

## 1 INTRODUÇÃO

Stephen Munzer, atualmente Professor de Direito da Universidade da Califórnia, em Los Angeles, tem produzido diversos trabalhos de cunho jurídico e filosófico, tendo destaque em seus estudos as áreas de Teoria da Propriedade, Direitos dos povos indígenas, e as Filosofias moral, política e do direito. Conquanto não tenha se autodeclarado defensor de uma corrente jusfilosófica aliada ao positivismo jurídico, Munzer escreveu artigos que demonstram uma visão significativamente pragmática das questões que norteiam a filosofia do direito e a interpretação jurídica, e que se aliam a uma argumentação de notórias bases hartianas.

Um de seus principais escritos na filosofia do direito, intitulado *Right Answers, Preexisting Rights and Fairness*, tem especial vulto neste trabalho, pois nele o autor constrói argumentos que pretendem demonstrar a falibilidade de Ronald Dworkin em defender que no direito em geral – e, sobretudo, nos casos difíceis – há sempre uma única resposta correta a ser alcançada, e que essa resposta preexiste no ordenamento jurídico em vigor, não sendo criada pelo magistrado no momento de julgar um conflito. Desta feita, o trabalho de Munzer apresenta severas críticas tanto à tese dos direitos quanto à tese da única resposta correta, ambas formuladas nos primeiros livros de Ronald Dworkin, com ênfase no artigo dworkiniano intitulado *No Right Answer?* e integrante do livro *A Matter of Principle*.

Como visto, em sua análise Munzer faz referência a argumentos dotados de notável influência do pensamento de Herbert Hart, como ao tratar da indeterminação natural da linguagem que compõe a norma (HART, 2007, p. 138-141), da impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis de serem abarcadas pelo comando legal, ou mesmo da proposital indeterminação deixada na linguagem jurídica, por legisladores e magistrados, em razão de existirem situações que só podem ser adequadamente resolvidas quando forem solidamente apuradas no caso concreto (HART, 2007, p. 141-149).

Assim, as críticas de Munzer serão aqui analisadas sob quatro principais enfoques: a interpretação normativa a partir da analogia com a coerência da narrativa literária; a vinculação da teoria de Dworkin apenas a sistemas jurídicos complexos, como ele supõe serem os ordenamentos contemporâneos; a construção de cânones jurídicos interpretativos que levariam ao alcance de uma única resposta correta pelos magistrados diante de um caso difícil; e a impossibilidade de uma preexistência constante dos direitos, de modo a negar a perspectiva descritiva que Dworkin alia ao seu empreendimento interpretativista.

Todavia, diante das críticas, Dworkin ainda respondeu a Munzer com as justificações apresentadas no Apêndice da obra “Levando os direitos a sério”. Em “Resposta aos críticos” o

interpretativista levanta, dentre outros, argumentos no sentido de que Munzer na verdade não teria compreendido a distinção criada por Dworkin entre dois pontos de vista que explicam a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta: um interno, segundo o qual a solução de que não há resposta correta se equipara às demais respostas possíveis dentro das regras do empreendimento, e um externo, que baseia a ausência de resposta correta em elementos de concordância (DWORKIN, 2002, p. 509-413).

Em razão disso, aparentemente Munzer acabaria por defender uma segunda versão disso que Dworkin chama de “tese de nenhuma resposta correta” e não teria obtido êxito em comprovar, segundo as regras do próprio empreendimento dworkiniano, que a proposição segundo a qual não há resposta correta seria a superior entre as possibilidades decisórias. Ademais, as afirmações de Munzer (1977, p. 1064-1068) no sentido de que a existência ou não da resposta correta não possuiria importância prática diversa da mera função de guia prévio sobre as condutas das pessoas, acabam por ferir o objetivo principal do empreendimento de Dworkin – a defesa dos direitos individuais (DWORKIN, 2002, p. 515).

Portanto, este artigo visa realizar uma análise expositiva e crítica dos argumentos levantados no debate entre Ronald Dworkin e Stephen Munzer, a partir dos estudos deste em desfavor da tese dos direitos e da tese única resposta correta dworkinianas, em diálogo com os argumentos originais do livro *A Matter of Principle*, e culminando nas respostas do primeiro em amparo à sua teoria interpretativista do direito e ao empreendimento jurídico de Hércules, observadas no apêndice da obra “Levando os Direitos a Sério”.

## 2 AS CRÍTICAS DE MUNZER A DWORKIN

Conforme a descrição de Munzer, a teoria interpretativista formulada por Dworkin se alicerça na ideia de que os sistemas normativos são formados por ambos regras e princípios jurídicos, sendo estes últimos considerados *standards* com amplitude de significado, que auxiliam o magistrado no momento de tomar decisões. Desse modo, o ordenamento jurídico teria as suas lacunas preenchidas pela existência das duas espécies normativas supracitadas, e o interpretativismo se constituiria enquanto teoria holística (MUNZER, 1977, p. 1055), isto é, que determina o uso de todos os tipos de padrões jurídicos existentes.

Essa suposta completude do sistema jurídico leva a concluir que para Dworkin o direito não permite o exercício do poder discricionário, em seu sentido forte<sup>1</sup>, pelo intérprete

---

<sup>1</sup> Dworkin distingue a existência de dois sentidos fracos e um sentido forte da discricionariedade judicial. O primeiro sentido fraco existe quando os padrões a serem aplicados pelo magistrado não o podem ser feitos

da norma: o magistrado. Assim, o processo de tomada de uma decisão judicial requer certa consistência argumentativa, de forma que ao proferirem decisões que visem solucionar um conflito jurídico, os juízes não podem se pautar em critérios arbitrários, mas precisam utilizar argumentos normativos sólidos e coerentes, de maneira que suas decisões sejam proclamações de um direito preexistente, e não a criação de novo direito (MUNZER, 1977, p. 1056), tal como determina o método decisório utilizado pelo juiz imaginário Hércules<sup>2</sup>, personagem principal do interpretativismo dworkiniano.

O crítico, no entanto, discorda das conclusões a que Dworkin chega e se propõe a demonstrar que o interpretativismo nos moldes supracitados não funciona enquanto teoria descritiva dos sistemas jurídicos hodiernos, e não tem plausibilidade prática, sendo tão somente um guia prescritivo da conduta jurisdicional. Nesta senda, os argumentos de Dworkin que Munzer objetiva desconstruir – traduzidos no Capítulo Cinco da obra “Uma questão de princípio” – se fundamentam em quatro principais alicerces:

O primeiro é a analogia entre a consistência na narrativa literária e a articulação dos argumentos jurídicos, que leva ao encontro de uma única resposta correta para todas as perguntas relevantes em ambos os casos, e que será tratada dentro do argumento do positivismo, como analisado por Dworkin (2001, p. 199-201). O segundo envolve a ideia de que em sistemas jurídicos primitivos seria possível um empate entre alternativas decisórias, de modo que não haveria apenas uma resposta correta, o que não se vê ocorrendo nos sistemas jurídicos complexos, como são os ordenamentos modernos (DWORKIN, 2001, p. 213).

A terceira noção basilar é a de que a força do conceito normativo é construída pelo juiz conforme cânones jurídicos de interpretação, de modo que eventual indeterminação do seu texto não impede o alcance da resposta correta, ao mesmo tempo em que uma eventual discordância entre renomados juristas sobre o sentido normativo também não é decisiva para a inexistência da única resposta correta, porquanto a veracidade do direito não é demonstrada unicamente por meio de fatos empíricos, principal argumento da tese da demonstrabilidade elaborada por Dworkin (2001, p. 204-210). E a quarta é a ideia de que a teoria de

---

mecanicamente, precisando de certo juízo de discernimento. O segundo sentido fraco ocorre quando a decisão do julgador é tomada em última instância e não pode ser modificada. Já o sentido forte é observado quando o julgador está plenamente livre para determinar os critérios que fundamentarão sua decisão, não havendo restrições por parte de uma autoridade normativa – no caso, o ordenamento jurídico (DWORKIN, 2002, p. 50-55)

<sup>2</sup> Segundo Dworkin, o imaginário juiz Hércules é “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” que “aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal (...)”, em obediência aos preceitos do direito como integridade e da coerência institucional do direito. (DWORKIN, 2002, p. 165).

preexistência dos direitos não tem significância prática, apesar de sua importância política em promover a previsibilidade.

## 2.1 ANALOGIA LITERÁRIA E A ARTICULAÇÃO DO ARGUMENTO JURÍDICO

O método utilizado por Dworkin no capítulo acima mencionado consiste em demonstrar primeiro as possíveis críticas que seriam levantadas em desfavor de seu pensamento, para assim argumentar contra elas. Desta feita, ele discorre sobre o que chama de tese da bivalência e sobre como essa tese será negada por duas versões da “tese de nenhuma resposta correta”. Na elaboração do que ele chama de argumento do positivismo dentro da segunda versão da tese de nenhuma resposta correta<sup>3</sup>, o interpretativista rejeita a ideia central que ele atribui ao positivismo, qual seja, a de que a lei existe unicamente em razão de algum ato ou decisão humanos, seja este um ato positivo de comando emitido por uma autoridade soberana, ou mesmo um ato passivo de aceitação geral da proposição jurídica. Para refutar o argumento positivista, o autor questiona suas premissas da seguinte maneira:

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? Se uma proposição de Direito é verdadeira apenas quando alguma regra da qual decorre a proposição foi estabelecida, adotada ou aceita de acordo com alguma regra de reconhecimento, por que não deveria ser falsa quando não foi estabelecida, adotada nem aceita regra de tal tipo? (DWORKIN, 2001, p. 199).

Em sequência, ele afirma que para que o argumento do positivismo seja eficaz em negar a resposta correta, seria preciso encontrar uma forma especial do positivismo jurídico que conseguisse dar autenticidade à proposição de que uma premissa jurídica será verdadeira se, e apenas se, uma proposição sobre atos legislativos for verdadeira, mas não será falsa quando a mesma proposição sobre atos legislativos for falseada (DWORKIN, 2001, p. 194-204). Assim, no intuito de demonstrar como um positivista poderia responder a tais questões de maneira plausível, Dworkin elabora uma analogia com o pensamento literário nos seguintes termos:

---

<sup>3</sup> A tese da bivalência se baseia na noção de que ou os casos concretos se encaixam no conceito dispositivo da norma, portanto são válidos, ou não se encaixam e são inválidos (DWORKIN, 2001, p. 176). Em oposição a esta ideia, a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta rejeita a bivalência e entende que há situações no direito em que não é correto afirmar que a proposição jurídica é válida, nem que ela é inválida, então nesses momentos seria acertado dizer que o juiz tem poder discricionário para decidir em qualquer desses sentidos (DWORKIN, 2001, p. 188).

Suponha que um grupo de estudiosos de Dickens pretenda discutir David Copperfield como se David fosse uma pessoa real. Eles propõem, por exemplo, dizer que David frequentou a Salem House, que foi industrioso etc. Poderiam muito bem desenvolver as seguintes regras básicas governando essas asserções:

- (1) Qualquer proposição sobre David deve ser afirmada como “verdadeira” se Dickens a disse, ou se disse alguma outra coisa que teria sido incoerente caso Dickens a negasse.
- (2) Qualquer proposição pode ser negada como “falsa” se Dickens a negou, ou se disse alguma outra coisa que teria sido incoerente caso Dickens a dissesse. (DWORKIN, 2001, p. 199).

Diante dessa analogia, o autor afirma que a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta seria válida e eficaz na tarefa literária, pois há muitas proposições sobre David que os participantes do grupo saberiam não poder afirmar que são verdadeiras ou negar como falsas, de tal modo que não haveria uma resposta correta nesses casos. Então, no mesmo exemplo, considerando que Dickens<sup>4</sup> nunca disse que David teve um caso romântico com Steerforth, se ele o negasse isso não seria incompatível com nada do que já tenha dito, e se o afirmasse igualmente não haveria incompatibilidade (DWORKIN, 2001, p. 200). Os participantes não têm, portanto, como afirmar se essa proposição seria verdadeira ou falsa, e não por falta de informação, mas sim por possuírem informação suficiente para saber que pelas regras estabelecidas essa proposição não é verdadeira nem falsa.

O mesmo raciocínio Dworkin aplica ao direito, pois a asserção das proposições jurídicas é também garantida por regras básicas, como ocorreu no exemplo literário. Assim, serão as regras básicas do direito que determinarão a validade de suas proposições, e quando houvesse inadequação a tais regras surgiria a situação em que não seria possível afirmar nem a validade nem a invalidade da premissa jurídica. Isso corrobora com a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta porque “demonstra como uma proposição particular pode não ser nem verdadeira nem falsa, não por causa de alguma imprecisão ou textura aberta na linguagem consagrada, mas porque as regras básicas da tarefa jurídica [como as regras básicas da tarefa literária] têm essa consequência” (DWORKIN, 2001, p. 201).

Apenas nesse contexto específico uma teoria positivista seria capaz de validar, de certo modo, a tese de nenhuma resposta correta, dizendo que nos casos em que não se pode afirmar a validade da proposição, cabe ao poder discricionário do juiz determiná-la. Todavia, Dworkin (2005, p. 202-203) conclui seu pensamento no sentido de rejeitar o argumento positivista, pois diz que a prática judicante não se assemelha à estrutura rígida do exercício

---

<sup>4</sup> “David Copperfield” é um romance do escritor Charles Dickens, datado do ano de 1850, que tem como personagem principal o rapaz David Copperfield e uma das personagens secundárias o seu amigo James Steerforth.

literário supracitado, assemelhando-se mais a uma versão do mesmo exercício na qual uma proposição sobre David irá ser tomada por verdadeira ou falsa na medida em que ela se adequar mais ou menos às proposições previamente estabelecidas sobre ele. Dessa maneira, é muito mais provável que se chegue sempre a respostas corretas por meio do exercício de adequação da situação concreta às regras prévias, tanto na literatura quanto no direito.

O argumento literário de Dworkin (2001, p. 238) se consolida, portanto, na estrutura de um empreendimento jurídico em cadeia. Isto é, a construção interpretativa do direito se assemelha à escritura de um romance literário por vários autores sucessivos, significando que cada juiz será parte de um procedimento histórico-institucional de decisões, e os seus argumentos *deverão* girar em torno de quais regras ou princípios de direito subjazem a decisões de outros juízes anteriores, sobre questões semelhantes.

Ou, de outro modo, quando um juiz for dar continuidade à história do direito, ele deverá ler tudo o que outros juízes disseram no passado para chegar a uma conclusão acerca do que *realmente* é o direito da maneira como vem sendo escrito, e assim o juiz do presente tem a responsabilidade de sequenciar esta história institucional em coerência com as regras já estabelecidas, não devendo iniciar uma nova direção por sua própria conta, mesmo porque a consciência de sua responsabilidade para com o empreendimento o frearia neste ímpeto inovador (FISH, 2012, p. 242).

Diante disso, no entanto, Munzer estuda o exemplo supracitado e afirma que a analogia literária é um argumento que em nada favorece a veracidade da tese de que exista apenas uma única resposta correta, pois o método utilizado por Dworkin no exemplo – que o crítico denomina “teste da consistência da narrativa” – não seria capaz de esgotar ou de oferecer resposta a todas as perguntas que podem insurgir no contexto literário.

Subsistiriam, ainda, na literatura certas questões sobre as quais a crítica poderia criar teorias igualmente sólidas acerca tanto de sua validade quanto de sua invalidade, sem chegar a uma resposta definitiva, como a problemática sobre se Hamlet era ou não acometido do Complexo de Édipo, ou, em um exemplo nacional, se o pai do filho de Capitu era, em verdade, Bentinho ou Escobar.

Essas são questões literárias de grande densidade e relevância para a compreensão das respectivas obras, mas que restarão perenemente indeterminadas. Portanto, ainda que se tenha diversas proposições consolidadas sobre determinada personagem, este fato isoladamente não levará a crer que outras proposições sejam verdadeiras ou falsas, logo, há questões que restarão inevitavelmente sem resposta (MUNZER, 1977, p. 1056-1057). Ademais, existem inúmeras interpretações igualmente coerentes e possíveis de serem aceitas sobre um mesmo

trabalho literário, e de algum modo os estudos sobre elas acabarão recaindo em uma escolha acerca de qual das proposições aceitar como verdadeira. E a escolha racional sobre quais proposições aceitar irá se valer de critérios como a sua simplicidade, unicidade ou até mesmo a sua refutabilidade. O mesmo ocorre com o direito, diante da discricionariedade.

Ademais, Munzer afirma ser admissível a ideia de que no universo literário o autor da obra deixe propositalmente certa margem de indeterminação e interpretação na construção de suas personagens, como visto no exemplo machadiano supracitado, o que ocorre de modo semelhante na produção de normas jurídicas gerais e abstratas, argumento este que será melhor explorado pelo crítico (1977, p. 1059) ao tratar da indeterminação do direito.

## 2.2 A INEXISTÊNCIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA NOS SISTEMAS JURÍDICOS COMPLEXOS

Outro argumento reiterado de Dworkin, e também bastante criticado, é a afirmação de que em sistemas jurídicos pouco complexos, isto é, com um arcabouço escasso de fontes normativas, seria possível a ocorrência de um “empate” argumentativo entre duas proposições jurídicas, de modo que ambas seriam igualmente justificáveis e coerentes para solucionar uma lide. Assim, nestes sistemas poderia haver casos sem uma única resposta (DWORKIN, 2001, p. 213). Isso, todavia, não ocorre em sistemas jurídicos complexos, como ele afirma serem os ordenamentos contemporâneos, pois estes possuem uma diversidade maior de fontes que sempre permitirá o alcance de uma justificativa moral mais adequada para a aplicação de uma única premissa em detrimento das demais, tornando-a a resposta correta.

Isso ocorre uma vez que a interpretação jurídica para Dworkin se baseia no princípio da integridade, e desta forma “um sistema jurídico complexo – que possua maior quantidade de precedentes judiciais – terá também maior facilidade de conhecer o direito a ser aplicado em casos similares, reduzindo as situações em que os intérpretes terão que inovar ao decidir” (LEITÃO, 2012, p. 16), e permitindo que os direitos individuais não sejam submetidos à arbitrariedade discricionária, uma vez que os princípios aplicados pelo magistrado como padrões jurídicos são também normas conhecidas pela comunidade política, e refletidas em sua moralidade institucional e na historicidade do direito.

Ao analisar este argumento, porém, Munzer (1977, p. 1057) conclui que o teste dworkiniano de consistência da narrativa jurídica institucional em sistemas complexos não impede a ocorrência de casos sem resposta, pois mesmo nestes haverá ainda respostas igualmente plausíveis e consistentes, possibilidade de escolha entre proposições pelos

magistrados e indeterminações intencionais do significado normativo, portanto discricionariedade judicial em seu sentido forte. Ademais, o empate entre alternativas decisórias só seria improvável em sistemas complexos caso todos os possíveis questionamentos acerca do direito e dos conceitos que o permeiam jazessem constantes, o que não ocorre.

Nos sistemas jurídicos primitivos, segundo Munzer, as controvérsias jurídicas envolvem problemáticas mais simplórias, tais quais casos de negligência e crimes violentos. No entanto, em sistemas jurídicos mais complexos a quantidade e variedade de possíveis conflitos se multiplica exponencialmente, tendo em vista que novos questionamentos irão surgir conforme as relações interpessoais se intensificam, gerando a produção acelerada de novas dúvidas acerca de conceitos jurídicos e da aplicação normativa (MUNZER, 1977, p. 1058). Por exemplo, o crítico menciona que apenas em sistemas jurídicos complexos iríamos encontrar dúvidas jurídicas sobre as diferentes características de cada instrumento negocial, ou sobre as implicações da cobrança de tributos sobre determinados tipos de corporações, ou mesmo surgiriam questões constitucionais complexas sobre os diversos ramos políticos de governabilidade, ou sobre a influência das empresas multinacionais na economia.

Desse modo, inúmeras novas questões envolvendo jurisdição e procedimento legal surgem em rápida velocidade, e diante disso, o fato de que sistemas jurídicos complexos possuem mais regras e mais princípios não significa necessariamente que eles conseguirão acompanhar o acelerado desenvolvimento das relações sociais, e responder a todos os novos questionamentos de maneira imediata ou prévia. Munzer assim leciona:

The move from a primitive to an advanced system may bring more “completeness” in the sense that more acts will have *some* legal status or other under the system. So far determinacy may be at least non decreasing. But an advanced system will have, as it were, more logical spaces; for the introduction of concepts for new legal categories (...) indicates that it may be more complicated to tell *which* legal status, if any, an act has (MUNZER, 1977, p. 1058)<sup>5</sup> [grifos no original].

Nesta senda, o aumento no número de novos conceitos legais insurgentes gera não só mais dúvidas sobre seus enquadramentos normativos, como também um significativo aumento no número de combinações entre proposições jurídicas passíveis de gerar respostas coerentes às lides que chegam à jurisdição estatal, de modo que para que o direito

---

<sup>5</sup> “O avanço de um sistema primitivo para um sistema avançado pode trazer maior “completude” no sentido de que mais ações terão algum *status* legal diante do sistema. Desta forma, a determinação poderá ser, ao menos, não decrescente. Todavia, um sistema mais avançado terá mais espaços lógicos; portanto a introdução de conceitos para novas categorias legais indica que talvez possa ser mais complicado afirmar a qual *status* normativo um ato pertence, se é que pertence a algum” (Tradução livre).



permanecesse determinado e capaz de prever com antecedência suas respostas, seria preciso criar um procedimento pelo qual fosse possível estabelecer o *status* legal definitivo de todos os novos atos jurídicos que surgem, com mais velocidade do que os novos espaços lógicos de conceituação surgem na ordem jurídica, não deixando, assim, haver ambiente para lacunas.

Isso, porém, não ocorreria na prática. A incompletude do direito em sistemas jurídicos complexos é uma realidade verossímil, pois os novos atos jurídicos e conceitos sem determinação legal definitiva surgem em velocidade superior à da criação de novas regras e princípios que os definam, e o que resta ao direito é a criação de normas amplas e vagas, capazes de abarcar um maior número de situações, cujo sentido seja determinado pelo magistrado ao se deparar com um caso concreto, já que é supostamente impossível que a ordem legal preveja sempre com antecedência todas as respostas que deverá dar para situações futuras, o que faria “cair por terra” a noção de uma única resposta certa preexistente no direito, aguardando ser encontrada pela atuação casuística judicante.

Outrossim, a existência de mais fontes do direito em um sistema complexo, somadas às novas categorias que surgem com a intensificação das relações jurídicas, tornariam mais difícil para juízes e legisladores analisarem o ordenamento jurídico em sua totalidade, fazendo a tarefa hercúlea de um juiz que primeiro analisa todo o arcabouço pré-interpretativo existente e já produzido na história institucional do direito, para depois interpretá-lo construtivamente e aplicá-lo de modo a continuar o romance sob a sua melhor luz moral, bastante improvável de ser realizada por juízes humanos. Ademais, toda essa complexidade de fontes tornaria mais frequentes os conflitos jurídicos que precisarão de soluções imediatas e deverão contar com a capacidade de escolha do julgador para tanto (MUNZER, 1977, p. 1059).

### 2.3 A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO OCASIONA A AUSÊNCIA DE UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Acerca da inexistência de uma única resposta correta, Munzer (1977, p. 1059) também é enfático ao afirmar que a existência de indeterminação e de controvérsias no direito não só aponta para como também ocasiona a falibilidade da tese dworkiniana. Segundo Dworkin (2005, p. 212-216) quando na atividade literária há controvérsias que podem levar à hipótese de não haver apenas uma resposta correta, esta pode se dar ou em razão da densidade das informações fornecidas pelo romance, ou em razão do caráter da própria pergunta realizada, isto é, se ela possui ou não relevância para o romance em análise, como o caso de David.

Nos sistemas jurídicos, porém, a controvérsia não se dará da mesma forma, posto que o direito se vale de uma coerência normativa, que é mais complexa do que a coerência narrativa da literatura. Assim, a resposta correta dentro do direito depende da compreensão adequada da premissa de que uma proposição jurídica é bem fundada se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas pela comunidade em que o intérprete se encontra inserido. Tal compreensão se dará a partir da dimensão da moralidade política, aquela segundo a qual:

Se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se compreender melhor os direitos que as pessoas realmente têm (DWORKIN, 2001, p. 213).

Todavia, mesmo nessa dimensão Dworkin admite que podem ocorrer casos – ainda que raros – de empate entre justificativas morais, bem como pode haver discordância entre os mais renomados juristas acerca de qual das proposições apresentadas representa a melhor justificativa moral para o caso, sendo a sua resposta correta. Essa assertiva, na visão de Munzer, acaba tomando um caráter bem mais empírico do que o que desejava Dworkin, posto que é importante saber se os casos em que seria logicamente possível não haver uma resposta correta são realmente raros de serem observados, ou se na verdade eles representam a maioria dos casos jurídicos, o que pode ser respondido a partir da análise da indeterminação do direito.

Nesse aspecto parece notória a influência do argumento hartiano no pensamento de Munzer, tendo em vista que para Hart a comunicação de padrões de comportamento – ou proposições jurídicas – por meio de normas gerais formadas a partir da linguagem é mais clara e segura do que o uso do precedente, ou da comunicação por meio do exemplo, todavia não se isenta do limite inerente à natureza da linguagem, que tornam inevitável certa margem de indeterminação legal. Sobre o tema, leciona Hart (2007, p. 139) que

Os cânones de “interpretação” não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las, porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua interpretação.

Assim, há casos jurídicos nos quais a aplicação da norma por subsunção fática aparenta ser clara e incontroversa, mas isso só ocorre porque tais casos versam sobre questões mais simples e de ocorrência comum, portanto sobre eles há um acordo geral acerca da aplicabilidade dos conceitos legais. Todavia, nos casos em que notadamente existe a

controvérsia e a discordância no âmbito das discussões jurídicas, temos que “se em tais casos as dúvidas hão de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver” (HART, 2007, p. 140).

Dessa maneira, para Hart e também para Munzer, a linguagem que compõe a norma seria dotada de uma textura aberta, isto é, uma natural indeterminação que precisa de uma margem de liberdade decisória da autoridade julgadora para ser aplicada como forma de solucionar um conflito: o poder discricionário, ou decisionismo, na linguagem hartiana. Assim, sendo inevitável a indeterminação da linguagem, a controvérsia acerca do sentido normativo e a ausência de uma única resposta correta nesses casos também o são, bem como a necessidade de escolha racional de tal sentido por parte do magistrado.

Munzer concorda com tais premissas ao afirmar que os apelos de Dworkin à interpretação da norma dentro de seu contexto jurídico ou social possa restringir sua indeterminação, mas não a extinguir por completo, sobretudo porque idiomas como o próprio inglês tendem a não estipular nas próprias palavras toda a amplitude de sua definição, sendo compostas sobremaneira por termos amplos e vagos. Ademais, essa indeterminação da norma não é prejudicial ou indesejável, mas sim permite ao legislador que produza um comando abstrato e geral que permita o encaixe de diversas situações concretas que eventualmente possam surgir, já que é impossível prever de antemão todos os conflitos jurídicos possíveis de ocorrer no futuro, e que ensejarão a aplicação daquela norma em particular.

Desse modo, para Munzer (1977, p. 1059) “The purpose of such conscious indeterminacy is often to defer the resolution of difficult issues till some time when the issues and the relevant arguments can be more precisely formulated and the consequences better ascertained”, e do mesmo modo entende Hart (2007, p. 141) ao dizer que

Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido, e uma vez que fosse conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra (...). Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade.

Desta feita, a conclusão de Munzer acerca da indeterminação do direito está em consonância com a de Hart da feita que para ambos a inevitável textura aberta da linguagem que compõe a norma significa que há muitas situações que precisam ser deixadas para serem

solucionadas pelos padrões que a autoridade julgadora decida por mais adequados diante das circunstâncias de um caso concreto, sendo que para Hart esta autoridade é quem fará uma escolha entre os inevitáveis interesses conflitantes naquela situação. A indeterminação, portanto, torna impossível a existência de um direito prévio que seja plenamente completo e, assim, improvável a existência de uma única resposta correta nos termos dworkinianos.

No próprio sistema jurídico norte-americano, denota o crítico, há incontáveis questões jurídicas que ainda se apresentam como objeto de acalorada controvérsia, e a relevância que tais dúvidas possuem diante do sistema normativo são forte evidência empírica de que os casos em que há dúvidas e indeterminação são numerosos e acabam por não possuir apenas uma resposta correta, rechaçando a perspectiva descritiva do interpretativismo de Dworkin.

#### 2.4 A RELEVÂNCIA POLÍTICA DA PREEXISTÊNCIA DOS DIREITOS

Uma vez demonstrada na tese de Munzer a ideia de que com frequência os casos difíceis no direito não possuirão uma única resposta correta, ele passará a criticar a noção de que quando os juízes tomam suas decisões, os direitos anunciados sempre preexistem no ordenamento jurídico, não sendo, portanto, criados no momento do julgamento. Essa questão se relaciona com o que a chamada tese dos direitos defendida por Dworkin (MUNZER, 1977, p. 1065-1066), bem como com as noções dworkinianas de equidade e justiça.

Segundo a tese dos direitos, desenvolvida em conjunto com a ideia do direito como integridade, quando um magistrado toma uma decisão ele acaba recorrendo a padrões jurídicos que não funcionam necessariamente como as regras, assimilando-se mais a princípios ou a políticas (DWORKIN, 2002, p. 36). Os argumentos de política se referem a padrões que estabelecem objetivos econômicos, sociais ou políticos a serem melhorados de maneira ampla na sociedade. Já os argumentos de princípio dizem respeito a padrões jurídicos que representam exigências de justiça, equidade ou outro âmbito da moralidade.

Para tomar uma decisão, o magistrado precisa se ater aos argumentos de princípio, que procuram demonstrar que a decisão jurídica respeita ou garante direitos individuais ou coletivos (DWORKIN, 2002, p. 129). Assim, estes são argumentos que não se embasam em uma simples escolha do agente decisor, mas que precisam de uma análise do peso ou importância moral que eles têm perante a comunidade política. Desse modo, as decisões judiciais permaneceriam isentas de discricionariedade judicial forte (DWORKIN, 2002, p. 52-54), ao mesmo tempo em que, ao recorrerem a direitos que já existem no ordenamento

jurídico, elas também suprem um importante aspecto da justiça e da equidade: a previsibilidade (MUNZER, 1977, p. 1061).

Assim, para Munzer, a importância em defender a preexistência dos direitos e deveres no ordenamento jurídico estaria no fato de que as pessoas devem ter conhecimento, com antecedência, sobre como a lei irá reagir aos seus comportamentos, bem como na noção de que as decisões precisam de um guia normativo para serem bem fundamentadas, o que não se encontraria caso os direitos fossem criados posteriormente à análise do caso em julgamento.

Todavia, o crítico conclui que apesar de a teoria da adjudicação desenvolvida por Dworkin possuir certa relevância no âmbito político, em convencer as pessoas de que seus direitos estão sendo declarados e não criados, e com isso criar uma sensação de segurança e previsibilidade jurídicas (MUNZER, 1977, p. 1066), fato é que só faria sentido falar em declaração de direitos prévios caso houvesse um método criterioso de determinar quais são precisamente estes direitos. No entanto, como visto, em sistemas complexos não se tem como catalogar com velocidade suficiente todos os direitos existentes, tendo em vista que muitos só serão conceituados diante das circunstâncias concretas de um caso.

Além disso, a teoria de Dworkin, segundo Munzer (1977, p. 1060-1061), claramente não pretende elaborar um procedimento mecânico de determinação dos direitos legais, não pretende dizer que todos os juristas que se utilizem do mesmo método chegarão às mesmas conclusões, já que o próprio Dworkin admite o espaço da discordância na discussão jurídica e admite a existência de direitos controversos. Portanto, Munzer conclui que nos casos difíceis é frequente a ausência de uma única resposta correta, e os juízes nessas situações estarão dotados de forte discricionariedade decisória, o que faria “cair por terra” a tese dos direitos e a utilização exclusiva dos argumentos de princípio como o queria Dworkin.

Sendo assim, no aspecto prático da tese explorado por Munzer (1977, p. 1068), a ausência de uma única resposta correta levaria à necessidade de que a discussão jurídica se volte também para as políticas que serão apropriadamente utilizadas como fundamentos das decisões judiciais, e que precisam de reparação. Ademais, uma vez que a tese da preexistência seja falseada, será preciso que os direitos que forem criados o sejam com a maior clareza possível, para que se evite cada vez mais a ausência de guias normativos para decisões futuras, bem como para que os direitos sejam o mais determináveis possíveis no momento de deliberação de seu sentido diante das circunstâncias do caso concreto.

Entretanto, neste ponto o que seria o argumento conclusivo de Munzer já se torna questionável uma vez que pressupõe que Dworkin negaria qualquer espécie de discordância argumentativa entre os intérpretes do direito. O que se vê na análise de *A Matter of Principle*

é que afirmar a existência de uma resposta correta não significa negar que haverá diante de casos controversos uma ampla discussão entre os juristas mais sensatos sobre o real sentido normativo, mas tão somente afirmar que dentre todas as possibilidades argumentativas levantadas como possíveis respostas ao caso difícil uma delas se sobressairá enquanto a única resposta correta a ser aplicada, justamente por ser esta a que melhor se adéqua à moralidade da comunidade política e de suas instituições (DWORKIN, 2001, 213-216).

O único juiz capaz de encontrar sempre esta resposta, após um longo esforço de reflexão, e por ter capacidades e sapiência sobre-humanas, é Hércules. Todavia, para Dworkin, os juízes reais que integram o empreendimento do direito seguem o método herculeano de interpretação, e assim se inspiram no modelo ideal para aprimorarem a prática jurídica e decisória.

### **3 A DEFESA DA TESE DOS DIREITOS E DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA**

No apêndice da obra “Levando os Direitos a Sério” Dworkin formula respostas às críticas levantadas contra sua tese dos direitos e destina um tópico para a tentativa de desconstruir os argumentos de Munzer, visando demonstrar que o interpretativismo apresenta dois pontos de vista a partir dos quais a questão da inexistência de uma única resposta correta pode ser compreendida, porém o crítico parece ter ignorado essa distinção e feito afirmações demasiadamente simplistas, de modo que os argumentos de Dworkin “são mais confirmados do que rejeitados pelas observações de Munzer” (DWORKIN, 2002, p. 510).

Segundo o interpretativista, a teoria que afirma que não há uma única resposta correta, mas apenas respostas, sobre casos controversos, argumenta que as pessoas que aguardam uma tomada de decisão por uma autoridade julgadora não possuiriam o direito a uma decisão específica, posto que não há apenas uma correta, logo deveriam apenas esperar que a escolha do magistrado entre as possibilidades decisórias se dê com base em critérios de honestidade, serenidade e livre de preconceitos, paixões ou fanatismos. O resultado final se embasaria, então, em uma mera escolha do juiz e não em uma decisão imposta pela razão, o que configura o poder discricionário rejeitado pela tese dos direitos de Dworkin.

Há, neste sentido, dois argumentos estudados pelo interpretativista que podem auxiliar na compreensão disto que ele denomina tese de nenhuma resposta correta. O primeiro deles é sustentado por contextos práticos, e apesar de admitir que em algumas circunstâncias possam existir respostas corretas para casos controversos, conclui não ser plausível afirmar que as

partes tenham direito a obter esta resposta específica, nem que os juízes tenham o dever de encontrá-la, tendo em vista que não há como saber ao certo qual é, afinal, tal resposta.

Então, segundo este argumento, diante do julgamento de um caso difícil poderia até ocorrer que houvesse uma teoria jurídica superior às demais enquanto fundamentação decisória, mas esta proposição seria inalcançável pelo magistrado, sendo inútil a perpetuação de sua busca, de modo que o julgador pode apenas oferecer a sua própria opinião sobre as circunstâncias da lide, uma vez que sua resposta poderá ser tão boa e correta quanto tantas outras (DWORKIN, 2002, p. 430-432). Esse pensamento, para Dworkin, se embasa em três questões principais e suas respectivas respostas, quais sejam:

- (a) Juristas criteriosos alguma vez divergem quanto a saber se um litigante, num caso difícil, tem o direito de ganhar, mesmo depois de terem concordado sobre todos os fatos, incluindo os da história institucional?
- (b) É possível que um litigante tenha o direito de ganhar um caso difícil, mesmo que juristas criteriosos diverjam depois de concordarem sobre todos os fatos?
- (c) É sensato ou justo que o Estado faça valer a decisão de um determinado grupo de juízes num caso difícil, mesmo que um outro grupo de juízes igualmente criteriosos e competentes tenha chegado a uma decisão diferente? (DWORKIN, 2007, p. 431).

O argumento prático, nestes termos, pressupõe que uma resposta positiva à primeira questão exclui uma resposta positiva à terceira, ainda que a segunda questão tenha também uma resposta positiva. Ou seja, se juízes criteriosos, mesmo após a concordância acerca de outros elementos do caso, ainda divergirem sobre se um litigante tem o direito de ganhar – tornando o seu direito controverso – então não é sensato que o Estado faça valer uma decisão comum a certo grupo de juízes, mesmo que seja possível que aquele litigante tenha de fato o direito a ganhar. Assim, o cerne da problemática ora tratada é o elemento da discordância.

Tais premissas são equivocadas, segundo Dworkin, posto que na verdade as repostas à segunda e à terceira questões é que são indissociáveis. Dessa maneira, se os litigantes não puderem ter o direito a ganhar num caso difícil, então não há sentido em permitir que uma decisão controversa resolva a sua problemática. Similarmente, dizer que um dos litigantes possui direito a uma decisão específica pode levar a conclusão de que tal decisão deva ser feita valer pelo Estado, e mesmo com a consciência de que tal decisão possa ser falível, é melhor deixá-la “vigorar do que atribuí-la a outra instituição qualquer ou pedir que os juízes decidam com base em argumentos políticos ou de algum outro modo que não lhes exija seu melhor julgamento sobre o direito das partes” (DWORKIN, 2002, p. 432).

Portanto, o argumento prático não seria suficiente para descartar a tese dos direitos dworkiniana. Assim, o interpretativista passa a analisar uma segunda forma de argumento, que agora se baseia em premissas mais teóricas e que afirma que a segunda das três questões supracitadas deve ter uma resposta negativa, de modo que “se for inerentemente controverso que uma das partes tenha um direito jurídico ou político específico, então, segundo o argumento, não pode ser verdadeiro que ela tenha tal direito” (DWORKIN, 2002, p. 433).

Esse segundo argumento é analisado no contexto em que há um grupo de juízes reunidos em um empreendimento para elaborar verdades sobre o direito, e eles agem em conformidade com o método interpretativo usado por Hércules, segundo o qual uma proposição jurídica será verdadeira ou falsa conforme for mais ou menos adequada à teoria que melhor justifica o direito estabelecido, e estes juízes estão frequentemente de acordo em relação aos valores de verdade das referidas proposições jurídicas. Nesse contexto se insere um filósofo que afirma que tais juízes estão se enganando ao pensarem que só há uma resposta correta para os casos difíceis, pois ainda que essa ideia tenha algum apelo político significativo, ela não passa de um mito e deveria ser aceito que não existe uma única resposta, mas tão somente respostas.

O filósofo, mesmo após ser submetido ao treinamento jurídico que lhe deixa a par das regras do empreendimento do qual os juízes fazem parte, mantém e justifica a sua posição segundo a qual em um caso difícil nenhuma das partes tem direito a uma decisão a seu favor, tendo em vista que nenhuma das proposições jurídicas apresentadas pode ser considerada como falsa – sob pena de validar a proposição contrária – nem tampouco como verdadeira, configurando o que Dworkin entende pela segunda versão da tese de nenhuma resposta correta.

O interpretativista chama essa premissa segundo a qual nenhuma das proposições jurídicas é verdadeira de “juízo de empate” e afirma que, do modo como foram estabelecidas as regras do empreendimento, esta também é uma possibilidade plausível, que não será estranha aos juízes que o compõem. Todavia, Dworkin (2007, p. 437-439) aponta que a referida premissa de empate não é uma “solução diferenciada” à questão da existência de uma resposta correta, mas acaba possuindo a mesma natureza da premissa segundo a qual uma das proposições apresentadas no caso difícil é verdadeira, e a outra falsa.

Assim, dentro de uma escala de segurança jurídica observada em um caso difícil, os juízes terão sempre três posicionamentos possíveis: ou entenderão que o caso é de empate entre as proposições jurídicas, estando, portanto, bem no meio da escala, e nenhuma das proposições é verdadeira ou falsa; ou compreenderão que as proposições que beneficiam o



demandante são verdadeiras; ou ainda analisarão que as proposições favoráveis ao demandado possuem maior veracidade. Logo, o juízo de empate, que também é um juízo de que “não há resposta correta” já que as alternativas não são consideradas verdadeiras, acaba sendo um juízo com pretensões de se tornar a resposta correta para o caso difícil. Nas palavras de Dworkin:

(...) a resposta chamada de “não há resposta correta”, enquanto juízo no âmbito do empreendimento, é um juízo da mesma natureza que qualquer uma das outras respostas disponíveis e igualmente falível. Não se trata de uma resposta residual nem de uma resposta por omissão, que é automaticamente verdadeira sempre que não disponha de um argumento convincente para qualquer outra resposta ou sempre que houver bons argumentos a favor das duas outras respostas (DWORKIN, 2002, p. 438-439).

Não há, porém, regra alguma no empreendimento analisado por Dworkin que diga que o que parece um empate ao magistrado o seja realmente. Então, um julgamento que afirme o empate pode vir a se tornar bastante polêmico, exatamente por não fornecer uma resposta correta no empreendimento herculeano que a prevê. Consistentemente, o autor volta a defender que tanto o juízo de empate quanto a possibilidade de mais de uma teoria jurídica fornecerem justificativas igualmente boas para o direito estabelecido só ocorreriam em um sistema jurídico primitivo, com poucos precedentes, poucas leis e uma Constituição rudimentar.

O sistema jurídico que compõe o empreendimento, todavia, é avançado, pródigo em regras e práticas constitucionais, e possui uma quantidade numerosa de leis e precedentes. Isso, para Dworkin (2007, p. 440), torna a possibilidade de empate tão irrisória que permitiria até mesmo a criação de uma regra que autorizasse os juízes a ignorarem os casos de eventual empate, já que após longa e exaustiva reflexão os magistrados inevitavelmente acabariam por concluir que uma das partes litigantes possui a melhor argumentação para o caso, e o direito a uma decisão em seu favor. Assim, o argumento do filósofo no sentido de que os juízes estão equivocados ao acharem que há apenas uma resposta correta não se coaduna com o empreendimento no qual estes magistrados estão inseridos, já que neste o filósofo deveria efetivamente comprovar que todos os casos difíceis incidem em juízos de empate para dizer que não há proposição verdadeira ou falsa, o que para Dworkin é implausível.

Desta feita, resta ainda analisar se seria possível de algum outro modo validar o argumento do filósofo, favorável à segunda versão da tese de nenhuma resposta correta, sendo visíveis por Dworkin duas opções:

Poderíamos interpretar a afirmação do filósofo como uma afirmação feita internamente a outro empreendimento judicial, que estipula diferentes condições de verdade para as proposições do direito. Ou poderíamos interpretá-la como uma afirmação externa a todos os empreendimentos desse tipo, por exemplo, uma afirmação sobre fatos do mundo real que os juízes, sejam quais forem as condições de verdade que escolhem para suas proposições, devem por fim respeitar (DWORKIN, 2002, p. 441-442).

No primeiro caso, do ponto de vista interno, é possível imaginar um empreendimento jurídico que valide a premissa do filósofo, como um que diga que as proposições jurídicas são verdadeiras quando puderem ser inferidas do direito estabelecido sobre fatos consensuais, situação na qual não haveria proposições verdadeiras nem falsas diante de um caso difícil e, portanto, nenhuma resposta correta. Esse, porém, não é o caso do empreendimento dworkiniano, que o autor afirma ser o mais semelhante aos sistemas jurídicos nacionais que observamos na prática. Assim, não há como o filósofo afirmar que um empreendimento como este seria o mais fiel à realidade.

Já na segunda situação, o ponto de vista externo, o filósofo poderia afirmar que está falando não de outro empreendimento, mas do mundo real, e, portanto, qualquer empreendimento que se deparar com os fatos objetivos que a realidade traz irá concluir que não pode haver uma única resposta correta a um caso difícil e qualquer regra que a pressuponha será apenas um mito, isso, claro, se o empreendimento quiser ter bases realistas (DWORKIN, 2002, p. 443). Assim os direitos e deveres jurídicos seriam parte de um mundo objetivo e independente da estrutura dos sistemas convencionais, o que formaria uma realidade jurídica cujas condições de verdade são independentes das convenções humanas.

Essa noção, porém, além de ser mais comumente atribuída a teóricos adeptos do direito natural, também acaba por contradizer a principal afirmação prévia do filósofo, tendo em vista que se uma afirmação ou proposição jurídica se baseia em fatos objetivos da realidade, então ou ela será verdadeira ou, caso contrário, será falsa, sendo incongruente a existência do empate. Assim, a afirmação do filósofo só poderia ser válida em um empreendimento cujas condições de verdade permitissem validar ou falsear proposições nos casos fáceis, de modo que os casos difíceis restariam sem resposta e a falsidade da proposição não decorreria da falha de sua verdade. Isso não ocorre em sistemas jurídicos avançados, que por sua complexidade acabam tendo a possibilidade de empate minimizada e possuindo regras que permitam aos juízes ignorar tais juízos de empate (DWORKIN, 2002, p. 444).

### 3.1 OS CONTRA-ARGUMENTOS DE DWORKIN A MUNZER

Ante o exposto, vê-se que para que ser efetuada uma crítica coesa em detrimento do empreendimento dworkiniano, é necessário primeiramente adotar o ponto de vista interno (DWORKIN, 2002, p. 509) ao empreendimento, a fim de refutar o método de Hércules a partir de suas próprias premissas. Portanto, para ter êxito seria preciso que a tese de nenhuma resposta correta comprovasse que a proposição que diz que não há uma única resposta para o caso difícil seria uma resposta superior às demais possibilidades interpretativas, o que para Dworkin dificilmente acontecerá neste empreendimento, que corresponde aos sistemas reais.

Diante disso, Dworkin (2007, p. 511) compreende que Munzer, ao tratar dos sistemas jurídicos reais, acabou por, de maneira não expressa, defender o segundo argumento acima elaborado – ou chamado de segunda versão da tese de nenhuma resposta correta. Ao analisar a analogia entre o direito e a literatura Munzer afirmou que os críticos literários podem reunir evidências *substanciais* que levem a crer tanto na veracidade quanto na falsidade de certa proposição, de modo que existem universos ficcionais distintos, e de plausibilidade *comparável*, em que tanto essa proposição quanto a sua negação podem ser verdadeiras.

Neste tocante, aduz o interpretativista que a utilização dos termos “substanciais” e “comparável” pelo crítico causa confusão, pois levam a entender que para Munzer os argumentos conflitantes em relação à proposição jurídica, por serem substanciais, possuiriam força equivalente, e em razão disso as possíveis respostas não seriam apenas comparáveis, mas teriam igual verossimilhança. Desta maneira os argumentos de ambas as partes de uma lide seriam tão equilibrados que não haveria razão para preferir um a outro, o que levaria ao enquadramento do crítico na segunda versão da tese de nenhuma resposta correta.

Diante disso, Dworkin inicia uma série de suposições sobre como Munzer se posicionaria caso estivesse defendendo o ponto de vista externo da tese de nenhuma resposta correta, por exemplo, aquele supõe – sem maiores fundamentações – que se o crítico fosse um magistrado diante de um caso concreto, ele decidiria a favor do demandante, portanto concluiria que os argumentos do autor são melhores do que os do réu. Desta feita, essa suposta decisão de Munzer como participante cairia em contradição com o seu próprio posicionamento enquanto teórico do direito (DWORKIN, 2002, p. 512). Assim, Dworkin infere que Munzer adotou o ponto de vista interno ao empreendimento, e não obteve o sucesso almejado ao não comprovar segundo as regras do próprio empreendimento que o juízo de empate seria superior.

Em outro aspecto, há ainda uma crítica de Munzer no sentido que Dworkin teria realizado uma concessão ao admitir a possibilidade de que alguns casos não tenham uma única resposta correta, dada a gravidade da controvérsia observada, e para o crítico a grande

quantidade de divergências constatadas na prática constituiriam forte evidência empírica de que os casos difíceis em sua maioria não possuem respostas corretas (DWORKIN, 2002, p. 513). Ocorre que notadamente o empreendimento de Hércules prevê a ocorrência possível de casos sem resposta, e isso não seria uma “concessão” de Dworkin, mas sim parte de sua tese dos direitos, já que o argumento do interpretativista, dentro de seus próprios parâmetros, é consistente ao afirmar que os casos sem resposta são possíveis em sistemas jurídicos complexos, apesar de sua ocorrência ser uma excepcionalidade.

Em um terceiro ponto, Dworkin afirma que Munzer pressupõe que se há uma divergência sincera entre dois juristas, em que um não consegue convencer o outro da superioridade de suas afirmações, então ambos estão errados e não possuem os melhores argumentos. A isso segue que: “é bem possível, contudo, que o próprio Munzer tivesse dificuldades em convencer *um ou outro* dos dois juristas, dos quais *um* estaria errado, e a divergência entre Munzer e ele seria persistente, quando não acirrada. Seguir-se-á disso tudo, de acordo com o pressuposto de Munzer, que Munzer também está enganado em sua terceira concepção? Isto o deixaria absolutamente sem nada” (DWORKIN, 2002, p. 513).

Ocorre que o cerne do argumento de Munzer, porém, não está na tentativa de alegar que ambos os juristas divergentes estão errados ou em tentar convencê-los de que apenas um estaria certo, mas sim no fato de que a existência da divergência é notória e frequente nas discussões sobre casos difíceis, e que a ausência de um critério que defina qual seria, afinal, uma possível resposta correta leva a existência de um grau de discricionariedade (MUNZER, 1977, p. 1068) do magistrado para realizar sua escolha. A teoria do crítico, assim, não ficaria sem fundamento, pois ele admite a solução hartiana acerca da decisão judicial discricionária, em que o principal são os fundamentos racionais que embasarão a escolha do juiz.

Finalmente, foi explanado que Munzer realiza uma objeção no sentido de que a questão de saber se existe uma única resposta correta só teria importância prática caso pudesse ser comprovada, com certa razoabilidade, a preexistência dos direitos. Caso contrário, restaria apenas a sua importância política como tese da segurança jurídica. Sobre este aspecto, Dworkin veementemente afirma que Munzer se equivocou, pois ao analisar uma teoria como o interpretativismo dworkiniano é essencial que o crítico se atenha ao que de fato a tese busca defender: os direitos individuais (DWORKIN, 2007, p. 514-515).

Munzer, diz Dworkin, parece querer dissociar a afirmação de que um indivíduo possui determinado direito da consequência de que isso gera razão forte o suficiente para que a decisão seja dada em favor deste sujeito. Desta feita, “a questão sobre que decisão política é a correta não é *independente* da questão de saber se alguém tem direito a tal decisão. Se a

última questão é controversa, então a primeira deve ser, pela mesma razão, igualmente controversa” (DWORKIN, 2002, p. 515).

Assim, qualquer discussão sobre direitos políticos e jurídicos que envolva a tese dos direitos de Dworkin discute também aspectos importantes da equidade. No sistema jurídico descrito pelo interpretativista, os cidadãos são incentivados a supor que possuem direitos e deveres, mesmo que tais proposições não estejam claramente estabelecidas no ordenamento jurídico. Então, ao criticar a aplicação prática da tese de Dworkin, Munzer não teria demonstrado com clareza por qual processo de deliberação os casos difíceis seriam, então, solucionados diante da queda do método de Hércules.

Portanto, para Dworkin, ainda que na prática seja possível que os juízes fundamentem suas decisões em argumentos de princípio por vezes equivocados, não haveria um sistema jurídico mais adequado para a defesa dos direitos individuais do que o empreendimento baseado no procedimento de Hércules, e que segue as regras da tese dos direitos. Assim, com a defesa de um método decisório dworkiniano, nós cidadãos sairíamos “ganhando mesmo com a tentativa” (DWORKIN 2007, p. 518).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Primordialmente deve ser destacado que a teoria de Munzer não visa desmerecer o pensamento dworkiniano, nem ferir os direitos individuais, como afirmou o interpretativista. Apesar de o crítico afirmar que a maior relevância prática da equidade relativa à preexistência dos direitos seria a de indicar previamente aos litigantes como eles devem agir e quais direitos eles podem reivindicar (MUNZER, 1977, p. 1065), ele dá crédito a outros aspectos relevantes das teses de Dworkin, como a sua importância para o sentimento de segurança dos cidadãos perante uns aos outros e perante o Estado, bem como a intenção conectar a moralidade ao direito na medida em que juízes alcancem decisões moralmente aperfeiçoadas cada vez com uma frequência maior, sem recorrerem necessariamente a argumentos arbitrários.

No primeiro aspecto da analogia entre o empreendimento em cadeia e o romance, as críticas de Munzer demonstram certa periculosidade em comparar a narrativa jurídica e a narrativa literária, no entanto esta é uma crítica demasiadamente setorizada para que seja capaz de refutar a estrutura integral do empreendimento dworkiniano. Ainda que, de fato, a analogia literária enseje em inúmeras dúvidas e contradições, isso não prejudica o cerne da interpretação em cadeia, uma vez que dentro das análises de Dworkin o método de Hércules ainda prevê regras que os juízes seguem para tomarem suas decisões, e a eliminação de uma

exemplificação comparativa não deslegitima a persistência do dever de observação da história institucional e da moralidade política ao se interpretar o direito sob sua melhor luz.

Em um segundo ponto, a vinculação das teses dworkinianas apenas a sistemas jurídicos complexos poderia sucumbir às críticas de Munzer, uma vez que se Dworkin acredita ter superado a existência de lacunas normativas a partir da aceitação dos princípios enquanto padrões jurídicos, uma breve observação empírica – como a realizada pelo crítico – dos processos decisórios no direito hodierno mostra que inúmeros conceitos jurídicos restam indeterminados, ou são criados de maneira propositalmente ampla e geral a fim de serem adequados a circunstâncias concretas que aceleradamente se modificam, não sendo a existência de mais fontes normativas capaz de suprir com antecedência estas dúvidas. Ademais, se o interpretativismo tem perspectivas de ser uma teoria do direito universal e descritiva, a observação prática comprovaria o contrário.

Quanto ao alcance de uma única resposta correta, é notório que o método decisório de Hércules se adéqua perfeitamente à estrutura do empreendimento dworkiniano. Porém é controverso se este empreendimento realmente corresponde às práticas dos sistemas jurídicos reais. Enquanto modelo ideal a ser perseguido, a busca por uma resposta correta sem recursos a arbitrariedades é inquestionavelmente um dos melhores modelos morais de aperfeiçoamento da atitude judicante, e protege os direitos individuais enquanto trunfos dos cidadãos, cumprindo os objetivos da tese dos direitos. No entanto, a tamanha complexidade de um método decisório alcançável por um juiz semideus faz duvidar sobre seu alcance prático pelos juízes humanos, novamente tornando questionável o aspecto descritivo do empreendimento.

Finalmente, não há que se dizer que Dworkin de algum modo tenha elaborado uma tese que possibilite a insegurança jurídica ou sua não previsibilidade, e dentro dos seus propósitos liberais-igualitários o interpretativismo jurídico e a tese de preexistência das respostas no direito, de modo que não seja criada pelo juiz no momento da decisão, exerce com maestria o papel de garantir aos cidadãos seus direitos individuais independentemente de previsão normativa expressa, e o direito a obter uma solução jurisdicional que não viole tais prerrogativas. Todavia não comprova efetivamente que isto não ocorra em sistemas práticos, e que o que ele chama de discricionariedade judicial não seja exercida.

Apesar da clara afirmativa de que direitos controversos não podem guiar decisões judiciais, Munzer (1977, p. 1062) não deixou os juristas e litigantes “abandonados à própria sorte”, pois previu que – ainda que em menor grau – as pessoas serão capazes de criar certas expectativas em relação aos seus direitos e às decisões que serão tomadas, utilizando-se um método racional diverso do dworkiniano. A falsa sensação de segurança gerada pela suposta

preexistência de todos os direitos – sobretudo em sistemas jurídicos em que tais direitos surgem em ritmo acelerado – não seria inteiramente justa para com os cidadãos, sendo mais honesto que estes saibam que alguns direitos podem ser criados, ou seu significado atribuído, no momento do julgamento do caso difícil, e assim possam se esforçar para que seu sistema legal cada vez mais se aperfeiçoe no sentido de criar direitos claros e certos, tanto quanto possível (MUNZER, 1977, p. 1067).

Em sua defesa, Dworkin se apropriou de trechos ocasionais do artigo de Munzer e magnificou o sentido de algumas expressões utilizadas pelo crítico – como os termos “substanciais” e “comparável” – para tentar enquadrar de maneira subentendida a tese de Munzer na segunda versão da teoria de nenhuma resposta correta, e assim poder desconstruí-la. No entanto, as suposições de Dworkin acabaram por não encontrar fundamentos sólidos nas críticas de Munzer, restando mais como novos desafios teóricos lançados ao crítico do que como desconstruções de seus argumentos. Ainda que Munzer estivesse tentando defender uma teoria parcialmente semelhante a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta, seus argumentos são consistentes com as versões positivistas mais aceitas nas discussões jurídicas contemporâneas acerca da adjudicação, de modo que em sua maioria podem ser sustentados e validados diante da análise prática dos sistemas jurídicos sugerida pelo autor.

Desta feita, as críticas de Munzer não desestruturaram completamente o empreendimento herculeano, apesar de terem posto em cheque sua perspectiva descritiva. De maneira semelhante, os contra-argumentos de Dworkin, baseados em pressuposições teóricas, não foram substanciais a ponto de repelirem as críticas em sua integralidade, restando ainda um espaço para diálogo na teoria do direito contemporânea acerca do real papel da jurisdição e da estruturação dos sistemas normativo e decisórios nas instituições jurídicas.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **No Right Answer?**. *New York University Law Review*. Vol. 53:1. Abril, 1978. Disponível na plataforma HeinOnline. Acesso em janeiro/2016.

FISH, Stanley. **Trabajando en cadena: La interpretación en derecho y literatura**. In: Dworkin y sus críticos: El debate sobre el imperio de la ley. Mariano C. Melero de la Torre (org.). Pgs. 235–260. México, D.F. Tirant lo Blanch, 2012.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3rd ed. Stanford, California: Stanford University Press, 2013.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LEITÃO, Macell Cunha. **A (in)correção da tese da resposta correta e sua utilização como ideia reguladora da hermenêutica jurídica**. Publicação XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 2012. Páginas 7–21. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9cea10c7ff109c6e>>. Acesso em 15/05/2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MUNZER, Stephen R. **Right Answers, Preexisting Rights and Fairness**. Georgia Law Review. Jurisprudence Symposium. Vol. 11:1055. 1977. Disponível na plataforma HeinOnline. Acesso em janeiro/2016.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin**. Estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997. 5ª reimpresión: 2005.

SHAPIRO, Scott J. **El debate Hart–Dworkin: Una breve guía para perplejos**. In: Dworkin y sus críticos: El debate sobre el imperio de la ley. Mariano C. Melero de la Torre (org.). Pgs. 143–194. México, D.F. Tirant lo Blanch, 2012.

TORRE, Mariano C. Melero de la (org.). **Dworkin y sus críticos: El debate sobre el imperio de la ley**. Estudio preliminar. Pgs. 11–116. México, D.F. Tirant lo Blanch, 2012.