna impossível afirmar que exista uma resposta correta.

Isso que dizer que o fato de uma determinada norma utilizar uma expressão imprecisa impossibilitaria que houvesse a definição de um modo correto de aplicar o direito a um caso concreto em que ela fosse suscitada, pois haveria

20 Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 185

21 Ver a respeito Caplan Russell I. Professor Dworkin's jurisprudence. The American Journal of Jurisprudence. V. 22. 1977.

vários modos de aplicar a norma, conforme os vários sentidos que se pudesse atribuir à expressão nuclear.

A refutação feita pelo autor é a de que a imprecisão de determinadas expressões não gera inúmeras possibilidades de aplicação da norma todas corretas, isso porque os diversos métodos de interpretação de padrões jurídicos são suficientemente capazes de revelar o sentido que essas expressões devem assumir em uma determinada situação.

Tanto quanto isso, os cânones da interpretação possibilitam que elementos adicionais possam ser invocados para revelar o sentido pelo qual deve ser tomada uma expressão relevante, porém imprecisa em uma norma jurídica que possa ser base para solução de um caso.

Isto quer dizer que as eventuais imprecisões não afastam a existência de uma resposta correta a um caso, mas tão somente que seria necessário um processo suplementar de obtenção de sentido.

Na hipótese de múltiplas opções decorrentes dos processos interpretativos, a resposta certa é que melhor promove os princípios que se poderia identificar na busca de regulação da matéria.

Por isso, fica evidente que “a imprecisão na linguagem jurídica consagrada não garante a indeterminação das proposições de Direito.”<sup>22</sup>

Deste modo, o fato de expressões imprecisas serem utilizadas na legislação não induz inexoravelmente à conclusão de que não exista uma resposta correta quando essas expressões estejam em questão.

Nesse sentido, as imprecisões da linguagem apenas demandam a necessidade de aplicação do sistema de extração de sentido inerente às proposições jurídicas e que, em certa medida, compõem o próprio sistema jurídico.

Essas imprecisões de modo algum levam à conclusão de que não pode haver uma resposta certa quando tais expressões estiverem em jogo em um caso concreto.

Para Dworkin, portanto, a imprecisão de linguagem não obsta a produção e o reconhecimento de uma resposta que possa ser considerada como correta para uma situação litigiosa.

<sup>22</sup> Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 190

O problema para o autor é de outra natureza: não se pode ter uma resposta certa quando os juristas sensatos não chegam a um acordo quanto ao que efetivamente é uma resposta certa.

É essa a questão que o autor enfrenta com o segundo argumento e para tanto trata do que se pode esperar do positivismo jurídico na discussão a respeito do espaço não regulado formalmente.

De uma forma geral o autor aponta que o positivismo jurídico está baseado na ideia de que uma proposição é verdadeira quando a autoridade que a produz está investida do poder de produção dessa mesma norma.

Quando relacionado ao tema da segunda versão, o positivismo aponta que a única resposta correta decorre da expressa disposição do poder soberano, regulando ou não uma situação jurídica.

Quando não há regulação, não se pode afirmar que haja uma resposta certa, porque não há proposição oriunda da autoridade que exerce o poder soberano.

Desse modo a base desse raciocínio é que se uma proposição é verdadeira, apenas e tão somente se foi emitido um comando nesse sentido, a inexistência do comando leva forçosamente à falsidade da proposição jurídica.

Porém, como aponta o autor, não parece haver nenhuma forma de positivismo que adote essa diretriz, pelo contrário, as formas ortodoxas tendem a considerar que as proposições não baseadas em comandos não são necessariamente falsas.

Ao tratar do tema, o autor pontua que “se uma proposição jurídica é verdadeira quando e, apenas quando, um poder soberano emitiu uma espécie particular de comando, então por que não deveria ser falsa quando ele não emitiu esse comando?”<sup>23</sup>

Após fazer vários exercícios a respeito de que respostas poderiam ser ofertadas para resolver esse problema de incoerência lógica, o autor reconhece que as

---

23 Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes.2000. p. 199

teorias do positivismo mais compatíveis com as práticas jurídicas adotadas nos sistemas jurídicos contemporâneos de modo algum respondem a esse problema de forma satisfatória.

Por isso anota que, em função disso, não se pode considerar o argumento do positivismo jurídico como uma razão realmente convincente, pela qual se deva acreditar que não existe uma solução correta para questões de Direito.

O terceiro argumento em favor da segunda versão diz respeito à tese da demonstrabilidade. Nesse argumento uma proposição somente pode ser verdadeira caso encontre apoio em fatos concretos externos à proposição em si.

Assim, se os juristas discordam quanto a como devem ser interpretados contratos que contêm termos imprecisos, nenhum argumento pode ser aceito como verdadeiro e assim capaz de se constituir como resposta certa para o caso controverso, se não for possível a ratificação de uma delas por fatos concretos.<sup>24</sup>

A refutação do autor parte, primeiramente, da indagação quanto à real necessidade de se concordar com a exigência de demonstração.

A tese da demonstrabilidade atribui aos fatos concretos a configuração da veracidade de uma proposição. A questão central é de que, se houver alguma outra coisa que possa configurar uma proposição como verdadeira – que não os fatos concretos – então, tal tese deveria ser descartada.

Dworkin aponta que podem existir outros fatos capazes de atribuir veracidade a proposições jurídicas e por isso suficientes para sugerir que a tese da demonstrabilidade é questionável.

O primeiro desses fatos é o moral. Embora o autor não chegue a desenvolver uma teoria acerca desses fatos, ele estabelece que esses poderiam ser tidos como capazes de demonstrar a veracidade de uma proposição jurídica e por isso suficientes para combater a tese da demonstrabilidade.

É importante destacar que, na visão do autor, há uma crença de que determinados fatos são essenciais e inerentemente injustos, quaisquer que sejam as opiniões dos juristas a respeito disso.

<sup>24</sup> Ver a respeito Malik, Billal. *Moral Truth and Sense: Questioning Dworkin's 'One Right Answer'*. University College London Jurisprudence Review. V.14. 2008.

É indicado como paradigma desse tipo de fato moral a injustiça da escravidão humana. Para o autor, seria verdadeira qualquer proposição que afirmasse a injustiça desse tipo de dominação, ainda que discordassem os juristas a respeito.

Assim, verifica-se o recurso a uma base moral para indicar que a justificação da verdade de uma proposição pode encontrar outros níveis que não os dos fatos concretos, tal como indicado pela tese da demonstrabilidade.

Além dos fatos morais, o autor sugere ainda que a relação de coerência poderia ser capaz de se constituir em um fator doador de veracidade para além dos fatos concretos e, assim, eficientemente apta a refutar a tese questionada.

É de se notar que o autor desenvolve uma série de exercícios literários para demonstrar que determinadas proposições são mais coerentes com o conjunto narrativo do que outras. Usando uma célebre obra de Dickens, Dworkin demonstra que proposições a respeito de certos comportamentos do personagem central poderiam ser consideradas como verdadeiras ou falsas, dependendo da coerência dessas proposições com o contexto narrativo em que elas se inserem.

No campo dos exercícios literários, assim, seria verdadeira a proposição que fosse compatível com conjunto narrativo da obra a respeito do que se poderia efetivamente esperar como comportamento do personagem.

À medida que se possa desenvolver a ideia de uma coerência normativa, poder-se-ia demonstrar que uma dada proposição seria mais verdadeira quando estivesse em consonância com o contexto em que foi inserida e falsa em sentido contrário.<sup>25</sup>

Naturalmente o contexto normativo oferece uma validação à determinada proposição, indicando que poderia ser apresentada como a resposta correta a um caso controverso.

---

25 The notion that the right answer is arrived at when the judge discovers the rights of the litigants via his well-seasoned sense of the nature of the legal enterprise seems to draw primarily on the judge's experience. On the other hand, we seem to have come upon a sense of the right answer, the discovery of which primarily involves the judge acting as a rational and impartial arbiter and evaluator of arguments, with the focus on his powers of analysis and reasoning. In the light of this, it seems important to further explore, explicate, and evaluate this latter sense of the right answer and its relation, if any, to our original understanding of the right answer. Luizzi, Vincent. Taking Dworkin Seriously. University of Western Ontario Law Review. V. 19, Number 1. 1981

Deste modo a tese da demonstrabilidade foi rebatida por meio da indicação de outros fatores capazes de demonstrar a verdade de uma proposição (fatos morais e conjunto normativo) que não se enquadra dentro da perspectiva realista dos fatos concretos.

Analisando de uma forma geral a refutação aos vários argumentos que poderiam ser invocados como base para apoio à segunda versão, se é forçado a reconhecer que também esta forma de apresentação da ideia de que não existe uma resposta correta em casos controversos é questionável.

Ao analisar o tema, Guest aponta:

No campo dos valores, Dworkin não diz que há sempre uma resposta correta. Ao contrário, tampouco é o caso de que não haja nenhuma resposta correta. Então ele pensa que há respostas corretas em todo tipo de assunto (ele pensa, como você e eu, que é correto não torturar crianças), mas em outros não há, como, por exemplo, na questão de se vinho tinto é "mais nobre" do que vinho branco. Não obstante, do que acima se disse segue-se (e ele o diz) que ele pensa que a questão de se há uma resposta correta no campo avaliatório é, em si, uma questão avaliatória<sup>26</sup>

Ora, a questão então é que a tese da resposta certa é uma oposição evidente à suposição de alguns filósofos de que, não havendo um critério externo e decisivo de correção de uma afirmação, isto é, um padrão arquimediano, não poderia haver uma resposta certa. O argumento de Dworkin é que a correção nesse caso não deriva de um critério externo à própria prática interpretativa e valorativa do Direito, mas, pelo contrário, nela inserida e, assim, assentada em princípios derivados da moralidade política.<sup>27</sup>

Macedo Junior analisa esse ponto:

O jogo interpretativo não admite um ponto de vista arquimediano, externo à própria interpretação. Uma interpretação será superior ou melhor do que outra se, e apenas se, segundo as próprias regras da reconstrução interpretativa, ela melhor satisfizer as exigências do que constituiu um melhor argumento. Insista-se que também o "conceito de melhor argumento" é igualmente um conceito interpretativo.<sup>28</sup>

26 Guest, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro. Elsevier. 2010. P. 159.

27 Billier, Jean Cassien; Maryoli, Aglae. História da Filosofia do Direito. Barueri-SP: Manole. 2005. P. 424

28 Macedo Jr. Ronaldo Porto. Do Xadrez à Cortesia Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva. 2014. P. 221

Logo, ao contrário do que supõe muitos dos críticos a Dworkin, a resposta certa que ele sustenta não está desconectada da prática interpretativa subjacente<sup>29</sup>e por isso mesmo não depende de um critério externo de correção.

Dessa maneira, a resposta certa a que Dworkin se refere é uma afirmação de solução estritamente relacionada a uma intencionalidade, que é a solução de um caso complexo mediante a postulação e defesa da existência de um argumento que melhor represente e reconstrói os fundamentos de moralidade política concorrentes.<sup>30</sup>

Por isso mesmo Dworkin admite que, em certas situações e dadas certas condicionantes, possa haver um impasse. Nas palavras dele: "seria razoável dizer que em certos casos muito especiais não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito."<sup>31</sup>

Verifica-se que os casos difíceis que poderiam ser considerados como não dotados de uma resposta certa são tão especiais (exóticos no dizer do autor) que se pode teoricamente desconsiderar sua existência.

Contudo, embora esses casos sejam efetivamente irrelevantes, é preciso ter em conta que, fiel ao seu modo de argumentação, Dworkin demonstra que a resposta a uma pergunta literária baseada em informações incapazes de serem obtidas ou cuja aleatoriedade seja um fator importante e dificilmente pode ser considerada como a certa.

Se essa constatação pode ser transferida para o direito, depende de certos fatores apontados pelo autor.

Diante de perguntas que estejam estruturadas nas bases antes apontadas, pode ocorrer que duas ou mais possíveis respostas tenham similar grau de justificação, ou seja, possuam argumentos bons o suficiente para convencer que qualquer uma delas poderia responder adequadamente ao problema, não haveria nesse caso uma resposta certa?

29 Ver a respeito: Dworkin, Ronald. Seven Critics. Georgia Law Review. V 11. 1977.

30 Morrison, Wayne. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2006. P. 505.

31 Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes.2000. p. 211.

Dworkin anota que, numa situação assim, deve-se fazer recurso à dimensão da adequação. Uma resposta é adequada quando “é *pro tanto* uma justificativa melhor que outra se, *grosso modo*, alguém que a sustentasse pudesse a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra.”<sup>32</sup>

A dimensão da adequação transmite claramente a noção de otimização do conteúdo como fator decisivo para a indicação da melhor resposta – a correta – para um caso controverso.

Isso quer dizer que, na hipótese de ser possível encontrar bons fundamentos para várias respostas, será a correta que maximizar o conteúdo que cada uma delas visa oferecer como solução para o caso.

Crê o autor que esse tipo de divergência dificilmente produziria um empate entre duas respostas teoricamente possíveis em sistemas jurídicos modernos.

A segunda dimensão que deveria ser levada em consideração para fixar a resposta correta a uma situação controversa seria a da moralidade política. Essa moralidade política está assentada na ideia de produção equitativa de benefícios.

Embora reconheça que a moralidade política pode não se constituir como um critério decisivo, o autor atribui a essa dimensão a possibilidade de construção de uma base crítica que pode servir como argumento para a eleição de uma das possibilidades.<sup>33</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os casos difíceis, exatamente por não possuírem um marco normativo identificável *prima facie*, exigem um nível de reflexão capaz de possibilitar a extração de um conteúdo normativo capaz de viabilizar uma decisão judicial.

32 Dworkin, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes.2000. p. 213

33 Ver a respeito: REYNOLDS, Noel B. Dworkin as Quixote. University of Pennsylvania Law Review. V. 123. 1974.

Esse conteúdo normativo não decorre, como supõe os positivistas da estruturação, de um sistema cujos conceitos dispositivos implicitamente determinam a formação de conceitos intermediários que possam ser livremente reconhecidos e aplicados pelos juízes em situações em que os extremos conceituais não se aplicam diretamente, muito pelo contrário, existem bons argumentos para não reconhecer aqueles conceitos e com isso descartar a suposta discricionariedade judicial em tais casos.

Os argumentos da segunda tese são inteiramente refutáveis nos verdadeiros casos difíceis. Não se pode alegar que a imprecisão da linguagem jurídica, exatamente porque os métodos de interpretação são reconhecidos pelo próprio Direito, seja um fato decisivo em favor da tese da inexistência de uma resposta correta. Tanto quanto isso ficou demonstrado que o argumento positivo em apoio à segunda tese depende de uma modalidade desse tipo de pensamento que não foi até o momento estruturado e, mais que isso, que o sistema positivo que melhor retrata as práticas jurídicas atuais não podem servir de base para validação de proposições jurídicas.

Além dos dois argumentos anteriores, ficou evidenciado que se pode contestar a tese da demonstrabilidade pela indicação de outros fatores de validação de proposições jurídicas que não os fatos concretos.

Os casos difíceis que o autor reconhece que efetivamente podem não ter uma resposta correta são de tal forma atípicos, que se pode descartar teoricamente sua existência, como exceções que apenas confirmam a regra.

O empreendimento de Dworkin pode ser eventualmente visto como uma tentativa improvável de conciliar as dimensões de moralidade com o trabalho judicial e a objetividade que dele se espera, mas em geral a crítica focada estritamente na tese da resposta certa precisa ser melhor construída se de fato se pretende apresentar como objeção relevante ao propósito teórico do autor.

Em geral, contudo, a tese dworkiniana é mal compreendida, com consequências graves do ponto de vista da solução de casos difíceis, sobretudo se se levar em

conta a amplitude da aplicação da teoria tanto no campo judicial, em especial, na jurisdição constitucional, como também na seara acadêmica.

Nesse sentido, respondendo sucintamente ao questionamento que dá título ao presente ensaio, se entendida a crítica à tese da resposta certa como uma tentativa ampla de rejeitar o projeto dworkiniano e, em particular, a conjugação dos princípios como elementos de moralidade na solução de casos complexos, não há dúvida que se trata de uma restrição à adjudicação de direitos como proposta no direito como integridade.

Na mesma direção, a crítica fundada na suposição de ausência de objetividade no processo de construção da solução dos casos difíceis é claramente desfocada, uma vez que a racionalidade exigida no método argumentativo é claramente mais exigente que a alternativa positivista em sua versão mais clássica.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BILLIER, Jean Cassien; Maryoli, Aglae. **História da Filosofia do Direito**. Barueri-SP: Manole. 2005.

CAPLAN, Russell I. **Professor Dworkin's jurisprudence**. The American Journal of Jurisprudence. V. 22. 1977.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

\_\_\_\_\_. **Seven critics**. GEORGIA LAW REVIEW. V 11. 1977. P. 1250.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2010.

HORAN, Patrick. **Exposing hercules' achilles heel: Dworkin and the single right answer thesis**. Trinity College Law Review. V.9. 2006.

LUIZZI, Vincent. **Taking Dworkin Seriously**. University of Western Ontario Law Review. V. 19, Number 1. 1981

MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia Dworkin e a Teoria do Direito Contemporanea**. São Paulo: Saraiva. 2014.

MALIK, Billal. **Moral Truth and Sense**: Questioning Dworkin's 'One Right Answer'. University College London Jurisprudence Review. V.14. 2008.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

REYNOLDS, Noel B. **Dworkin as Quixote**. University of Pennsylvania Law Review. V. 123. 1974.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press. 1994

WOODMAN, Gordon. **Dworkin's "right answer" thesis and a case-study on the leasehold reform act the frustration of legislative intent**. The Modern Law Review. V 45 No. 2. March-

Recebido em: jan/2017

Aprovado em: abr/2017