



SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS: UMA CRÍTICA À DISTINÇÃO DE DWORKIN

Altecir Bertuol Junior¹

RESUMO

O objetivo da pesquisa foi verificar a consistência da tese de Ronald Dworkin sobre a diferenciação entre princípios e regras a partir da forma como os conflitos entre uns e outras são solucionados. Para tanto, são apresentadas situações abstratas realizáveis em que o choque entre regras poderia ser dirimido sem a invalidação de qualquer delas e de maneira provisória. Foram, ainda, expostas conjunturas hipotéticas nas quais o embate entre princípios resulta em uma solução definitiva. Como resultado, constatou-se que o critério proposto por Dworkin não demonstra plena capacidade de distinguir regras de princípios.

Palavras-chave: Princípios e regras. Dworkin. Dimensão de peso ou importância. Resolução de antinomias.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é tema que tem se mantido em evidência nos tempos atuais, de modo que muito se tem discutido a respeito dele. O assunto ganha destaque quando as decisões envolvem questões políticas e a promoção de direitos fundamentais. No Brasil, atualmente, o

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor da Faculdade de Direito - FASIPE Cuiabá. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região.

quadro de tensão institucional entre os poderes constituídos, verificado nos anos de 2019 a 2022, levou ao debate do ativismo no contexto do Estado Democrático de Direito.

Não há como debater o ativismo judicial sem adentrar na teoria da decisão judicial. As afirmações a respeito da possível ocorrência da hipertrofia e legitimidade do Poder Judiciário não requerem a compreensão da atividade judicial e do Direito como seu instrumento. É neste substrato elementar, portanto, que se encontra a distinção entre princípios e regras.

Então, qual é a importância de se diferenciar regras de princípios? Ambos são expressões ou elementos do Direito a partir do qual são decididas as questões levadas ao Poder Judiciário. Assim, é preciso entender os conceitos para compreender o Direito aplicável a uma situação específica e como esse conhecimento se traduz na prática. Isso porque o modo como atuam as proposições jurídicas determina a interpretação e a aplicação do Direito e, por conseguinte, a solução do problema posto em discussão. Portanto, somente a partir desta compreensão prévia é que se pode fazer qualquer afirmação a respeito da adequação ou não das decisões judiciais.

Neste contexto, os trabalhos de Ronald Dworkin são referências teóricas. No livro “Levando os Direitos a Sério”, ele lança as bases de sua teoria do Direito em contestação à teoria positivista de Herbert Hart. Em meio a uma análise científica profunda do Direito, Dworkin estabelece conceitos e compreensões fundamentais, dentre as quais são aqui destacadas duas que guiarão o presente trabalho: (i) o Direito não se resume a um conjunto de regras ditadas pelas instituições do Estado, sendo também composto por outra espécie de padrão jurídico não apresentado nos atos normativos estatais, os princípios; (ii) os princípios são padrões do Direito que, assim como as regras, oferecem respostas sobre a obrigação jurídica, mas que não se confundem com elas, diferenciando-se em dois aspectos, um lógico e outro dimensional.

Neste panorama, adotando-se por objeto de estudo a distinção entre princípios e regras feita por Dworkin a partir da forma como são solucionadas as antinomias estabelecidas entre cada espécie de padrão jurídico, estabeleceu-se como objetivo para a investigação testar a consistência do critério distintivo proposto pelo acadêmico em ênfase para responder ao seguinte questionamento: é possível realmente apartar princípios de regras a partir da maneira como são resolvidos os confrontos entre uns e outras?

Com esse escopo, na segunda seção é apresentada a tese de Dworkin, que é o ponto de partida da análise. A terceira seção é dedicada ao teste de consistência da teoria do jurista. De pronto, são extraídas da tese as premissas a serem analisadas, a saber: o embate entre regras somente pode ser solucionado a partir de regulamentos de antinomia que determinam de forma

definitiva qual delas prevalece; a colisão entre princípios, por outro lado, não pode ser resolvida com base em tais estatutos de confrontos de normas. O exame da consistência da primeira premissa é realizado a partir situações fictícias realizáveis.

Na análise da consistência da segunda premissa, são avaliados exemplos hipotéticos, submetendo-se as constatações decorrentes ao crivo da compreensão do autor sobre a concepção de princípios a fim de certificar que seu pensamento não foi adulterado. Em seguida, desenvolve-se uma verificação da tese de Dworkin examinada em si mesma. Por fim, é feita uma ressalva importante pela qual se identificam precisamente quais os pontos da teoria dworkiniana a que se referem as constatações a que se chegou. Então, nas considerações finais são apresentados os resultados da análise.

A relevância científica deste estudo se manifesta na inovação do entendimento da distinção entre regras e princípios jurídicos, caso seja comprovada a inconsistência da teoria de Dworkin. Nesse contexto, se a tese proposta por ele se mostrar inconsistente, o critério delineado por Dworkin poderá ser descartado. Da mesma forma, se confirmada a consistência da teoria, passará a constar no acervo do conhecimento mais uma linha de análise que confirma a tese examinada.

2 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS EM DWORKIN

A partir da afirmação de que o pensamento positivista se estrutura sobre um sistema de regras, ignorando outros padrões jurídicos importantes (princípios), que não se comportam como elas, Dworkin (2002, p. 35-46) busca demonstrar que o Direito é composto por duas espécies de padrões relacionados aos direitos e obrigações, quais sejam, regras e princípios.

A fim de conceituar os princípios, o autor classifica-os em princípio em sentido estrito, princípio em sentido amplo e política.

De acordo com sua definição específica, um princípio é um padrão jurídico que requer observância por ser “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2002, p. 36).

Eis, portanto, a essência da concepção de Dworkin sobre os princípios, fator elementar para compreender seu pensamento: os princípios são expressão de uma consciência moral, de um padrão de justiça. Uma política é um padrão que fixa um objetivo a ser atingido, ligado, geralmente, a aspectos sociais, políticos ou econômicos. Por fim, qualquer padrão jurídico que

não for uma regra será um princípio no sentido geral, expressão que, portanto, se refere a princípios em acepção estrita e a políticas (Dworkin, 2002, p. 36).

Dadas tais definições, Dworkin apresenta dois aspectos de distinção entre princípios e regras: a diferença lógica e a desigualdade de dimensão.

A distinção lógica manifesta-se no enunciado de cada espécie de padrão jurídico, uma vez que cada um oferece uma orientação distinta para resolver questões ligadas a obrigações jurídicas.

As regras buscam definir as condições e as consequências de sua aplicação, oferecendo uma orientação vinculativa para a resolução do problema atinente à obrigação jurídica. Por isso, são aplicadas ao modo do tudo ou nada: verificada a condição fática descrita na regra, ou a orientação vinculativa que ela impõe é realizada, ou, do contrário, ela em nada contribui para a decisão judicial. Uma regra pode ter exceções – casos em que não é aplicada, embora estejam dados os fatos que ela estipula como condição de seu cumprimento. Em tese, as exceções podem ser arroladas e quanto maior a lista de exceções à regra, mais completo é o seu enunciado.

Um princípio, por outro lado, não apresenta nem as condições e nem as consequências de sua aplicação, apenas “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção” (Dworkin, 2002, p. 41). Embora exceções ao padrão de conduta possa haver, elas não podem ser enumeradas sequer em teoria.

As categorias de padrões jurídicos também podem ser apartadas pela dimensão em que se localizam. Apenas os princípios existem no plano de peso ou de importância. Quando dois ou mais princípios concorrerem para a solução do problema quanto à obrigação jurídica, ambos se apresentam com força relativa, ou seja, sem se colocar em posição de intransigibilidade que leve à determinação, de antemão e de forma absoluta, de qual deles tem maior peso ou é mais importante.

Portanto, os princípios concorrentes devem ser sopesados de maneira que, naquele caso específico, um deles seja considerado mais importante para a resolução da questão quanto à obrigação jurídica, sem que haja a invalidação do outro. Dworkin reconhece que essa mensuração não pode ser exata e que, por isso, o apontamento do princípio de maior peso ou importância para a solução da questão da obrigação jurídica no caso concreto será frequentemente objeto de controvérsia. É possível dizer, em acréscimo ao pensamento de Dworkin e de acordo com a perspectiva dele, que esse desentendimento próprio da aplicação dos princípios decorre da carga de subjetivismo que a sua realização demanda e que as regras normalmente não reclamam.

Por outro lado, dizer que “uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior” (Dworkin, 2002, p. 43), não é possível. Assim, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.

Para definir a regra prevalecente, um sistema pode estabelecer critérios por outras regras que regulamentam a resolução do embate. Os estatutos podem estabelecer vários critérios, como a hierarquia da autoridade que promulgou a regra, o momento de promulgação de cada regra, a generalidade ou especificidade, e o critério do valor preponderante do princípio que embasa a regra.

Por fim, Dworkin descreve uma zona de indefinição entre as espécies de padrões jurídicos. Sustenta ele que, quando a regra traz em si, explícita ou implicitamente, termos como razoável, negligente, injusto e significativo — diga-se, conceitos jurídicos indeterminados que demandam a realização de um juízo de valor do intérprete —, ela se assemelha a um princípio, embora não se transforme em um. Isso porque a aplicação de tais regras depende em certa medida de princípios e políticas que extrapolam a própria regra, a partir dos quais se dá a verificação da razoabilidade, da negligência, da significância ou da injustiça — formulação do juízo de valor pelo intérprete — de que depende a realização da solução que a regra traz em si.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO CRITÉRIO DA DIMENSÃO VALORATIVA DOS PRINCÍPIOS: SOMENTE AS REGRAS SÃO PASSÍVEIS DE SUBMISSÃO A REGULAMENTOS DE RESOLUÇÃO DEFINITIVA DE ANTINOMIA?

Como visto, para declarar que apenas os princípios contemplam uma dimensão de peso ou importância, Dworkin afirma que: se duas regras entram em conflito diante de um caso concreto uma delas não pode ser válida, portanto, a regra vencida sucumbe à regra preponderante de modo definitivo, já que é retirada do mundo jurídico e não poderá ser aplicada em situações reais futuras (Dworkin, 2002, p. 43).

A regra dominante (válida), segundo ele, é definida por critérios estabelecidos em outras regras, que constituem regulamentos de resolução absoluta de antinomias. Por outro lado, quando há colisão entre princípios eles são pesados para definir qual deles, naquele caso específico, tem maior peso ou importância e por isso vai conduzir a solução do problema quanto à obrigação jurídica sem retirar a validade do princípio contrário, que poderá ser aplicado em outros casos.

A compreensão de Dworkin é parcialmente homologada por Alexy (1993, p. 88-95), que atesta serem diversas as formas de solução dos confrontos entre regras e dos embates entre princípios. Para o segundo, a contradição entre duas regras é resolvida pela introdução de uma como hipótese de exceção da outra ou pela invalidação de uma delas.

Quanto aos princípios, quando colidirem prevalecerá o que apresente maior valor de acordo com as peculiaridades da situação real. Todavia, enquanto Dworkin assenta que os princípios são elementos do Direito que conduzem um argumento que deságua em determinada decisão sobre a obrigação jurídica no caso concreto a qual pode contrariar a prescrição de uma regra, Alexy (1993, p. 94) afirma que [por não ter o elemento “consequência jurídica”] o princípio prevalecente não solucionará diretamente a questão concreta posta em análise, ele apenas possibilitará encontrar a regra que contenha a solução jurídica que com ele melhor se relacione.

Examinando atentamente o quadro teórico de distinção entre princípios e regras em função da dimensão de peso ou importância definido por Dworkin, é possível extrair o seguinte parâmetro de diferenciação: o confronto entre princípios não é dirimido a partir de regulamentos de antinomia que determinam de forma definitiva qual deles prevalece, por isso sempre é resolvido por uma solução mutável, casuística e provisória; o conflito entre regras, por outro lado, é solucionado a partir de tais regulamentos, logo, sempre tem um resultado definitivo.

Identificada a diretiva que emana do critério dworkiniano da dimensão do peso ou importância, passa-se, então, a examiná-la a fim de verificar se ela é consistente. Para tanto, há que se analisar: de um lado, se o conflito entre regras pode ter um resultado casuístico não peremptório; de outro, se o confronto entre princípios pode ser resolvido definitivamente a partir de um regulamento de antinomia fixado pelo ordenamento jurídico.

São essas as premissas fixadas para a análise que se segue.

3.1 NO CONFRONTO ENTRE REGRAS NÃO PODE HAVER UMA SOLUÇÃO CASUÍSTICA NÃO DEFINITIVA?

Se os sistemas jurídicos não previssem regulamentos de solução definitiva de antinomia entre regras, tais confrontos poderiam ser resolvidos de forma não terminativa?

Para responder à pergunta, toma-se como exemplo o controle de constitucionalidade, que traz em si um mecanismo de resolução de conflitos entre normas jurídicas amplamente aceito na seara do Direito. Nas situações em que tanto a norma constitucional quanto a norma infraconstitucional conflitantes forem regras – assim definidas a partir o critério do tudo ou

nada –, a solução da antinomia se dará pelo critério da hierarquia, que pressupõe a existência de uma Constituição rígida (que somente pode ser alterada por procedimento específico, dificultoso e que exige quórum elevado de aprovação), conjuntura em que a “Constituição aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último” (Branco, 2017).

Contudo, na hipótese de uma ordem jurídica ser construída sobre uma Constituição do tipo flexível – que pode ser alterada por atos normativos comuns – o critério da hierarquia desaparece. Assim, se não houvesse qualquer outro critério de resolução de antinomia entre regras estabelecido em tal ordenamento imaginário, o que aconteceria se fosse editada uma lei que contrariasse a Constituição? Ambos os padrões jurídicos seriam válidos? Seria possível que os dois padrões jurídicos, legal e constitucional, fossem ponderados a partir das nuances da situação concreta para se definir qual deles deveria ser aplicado em um caso real específico?

Na busca pela resposta a tais questionamentos, façamos a análise de um padrão jurídico de conduta prescrito na Constituição Federal de 1988 dentro de um cenário fictício. O inciso LXII do art. 5º ordena que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Pelo critério lógico oferecido por Dworkin, esse padrão jurídico pode ser classificado como uma regra, pois, ou ocorre a prisão de qualquer pessoa e então o juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada deverão ser comunicados de sua prisão, ou a segregação não acontece e o padrão jurídico não incide sobre o fato inoportunidade da prisão, ou seja, ou o padrão é aplicado na sua integralidade ou não se realiza.

Em contrapartida, conjectura-se que fosse promulgada uma lei que estabelecesse que a ocorrência da prisão e o local em que a pessoa estiver mantida podem ser comunicadas ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Na linha intelectual de Dworkin, tal padrão jurídico seria uma regra, aplicável à maneira do tudo ou nada.

Assim, na ocorrência de alguma prisão, nasceria a possibilidade de comunicação dela ao juiz e a terceiro de preferência do preso, restando configurada a hipótese do tudo. Por outro lado, não havendo qualquer prisão, não haveria incidência do padrão jurídico, caracterizando-se a premissa do nada.

Na linha intelectual de Dworkin, trata-se de padrão jurídico aplicável à maneira do tudo ou nada, pois, ou ocorre a prisão de qualquer pessoa e então o juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada poderão ser comunicados de sua prisão, ou a segregação

não acontece e o padrão jurídico não incide sobre o fato inoportunidade da prisão. Logo, é uma regra.

Em resumo, na situação jurídica irreal apresentada, a regra constitucional anuncia a obrigatoriedade da comunicação da prisão enquanto a regra legal apregoa a facultatividade da informação do cárcere. Em complemento à situação jurídica abstrata em simulação, suponhamos que o ordenamento jurídico brasileiro não se estruturasse sobre uma Constituição rígida e também que não definisse qualquer outro critério para dirimir os conflitos eventuais entre regras. Dado esse panorama hipotético, pergunta-se: diante da ausência de regramento que resolva definitivamente a antinomia entre as duas regras apresentadas, a constitucional e a legal, é possível que elas passem então a conviver com força relativa dentro de um mesmo sistema a demandar então uma análise de pertinência ou adequação de acordo com as circunstâncias do caso concreto?

A resposta parece ser positiva, pois, não havendo definição prévia a respeito de qual padrão jurídico deve ser aplicado para dar a solução da situação real quanto à obrigação jurídica, caberá ao julgador avaliar a pertinência de se adotar a providência jurídica constitucional ou a legal, sopesando-as a fim de definir qual delas melhor dirime a situação específica por ele enfrentada.

Nesta perspectiva, em determinados casos a regra constitucional prevalecerá, porém em outros a regra legal será sobrepujante. O juiz poderá, por exemplo, julgar ser prescindível a comunicação da prisão se na situação real verificar a ausência de indícios de irregularidades na realização do ato, cenário em que, por considerar que a regra legal é mais adequada à situação, há de validar a segregação. De outro lado, ele poderá entender ser indispensável a comunicação da prisão se, por exemplo, o preso afirmar ter sofrido maus tratos ou declarar que o cenário criminoso foi forjado pelos agentes do Estado. Diante desta circunstância, dará aplicação à regra constitucional e invalidará o encarceramento.

A escolha do conflito entre regra constitucional e regra legal se deu apenas a título pedagógico a fim de facilitar a visualização da questão, todavia a situação é a mesma se o conflito for entre regras legais, entre estas e regras estabelecidas em tratados internacionais ou qualquer outro confronto de regras, desde que não existam critérios juridicamente definidos de solução terminativa de tais antinomias.

Por outro lado, o sopesamento das regras conflitantes para definir a mais adequada ao caso real pode ser estabelecido ordem jurídica como o único critério de resolução da antinomia entre tais padrões jurídicos.

No plano ideal, é viável conceber um sistema jurídico que inclua uma regra que determine que o confronto entre regras deve ser resolvido pela análise daquela mais pertinente às especificidades do caso concreto. Uma ordem jurídica neste formato estabelece, portanto, um regramento de resolução não definitiva de antinomias entre regras, já que o padrão jurídico adequado há de variar em cada situação real. Deveras, a concretização de tal situação hipotética depende de simples atividade legislativa que estabeleça referido regramento de solução de conflitos entre regras.

A título de exemplo, a materialização do modelo em questão no Brasil dependeria de uma mudança no Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pela qual fosse extirpado o regramento de resolução terminativa de antinomia entre regras prescrito pelo art. 2º e em seu lugar restasse estabelecido o critério da prevalência da regra colidente mais adequada às singularidades das situações reais, caso em que a promulgação de nova lei que não revogasse expressamente lei anterior faria com que as regras de ambas as leis convivessem. Neste cenário realizável, o único regramento de solução absoluta de embates entre regras que continuaria a existir seria aquele ditado pela rigidez da Constituição Federal de 1988 pautado no critério da hierarquia.

Seguramente, Hart (2007, p. 323-324) foi capaz de perceber que o confronto entre regras pode ser dirimido por regramento de resolução não definitiva da antinomia ao afirmar que uma regra que tenha sido considerada menos importante em determinada situação real e, portanto, não tenha sido aplicada na ocasião, pode sobreviver e ser aplicada em outros casos em que venha a conflitar com outras regras menos importantes que ela.

Percepção similar teve Ávila (2016, p. 59). Ao examinar diversos critérios de distinção entre princípios e regras, ele categorizou-os, classificando aqueles do tipo “critério do relacionamento normativo”. Os critérios deste grupo resolvem o conflito entre regras pela invalidação de uma delas ou pela inclusão de uma como uma cláusula de exceção da outra. Por outro lado, a colisão entre princípios é resolvida pela ponderação de valores.

Verdadeiramente, o acadêmico nega tal distinção afirmando que “em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas” (Ávila, 2016, p. 74), bem como atestando que, tomada como sopesamento de razões e contrarrazões de que resulta a interpretação, “a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios” (Ávila, 2016, p. 74).

É possível, então, afirmar que Ávila concebe a possibilidade de as regras serem submetidas a regramentos de solução relativa de antinomias, de modo que a regra considerada

mais importante em determinada situação pode ser tida como menos valorosa em outra circunstância e vice-e-versa.

Desse modo, a partir dos argumentos até aqui apresentados, é possível constatar que não é consistente a diferenciação entre princípios e regras feita por Dworkin a partir da compreensão de que o confronto entre regras há de ser dirimido definitivamente pela invalidação de um dos padrões jurídicos colidentes.

3.2 O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS NÃO PODE SER RESOLVIDO DEFINITIVAMENTE A PARTIR DE UM REGULAMENTO DE ANTINOMIA FIXADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO?

Uma vez verificado que as regras podem ser submetidas a regimentos de solução não terminativa de conflitos, o próximo passo em direção ao objetivo definido neste artigo consiste em analisar o critério dworkiniano da dimensão de peso ou importância exclusiva dos princípios sob a perspectiva inversa, isto é, é possível submeter princípios a regulamentos de resolução definitiva de antinomia?

Talvez a resposta para essa pergunta possa ser encontrada pelo exame da disposição normativa do art. 124 do Código Penal brasileiro, que define o crime de aborto praticado pela própria gestante sob a descrição de “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”. Portanto, o delito em questão representa uma situação abstrata em que o direito à vida do feto entra em conflito com uma série de direitos da gestante. Esses direitos podem ser exemplificados pela lista apresentada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal na decisão do Habeas Corpus n. 124.306, decidida por maioria. A ementa destaca a necessidade de interpretar conforme a Constituição Federal de 1988 os arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir a interrupção voluntária da gestação realizada no primeiro trimestre da gravidez de seu âmbito de incidência. Isso se baseia nos seguintes fundamentos:

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas

mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. (Brasil, 2016)

Em termos mais simples, necessários para que se possa cumprir a proposta deste trabalho, é possível destacar três direitos fundamentais da mulher gestante de que são expressões os direitos listados pelo Supremo Tribunal: direito à liberdade, expressado na autonomia e nos direitos sexuais e reprodutivos; direito à saúde, manifestado pelos direitos sexuais e reprodutivos e pelo direito à integridade física e psíquica; e direito à igualdade.

Definidos os padrões jurídicos em choque, é preciso visualizar a forma como eles se apresentam a fim de identificar se, de acordo com o critério lógico de Dworkin, são regras ou princípios.

As normas constitucionais em que são positivados os direitos em questão trazem as seguintes prescrições:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Estabelecidos os padrões jurídicos colidentes e a forma de sua apresentação, segue-se à sua submissão, o critério lógico de Dworkin a fim de determinar se eles são regras ou princípios.

Pela análise dos padrões jurídicos em questão, é evidente que nenhum deles delinea as circunstâncias de sua aplicação nem as soluções a serem concretizadas em situações reais. Isso se deve ao fato de que os direitos à vida, à liberdade e à igualdade são proclamados como

invioláveis no artigo 5º da Constituição da República, sem estabelecer condições específicas em que devem ser aplicados e sem determinar as consequências de sua aplicação.

Dessa maneira, o mesmo ocorre com o direito à saúde, que é simplesmente reconhecido como um direito social no artigo 6º da Lei Fundamental, sem estipular quaisquer condições específicas para sua aplicação e sem definir as obrigações jurídicas correspondentes. A formulação do artigo 196 do documento político prescreve a saúde como um objetivo a ser alcançado, sem indicar as circunstâncias reais em que se materializa e sem especificar as medidas resultantes de sua aplicação.

Com base nessa análise, é possível constatar, pelo critério lógico de Dworkin, que os padrões jurídicos que delineiam os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à saúde não se enquadram como regras, mas sim como princípios. Vale ressaltar que o art. 196 do Pacto Político Fundamental encapsula uma verdadeira política, conforme a definição de Dworkin.

Sendo princípios em colisão, os padrões jurídicos definidores dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à saúde devem, segundo Dworkin, apresentarem-se no embate com força relativa, de modo que possam reorganizar-se em cada caso concreto para apontar a solução específica a ser dada a cada situação real. Apesar disso, o que se nota é que o padrão jurídico enunciado pelo tipo legal que reputa criminoso o aborto praticado pela gestante define que o direito do feto à vida sempre prevalece sobre os direitos da gestante à liberdade, à igualdade e à saúde, independentemente do que ocorrer no caso concreto. Apresenta-se outro exemplo.

A lei brasileira prevê também situações em que a prática do aborto não é considerada crime, sendo, portanto, autorizada. Dentre elas, mais uma vez visando simplificar a análise, destaca-se o aborto praticado pelo médico para salvar a vida da gestante previsto no inciso I do art. 128 do Código Penal.

Nessa circunstância, estão em conflito dois padrões jurídicos que originariamente se encontram em igual posição: o direito da gestante à vida e o direito do feto à vida. Conforme análise apresentada linhas atrás, o padrão jurídico que define o direito à vida pode ser classificado como princípio de acordo com o critério lógico de Dworkin. Apesar de mais uma vez se tratar de choque entre princípios, do que deveria decorrer que ambos os padrões jurídicos fossem relativos, a permitir que um pudesse se sobrepor ao outro a depender da situação real, percebe-se que o padrão jurídico que traz em si a cláusula autorizativa do aborto define que o direito da gestante à vida sempre prevalecerá sobre o direito do feto à vida, a despeito das peculiaridades do caso concreto.

As verificações a que foi possível chegar pela análise de ambos os exemplos levam a uma terceira e mais importante constatação: embora não declarem expressamente uma diretiva

de solução do conflito entre os princípios colidentes, os padrões jurídicos dos arts. 124 e 128, I, todos do Código Penal, o fazem implicitamente ao definir, de modo terminativo, que o direito do feto prevalece sobre os direitos da gestante e que o direito da gestante se sobrepõe ao direito do feto, respectivamente. Portanto, os padrões jurídicos estabelecidos na lei penal acabam por definir regulamentos de solução definitiva de conflitos entre os princípios envolvidos.

Mas a constatação de que o confronto entre princípios pode ser submetido a regulamentos de resolução definitiva de antinomia realmente condiz com a percepção de Dworkin a respeito do que são os princípios?

A razão pela qual Dworkin afirma que apenas os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância na qual os conflitos entre eles se estabelecem e são resolvidos é a sua compreensão de que os princípios são, em sua essência, padrões jurídicos que devem ser observados por serem “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2002, p. 36). Tal compreensão permite constatar que, para Dworkin, os embates entre princípios instituem dilemas éticos.

De acordo com Dworkin, haveria então conflito entre princípios quando, por exemplo: se tivesse que decidir entre respeitar a liberdade de crença de um indivíduo que, em razão de sua fé religiosa, nega-se a receber uma transfusão sanguínea ou violá-la para salvar a vida dele; a decisão envolvesse permitir a realização de experiências científicas com alguns seres humanos, potencialmente causando danos à saúde deles, ou arriscar a morte de outros milhões em razão de uma doença desconhecida, etc. Em resumo, um embate entre princípios se estabelece sempre que houver um conflito ético com consequências jurídicas.

Voltando à análise da tese de Dworkin apresentada, é possível perceber que nos exemplos utilizados estão presentes os dilemas morais que caracterizam o embate entre princípios. No caso da criminalização do aborto praticado pela própria gestante a questão ética que se coloca é saber se é mais justo, equânime ou moralmente apropriado eliminar a vida intrauterina do feto, ou violar a integridade física e psíquica da gestante, tolher a sua autonomia para fazer suas escolhas existenciais, inclusive quanto a questões reprodutivas e de planejamento familiar, dispensar-lhe tratamento diferente dos homens e contribuir para uma política de criminalização de mulheres pobres.

Na situação da permissão dada ao médico para praticar o aborto quando houver risco de morte da gestante, o problema ético que se apresenta é saber se é mais justo, equânime ou moralmente correto eliminar a vida do feto ou a da gestante. A partir dos dois exemplos restou constatado que o dilema ético é resolvido pela norma legal de forma definitiva.

Portanto, é possível dizer que a análise realizada a partir dos exemplos não parte de distorções da concepção de Dworkin sobre o que os princípios são.

Concluído o exame da tese dworkiniana sob a perspectiva dos exemplos, passa-se a analisá-la a partir exclusivamente da teoria em si mesma.

Segundo Dworkin, um dos critérios que podem ser empregados na regulamentação da solução definitiva da antinomia entre regras é o de que “um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes” (Dworkin, 2002, p. 43), parâmetro este que ele afirma ser adotado no sistema jurídico norte-americano.

Ao se examinar criticamente esta afirmação faz-se possível questionar-se: dizer que uma regra é sustentada por um princípio mais importante para fins de solucionar o conflito entre regras de modo que o resultado seja a invalidação da regra suplantada porque amparada por um princípio menos importante, não é dizer que o princípio que dá base à regra válida é definitivamente mais importante do que o princípio que dá suporte à regra inválida?

Considerando que ambas as regras tenham o mesmo pressuposto fático de aplicação, se a regra que tem por fundamento o princípio menos importante for invalidada de modo que a solução que ela traz em si não poderá ser aplicada em nenhuma situação real, então, o princípio que a sustenta sucumbiu definitivamente ao princípio de maior importância que ampara a regra validada, já que a solução que esta apresenta será aplicada a todos os casos concretos, independentemente das eventuais nuances fáticas.

Portanto, neste ponto, Dworkin parece contrariar a sua própria percepção a respeito da força relativa dos princípios exposta na introdução desta seção e, por consequência, reconhecer que princípios podem ser submetidos a regulamentos de definição terminativa de embate entre eles.

Em verdade, as duas linhas de exame apresentadas franqueiam a afirmação de que não é consistente a distinção entre princípios e regras feita por Dworkin com base na concepção de que o confronto entre princípios não pode ser solucionado terminantemente.

3.3 A DIMENSÃO DE PESO OU IMPORTÂNCIA É EXCLUSIVA DOS PRINCÍPIOS?

Conforme já exposto linhas acima, o motivo pelo qual Dworkin afirma que apenas os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância é a sua compreensão de que eles são exigências de justiça, da equidade ou da moral.

É a partir desta concepção que, no livro “Levando os direitos a sério”, Dworkin se dedica a contestar a tese de Hart de que os juízes possuem poder discricionário para criar o

Direito em situações concretas diante de casos difíceis, buscando demonstrar que os princípios integram o ordenamento jurídico independentemente de serem afirmados pelo Estado, de modo que o juiz não cria o direito ao decidir casos difíceis, mas aplica padrões jurídicos preexistentes à decisão judicial.

Contrapor ou confirmar este núcleo duro da tese dworkiniana demandaria um profundo estudo sobre a essência do Direito, em especial quanto à sua relação com a moral, trabalho que ocupou boa parte da vida de expoentes da ciência jurídica e que foi materializado em livros que são verdadeiras obras, sendo, portanto, incompatível com as limitações de forma impostas a um artigo científico.

É fato que a ratificação ou falseamento do entendimento de Dworkin em questão levaria à confirmação ou à negação de que princípios e regras possuem uma diferença na essência que se manifestaria na dimensão em que cada uma das espécies de padrões jurídicos se encontra.

Todavia, tendo em mente a citada limitação formal, a proposta aqui apresentada é modesta e se resume a tentar desconectar a concepção daquilo que os princípios são em sua substância do modo de solução de conflitos entre proposições jurídicas como critério de distinção entre princípios e regras.

Assim, embora não se ratifique e nem se conteste a compreensão de que apenas os princípios se encontram numa dimensão de peso ou importância, buscou-se verificar se a definitividade ou relatividade da resolução dos conflitos entre regras ou entre princípios serve ou não para diferenciar tais espécies de padrões jurídicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise proposta se desenvolveu cuidadosamente buscando manter a integridade das ideias de Dworkin, por isso se limitou à verificação das formas de solução de conflitos entre regras e de embates entre princípios sem buscar negar ou confirmar a dimensão de peso e de valor que ele atribui exclusivamente aos princípios. Com esse espírito, a argumentação apresentada para examinar a premissa extraída da tese de Dworkin, de que os princípios não podem ser submetidos às fórmulas de resolução terminativa dos conflitos entre si, foi submetida à concepção do autor do que são princípios.

No desenrolar da investigação proposta, foi possível constatar que se um ordenamento jurídico não trazer em si regulamentos de solução definitiva de confrontos entre regras, a

resolução da antinomia não implica em invalidação de uma das regras. Logo, ambas podem conviver dentro de um mesmo ordenamento jurídico, de modo que uma ou outra será aplicada a depender da sua pertinência às especificidades da situação real.

Também restou verificado que o mesmo efeito seria produzido se um ordenamento jurídico adotasse a maior pertinência ou adequação da regra às peculiaridades do caso concreto como único critério para dirimir antinomias entre regras. Com isso, descobriu-se que não é consistente a diferenciação entre princípios e regras feita por Dworkin, a partir da compreensão de que o confronto entre regras há de ser dirimido definitivamente pela invalidação de um dos padrões jurídicos colidentes.

Ademais, notou-se que uma ordem jurídica pode conter padrões jurídicos os quais, ainda que implicitamente, estabeleçam que determinados direitos, classificáveis pelo critério lógico de Dworkin como princípios, prevalecerão permanentemente sobre outros da mesma classe. Consequentemente, prescreve-se então uma fórmula de solução terminativa do conflito entre princípios. Assim, foi possível atestar que não é consistente a distinção entre princípios e regras idealizada por Dworkin com base na concepção de que o confronto entre princípios não pode ser dirimido peremptoriamente.

Se algum valor científico este trabalho eventualmente venha a ter, a sua contribuição para a ciência do Direito será um refinamento da tese de Dworkin no que diz respeito à diferenciação entre princípios e regras. Isso porque, foi demonstrado que a dimensão de peso ou da importância que ele atribui exclusivamente aos princípios é um traço da essência dos padrões jurídicos, que não se confunde com o modo pelo qual os embates entre as espécies normativas são resolvidos. Contudo, se assim não for, os questionamentos e distinções apresentadas neste artigo poderão, ao menos, servir de ponto de partida para outros estudos que eventualmente possam confirmar a tese de Dworkin na forma como originalmente concebida. Neste caso, o trabalho terá contribuído, da mesma maneira, para a inovação do conhecimento jurídico, pois terá concorrido para esclarecer pontos não explorados por Dworkin.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRANCO, Gustavo Gonet. Capítulo 1: Noções introdutórias. 2017. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-Book*.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Acórdão. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. Título original: The concept of law.

ABOUT PRINCIPLES AND RULES: A CRITICISM ON DWORKIN'S DISTINCTION

ABSTRACT:

The present research examined the validity of Ronald Dworkin's thesis that differentiates principles from rules, analyzing how conflicts between them are resolved. To do so, feasible abstract situations were presented where the conflict between rules could be resolved without temporarily invalidating any of them. Additionally, hypothetical scenarios were exposed in which the clash between principles leads to a definitive solution. As a result, it was found that Dworkin's proposed criterion does not fully demonstrate the ability to distinguish between rules and principles.

Keywords: Principles and rules. Dworkin. Dimension of weight or importance. Antinomy resolution.