

# CASOS DIFÍCEIS E SUAS RESOLUÇÕES: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA VISÃO DE RONALD DWORKIN

José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>1</sup>  
Maicon Fernando Mendes<sup>2</sup>

## Resumo

*Este artigo alcançara discussões acerca de questões sobre os casos difíceis e a incerteza do direito abordada a partir de Ronald Dworkin, este por sua vez, crítico do modelo da função judicial positivista. Temos a ocorrência de um caso difícil quando num caso concreto, existam várias normas que possibilitam sentenças distintas, ou porque as normas são contraditórias, ou ainda porque não existe norma autoaplicável. Dworkin afirma que os casos difíceis têm resposta correta. É certo que haja situações nas quais não se possa aplicar nenhuma norma concreta, mas nada impede que se apliquem nesses casos os princípios. Dworkin aponta que o arcabouço jurídico composto por normas, diretrizes e princípios é suficiente para dar uma resposta correta a esses casos difíceis. Dessa forma, almeja-se retomar as alegações feitas por Ronald Dworkin em sua resposta aos juristas positivistas que resistiam a sua tese de que para cada caso controverso existiria apenas uma única resposta correta, não sendo possível se falar em poder discricionário, no qual coubesse ao magistrado considerar a necessidade de se criar uma norma e aplicá-la retroativamente ao caso concreto.*

**Palavras-chave:** Casos difíceis. Resolução. Única resposta correta. Dworkin.

## Abstract

*This article will reach debates on questions about difficult cases and the uncertainty of law approached by Ronald Dworkin, who is the critic of the model of the positivistic judicial function. We have the occurrence of a difficult case in a concrete case because there are several rules which make distinct verdicts possible, or because the rules are contradictory, or because there is not a self-applicable rule. Dworkin claims that the difficult cases have a*

---

<sup>1</sup> É Professor e Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2001); Especialista em Direito Administrativo pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC (2003) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2005). Atualmente é Advogado Publicista em Santa Catarina, Sócio do Escritório Cristóvam & Tavares Advogados Associados, Consultor e Assessor Jurídico do Sindicato dos Trabalhadores em Educação na Rede Pública do Ensino - SINTE/SC. No âmbito da docência, atualmente é Professor Titular de Ciência Política e Teoria Geral do Estado e Professor Substituto de Direito Administrativo da Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI, campus Rio do Sul, bem como Professor da Vox Legem - Desenvolvimento Profissional, nas Disciplinas de Direito Constitucional e Direito Administrativo, além de Professor em Cursos de Pós-Graduação em diversas instituições. Tem atuação voltada à área do Direito Público, com ênfase ao Direito Constitucional e Administrativo, principalmente nos seguintes temas: Fundamentos de Direito Constitucional, Colisões entre Princípios Constitucionais, Fundamentos de Direito Administrativo, Servidores Públicos, Controle Jurisdicional da Administração Pública: Discricionariedade, Mérito Administrativo e Políticas Públicas. Professor Unidavi.

<sup>2</sup> Acadêmico do curso de Direito na Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, Bolsista do Art. 170, financiado pela FAPESC - Fundação de Apoio à Pesquisa Científica e Tecnológica do Estado de Santa Catarina.

*correct reply. It is correct to say that there are situations in which a concrete rule cannot be applied, but nothing keeps us from applying the principles in these cases. Dworkin affirms that the juridical framework composed of rules, guidelines and principles is enough to give a correct reply to these difficult cases. This way, we go back to the statements made by Ronald Dworkin in his answer to the positivistic jurists that resisted to his thesis that for each controversial case there would be only one correct reply, not being possible to speak about discretionary power, in which the magistrate is responsible for considering the necessity of creating a rule and applying it retroactively to the concrete case.*

**Keywords:** Hard cases. Resolution. Only correct reply. Dworkin.

## INTRODUÇÃO

Este artigo vem levantar uma discussão salutar sobre um assunto que tem cada vez mais chamado a atenção na área jurídica, a resolução de casos difíceis, principalmente a dificuldade encontrada no caso concreto, por tratar-se de um caso em que existam várias normas que determinam sentenças distintas, ou porque as normas são contraditórias, ou ainda porque não existe norma autoaplicável. Dworkin afirma que os casos difíceis têm resposta correta.

Ronald Dworkin é um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica. Crítico assumido das escolas positivistas e utilitaristas fundamenta-se na linha de pensamento de John Rawls e segue os princípios do liberalismo individualista, ambiciona estabelecer uma teoria geral do direito que não exclua nem o argumento moral nem o argumento filosófico.

As teses de Dworkin têm sido mais condenadas do que aceitas. Os autores que criticam sua obra alimentam a ideia de que não vale a pena lê-lo a sério. Mas é importante salientar que a filosofia proposta por Dworkin serve de marco inicial de combate ao positivismo jurídico e ao utilitarismo.

Dworkin nos apresenta um positivismo jurídico com uma teoria bem definida sobre os casos difíceis, em que numa lide judicial, a norma jurídica que não apresente uma regra clara de aplicação a certo caso deixa a cargo do juiz, através do poder discricionário, como forma de resolução do conflito.

Mas, em sua opinião, o juiz legisla novos direitos e, em seguida, os aplica retroativamente, para Dworkin esse tipo de teoria para dirimir casos difíceis é inconcebível. Na verdade, deve o juiz buscar dentro do próprio ordenamento jurídico uma resposta para esse caso controverso.

A proposta inicial de Dworkin parece clara, desmistificar a ideia de que em casos de difícil resolução em que se apresentam normas obscuras ou de falta delas, mesmo que explicitamente, não cabe ao juiz criar novos direitos jurídicos.

Sempre foi de anseio a procura de respostas no âmbito do direito para questões de difícil resolução, seja para possibilitar a busca pela equidade nas decisões, por exemplo, uma decisão com as mesmas características decidida completamente diferente, ou para garantir

uma segurança jurídica, para que não haja constantes decisões que amplifiquem direitos não previstos em nossa codificação.

## **TESES DE DWORKIN SOBRE O POSITIVISMO**

Ronald Dworkin é contrário a toda e qualquer filosofia positivistas e realistas, este modelo em questão vem dominando o pensamento ultimamente.

A grande crítica está na distinção entre o direito e a moral, é o objetivo fundamental de sua aversão ao positivismo. Dworkin toma como ponto de referência a teoria de Hart, pois considera que é a versão mais depurada do positivismo jurídico.

É notório na obra de Herbert Hart que existe um grande anseio em separar direito e moral, é nesse ponto que está a sua maior fraqueza, pois a distinção não se verifica claramente e enfrenta dificuldades na apreciação dos aspectos elementares da questão que se encontram fora da apreciação normativa. Hart valoriza demais o direito regrado ou positivado, deixando passar despercebido o essencial, que é a compreensão do Direito.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, temos Hans Kelsen que semelhantemente a Hart é um neopositivista, adeptos da filosofia de que as regras se aplicam ao caso ou não se aplicam. Essa visão é recriminada, principalmente por Dworkin, crítico dessa maneira de pensar justamente por enfatizar e proteger o predomínio dos princípios sobre as regras positivadas. Pensamento hoje consagrado nos livros de Direito Constitucional e Hermenêutica jurídica.

## **NORMAS, DIRETRIZES E PRINCÍPIOS**

Ao refutar o positivismo, Dworkin se alicerça na diferenciação lógica entre normas, diretrizes e princípios. Para Dworkin, os métodos positivistas somente se atêm às normas que se caracterizam por aplicar-se no todo ou não aplicar-se. O modelo positivista tem a visão estreitada pelo normativismo, isso porque só pode enxergar normas e esquece de analisar as diretrizes e os princípios.

As diretrizes nos levam aos objetivos sociais que devem ser alcançados e são considerados socialmente benéficos, normalmente ligados a questões de ordem econômica, política ou sociais da comunidade.

Os princípios se referem à justiça e à equidade. Porém se em relação às normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios oferecem razões para decidir em um determinado sentido, entretanto, se destacando em relação a normas seu enunciado não predetermina as condições de sua aplicação. O conteúdo próprio de cada princípio é o que motiva quando deve ser aplicado em uma dada situação.

## A FUNÇÃO JUDICIAL

Conforme Dworkin, o sistema positivista de Hart é impotente diante da complexidade do direito. Como forma de avaliação das teses positivistas, Dworkin sugere a problemática da função judicial. Na escola positivista mais desenvolvida, cultivava-se a questão da discricionariedade judicial. Acontecendo de não haver uma norma precisamente aplicável, o juiz deve utilizar-se da discricionariedade. O direito não consegue apresentar soluções a todos os casos que surgem no dia-dia.

O modelo hartiano sustenta que nos casos de difícil solução, não existem respostas prontas para a decisão do juiz, desse modo o juiz teria um caráter discricionário. É nesse ponto que Dworkin se lança contra a teoria da função discricionária dos juízes proclamando a tese da resposta correta.

## OS CASOS DIFÍCEIS E SUAS RESOLUÇÕES

Primeiramente cabe aqui conceituar o termo “caso”, observa Pablo Navarro que para se construir tal conceito, deve se distinguir entre o seu sentido amplo e do estrito. Em sentido amplo, os casos jurídicos são problemas práticos que envolvem certa pessoa (x), que se encontra em determinada circunstância (C) e almeja obter certo resultado (R). Assim sendo, os casos jurídicos podem apresentar várias soluções disponíveis, ou nenhum; a situação inicial dificilmente é passível de descrição integral; as regras aplicáveis à solução do caso podem ser complexas, vagas e ambíguas; e sua solução pode ser influenciada por fatores morais, políticos e econômicos.<sup>3</sup>

Os casos jurídicos, em sentido estrito, podem ser considerados aquelas situações nas quais interessa saber a qualificação deontológica de uma dada ação. Os casos em sentido estrito se relacionam com o âmbito fático de um problema e devem ser analisados a partir das circunstâncias a serem consideradas para a sua resolução.<sup>4</sup>

Observando isso tudo, assim mesmo não é tarefa fácil avaliar um caso é como sendo difícil. Depende também dos sistemas jurídicos adotados e de uma infinidade de situações hipotéticas:

- a) quando não há resposta correta para o caso;
- b) quando os enunciados normativos são vagos e informados por uma textura jurídica aberta;
- c) nos casos de incompletude (lacunas) ou inconsistência do Direito;
- d) quando não há consenso na comunidade de juristas sobre a resposta;
- e) quando o caso não é comum ou solucionado pela aplicação mecânica da lei;
- f) naqueles problemas em que há conflito entre normas jurídicas, o que exige o sopesamento mediante argumentos não dedutivos;

---

<sup>3</sup> Essa definição é sugerida por Pablo E. Navarro, com base no pensamento de CARRIO. Neste sentido, pode-se consultar: NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento de Derecho. Cuadernos de Filosofía de Derecho. Alicante: Doxa, n. 14, 1993 p. 250

<sup>4</sup> Navarro apresenta essa definição de casos em sentido estrito a partir da teoria de sistema normativo de Carlos Alchourrón e Bulygin. *Idem*, p. 250-51.

- g) quando a resolução do caso exige um raciocínio jurídico baseado em argumentos de princípio;
- h) naqueles problemas em que a solução requer necessariamente juízos morais.<sup>5</sup>

Hoje já se faz distinção entre os casos fáceis (ou simples) e os casos difíceis. Essa distinção nos leva a pensar que o caso simples a sua interpretação é fácil, ou seja, que para a resolução dos casos fáceis basta somente a aplicação do método lógico-dedutivo ou que não haja desencontro de método.

O problema é saber se os casos fáceis são de antemão fáceis ou se são fáceis apenas por não serem controvertidos. Pela segunda alternativa a distinção precisa de toda a importância teórica, pois é apenas uma nova classificação para outra já existente: casos controvertidos e casos não controvertidos. Assim, um caso fácil pode ser um caso difícil e um difícil pode não ser controvertido, pois a outra parte aceitou os argumentos apresentados.

Portanto, não havendo contestação, um caso fácil é aquele que resulta em uma só solução para o caso e o caso difícil é aquele que permite mais de uma solução correta para o caso. Alguns autores defendem este modelo, de que para os casos difíceis existam várias soluções prováveis. Mas para Dworkin, os casos difíceis, do mesmo modo que os casos fáceis derivam de apenas e tão somente de uma solução correta. Portanto Dworkin reconhece como o único critério de distinção é a controvérsia.

Buscando identificar em qual sentido se pode qualificar um caso como difícil, Atienza se refere a quatro tipos de problemas jurídicos:

- a) problemas de relevância, quando há dúvidas sobre a norma aplicável ao caso;
- b) problemas de interpretação, quando não se tem certeza de como deve(m) ser entendida(s) a(s) norma(s) aplicável(eis) ao caso, ou porque há insuficiência de informação (não é possível interpretar a norma como aplicável ou porque há excesso de informação (a norma possibilita interpretações incompatíveis entre si);
- c) problemas de prova, quando a dúvida se remete à existência ou não do fato alegado;
- d) problemas de classificação, quando não se tem certeza se um fato provado está sob o âmbito de aplicação do enunciado normativo.<sup>6</sup>

Dworkin sustenta que os casos difíceis têm resposta correta, mas é certo que existem ocasiões em que não se possa aplicar nenhuma norma, mas não afasta a possibilidade de se aplicarem os princípios.

Dworkin aponta que o arcabouço jurídico composto por normas, diretrizes e princípios é autossuficiente para responder ao problema que surge. Unicamente na visão do direito que o aproxime com as normas pode sustentar a tese da discricionariedade judicial.

É através de casos resolvidos pela jurisprudência que Dworkin demonstra sua teoria, justificando e explicando melhor os casos difíceis que a teoria da discricionariedade judicial. O autor americano diz que ao nos depararmos com um caso difícil, não é salutar deixar a resolução do caso totalmente a cargo do juiz, pois para Dworkin, o juiz não é a figura

---

<sup>5</sup> Idem, p. 252-53.

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel. Lãs razones del Derecho: sobre la justificaci3n de lãs decisiones judiciales. Revista de teoria y Filosofia del Derecho. Alicante, Isonomia, 1994 n. 01, p. 63.

apropriada para editar normas e muito menos fazer que essas normas retroajam. Da figura do juiz deve-se exigir a busca de critérios e a construção de teorias que justifiquem a decisão.

Para os juízes, nos casos difíceis, resta se amparar nos princípios. Entretanto os princípios não estão dispostos de maneira hierárquica, sendo assim, mesmo decisões pautadas em princípios podem levar os juizes a decisões diferentes. Mas à medida que engessamos os princípios e seus conceitos, perderíamos sua dinamicidade, e muito desses princípios estão intimamente ligados à própria sociedade, esta que por sua vez, vive uma perpétua evolução, incorreríamos em um fracasso por limitarmos a ação dos princípios.

É por isso que a aplicação dos princípios não é automática, exige-se a argumentação judicial e a integração da argumentação em uma teoria. O juiz diante de um caso difícil deve observar os princípios e optar sopesando o que irá adotar.

O modelo teórico de Dworkin não está fundamentado em um modelo interpretativo semântico, esse modelo analisa sob a ótica dos princípios o caso de forma individual. A única resposta correta surge de um caso determinado, caso este com suas próprias particularidades. Dessa forma, a teoria dworkiniana não cria um modelo que se aplica à universalidade de casos em todo o tempo, o modelo criado se limita a cada caso singularmente.

Dworkin indica a teoria do juiz onisciente, o Juiz Hércules, dotado da capacidade de solucionar os casos difíceis e encontrar respostas corretas para todos os problemas. Esse Juiz Hércules é possuidor de habilidades, aprendizagem, paciência e astúcia intelectual incríveis, um modelo de juiz onisciente, que conhece o ordenamento jurídico por completo e dispõe de todo o tempo necessário para encontrar a única resposta correta. O sistema jurídico que o Juiz Hércules atua não possui lacunas, sendo construído um esquema de princípios abstratos e concretos capazes de proporcionar uma justificação coerente a todos os casos julgados, bem como para as disposições constitucionais e infraconstitucionais<sup>7</sup>.

Imaginemos um juiz dotado dessas qualidades, se ele julgasse um caso com decisão favorável a determinado fato, por exemplo, e que, de repente, após muitos anos, surgisse algo semelhante, um juiz dotado das características do Juiz Hércules não incorreria em injustiça, pois o que decidiu no caso antecessor seria do mesmo modo decidido no atual, claro que mesmo havendo caso parecido que o precedesse, ao caso atual seria lhe atribuída a devida atenção como se nunca algo parecido houvesse acontecido e desprezando nesse exemplo todas as peculiaridades de cada caso.

O ponto central da crítica ao modelo da função judicial positivista está alicerçado no tema dos casos difíceis. Dworkin assegura que existindo contradições ou lacunas, o juiz não tem discricionariedade porque está determinado pelos princípios. Isso se baseia em dois argumentos: a) qualquer norma se fundamenta em um princípio; b) os juízes não podem criar normas retroativas.

Para Dworkin o juiz tem a obrigação de aplicar os princípios porque é parte indissociável do direito. Os princípios não são pseudorregras e não cabe ao juiz escolher quando devem ser utilizadas.

Essa desconfiança toda que Dworkin tem da discricionariedade do juiz tem cunho político. Dworkin alerta que se existir a discricionariedade judicial, então os direitos dos

---

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. Traducción de javier Esquivel. Cuadernos de Crítica, nº 14, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

indivíduos estão à mercê dos juízes e estaríamos expostos à retroatividade. Vale lembrar que os direitos individuais estão condicionados a existir se fizerem frente ao governo ou à maioria.

## A TESE DOS DIREITOS

O modelo jurídico de Dworkin está fundamentado nos direitos individuais. Assim sendo, não é qualquer diretriz política nem objetivo social coletivo que pode sobrepor-se ao indivíduo.

Nota-se aqui a aversão de Dworkin ao utilitarismo e sua apreciação pelo individualismo. As teorias utilitaristas se baseiam na ideia de que os fins coletivos se sobrepõem aos direitos individuais. Dworkin pensa que os objetivos sociais apenas são verdadeiros se acatam os direitos dos indivíduos. Uma teoria do direito deve dar prioridade aos direitos diante dos objetivos sociais.

Mas assim nos deparamos com um problema, que direitos? Os autores das escolas positivistas sustentam só existem os direitos reconhecidos pelo sistema jurídico, já para Dworkin em relação aos direitos temos que considerar a ideia de existirem junto aos direitos legais os direitos morais.

Como exemplo dessa teoria, idealizamos um grupo de dez pessoas que se juntam para formar um condomínio residencial. Após a criação desse condomínio, redigem um estatuto no qual conste que toda decisão é válida se tomada pela maioria. Constrói-se o prédio com suas características e tudo isso deliberado pela maioria. Quando a obra está pronta a maioria decide que não poderá haver negros no condomínio. E agora? Não foi a maioria que decidiu? Um modelo teórico que leve os direitos a sério não concordará com esse acordo, pois levará os direitos individuais em consideração.

A concepção empregada por Dworkin para explicar a tese dos direitos está baseada no exame das controvérsias judiciais e pode ser mais bem compreendida conforme os itens a seguir:

- a) Em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito;
- b) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem cabe vencer;
- c) Este direito a vencer existe sempre, ainda que não exista norma exatamente aplicável;
- d) Nos casos difíceis, o juiz deve conceder vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantem o direito;
- e) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam;
- f) O juiz - ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente - não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: se limita a garanti-lo.<sup>8</sup>

Esses itens acima descritos não são uma unanimidade. Para obtermos o resultado esperado devemos apontar quais são os princípios aplicáveis. Segundo Pietro Sanchís, “os

---

<sup>8</sup> CALSAMIGLIA, Albert . Prólogo: ensayo sobre Dworkin. *In: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1989. Disponível em [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html)*

princípios estão limitados a orientar uma interpretação normativa duvidosa, jamais oferecendo a solução ao problema prático e sim norteando a interpretação de outras regras mais conclusivas”.<sup>9</sup>

Também é importante notar-se o que diz Hart:

“a decisão judicial, especialmente em temas de importância constitucional, implica a eleição entre valores morais e não meramente a aplicação de um único princípio moral: portanto, é uma loucura pensar que onde o sentido do direito é duvidoso a moralidade sempre pode dar resposta”<sup>10</sup>

Muito grande é a oposição a pensamento de Dworkin, ele próprio admite a inevitável colisão entre os princípios. Todavia, na visão de Dworkin, isso só não legitima o poder discricionário nas mãos do juiz. Cabe ao juiz a escolha de um princípio e posteriormente a justificação pela escolha desse princípio.

Para Dworkin o modelo hartiano, ou seja, da discricionariedade judicial, importa em não explorar significativamente o campo das decisões racionais. Dworkin aposta na teoria da justificação de critérios objetivos para redução das incertezas e das inseguranças no direito.

## MODELOS DA FUNÇÃO JUDICIAL

Dworkin nos apresenta um modelo diferente dos tradicionais em relação à função judicial. O pensamento jurídico possui compreensões diferentes sobre esse tema. Destacamos entre as mais difundidas:

a) O modelo silogístico defendido pelo formalismo jurídico. Nesse modelo cabe ao juiz proceder de maneira lógico-mecânica. O trabalho do juiz é tão somente adequar a norma ao caso concreto. Se existe lacuna na lei, o juiz rejeita o caso. Não ocorrem casos difíceis ou fáceis, pois o que não é proibido é permitido. Todos os casos possuem respostas no ordenamento jurídico. O juiz é submisso à lei.

b) O modelo realista defendido por muitas correntes antiformalistas. Nessa teoria as tomadas de decisões dos juízes são produtos de suas preferências pessoais e de sua consciência subjetiva, ou seja, sua decisão nasce de seu perfil ou sua formação pessoal e depois ele enquadra seu julgamento as normas justificando-as. Não há casos difíceis nesse modelo, pois a todos os casos o juiz tem solução. Desse modo, o poder judiciário passa a ser um poder político que não se coaduna com o estado democrático nem com o modelo de separação de poderes.

c) O modelo positivista da discricionariedade judicial. Já esse modelo aceita a ideia de casos difíceis em que não há norma específica para se aplicar. Aqui está alicerçada a ideia de discricionariedade judicial, ou seja, poder político ao juiz e garantia de retroatividade das normas. Nesse modelo, o sistema jurídico possui muitas respostas corretas e cabe ao juiz qual utilizá-las.

d) O modelo de Dworkin da resposta correta, a partir do qual, o juiz encontra resposta correta no direito preconcebido. Nesse modelo, o juiz não possui nem discricionariedade nem poder político. A verdadeira resposta corresponde à teoria que é capaz de justificar do melhor modo os materiais jurídicos vigentes.

<sup>9</sup> PIETRO SANCHÍS, Luis. Sobre princípios y normas: problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

<sup>10</sup> HART, Herbert L. A. The Concept of Law, Oxford University Press, 1961, p. 200.



O modelo dworkiniano apresenta resolução a problemas relevantes, como o fato de o juiz legislar, nesse caso quando não encontra solução para o caso concreto inovando e criando leis e retroagindo para a resolução desse problema.

Também a atuação do juiz causa desarmonia no modelo de separação dos poderes, pois assume a figura do legislador. Outro ponto importante é a não aceitação à teoria do silogismo, somente em seu princípio político básico: o juiz é um ser sem acesso ao poder político, tem como função básica assegurar os direitos individuais e não se prende a objetivos sociais, não tem em hipótese nenhuma aspiração legislativa ou da executiva.

Diante de um caso concreto, sua tomada de decisão deve ser pautada em princípios formadores do direito, não sendo objeto de sua apreciação se isso incorre em promoção de objetivos sociais ou diretrizes políticas.

Assim, o modelo de Dworkin da função judicial agrada aos que acreditam que o poder judiciário deve ser submisso aos princípios formadores do direito.

## COMO SE DÁ A RESOLUÇÃO DOS CASOS FÁCEIS: O MÉTODO ANALÓGICO

Para Abelardo Torr , analogia significa “aplicar a um caso não previsto, a norma que rege outro caso semelhante ou análogo, quando existe a mesma razão para resolvê-lo de igual maneira”.<sup>11</sup>

Nessa mesma linha de pensamento dispõe Maria Helena Diniz:

“consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescri o normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato”<sup>12</sup>

Nesse mesmo sentido, conceitua Carlos Maximiliano: “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposi o relativa a um caso semelhante”.<sup>13</sup>

Observando esses conceitos propostos, a analogia não se trata de interpreta o, mas em integra o do direito. Sendo mais profundo na sua análise, Vicente R o, acolhendo a ideia de Emilio Betti, v  a analogia sob a  tica da interpreta o do direito mesmo que não veja como uma interpreta o da lei:

“analogia consiste na aplica o dos princípios extraídos da norma existente a casos outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em rela o a estes, não seja essencial; consiste, isto  , na aplica o desses princípios aos casos juridicamente iguais ou iguais por sua essência”<sup>14</sup>

  preciso notar que o autor fala sobre os casos “iguais” e não de casos “semelhantes”. Quando se considera dois casos semelhantes, se está afirmando que existe algo similar entre eles, mas que cada qual possui suas particularidades.

<sup>11</sup> TORR , A. Introducción al derecho. Buenos Aires: Editorial Perrot, s/d.

<sup>12</sup> DINIZ, M. H. As lacunas no direito. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 141.

<sup>13</sup> MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplica o do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>14</sup> R O, V. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 458-9.

## COMO OS JUÍZES RESOLVEM OS CASOS DIFÍCEIS?

Já afirmado anteriormente que Dworkin reconhece como o único critério de distinção entre caso fácil e difícil é a controvérsia. Vale lembrar que para os advogados, por exemplo, isso não tem relevância, pois todo o caso deve ser tratado como caso difícil. Essa distinção é válida para os juizes.

Podem-se enfatizar cinco aspectos da resolução dos casos difíceis:

- (a) o sujeito da arte;
- (b) as fontes do direito;
- (c) o fim prático;
- (d) o fim teórico e
- (e) os métodos.

A tarefa do juiz (sujeito da arte) é resolver os conflitos (fim prático), mas também visa à resolução de forma justa (fim teórico) dos conflitos. Essa justiça entende-se pelo cumprimento de dois valores: previsibilidade e igualdade. Pela ótica formal, previsibilidade denota que o conflito se resolva através de normas antecipadamente estabelecidas, e igualdade expressa que casos iguais precisam ser solucionados da mesma maneira.

Nesse sentido, em se tratando de casos difíceis, utilizando-se do fim teórico da previsibilidade, o juiz inicia com as regras preexistentes e se atém a essas normas atendendo-as, mesmo que a hermenêutica admita múltiplas soluções. Certo da solução, o juiz deve vincular sua fundamentação aos casos que vierem no decorrer do futuro, dessa forma utilizando da mesa lógica em caos futuros.

O juiz pode se valer de todos os métodos possíveis que lhe possam ser úteis. Assim sendo o juiz utiliza-se de retórica e de argumentação, e os métodos tradicionais são empregados não mais como caminhos para a resolução, mas como fundamentos para a sua decisão.

Autores renomados como Robert Alexy, Chaïm Perelman e Hans Kelsen afirmam que os casos difíceis possuem mais do que uma resposta correta possível.

O pensamento de Perelman a esse respeito é de “que a solução justa parece ser menos o resultado da aplicação indiscutível de uma regra incontestada do que da confrontação de opiniões opostas e de uma decisão subsequente, por via de autoridade”.<sup>15</sup>

Dworkin menciona que mesmo defendendo um modelo de que existe apenas uma resposta correta não acredita que os juizes decidirão assim. Esse pensamento é muito parecido com o de Recaséns Siches.

Os dois autores confiam que o juiz decida mais corretamente, conseqüentemente de forma mais justa.

---

<sup>15</sup> PERELMAN, C. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 9.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se neste artigo de questões sobre os casos difíceis e suas resoluções: a partir da visão de Ronald Dworkin, abordando também temas que circundando o tema central, para uma compreensão do tema como um todo.

Foi mencionado a respeito das teses de Dworkin sobre o positivismo jurídico, mais precisamente sua crítica pela distinção entre o direito e a moral. Sua visão sobre a norma e princípios, e sua ênfase na preponderância dos princípios sobre as regras positivadas.

Em rápidas palavras foi feita uma pequena introdução sobre normas, diretrizes e princípios, principalmente na diferenciação lógica entre elas. Dworkin critica a visão centrada nas normas em detrimento das diretrizes e dos princípios. Diretrizes estas que nos falam de objetivos sociais que devem ser alcançados e os princípios ligados à justiça e à equidade.

A função judicial é vista brevemente antes de se aprofundar nos casos difíceis. Dworkin, nesse caso, já se lança no combate à teoria da função discricionária dos juízes proclamando a tese da resposta correta.

Ao tratar especificamente dos casos difíceis, foram utilizados alguns conceitos de autores renomados a fim de se obter uma melhor compreensão do tema, como a visão de Navarro que para se construir tal conceito distinguiu-se entre o seu sentido amplo e estrito. Descrevendo assim que os casos jurídicos podem apresentar nenhuma ou várias soluções, não podendo precisar de antemão o seu resultado, pois está sujeita a fatores externos.

Foi apresentada distinção entre os casos fáceis e os casos difíceis. Apresentando o questionamento sobre os casos simples são fáceis são de antemão ou apenas por não serem controvertidos. Para Dworkin, caso fácil ou difícil possuem somente uma solução correta, e o único critério de distinção é a controvérsia.

Segundo Dworkin o seu modelo para resolução de casos difíceis não é abrangente e automático, mas se restringe a cada caso singularmente.

É ilustrado sobre o Juiz Hércules de Dworkin, com suas habilidades sobre-humanas em meio a um sistema jurídico perfeitamente harmônico, sem contraposições ou lacunas na lei. Figura esta que possui todas as qualidades que Dworkin julga necessária para se chegar a um julgamento justo.

O âmago da crítica ao modelo da função judicial positivista feita por Dworkin está alicerçado no tema dos casos difíceis. Dworkin afirma que a lei não satisfazendo o seu papel não deve o juiz utilizar-se da discricionariedade, mas dos princípios. A base para isso Dworkin coloca em dois argumentos, qualquer norma se fundamenta em um princípio e os juízes não podem criar normas retroativas.

Quando é referenciado sobre a tese dos direitos, Dworkin nos traz sua visão de que nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo que pode sobrepor-se ao indivíduo, evidenciando assim sua antipatia ao utilitarismo e sua apreciação pelo individualismo.

São apresentados alguns problemas causados pela atuação judicial com discricionariedade, como o fato de o juiz legislar e a desarmonia no modelo de separação dos

poderes. Outro ponto importante é o juiz não ter aspiração ao poder político nem possuí-lo em nenhuma circunstância, dessa maneira Dworkin agrada aos que acreditam que o poder judiciário deve ser submisso aos princípios formadores do direito.

Em relação à resolução dos casos fáceis através do método analógico foram utilizados alguns autores para corroborarem com a ideia de que observando os conceitos propostos, a analogia não se trata de interpretação, mas sim de integração do direito, e afirmando que existe algo similar entre os casos jurídicos não igualdade.

E por fim, no item sobre a resolução dos casos difíceis, utiliza-se da ideia de que a tarefa do juiz é resolver os conflitos, mas também visa à resolução de forma justa. Justiça essa entendida como o cumprimento de dois valores: previsibilidade e igualdade.

Dworkin menciona que mesmo defendendo um modelo de que existe apenas uma resposta correta não acredita que os juízes decidirão assim. Dworkin confia, dessa maneira, que ocorra uma decisão mais próxima da correta, consequentemente de forma mais justa.

## **REFERÊNCIAS**

ATIENZA, Manuel. Lãs razones del Derecho: sobre la justificación de lãs decisiones judiciales. Revista de teoria y Filosofia del Derecho. Alicante, Isonomia, 1994.

CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo: ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1989  
Disponível em [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html).

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

DINIZ, M. H. As lacunas no direito. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. Traducción de javier Esquivel. Cuadernos de Crítica, nº 14, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HART, Herbert L. A. The Concept of Law, Oxford University Press, 1961.

MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento de Derecho. Cuadernos de Filosofia de Derecho. Alicante: Doxa, n.14, 1993.

PERELMAN, C. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIETRO SANCHÍS, Luis. Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual práctico de metodología da pesquisa**: artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau: Acadêmica, 2003, 84p.

RÁO, V. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RECASÉNS SICHES, L. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Mexico: Editorial Porrúa, 1980.

TORRÉ, A. Introducción al derecho. Buenos Aires: Editorial Perrot, s/d.