

A TEORIA DA PONDERAÇÃO COMO FUNDAMENTAÇÃO DE ESCOLHAS DE PRINCÍPIOS NO PRINCIPIALISMO

THE THEORY OF BALANCING AS GROUNDING FOR THE CHOICES OF PRINCIPLES ON PRINCIPIALISM

Cinthia Berwanger Pereira*

RESUMO

A partir do nascimento do principialismo, teoria central da bioética, muitas questões foram levantadas, se esta seria a teoria ideal, se os quatro princípios do principialismo, o princípio da autonomia, o princípio da beneficência, o princípio da não-maleficência e o princípio da justiça, seriam suficientes, se abrangeriam todos os casos, etc. Para respondermos estas questões trabalharemos tendo como base e referência os estudos de Alexy e parte dos estudos de Dworkin, que aqui nos ajudará no papel de diferenciação entre princípios e regras. Teremos como cerne de nosso artigo os estudos de Alexy sobre os princípios e regras, a diferenciação entre princípios e regras, o problema do conflito entre regras e a colisão de princípios, enfrentada no principialismo, e, ao final, apresentaremos como uma solução às indagações levantadas acerca do principialismo, a Teoria da Ponderação de Robert Alexy.

Palavras-chave: Principialismo. Beauchamp. Childress. Alexy. Teoria da Ponderação. Princípios.

ABSTRACT

From the birth of principlism, the central theory of bioethics, many questions have been raised: if this would be the ideal theory, if the principialism's four principles: the principle of autonomy, the principle of beneficence, the principle of non-maleficence and the principle of justice, would they be suficiente, would they be enough for all cases, etc. To answer these questions we will have as raference the work of Robert Alexy and part of Ronald Dworkin's studies, which here, will help us in the role of differentiation between principles and rules. The paper's core are Alexy's studies about principles and rules, the distinction between principles and rules , the problem of rules's conflits and principles's collision, faced in principlism , and at the end, as a solution to the questions raised about principia- lism we will present the Theory of Balancing of Robert Alexy.

Keywords: *Principialism. Beauchamp. Childress. Alexy. Theory of Balancing. Principles .*

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina na área de ética e filosofia política com o projeto intitulado: O Uso da Doutrina da Ponderação Aplicado ao Principialismo. Trabalhando atualmente como pesquisadora da Capes. Possui graduação em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina; cinthiaberwan@hotmail.com

INTRODUÇÃO

No século XX ocorreu um grande avanço tecnológico e juntamente um grande desenvolvimento. Com todos estes novos conhecimentos, a sede por novas descobertas e experimentos fez com que alguns problemas surgissem, como os dilemas éticos a respeito de pesquisas e experiências com seres humanos. Com o intuito de adequar as pesquisas realizadas em seres humanos, em 1978 foi publicado o Relatório Belmont. Este relatório continha três princípios básicos nos quais deveriam basear-se toda e qualquer pesquisa com seres humanos: o princípio do respeito às pessoas, o princípio da beneficência e o princípio da justiça¹.

A partir deste relatório, Tom Beauchamp e James Childress publicaram seu livro *Principles of Biomedical Ethics*. Os autores consideraram, a partir dos princípios apresentados no Relatório Belmont, quatro princípios: o princípio da autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. Estes quatro princípios fundamentam as bases teóricas do que conhecemos hoje como a principal teoria bioética, o Princípioalismo. Os quatro princípios do Princípioalismo valem *prima facie*, ou seja, são válidos à primeira vista, fazendo com que possuam o mesmo peso, e os mesmos são aplicados conforme o caso.

Partindo do princípioalismo, certas questões começaram a surgir e dentre elas algumas tais como: os quatro princípios seriam suficientes? Deveriam ser acrescentados outros valores? Deveria existir uma hierarquia de princípios? Um princípio deveria ter o valor de mediador de todos os outros? Outra grande questão levantada acerca do princípioalismo se refere às bases que sustentam esta teoria. Beauchamp e Childress afirmam que a escolha de qual ou quais princípios devem ser aplicados em cada caso, se baseia na moralidade comum, fazendo com que o princípioalismo não possua um critério de escolha dos princípios a serem utilizados, impossibilitando assim qualquer tipo de justificação acerca desta escolha e, fazendo com que as bases desta teoria sejam de certa forma consideradas frágeis.

Após nos debruçarmos sobre a questão, consideramos a teoria da ponderação, trabalhada por Alexy, como uma resposta a problematização feita a partir do princípioalismo, ou seja, a partir de tal teoria, a da ponderação, pretendemos resolver os questionamentos metaéticos a cerca dos princípios. Alexy desenvolveu uma série de estudos a respeito dos princípios, as diferenças entre princípios e regras e, desenvolveu a teoria da ponderação, uma teoria que através de um procedimento de três passos, visa levantar as possíveis soluções para as colisões de princípios, como, por exemplo, o que ocorre no princípioalismo. A teoria da ponderação aplicada ao princípioalismo traria um método à esta teoria, apresentando critérios para a escolha do melhor princípio, ou princípios, a serem aplicados para cada fato,

¹ The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects. Washington: DHEW Publications, 1978.

apresentado sempre atrelada a esta escolha uma justificativa coerente e bem fundamentada, proporcionando fortalecimento às bases, até então frágeis, do principialismo.

O PRINCIPIALISMO

No século XX ocorreu um grande avanço tecnológico e juntamente um grande desenvolvimento. Com todos estes novos conhecimentos, a sede por novas descobertas e experimentos fez com que alguns problemas surgissem, como os dilemas éticos a respeito de pesquisas e experiências com seres humanos. Com o intuito de adequar as pesquisas realizadas em seres humanos, em 1974, a *“National Commission for the protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research”*² foi criada pelo congresso norte-americano. Um dos desafios desta comissão foi apontar os princípios éticos básicos que pudessem então guiar as pesquisas biomédicas e comportamentais envolvendo seres humanos. Outro desafio se constituiu em elaborar um guia para a prática de pesquisas envolvendo seres humanos que pudesse ser seguido. Antes desta comissão nacional ser elaborada, haviam alguns códigos de conduta para a pesquisa usando seres humanos, como o Código de Nuremberg de 1947, a Declaração de Helsinki de 1964 e as orientações emitidas pelo Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos em 1971³. Nesta época houve conflitos acerca do uso destes códigos de conduta e havia a opinião de que algumas vezes as regras pareciam *“inadequadas, conflitantes e difíceis de aplicar”* (GERT, 1997, p.73). Foi então que em 1978 foi publicado o Relatório Belmont. Neste relatório continham três princípios básicos nos quais deveriam basear-se toda e qualquer pesquisa com seres humanos: o princípio do respeito às pessoas, o princípio da beneficência e o princípio da justiça.

O Relatório Belmont conseguiu reunir a forma mais básica das preocupações éticas, o que resultou em um trabalho bastante significativo e de grande ajuda. A Comissão também tratou de descrever algumas consequências práticas dos princípios:

A partir de princípio de respeito pelas pessoas, veio a atenção para a autonomia (que a partir de sua discussão parece mais com o que é agora considerado como “competência”) e consentimento informado. Do princípio da beneficência, veio a obrigação de maximizar os benefícios sobre riscos e não fazer mal. Do princípio de justiça, veio a atenção à equidade na distribuição dos benefícios e ônus de pesquisa. (GERT, 1997, p. 73)⁴.

² GERT, 1997, pg. 73. Em trad. livre: Comissão Nacional para a proteção de Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental.

³ GERT, 1997, pg. 73. Trad. livre de: “the 1971 Guidelines issued by the (then) United States Department of Health, Education, and Welfare.

⁴ Retirado de: GERT, 1997, pg. 73. Trad. livre de: “From the principle of respect for persons came the attention to autonomy (which from their discussion seems more like what is now regarded as ‘competence’) and to informed consent. From the principle of beneficence came the obligation to maximize benefits over risks and not to harm. From the principle of justice came the attention to fairness in the distribution of the benefits and burdens of research.”

Tendo como base os princípios elaborados no Relatório Belmont, Tom Beauchamp e James Childress publicaram seu livro *Principles of Biomedical Ethics*. Os autores consideraram, a partir dos princípios apresentados no Relatório Belmont, quatro princípios: o princípio da autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. Estes quatro princípios fundamentam as bases teóricas do que conhecemos hoje como a principal teoria bioética, Princípioalismo.

OS QUATRO PRINCÍPIOS

Com a publicação do Relatório Belmont em 1978, os eticistas Tom Beauchamp e James Childress publicaram o livro *Princípios da ética biomédica*, onde foram estabelecidas as bases teóricas para a mais importante teoria bioética que conhecemos hoje, o princípioalismo. No princípioalismo foram estabelecidos os quatro princípios fundamentais da bioética, o princípio do respeito pela autonomia, o princípio da justiça, o princípio da beneficência e o princípio da não-maleficência.

O princípio do respeito pela autonomia é o princípio que respeita a liberdade e a capacidade do agente de tomar decisões. Segundo os autores Beauchamp e Childress, para uma ação ser considerada autônoma é pressuposto três condições: “a intencionalidade; o conhecimento; a não interferência” (DALL’AGNOL. 2004, p. 30). Regras que estão vinculadas ao princípio do respeito pela autonomia: falar a verdade, respeitar a privacidade dos outros, proteger informações confidenciais, obter consentimento para intervenções com pacientes etc.

O princípio da não-maleficência tem origem no princípio Hipocrático: *Primum non nocere*⁵ (acima de tudo, não causar dano). Afirma a obrigação de não causar dano intencional ou desnecessariamente. Algumas regras que abarcam o princípio da não-maleficência são: não matar, não causar dor ou sofrimento a outros, não causar incapacitação a outros, não causar ofensa a outros, não despojar outros dos prazeres da vida.

O princípio da beneficência é o princípio que defende que se deve fazer o bem aos outros. Deste princípio foram inferidas as regras: proteger e defender os direitos dos outros; prevenir dano; remover as condições que irão causar dano aos outros; ajudar pessoas deficientes; resgatar pessoas em perigo. O princípio da beneficência divide-se em dois tipos, a beneficência geral e a beneficência específica. A beneficência geral aplica-se a todas as pessoas, já a beneficência específica aplica-se a indivíduos ou grupos específicos, como as crianças, os amigos e os pacientes. A beneficência específica engloba a obrigação de ajudar, mas existem algumas situações específicas onde há obrigatoriedade de ajudar:

[...] uma pessoa X tem uma determinada obrigação de beneficência para com uma pessoa Y se e somente se cada uma das condições for satisfeitas (assumindo-se que

⁵ Juramento a Hipócrates: <http://www.cremesp.org.br>: conselho regional de medicina do estado de São Paulo.

X está ciente dos fatos relevantes): a) Se Y está em risco de perder a vida, de sofrer um dano à saúde ou de ter algum outro interesse importante prejudicado; b) Se a ação de X é necessária para evitar essa perda ou esse dano; c) Se a ação de X tem uma alta probabilidade de evitar a perda ou o dano; d) se o benefício que se espera que Y obtenha exceder os danos, os custos ou fardos que recairão sobre X. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 288-289).

O princípio da justiça foi dividido por Beauchamp e Childress em justiça formal e justiça material. O princípio da justiça formal é formulado da seguinte maneira: “*trate equitativamente as pessoas*” (DALL`AGNOL, 2004, p. 49). Já o princípio da justiça material pode ser formulado como: “*Distribua eficazmente os bens segundo a necessidade*” (DALL`AGNOL, 2004, p. 53.). Princípios materiais válidos de justiça distributiva:

[...] a todas as pessoas uma parte igual; a cada um de acordo com sua necessidade; a cada um de acordo com seu esforço; a cada um de acordo com sua contribuição; a cada um de acordo com seu merecimento; a cada um de acordo com as trocas de livre mercado. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 355-356).

Estes quatro princípios valem *prima facie*, são válidos à primeira vista, fazendo com que possuam a mesma importância e os mesmos são aplicados conforme o caso, em diferentes casos aplica-se diferentes princípios.

OS ESTRANHOS MORAIS

Em seu livro Fundamentos da Bioética, Engelhardt reconhece haver uma crença na existência de uma moralidade concreta, alcançada através da reflexão racional, disponível a todos, porém, ele afirma que a diversidade moral é real e ainda não foi levada a sério pela bioética. Engelhardt acredita que esta aspiração de uma moralidade concreta possui “profundas raízes na história ocidental”, pois, sustenta Engelhardt, que foi primeiramente aqui, no ocidente, onde se desejou uma forma sistemática de se ver a realidade, “a partir da perspectiva anônima da razão, do logos de qualquer pessoa – para articular uma visão normativa de qualquer lugar e fora de qualquer história particular” (ENGELHARDT, 1998, pg. 24).

Para defender sua opinião acerca da divergência sobre o tipo de moralidade, Engelhardt inicia uma jornada pela história da moralidade no mundo ocidental, nos levando até suas raízes. Nas palavras de Engelhardt: “Já nos pré-socráticos encontramos a ideia sob um ponto de vista canônico que transcende às culturas e aberto a todos” (ENGELHARDT, 1998, p. 24). Segundo Engelhardt, Heráclito (504 a. C.), afirmava:

O pensamento é comum a todos. Os homens devem falar com entendimento e apegar-se àquilo que é comum a todos, como uma cidade se apega a suas leis com firmeza. Porque todas as leis humanas são nutridas pela única lei divina. Como prevalecem enquanto desejam, bastam a todos, e ainda sobra alguma coisa. (ENGELHARDT, 1998, p. 24).

Após o enfraquecimento do cristianismo enfrentado no Ocidente houve um crescimento do iluminismo e da razão. Uma crença de que a razão poderia revelar o critério da vida boa e dos cânones gerais da consciência moral, além de qualquer narrativa moral particular crescia em todo o Ocidente. A Guerra dos Trinta Anos e a Guerra Civil da Inglaterra fizeram com que crescesse esta esperança de encontrar através da razão uma moralidade comum. O povo clamava por uma moralidade comum, descoberta a partir da razão que os conduzisse à paz perpétua. Para Engelhardt o grande objetivo filosófico moral moderno é “garantir a substancia moral e autoridade prometidas pela Idade Média ocidental por uma sinergia de graça e razão, mas agora por meio do argumento racional” (ENGELHARDT, 1998, p. 29). Porém, segundo ele, esta esperança mostrou-se falsa. Segundo Engelhardt, a filosofia não foi capaz de preencher o vazio deixado pela ruptura da primazia do pensamento cristão no Ocidente e mostrou-se apenas como mais uma nas várias filosofias e éticas concorrentes. Sobre esta tentativa fracassada da filosofia, Engelhardt afirma que:

A tentativa de sustentar um equivalente secular de uma única moral e narrativa metafísica da realidade, fragmentou-se em um politeísmo de perspectivas, com seu caos de diversidade moral e sua cacofonia de numerosas narrativas morais concorrentes. (ENGELHARDT, 1998, p. 30).

Esta diversidade de moralidades e este politeísmo de perspectivas, refletindo nossas limitações epistemológicas como condição sociológica é, segundo Engelhardt o que define a pós-modernidade. Para ele, a racionalidade triunfa, porém, não apenas como uma racionalidade, mas, uma pluralidade de racionalidades, e desta forma não se pode saber se a partir desta racionalidade secular poderemos ou não obter orientação moral ou metafísica. Esta diversidade de moralidades, ou seja, esta condição, gerada a partir das circunstâncias relatadas acima, define a pós-modernidade. A moralidade em questão é essa condição sociológica que reflete nossas limitações.

Engelhardt afirma que, mesmo com estas dúvidas acerca da racionalidade, houve indivíduos que tentaram transformar filosofias seculares particulares em movimentos de massa seculares impostos pelos governos. O marxismo, umas das filosofias mais disseminadas em todo o mundo, de maneira súbita, entrou em colapso, como se a fé tivesse fracassado, escreve Engelhardt. As grandes igrejas do Ocidente, consideradas sólidas, também estão encontrando um número cada vez menor de fiéis apesar de todo o esforço de restabelecer o centralismo social. Apesar de todos os esforços de uma renovação com enfoque no compromisso e florescimento da fé, a Igreja católica romana, principalmente na Europa Ocidental, deparou-se com dissidência e discórdia. Engelhardt afirma que com pequenas exceções dos muçulmanos e de alguns movimentos religiosos fundamentalistas, a crença religiosa de um modo geral tem definindo. Nas palavras do papa João Paulo II:

A descristianização, que pesa bastante sobre povos e comunidades anteriormente ricos em fé e vida cristã, compreende não apenas a perda de fé, nem em todo o caso está se tornando irrelevante para a vida diária, mas também, e necessariamente, um declínio ou obscurecimento do sentido moral. (ENGELHARDT, 1998, p. 31).

Engelhardt afirma, então, que a bioética contemporânea encontra-se com bases fundadas no ceticismo, perda de fé, convicções persistentes, uma diversidade de visões morais e ainda os crescentes desafios das políticas públicas, isto é, a bioética está situada dentro de um caos moral.

O cenário que se encontra as sociedades ocidentais contemporâneas é de secularismo, pluralismo e uma variedade de sentimentos e crenças morais. Os vários movimentos históricos dissolveram as mais tradicionais instituições religiosas. Engelhardt sustenta que tal diversidade, que hoje está em evidência, sempre existiu nas sociedades antigas, porém, de forma mais sutil. A Europa ocidental sempre abrigou judeus, hereges, agnósticos e ateus, apesar de sua maioria católica, entretanto, esta pluralidade foi suprimida pela maioria católica, contudo, se não houvesse a dominação de tal religião, seria improvável haver uma sociedade não pluralista. Se nos ativermos ao modelo de polis elaborado por Aristóteles, veremos que se tratava de uma cidade pequena e pouco receptiva a imigrantes e quaisquer outros que pudessem fragmentar sua unidade cultural. A comunidade moral exemplar criada por Aristóteles possuía uma relevante uniformidade, para que fosse mantida sua unidade e identidade.

Tendo recorrido a respeito da história da moralidade ocidental e suas dificuldades, o autor adentra sua teoria sobre moralidade essencial e estranhos morais, duas expressões fundamentais neste trabalho. Por moralidade essencial podemos entender uma moralidade puramente continuísta onde as pessoas transmitem aos esforços comuns a autoridade moral de seu consentimento. Estranhos morais são aqueles indivíduos que não compartilham das mesmas opiniões, crenças e visão moral. Entre estranhos morais não é possível de resolver desavenças entre si através da argumentação racional, eles possuem a necessidade de resolver suas diferenças por meio de um acordo comum por intermédio de indivíduos e instituições de autoridade reconhecida para resolver as desavenças morais e dar orientação moral essencial, pois, eles não compartilham uma visão moral que lhes permita que resolvam seus conflitos com base em premissas morais comumente aceitas. As diferentes visões morais fazem com que haja diferentes interpretações de premissas e regras. Os estranhos morais são opostos aos amigos morais que compartilham a mesma visão e possuem a mesma postura moral, e os mesmos valores, o que possibilita a resolução de suas desavenças por meio de uma argumentação racional. Numa mesma sociedade encontramos diferentes sistemas morais e, segundo Engelhardt, esta é a composição da sociedade contemporânea, ou seja, é sobre este pressuposto que devemos nos basear. Os diferentes sistemas morais estão presentes

em comunidades compostas por amigos morais e estranhos morais, por causa deste misto (de amigos morais e estranhos morais), existe o fato de não se obter o êxito na tentativa de implementar uma moral única na sociedade, seja ela secular ou fundada na religião. Para Engelhardt o único instrumento mediador diante de uma sociedade secular é a argumentação racional. Para nosso autor, a divergência quanto à aplicação de princípios *prima facie* é válida apenas entre amigos morais, haja vista que, entre estranhos morais, que não possuem a mesma visão moral, a discussão não seria possível. Segundo Engelhardt:

(...) não é possível evitar essas dificuldades recorrendo a princípios de nível intermediário, conforme sugerido por Beauchamp e Childress. Ambos afirmam que os princípios de nível intermediário podem ser usados por indivíduos com diferentes perspectivas morais e teóricas, permitindo assim que tanto os consequencialistas como os deontológicos usem os princípios de nível intermediário para resolver controvérsias bioéticas. Sendo bem-sucedida, essa tática proporcionaria uma abordagem não-fundamentalista à bioética. Esses apelos serão de fato possíveis quando indivíduos com as mesmas ou semelhantes visões morais ou teorias do bem e da justiça reconstruírem seus sentimentos morais dentro de abordagens teóricas divergentes. (ENGELHARDT, 1998, p. 85-86).

Podemos entender com base nesta afirmação que para que princípios com validade *prima facie* como os princípios do principialismo possam ser utilizados em uma sociedade secular, constituída por estranhos morais, como as sociedades ocidentais contemporâneas, há a necessidade de um acordo comum intermediado por uma autoridade que possa dar a orientação moral essencial e resolver o conflito. Como foi dito na citação acima, os apelos por uma resolução dos conflitos entre princípios *prima facie* são possíveis quando indivíduos que partilham as mesmas visões morais reconstituírem seus sentimentos morais dentro de abordagens teóricas divergentes, porém, entre estranhos morais, isso não é possível e, como nossa sociedade é constituída por estranhos morais, fica clara a necessidade e a importância que a Teoria da Ponderação de Alexy, pode representar para o Principialismo. É proposto aqui que seja utilizada como critério de escolha dos princípios do Principialismo a teoria da ponderação, criada por Alexy especificamente para resolver conflitos entre princípios.

Na teoria de Alexy, a proporcionalidade era considerada um princípio como os demais, ao perceber suas qualidades, Alexy decidiu atribuir a este princípio a função de ser uma condição de aplicação dos princípios. Podemos entender, de maneira simples, que a ponderação é a aplicação da proporcionalidade nos casos de colisões entre princípios.

Para compreendermos melhor a ideia de Alexy, apresentaremos, brevemente, a seguir parte de sua teoria de princípios e a teoria da ponderação.

REGRAS E PRINCÍPIOS

Para a teoria dos direitos fundamentais⁶ de Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Sem esta definição não é possível haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. A distinção entre regras e princípios torna-se principalmente importante no que se refere aos conflitos de regras ou colisões de princípios.

Para que pudesse ser feita a distinção entre regras e princípios, Alexy inicia por conceituar o termo “norma”. São as normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais. As normas são formuladas através de expressões deonticas básicas da ordem da permissão, proibição e obrigatoriedade. Alexy afirma que qualquer enunciado que contenha tais “operadores deonticos” (permissão, proibição ou obrigação) é considerado uma norma. As normas podem ser distinguidas entre regras e princípios, pois, tanto as regras quanto os princípios possuem “operadores deonticos”, ambos dizem o que deve ser. Porém, regras e princípios constituem tipos de normas diferentes entre si. As regras são “mandamentos definitivos”, ou seja, elas se apresentam sob a forma de um conteúdo determinado que é ou não realizado em sua totalidade. Dworkin diferencia de acordo com a natureza lógica as regras dos princípios, afirmando que, diferente dos princípios, a aplicação das regras resultará sempre no “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), não há meio termo.

Segundo Alexy, o ponto chave na distinção entre regras e princípios é que “*princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*” (ALEXY, 2008, p. 90), significando que podem ser satisfeitos em diferentes graus, pois, sua medida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas, como visto acima, depende também das possibilidades jurídicas. Dworkin afirma que outra distinção importante entre regras e princípios é que princípios possuem a dimensão do peso ou importância. Isso fica evidente quando os princípios se inter cruzam e quem está decidindo o conflito necessita levar em conta a “força relativa” de cada princípio. Ao contrário, as regras não possuem tal dimensão, pois, no caso das regras podemos dizer que são “funcionalmente” importantes ou desimportantes. Se ocorrer de duas regras entrarem em conflito uma delas não pode ser válida.

Em alguns casos, regras e princípios desempenham um papel muito semelhante, e sua distinção torna-se uma questão apenas de “forma”, como afirma Dworkin na seguinte declaração:

⁶ Teoria desenvolvida por Robert Alexy em sua obra intitulada: Teoria dos Direitos Fundamentais. Nesta obra Alexy desenvolve sua distinção entre princípios e regras.

Quando uma regra inclui um desses termos (razoável, injusto, significativo, negligente), isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. (DWORKIN, 2002, p. 45).

CONFLITO ENTRE REGRAS E COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS

No caso de colisão entre princípios e conflitos entre regras, a diferença entre ambos, regras e princípios, se torna mais clara. Vejamos a seguir.

CONFLITOS ENTRE REGRAS

Como vimos anteriormente, no caso de haver um conflito entre regras, uma delas será inválida. Alexy afirma que:

[...] um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92).

Caso ocorra a impossibilidade de acréscimo de uma cláusula em uma das regras, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, pois, o conceito de validade jurídica não é gradual, ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social, no caso da validade jurídica, uma norma jurídica é válida, ou não é.

Alexy sustenta que sendo uma regra válida e aplicável a um caso concreto, então, significa que sua consequência jurídica também é válida. De maneira alguma é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Caso ocorra a possibilidade de se aplicar duas regras com consequências concretas que sejam contraditórias entre si, e tal contradição não puder ser eliminada através da introdução de uma cláusula de exceção, então, ao menos uma das regras conflitantes deverá ser declarada inválida.

A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

As colisões entre princípios são solucionadas de maneira completamente diferente dos conflitos entre regras. Se ocorre de dois princípios colidirem, como por exemplo, se um dos princípios suporta que algo é permitido, e outro suporta que este mesmo algo é proibido, um dos princípios terá que ceder, porém, o princípio que cedeu não será inválido, ou receberá uma cláusula de exceção, como ocorre com as regras. O que ocorre, segundo Alexy, é que: “[...] um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão de procedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, 2008, p. 93). As colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso, já os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade.

PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Na teoria de Alexy, a proporcionalidade era considerada um princípio como os demais, ao perceber suas qualidades, Alexy decidiu atribuir a este princípio a função de ser uma condição de aplicação dos princípios. Podemos entender, de maneira simples, que a ponderação é a aplicação da proporcionalidade nos casos de colisões entre princípios.

A natureza dos princípios, como já vimos até aqui, implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela. Segundo Alexy:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais⁷ da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 116,117).

Quando ocorre de duas normas de direito fundamentais com caráter de princípio antagônicos colidirem-se, a possibilidade jurídica para a realização de uma destas normas ou princípios, depende do princípio antagônico, pois, é necessário realizar um sopesamento nos termos da lei de colisão, para se alcançar uma decisão. A lei de colisão, segundo Alexy, representa o suporte fático, as circunstâncias sob as quais um princípio tem prioridade frente a outro. A análise ocorre através de mandamentos de otimização e, não existe uma relação absoluta de precedência ou prioridade entre os princípios.

A teoria da ponderação aplicada ao principialismo consiste na união de duas teorias totalmente compatíveis entre si. O principialismo constituído de seus quatro princípios *prima facie*, possui uma necessidade quanto a ordem de aplicabilidade de seus princípios, tal necessidade é trabalhada na teoria da ponderação. A teoria da ponderação aponta um método para resolução de colisão entre princípios, como ocorre no principialismo, onde em um caso particular observamos a possibilidade de aplicação de um ou mais princípios, ocorrendo assim uma colisão entre princípios.

Os quatro princípios do principialismo devem ser submetidos à teoria da ponderação, sempre que servirem de fundamento para uma decisão. A teoria da ponderação permite que uma análise seja feita e o princípio que melhor se adaptar a situação será escolhido. É importante ressaltar que a utilização da teoria da ponderação só se faz necessária caso ocorra uma colisão entre princípios. Caso haja uma situação onde apenas um princípio seja

⁷ Aqui o autor adiciona este apêndice para fundamentar sua escolha em chamar de “três máximas parciais”. Nas palavras do autor: “Sobre as três máximas parciais da proporcionalidade, cf., com diversas referências, Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Shwartz, 1981, PP. 2,50 e SS.; cf. também Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot” *AöR* 104 (1979), pp. 415 e ss.; Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR* 98 (1973), pp. 571 e ss.; Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, *NJW* 21 (1968), pp. 1.601 e ss.; Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln: Heymann, 1961, pp. 19 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, München: Beck, 1977, p 674; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, *JuS* 23 (1983), p. 851. ALEXY, 2008, p. 116,117.

aplicável, ou mais de um princípio, porém, estes princípios aplicáveis a esta situação não sejam colidentes, não há necessidade da aplicação da teoria da ponderação. Para os casos onde ocorre a colisão de princípios, a aplicação da teoria da ponderação se faz necessária e, certos aspectos devem ser observados quanto a sua aplicação: deve-se apresentar os princípios colidentes, que serão submetidos à ponderação, aplicar a ponderação nos princípios colidentes e, por último, deve-se fundamentar a ponderação.

CONCLUSÃO

A teoria da ponderação possui raízes firmes no direito. Sua eficácia já foi comprovada com muitos anos de aplicação em julgamentos onde se viu a necessidade de tal. Para o principialismo, a teoria da ponderação pode representar uma possibilidade de proporcionar a esta teoria bases mais sólidas. Os conflitos entre princípios seriam resolvidos através de um método e não mais através de do julgamento da moralidade comum.

Como foi visto, Engelhardt acredita que o projeto filosófico moderno que procura descobrir uma moralidade canônica essencial é fracassado e, este fracasso se constitui a catástrofe fundamental da cultura secular contemporânea e enquadra o contexto da bioética hoje (Engelhardt, 1998, pg. 34). Ao se deparar com estranhos morais o argumento racional não consegue resolver as controvérsias morais. Ao defrontar-se com estranhos morais o indivíduo não compartilha princípios morais suficientes para que seja possível sanar controvérsias morais por intermédio de argumentos racionais e, quando tenta resolver racionalmente tais conflitos, as discussões se prolongam sem uma conclusão final. E para tanto, é necessário que se encontre uma resposta a este problema, problema este que as sociedades ocidentais contemporâneas apresentam. Com este intuito, apresentamos aqui uma alternativa que acreditamos possibilitar a aplicação de princípios *prima facie* em uma sociedade secular, composta por estranhos morais. O grande impedimento à utilização de princípios deste tipo em uma sociedade secular, segundo Engelhardt, é o fato de não partilharmos da mesma visão moral de todos os indivíduos que compõe esta sociedade, isso faz com que se torne impossível a argumentação racional como meio de se chegar a um acordo. Para que isso seja alcançado é preciso de um critério que julgue os conflitos, e que seja um critério comum a todos e aceito por todos, sejam estes amigos morais ou estranhos morais. Como visto anteriormente, a moral não possui tais características, isto é, não pode servir de critério em uma sociedade com diferentes visões morais. Poderia-se utilizar para julgamento de casos de conflitos entre princípios *prima facie* a teoria da ponderação, que é uma espécie de princípio lógico e desta forma é aceito, tanto por estranhos morais quanto por amigos morais. Sugerimos então, que seja utilizada como critério a teoria da ponderação, criada por Alexy especificamente para resolver conflitos entre princípios.

Como dito no início deste artigo, algumas questões surgiram a partir da elaboração do principialismo, tais como: os quatro princípios seriam suficientes? Deveriam ser acrescentados outros valores? Deveria existir uma hierarquia de princípios? Um princípio deveria ter o valor de mediador de todos os outros? Propomos aqui, a aplicação da teoria da ponderação como uma solução a tais questionamentos. Ao aplicar a teoria da ponderação, eliminamos a necessidade de se acrescentar outros valores, eliminamos a necessidade de se estabelecer uma hierarquia de princípios e, demonstramos que não há necessidade de um princípio possuir o valor de mediador de todos os outros, pois, esta função caberia, agora, a ponderação, que através de um procedimento de três passos: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, demonstra as possíveis soluções para as colisões de princípios, como o que ocorre no principialismo, permitindo que o principialismo continue a ser aplicado, agora sem os questionamentos que antes o assombravam, mas sim com uma teoria corroborando para que as decisões tomadas a partir de seus princípios sejam fortemente fundamentadas, sem a necessidade de futuros questionamentos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo. 2008.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores. São Paulo, 2003.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.
- DALL'AGNOL, Darlei. Bioética: princípios morais e aplicações. Ed. DP&A. Rio de Janeiro, 2004.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª edição. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2005.
- ENGELHARDT, H. Tristram. Fundamentos da bioética. 2. Ed. Loyola, São Paulo, 1998.
- GERT, Bernard. Bioethics: a return to fundamentals. Oxford University Press. New York, 1977.
- HECK, José. Bioética: autopreservação, enigmas e responsabilidade. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2011.
- VOLPATO DUTRA, Delamar José. Manual de Filosofia do Direito. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

<http://www.cremesp.org.br> – site do conselho regional de medicina do estado de São Paulo. Acesso em 21 de maio de 2011.