Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro Biomédico

Instituto de Medicinal Social

Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação

Rio de Janeiro

2014

Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em regime de associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Fundação Oswaldo Cruz e da Universidade Federal Fluminense. Área de concentração: Bioética e Ética Aplicada

Orientadora: Prof.ª Dra. Heloísa Helena Barboza

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CB/C

V697 Vilardo, Maria Aglaé Tedesco.
Decisões judiciais no campo da biotecnociência : a bioética como fonte de legitimação / Maria Aglaé Tedesco Vilardo. – 2014.
216 f.

Orientadora: Heloisa Helena Barboza.
Tese (Doutorado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social.
Regime de associação com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, Fundação Oswaldo Cruz e Universidade Federal Fluminense.

1. Bioética - Teses. 2. Ética jurídica - Teses. 3. Direitos humanos – Teses. 4. Direito e ética - Teses. I. Barboza, Heloisa Helena. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social. III. Título.

CDU 61:34

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em regime de associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Fundação Oswaldo Cruz e da Universidade Federal Fluminense. Área de concentração: Bioética e Ética Aplicada.

Aprovada em 28 de março de 2014.

Banca examinadora: _____

Prof.ª Dra. Heloisa Helena Barboza (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof.ª Dra. Marisa Palácios da Cunha e Melo de Almeida Rego
Instituto de Estudos de Saúde Pública – UFRJ

_____

Prof. Dr. Fermin Roland Schramm
Escola Nacional de Saúde Pública – FIOCRUZ

_____

Prof.ª Dra. Maria Cristina de Brito Lima
Faculdade de Direito – Fundação Getúlio Vargas

_____

Prof.ª Dra. Flávia de Almeida Viveiros de Castro
Faculdade de Direito – PUC/RJ

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Ao meu amado filho Giovanni, com toda a imensidão deste amor.

À minha mãe Leda, com o meu enorme carinho e gratidão.

Ao meu pai Raul, com as mais doces lembranças.

À minha irmã Maria Teresa, com a gigante cumplicidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à orientadora, Profa. Dra. Heloisa Helena Barboza, por aceitar, desde o início, acompanhar-me neste caminhar, em constante respeito à minha autonomia e precisa orientação em suas sugestões, especialmente nas indicações de leituras, tão necessárias a quem, oriundo do direito, deseja conjugar a filosofia às discussões jurídicas no campo da bioética.

Ao Prof. Dr. Tom Beauchamp, supervisor durante o período de pesquisa do doutorado sanduíche, que me recebeu no Kennedy Institute, em Washington DC, EUA, com enorme atenção e conversas profundas sobre as diferenças sociais entre nossos países e semelhanças ideológicas quanto aos nossos propósitos no estudo da bioética.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação, por terem aberto um novo mundo de conhecimentos para mim, especialmente a Profa. Dra. Marilena Correa, Profa. Dra. Marisa Palácios, Prof. Dr. Fermin Roland Schramm, Prof. Dr. Olinto Pegoraro, Profa. Dra. Claudia Osorio, Prof. Dr. Rodrigo Batista Siqueira, Prof. Dr. Carlos Dimas Martins Ribeiro.

Aos funcionários das quatro instituições associadas que colaboraram para solução dos problemas administrativos, especialmente Simone Silva, da UFRJ, e Simone Motta, da UERJ.

Aos colegas da turma e de todo o Programa, das diferentes áreas profissionais, que, em nossas discussões, contribuíram para meu crescimento e acrescentaram a visão transdisciplinar, tão importante para a atuação jurídica.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que me concedeu a licença para cursar o doutorado sanduíche, acreditando na melhoria do exercício da função judicante, através dos estudos.

À CAPES, pela oportunidade, jamais imaginada por mim, de aperfeiçoar o conhecimento através da pesquisa no exterior e trocar experiências e ideias em um dos maiores centros de estudo de bioética, com o auxílio de bolsa de estudos.

À cada uma das partes, autor e réu, que julguei em inúmeros processos, durante os vinte anos de exercício da magistratura, o meu singelo agradecimento por terem me permitido exercer o que mais gosto de fazer, colaborar para que as pessoas tenham uma vida melhor, ciente de que, nem sempre, consegui fazê-lo.

À querida Martina Darragh, diretora-adjunta da biblioteca “The Bioethics Research Library at Georgetown University” que, durante minha pesquisa no exterior, me acolheu de forma especial.

À minha irmã e grande amiga, Profa. Dra. Maria Teresa Tedesco Vilardo Abreu, por toda ajuda e apoio, inúmeras leituras, debates, revisões, críticas e sugestões, meu agradecimento especial. Seu exemplo tem grande significado em minha vida. A amizade que construímos a cada dia me faz querer ser um Ser humano melhor, mais generosa, menos egoísta, como você.

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de porque se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e o outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

Fernando Pessoa

RESUMO

TEDESCO VILARDO, M.A. **Decisões judiciais no campo da biotecnociência**: a bioética como fonte de legitimação. 2014. 216f. Tese (Doutorado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação, em associação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Federal Fluminense e da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014.

A tese analisa decisões judiciais prolatadas em casos da bioética clínica, especificamente: requerimento de autorização para interrupção de gestação de feto anencéfalo, liberdade de recusa à imposição de procedimento de transfusão de sangue em razão de crença religiosa em paciente Testemunha de Jeová e a mudança de nome e sexo de transexual com ou sem realização de cirurgia de transgenitalismo. A escolha dos três tipos de casos levados a julgamento ao Poder Judiciário se deu em virtude de serem questões características ao direito existencial, de repercussão no Ser do indivíduo, em seus direitos personalíssimos. Para isso foram analisadas 84 decisões judiciais, mediante a aplicação da teoria Principiológica de Beauchamp & Childress e análise de cada decisão quanto à aplicação dos quatro Princípios que desenvolve: do respeito à autonomia, da não maleficência, da beneficência e da justiça. O resultado da análise demonstrou que ao utilizar os quatro Princípios, com especificação e ponderação dos mesmos, o julgador profere decisões de cunho liberal. Quando não utiliza os Princípios ou extrapola os limites de sua aplicação, o julgador profere decisões de cunho conservador. As decisões judiciais de caráter liberal são despidas de preconceitos e moralismos e permitem o respeito aos direitos individuais sem descuidar dos direitos dos demais membros da sociedade. As decisões conservadoras se baseiam na literalidade da lei e violam direitos individuais, sem acrescentar segurança à sociedade. A apropriação desta teoria da ética biomédica pelo biodireito, se apresenta como método seguro e eficaz na prolação de decisão judicial em casos da bioética clínica e conduz o julgador a decisões mais justas por serem apoiadas em boas razões.

Palavras-chave: Bioética clínica. Biodireito. Direitos existenciais. Decisões judiciais. Moral. Direito.

ABSTRACT

TEDESCO VILARDO, M.A. **Judicial decisions in the field of biotechnology**: bioethics as a source of legitimation. 2014. 216f. Tese (Doutorado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação, em associação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Federal Fluminense e da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014.

The thesis analyzes judicial decisions rendered in clinical bioethics cases, specifically requests for permission to termination of pregnancy of anencephalic fetus, freedom to refuse the imposition of blood transfusion procedure for Jehovah's Witnesses because of religious belief, and the change of name and sex with or without the performance of sex reassignment surgery. The choice of these three types of cases brought to the Judiciary for trial was due to their being issues characteristic of existential law, that have an impact on the individual Being, on his very personal rights. For that, 84 judicial decisions were analyzed, through the appropriation of the Beauchamp and Childress Principles theory and the analysis of each decision as to the application of the four Principles that it develops: respect for autonomy, non-maleficence, beneficence and justice. The result of the analysis showed that using the four principles, specifying and pondering them, the judge enters decisions of liberal intent. When he does not use the Principles or when he crosses the limits of their application, the judge enters decisions for conservative intent. Judicial decisions of liberal character are stripped of prejudice and moralism and allow respect for individual rights without neglecting the rights of other members of society. Conservative decisions are based on the literalness of the law and violate individual rights, without adding security to society. The appropriation of the biomedical ethics theory by biolaw represents a safe and effective method for the entry of judicial decisions in clinical bioethics cases and leads the judge to fairer decisions, for being supported by good reasons.

Keywords: Clinical bioethics. Biolaw. Existential rights. Judicial decisions. Morals. Law.

RIASSUNTO

TEDESCO VILARDO, M.A. *Decisioni giudiziali nel campo della biotecnoscienza: la bioetica come fonte di legittimazione.*2014. 216f. Tesi (Doutorado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação, em associação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Federal Fluminense e da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014.

La tesi analizza decisioni giudiziali pronunciate in casi di bioetica clinica, e specificamente, la richiesta di autorizzazione per l'interruzione della gravidanza con feto anencefalico, la libertà di rifiutare l'imposizione del procedimento di trasfusione di sangue ai Testimoni di Geova data la loro credenza religiosa e il cambiamento di nome e sesso di transessuale con o senza la realizzazione d'intervento chirurgico di conversione sessuale. La scelta di questi tre tipi di casi sottoposti al giudizio del Potere Giudiziario è dovuta al fatto che si tratta di questioni caratteristiche del diritto esistenziale, che si ripercuotono sull'Essere dell'individuo, sul suo diritto molto personale. A tal fine sono state analizzate 84 decisioni giudiziali, mediante l'appropriazione della teoria Principiologica di Beauchamp & Childress e l'analisi di ognuna delle decisioni a proposito dell'applicazione dei quattro Principi che essa stabilisce: rispetto dell'autonomia, non maleficenza, beneficenza e giustizia. Il risultato dell'analisi ha dimostrato che utilizzando i quattro Principi, con la specificazione e la ponderazione degli stessi, il giudice proferisce decisioni di stampo liberale. Quando non utilizza tali Principi o oltrepassa i limiti della loro applicazione, il giudice proferisce decisioni di stampo conservatore. Le decisioni giudiziali di carattere liberale sono prive di preconcetti e moralismi e permettono il rispetto dei diritti individuali senza trascurare i diritti degli altri membri della società. Le decisioni conservatrici, si basano sull'applicazione letterale della legge e violano diritti individuali, senza accrescere la sicurezza della società. L'appropriazione di questa teoria dell'etica biomedica da parte del biodiritto si presenta come un metodo sicuro ed efficace nel proferimento di decisioni giudiziali nei casi di bioetica clinica e conduce il giudice a decisioni più giuste poiché supportate da buone ragioni.

Parole chiave: Bioetica clinica. Biodiritto. Diritti esistenziali. Decisioni giudiziali. Morale. Diritto.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Decisões judiciais para autorização de interrupção de gestação de feto anencéfalo.

Tabela 2 - Decisões judiciais com pedido para mudança de nome e/ou sexo de transexual com ou sem cirurgia de transgenitalização.

Tabela 3 - Resultado quantitativo das decisões judiciais de acordo com a realização ou não de cirurgia de transgenitalização.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
ONU	Organização das Nações Unidas
OMS	Organização Mundial de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
SUS	Sistema Único de Saúde
CFM	Conselho Federal de Medicina

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	**BIOÉTICA, DIREITO E SAÚDE: CONCEITOS INTERDISCIPLINARES**	18
1.1	**Conceitos básicos**	18
1.1.1	Direitos existenciais	18
1.1.2	Princípios e regras	20
1.1.3	Lei e moral	24
1.1.4	Decisões judiciais conservadoras e liberais	26
1.1.5	Conceito de saúde	30
1.2	**Teorias e princípios da bioética**	35
1.2.1	Bioética e moralidade	36
1.2.2	Bioética secular	38
1.2.3	Bioética confessional	39
1.2.4	Bioética fenomenológica	40
1.2.5	Bioética baseada nas consequências ou na deontologia	42
1.3	**Bioética principialista**	44
1.3.1	Princípio do respeito à autonomia	48
1.3.2	Princípio da não maleficência	52
1.3.3	Princípio da beneficência	55
1.3.4	Princípio da justiça	60
2	**DECISÕES JUDICIAIS NO CAMPO DA BIOÉTICA CLÍNICA**	64
2.1	**Seleção das decisões judiciais**	64
2.2	**Categorias e subcategorias de análise**	66
2.3	**Acórdãos do Grupo 1 - Pedido para autorização de interrupção de gestação de feto anencéfalo**	67
2.4	**Acórdãos do Grupo 2 – Pedido para imposição de procedimento médico de transfusão de sangue a paciente Testemunha de Jeová que o recusa por crença religiosa**	71
2.5	**Acórdãos do Grupo 3 – Pedido para mudança de nome e de sexo de transexual com ou sem cirurgia de transgenitalização**	72

3 **OS PRINCÍPIOS REVELADOS NOS DADOS NAS DECISÕES JUDICIAIS** 76
3.1 **Grupo 1- Interrupção de gestação de feto anencéfalo** 76
3.1.1 Padrões de decisão e suas justificativas 76
3.1.2 *Status* moral 77
3.1.3 Aplicação da Teoria Principialista aos dados coletados 80
3.1.3.1 Princípio do respeito à autonomia 80
3.1.3.2 Princípio da não maleficência 91
3.1.3.3 Princípio da beneficência 102
3.1.3.4 Princípio da justiça 109
3.1.3.5 Conclusão da análise do primeiro grupo 121
3.2 **Grupo 2 – Obrigatoriedade de transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová que a recusam** 125
3.2.1 Resumo do caso da decisão paradigmática 125
3.2.2 Aplicação da Teoria Principialista aos dados coletados 132
3.2.2.1 Princípio do respeito à autonomia 132
3.2.2.2 Princípio da não maleficência 143
3.2.2.3 Princípio da beneficência 147
3.2.2.4 Princípio da justiça 154
3.2.2.5 Conclusão da análise do Segundo Grupo 162
3.3 **Grupo 3 - Mudança de nome e de sexo de transexual** 163
3.3.1 Aplicação da Teoria Principialista aos dados coletados 163
3.3.1.1 Princípio do respeito à autonomia 163
3.3.1.2 Princípio da não maleficência 175
3.3.1.3 Princípio da beneficência 181
3.3.1.4 Princípio da justiça 191
3.3.1.5 Conclusão à análise do terceiro grupo 201
3.4 **O que revela o conjunto das decisões à luz da Teoria Principiológica** 202
CONCLUSÃO 208
REFERÊNCIAS 212

INTRODUÇÃO

Quando o juiz decide um caso judicial sobre questão da bioética clínica, deve decidir não só sobre o aspecto legal do caso, como também sobre o seu aspecto moral. O julgador possui seus próprios valores morais que não devem influenciar na decisão, especialmente, por vivermos em uma sociedade plural, necessitando de método adequado para organizar seu raciocínio, para interpretar a lei vigente com base na ordem Constitucional e para concluir, sem discriminação ou violação a direitos individuais e sociais. Por essa razão, a pesquisa ora apresentada se baseia na teoria da bioética, com o propósito de contribuir para o julgamento jurídico.

Na apreciação de questões de difícil solução, as teorias da bioética oferecem estrutura que auxiliam na análise do caso e organizam os argumentos do juiz. É possível que o julgador esteja aplicando, em sua decisão, uma teoria ou princípio da bioética sem a consciência dessa utilização. Dessa forma, o juiz, ao reconhecer e ao conceder direitos nessa área, de forma liberal, como ocorre em algumas decisões, o faz, utilizando conceitos e princípios bioéticos, especialmente da bioética Principialista. Em contraposição, quando decide de forma conservadora, repetindo os ditames da lei ou o senso moral comum, viola um ou mais dos Princípios bioéticos.

No dia a dia, o Poder Judiciário recebe inúmeros casos para julgamento, que dizem respeito à área de saúde e à distribuição de recursos nesta área, para a concessão do direito à saúde, previsto na Constituição como um direito social e universal. Há processos judiciais que visam à adequada alocação de recursos e ao suprimento de carências imediatas, como recebimento de medicamentos, de órteses e próteses, de internação hospitalar, de tratamentos convencionais ou ainda em fase de pesquisa, para realização de cirurgias ou para utilização de recursos da saúde privada às expensas do Poder Público da União, Estado e Município. São ações judiciais de repercussão social e econômico-financeira porque interferem no planejamento financeiro-administrativo da Administração Pública e no equilíbrio do recebimento de direitos, de forma equânime, por toda a população.

Outros tipos de processos judiciais dizem respeito a questões pontuais dos indivíduos, ligados diretamente a sua existência, mas também com reflexo no grupo extenso que vivencia situações semelhantes. Nestes, embora haja repercussão social e econômico-financeira, estas não são as consequências de maior relevância. O mais importante é a repercussão da decisão

judicial no plano da existência da pessoa, na sua realização pessoal para o alcance da felicidade e da satisfação próprias, desenvolvendo plenamente suas potencialidades e desejos.

Considerando a relevante função do Poder Judiciário nas decisões dos problemas dos cidadãos, a presente tese analisa decisões judiciais que abrangem o campo da bioética clínica e dos conflitos legais e morais decorrentes dos avanços do conhecimento científico, da biologia e da tecnologia. A bioética exige o caminho transdisciplinar para maior contribuição ética e filosófica. É uma disciplina ética prática, preocupada com a relação entre a ciência e a ética e com os problemas provenientes dos avanços biotecnocientíficos, os quais possuem a capacidade de transformar os sistemas vivos.

Um dos momentos em que ocorre a relação entre a bioética e o direito é a prolação da decisão judicial, com a precedente análise de um caso concreto oriundo do conflito gerado pelos avanços biotecnocientíficos. A análise do caso ocorre com um estudo das outras áreas do conhecimento para colaborador na formação do argumento para a decisão judicial, como caminho metodológico, em apoio ao desenvolvimento do raciocínio jurídico.

Os avanços mencionados permitem, entre outras novidades, a antecipação das consequências na vida e na saúde do ser humano, anteriormente difíceis de serem antecipadas, como verificar grave doença em feto em gestação, a possibilidade de escolha entre diversos procedimentos médicos, à disposição do paciente, bem como de realização de modificações no próprio corpo, alterando a aparência sexual. Utilizando estes avanços biotecnológicos, o indivíduo busca o seu bem estar e a sua felicidade, confrontando-se com a limitação de seus atos em decorrência da convivência em sociedade que dificilmente aceita o diferente. É fundamental a discussão ética acerca da moralidade dos atos do indivíduo e suas decisões, especialmente quando se busca a ampliação dos limites do exercício dos direitos individuais junto ao Poder Judiciário, em razão de uma imposição legal ou social.

Quando o indivíduo se vê limitado em seus direitos, requerendo reconhecimento civil ou autorização para a prática de determinado ato, pode ingressar com processo judicial, pedindo que o juiz o autorize a praticar o ato restringido por lei existente ou por costume ou por norma moral da sociedade. O Poder Judiciário também pode ser acionado por terceiros para impor ao indivíduo que proceda de acordo com alguma norma legal ou moral. Proposta a ação judicial, cabe ao juiz apresentar uma solução jurídica, e de profunda perspectiva moral, havendo ou não legislação para auxiliar na construção da resposta para a questão. A decisão deve ser fundamentada e justificada, com base na lei em vigor, em consonância com a Constituição Federal (CF). Além de decidir o caso concreto, servirá de referência para a

solução de casos futuros, quando as circunstâncias forem as mesmas. Por isso, a enorme responsabilidade do juiz, ao prolatar uma decisão.

O objetivo geral da pesquisa bibliográfica de que resultou a tese é apresentar caminho metodológico, a partir da teoria Principialista de Beauchamp & Childress,[1] a ser percorrido pelo julgador para decidir casos judiciais que envolvam direitos fundamentais dos indivíduos, tais como o direito à vida, à liberdade, à privacidade e intimidade e à saúde, e em que circunstâncias um destes direitos fundamentais pode prevalecer sobre outro, já que todos são garantidos da mesma forma pela Constituição Federal Brasileira.

O objetivo específico é comprovar que a jurisprudência,[2] devidamente respaldada por coerentes argumentos estruturados metodologicamente, oferece a segurança jurídica normalmente proporcionada pela existência de leis escritas e a justiça que se espera na aplicação destas normas jurídicas, tendo por base a interpretação da norma constitucional e das leis ordinárias que podem ser conjugadas com o uso de ferramentas próprias da bioética, em especial os quatro Princípios da teoria utilizada, como forma de aprimorar os julgados em casos próprios da bioética clínica.

A biotecnociência é um paradigma científico do qual derivam as biotecnologias, segundo Schramm.[3] Este neologismo indica a interação entre sistemas complexos, próprios dos seres e ambientes vivos, em razão da ação de sistema técnico e de informação e a orientação desta ação sobre os mesmos. Com base neste paradigma, para a pesquisa foram selecionados acórdãos[4] de processos relativos a três temas específicos da bioética clínica: a autorização de interrupção de gestação de feto anencéfalo, a liberdade de recusa à imposição de procedimento de transfusão de sangue para paciente Testemunha de Jeová em razão de crença religiosa e a mudança, no registro público, de nome e de sexo de transexual com ou sem realização de cirurgia de transgenitalização. A escolha teve em mira processos de natureza existencial, afastando-se os de cunho patrimonial, ou seja, escolhidos foram os julgados que envolvem o sentido do "ser" e não o do "ter". O conflito surge em razão da ausência ou insuficiência de legislação específica sobre os referidos temas, o que exige a

---

[1] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7. ed. London: Oxford University Press, 2013.

[2] Decisões dos Tribunais reiteradas no mesmo sentido.

[3] SCHRAMM, Fermin R. - Existem boas razões para se temer a biotecnociência? **Revista BioEthikos**- Centro Universitário São Camilo - 2010;4(2):189-197 Disponível em: http://www6.ensp.fiocruz.br/repositorio/sites/default/files/arquivos/ExistemBoasRazoes.pdf Acessado em março de 2014.

[4] Decisões dos Tribunais em segundo grau de julgamento e proferidas por órgão colegiado.

busca de um conjunto de normas gerais para reger a aplicação, a subsunção, a interpretação para solução das questões submetidas ao Judiciário, como destacado por Barboza.[5]

Na fundamentação teórica, são abordados os conceitos de direitos existenciais, normas, princípios e regras, a lei e a moral e as decisões judiciais conservadoras e liberais. Apresenta-se o conceito de saúde e o debate sobre o normal e o patológico, e do monstro humano, à luz de Foucault para compreensão profunda do conceito de saúde, em especial sob seus aspectos éticos e jurídicos. Apresentam-se as teorias e princípios da bioética, com ênfase na teoria Principialista e seus Princípios da ética biomédica de Beauchamp & Childress,[6] a saber: Princípio do respeito à autonomia, Princípio da não maleficência, Princípio da beneficência e Princípio da justiça, em contribuição à reflexão de ideias que possam atuar como suporte nas decisões judiciais.

O material que compõe o *corpus* da tese, foi coletado em três Tribunais de Justiça do Brasil, a saber, dos Estados do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e de São Paulo, por serem Tribunais com maior número de processos na área da saúde. Aos dados assim coletados são acrescentadas decisões judiciais de repercussão dos Tribunais Superiores para colaborar na análise qualitativa. Desse modo, foram coletadas 81 decisões judiciais separadas em três grupos distintos formados por casos julgados sobre: a) interrupção de gestação de feto anencéfalo, b) autorização para procedimento de transfusão de sangue recusado por paciente Testemunha de Jeová, e c) mudança, no registro público, de nome e de sexo de transexual.

Apresenta-se a análise do *corpus* sob o enfoque de quatro Princípios da ética biomédica, que integram a teoria Principialista, e se apresentam como método coerente para análise de caso judicial de conteúdo moral. Cada um dos três grupos de decisões judiciais é analisado em separado e com conclusão própria. Ao final, os três grupos são unificados, como um grande grupo de casos da bioética clínica, verificando-se o reflexo da utilização ou não dos Princípios para o resultado final, o que permite caracterizar a decisão como liberal ou conservadora com avaliação das consequências da decisão judicial na vida do indivíduo e para a sociedade, conceitos que são apresentados. Foi feita uma comparação ente os grupos de decisões que compõem o *corpus*, a fim de destacar o que há em comum entre os diferentes grupos e quais os tipos de decisão que utilizam os quatro Princípios, bem como o tipo de resultado obtido quando utilizados, violados ou extrapolados em seus limites.

---

[5] BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética X Biodireito: Insuficiência dos Conceitos Jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena (Org.); BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[6] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7. ed. London: Oxford University Press, 2013.

A análise conduz à conclusão de que o método, próprio da ética biomédica, contribui para solução legal e justa de casos judiciais no campo da bioética clínica.

A pesquisa bibliográfica foi realizada no Brasil e nos Estados Unidos. No Brasil, a pesquisa teve como ponto de partida a leitura de textos e bibliografia específica da área de saúde e da filosofia. O conhecimento interdisciplinar, aliado ao conhecimento prático e teórico da doutrina jurídica e da filosofia do direito, culminaram com a compreensão da necessária relação entre ética e direito para a aplicação da justiça.

Nos Estados Unidos, a pesquisa foi realizada como bolsista da CAPES, em doutorado sanduíche, como pesquisadora visitante junto ao *Kennedy Institute of Ethics*, da *Georgetown University*, em Washington DC. A parte da pesquisa desenvolvida nos Estados Unidos teve a co-orientação e supervisão de um dos criadores da teoria Principialista, Professor Tom Beauchamp, que orientou a revisão da aplicação da teoria à análise de dados coligidos.

Os dados coletados demonstram as três hipóteses defendidas: (i) O juiz, utilizando os quatro Princípios da teoria Principialista de Beauchamp & Childress, tem um método coerente e seguro para proferir decisão judicial em casos da bioética clínica; (ii) O juiz, quando aplica os quatro Princípios da teoria Principialista, prolata decisão judicial de caráter liberal e garante os direitos individuais e sociais do requerente sem descuidar da repercussão social do que for decidido, em importante papel do Judiciário no reconhecimento e na concessão de direitos não previstos expressamente em lei específica ou sem atualização de seu conteúdo; (iii) A justificação das decisões, quando de caráter liberal, se apresenta como instrumento de legitimação de mudanças sociais e, a reiteração destas decisões, respalda a criação de normas menos preconceituosas e despidas de influências puramente políticas, religiosas e moralistas, colaborando no desenvolvimento moral do Estado democrático de direito.

A proposta é ousada, o que condiz com o perfil dos bioeticistas, ao ousarem modificar as consciências no mundo, através das boas razões.

1 **BIOÉTICA, DIREITO E SAÚDE: CONCEITOS INTERDISCIPLINARES**

Para melhor compreensão das análises realizadas são apresentados conceitos básicos relativos aos temas em pauta, tais como os direitos existenciais, os princípios e regras, a lei e a moral, o caráter conservador e liberal das decisões judiciais e a saúde. A seguir são apresentadas as teorias que se ocupam de pensar eticamente sobre os conflitos contemporâneos surgidos pelo desenvolvimento da biotecnologia, estudadas pela bioética.

1.1 **Conceitos Básicos**

As noções sobre alguns conceitos jurídicos, apresentadas a seguir, colaboram para melhor compreensão do capítulo da análise dos dados coletados. A primeira conceituação, dos direitos existenciais, é fundamental pelo fato de originar a escolha do grupo de casos selecionados.

1.1.1 Direitos existenciais

A referência ao direito existencial diz respeito a resposta que o Estado concede ao indivíduo quando requeridos judicialmente direitos na categoria do "ser" como valor suscetível de domínio jurídico. Esta categoria de direitos é descrita por De Cupis[7] como uma precondição à qualidade jurídica de titularidade de direitos e de obrigações. Os direitos existenciais são direitos essenciais sem os quais a personalidade não se realizaria e ficaria sem valor concreto tornando os demais direitos subjetivos sem interesse para o indivíduo. Constituem a personalidade e estão ligados à consciência moral e à posição ocupada pelo indivíduo na sociedade. A vida, a intimidade, a integridade física, a honra, a liberdade em suas diferentes formas, como a liberdade religiosa e a liberdade sexual, o nome, todos compreendem os direitos de personalidade. A Constituição Federal e o Código Civil fazem referências a estes direitos e serão especificamente demonstrados no decorrer da tese.

Os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento jurídico em vigor e pelo seu caráter de essencialidade são, muitas vezes, inatos. Satisfazem aspirações, necessidades e desejos do indivíduo na sua esfera privada como um modo de ser físico ou moral sem

[7] CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. 1 ed. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p.19-68.

imediata utilidade econômica, embora esta possa advir como consequência, mas mantendo o caráter não-patrimonial. Estes direitos da personalidade estão expostos a uma relação jurídica com outros sujeitos de forma geral, o que gera obrigação para todos, inclusive ao Estado, de não lesar os direitos de personalidade do titular, sob pena de direito ao ressarcimento de dano, o que lhe confere o caráter de absoluto.

A pessoa se realiza através da complexidade de situações que podem se apresentar como um poder jurídico, como um interesse legítimo ou como um direito subjetivo. O titular do direito subjetivo é aquele que tem em suas mãos o acesso à tutela jurídica de seu próprio interesse, podendo obter pela sua própria vontade o equivalente ao bem lesado. O fato de a sociedade ter se organizado e de ter atuado na imposição de sanção penal contra a infração ao direito subjetivo não reduz seu caráter individual e nem afasta esses direitos da esfera privada do indivíduo.

Segundo Perlingieri,[8] o direito subjetivo é o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito. Afirma que todo ser humano é titular de situações existenciais representadas no *status personae.* A esta categoria do "ser" não deve ser aplicado o direito subjetivo elaborado para a categoria do "ter", própria do direito patrimonial. Isso porque o "ser" não comporta sujeito e objeto, o que se tutela é a própria pessoa em sua integralidade, o que faz da personalidade um valor que está na base de situações existenciais em uma série aberta, impossibilitando a estipulação prévia de quais e quantos direitos serão tutelados, protegendo o valor da pessoa sem limites. As situações subjetivas existenciais podem ou não possuir previsão especial no ordenamento legislativo, mas, por ser um valor unitário, sempre que for requerida uma garantia sobre aspecto subjetivo existencial, sem previsão legal específica, caberá ao juiz examinar o pedido para proteger o direito de personalidade e garantir o desenvolvimento da pessoa.

O direito privado, de tradicional preocupação com as relações patrimoniais, quando trata da moralidade de um indivíduo não verifica a utilidade imediata de ordem econômica. Eventualmente, a proteção deste direito individual permitirá a conquista destes bens revestidos de utilidade econômica, mas não se confundem com este caráter patrimonial.

Conjugados ambos os atributos, da não-patrimonialidade e do caráter absoluto, tem-se uma categoria autônoma, de caráter essencial, para receber e para conceder garantias aos direitos da personalidade em que o legislador atua, estabelecendo normas de proteção, como no direito privado em que o Código Civil regulamenta a disposição ao próprio corpo ou no

---

[8] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.119-199.

direito público onde o Código Penal considera crime intervenções contra a vida ou contra a liberdade individual e a honra. A tutela visa ao interesse do indivíduo e foge ao padrão do direito privado como direito das relações patrimoniais e da atuação coercitiva do Judiciário.

Perlingieri sustenta que se deve tentar individuar técnicas idôneas para a tutela destes valores ou reconhecer que o sistema processual vigente não é legítimo ao deixar de tutelar interesses primários constitucionalmente relevantes. Se o processo é inadequado, o intérprete da lei deve ter essa consciência e interpretar os direitos existenciais em chave relacional, examinando em qual outra situação ele influi, o que pode gerar alguma restrição aos mesmos. Portanto, a restrição aos direitos existenciais só existe no modelo de princípios e qualquer restrição deve respeitar os fundamentos constitucionais vigentes, por isso é importante que se faça a distinção entre regras e princípios.

1.1.2 Princípios e regras

Norma é um termo utilizado por diversas ciências com variedade de sentidos. Aqui interessam os sentidos utilizados na ciência jurídica e na filosofia moral. Para a ciência do direito, a norma regula a conduta humana e é um ato pelo qual se ordena ou se permite e se autoriza uma conduta de alguém. Este conceito de Kelsen[9] implica na espera de um comportamento que respeite a norma e, se isso não ocorrer, é possível uma reação social.

Há outras normas, além das normas jurídicas, que, também, regulam a conduta dos seres humanos entre si. São as normas sociais, abrangidas pela moral e descritas e estudadas pela ética. Como a justiça é uma exigência da moral, a relação entre a moral e o direito contém a relação entre a justiça e o direito. Estas relações serão analisadas posteriormente.

As regras e os princípios são normas porque dizem o que deve ser. O ser humano criou a regra jurídica com o propósito de submeter o mundo social a ordens semelhantes para todos. Copiou a mecânica das leis da física - força e poder - desprendidas do próprio ser humano, imitando o natural, compondo um todo físico, vital, psíquico, dito social, conforme Pontes de Miranda.[10] São objeto de pensamento e momentos da vida, pensadas e vividas através de gerações. Não vivemos num mundo exclusivamente físico ou biológico, mas num mundo de leis científicas descritas pelos fatos para que coincidam com estes, porém acabam por incidir

---

[9] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.1-50.

[10] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1. p.3-71.

sobre os fatos, pois é feita de forma artificial e mecânica.[11] O número de fatos do mundo é incalculável, mas somente ingressam no mundo jurídico quando coloridos pela regra, tornando-se relevantes para o direito e sendo denominados de fatos jurídicos e estão sempre ligados diretamente a uma pessoa ou a sua esfera jurídica.

Os seres humanos mais respeitam as regras jurídicas do que as desrespeitam, havendo maior observância da lei do que sanções. A regra está despregada do órgão legislativo que a criou e incide da mesma forma tanto para os que a conhecem como para os que a desconhecem. Incidindo a lei, o seu atendimento é em maior número quanto maior o grau de civilização. Respeitada a incidência da lei, não há oposição à sua eficácia. A falta de atendimento à lei incidente gera a necessidade da aplicação impositiva pelo Estado, na solução dos litígios ou dúvidas. Para incidir a regra jurídica, é preciso que o suporte fático exista formado por fatos físicos, biológicos ou psíquicos. São determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

É impossível ao legislador prever todas as hipóteses fáticas possíveis e especificar completamente cada situação através de regras, por isso a necessidade de fórmulas gerais, que são os princípios. Segundo Alexy,[12] os princípios são normas que ordenam que se realize algo na medida de maior amplitude possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas e denominados também como “mandamentos de otimização”.

A distinção entre regras e princípios é própria para fundamentar as restrições aos direitos fundamentais e auxiliar quando há colisões entre princípios ou entre regras, bem como na dogmática dos direitos de liberdade e igualdade e com os problemas dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, colaborando na estrutura dos direitos fundamentais. As regras são razões definitivas e os princípios razões *prima facie*, ou seja, suas razões podem ser afastadas por contrarrazões.

De acordo com Alexy, os princípios se distinguem das regras de forma qualitativa e não de grau. O direito fundamental pode sofrer restrição quando no seu lugar surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. O conflito entre regras é solucionado através de uma cláusula de exceção para eliminar o conflito ou para que uma das regras seja declarada inválida e retirada do ordenamento jurídico. Se há colisão entre dois princípios, um dos princípios deve ceder, porém sem que se declare um deles inválido e sem

---

[11] Pontes afirma que somente o mundo jurídico conseguiu regras de incidência. Considera que se a moral fosse obrigatória (incidente), “seria a juridicização de toda a moral” e se a arte fosse obrigatória seria como a não criação. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1. p.10.

[12] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.65-143.

que se introduza alguma cláusula de exceção. No caso concreto, são sopesados os princípios, para definir qual dos interesses terá maior peso na prática, pois esta diferença não existe em abstrato.

A distinção entre princípios e regras concede base para melhor compreensão dos direitos fundamentais. Alexy lembra que quando alguém tem um direito fundamental existe uma norma que garante este direito. Os direitos fundamentais nem sempre possuem uma correspondência imediata com os direitos subjetivos, mas, sempre que se pretenda reconhecê-los, é necessária a validade de uma norma de direito fundamental correspondente.

Os princípios de direitos fundamentais exigem ampla proteção, como as garantias constitucionais do exercício da liberdade e da integridade física. Limitar um destes bens protegidos em sua amplitude é uma restrição a um direito *prima facie*, sendo assim, devem existir boas razões que justifiquem a restrição. Esta somente pode ocorrer por normas compatíveis com a Constituição, de cunho mandatório ou proibitivo.[13]

A moralidade comum se constitui de normas de conduta socialmente aprovadas. De acordo com Beauchamp & Childress, os princípios da moralidade comum são padrões universais que servem para todos os indivíduos e adquirem nova forma e substância ao serem apropriados por uma teoria ética. As teorias se encarregam de atribuir conceituação e método próprio para tornar coerente sua aplicação e se propõem a estabelecer, com precisão, cada princípio, de forma detalhada e independente. Necessariamente deverão ser interpretados, especificados e ponderados e só então produzirão uma norma ética a ser seguida, como será visto na aplicação dos quatro Princípios utilizados pela teoria aplicada.

A moralidade comum se constitui de valores e de obrigações diferentes. Na tentativa de organização dos princípios, as divergências entre os membros da sociedade de moralidade plural poderão ser ampliadas ao invés de reduzidas. Além disso, há dificuldades a serem enfrentadas como a especificação dos princípios que pode gerar situações opostas, como conduzir ao abstracionismo ou à extrema rigidez que os tornem indiferentes às circunstâncias. Daí a necessidade de ponderação e de interpretação dos princípios jurídicos e morais.

A teoria adotada nesta tese trata os princípios como obrigatórios *prima facie*, como uma diretriz normativa, mas também sujeitos à revisão, o que afasta qualquer forma de tirania. Uma obrigação *prima facie* indica que uma obrigação deverá ser cumprida, salvo se, num

---

[13] Uma ação só é permitida se a norma a permite expressamente ou se inexiste uma norma que a proíba ou ordene sua abstenção. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.218-135.

caso específico, houver outra obrigação de maior ou equivalente importância. Portanto, sujeita a não ser cumprida em casos especiais.

A possibilidade dos Princípios serem ponderados admite a negociação e a mediação, pois muitos casos implicam em mais de uma ação indicada como correta e devem ser apresentadas boas razões para cada uma delas. Os princípios utilizados para resolver um problema de fundo moral serão sempre os mesmos, embora os resultados do julgamento possam ser diferentes. A convergência quanto aos princípios é comum, mesmo quando adotadas teorias éticas diferentes, mas quando especificados e aplicados ao caso concreto podem atribuir maior peso a um em detrimento de outro.

Os princípios exigem um crescimento da compreensão moral em que vivemos. Ao nos depararmos com o caminho indicado por um princípio, surgem diversos outros aspectos que necessitam ser adaptados, como, por exemplo, a falta de recursos para suprir alguma necessidade, o nível de aceitação de riscos a serem suportados, as crenças religiosas de cada um, as vontades e os desejos dos diferentes indivíduos ou a exigência do cumprimento de regras impostas pelo legislador em nome da sociedade.

Nesta tese, os princípios morais da teoria ética adotada para análise dos dados coletados são quatro. Originariamente, oferecem uma estrutura de julgamento moral para a tomada de decisão em casos biomédicos, por isso também conhecidos como Princípios da ética biomédica, com o propósito de iluminar os problemas referentes à saúde e de colaborar na superação das naturais limitações da responsabilidade ética. São Princípios da ética biomédica: o Princípio do respeito à autonomia, o Princípio da não maleficência, o Princípio da beneficência e o Princípio da justiça. Os Princípios da não maleficência e da beneficência foram considerados já, em 1803, no livro *Medical Ethics*[14] que serviu de base para o Código de Ética Médica Americano, de 1847. Os Princípios do respeito à autonomia e da justiça foram subestimados naquela época, quando sua discussão ainda não ocorria, com abordagem mais recente.

Em 1978, nos Estados Unidos, uma comissão criada para proteção dos seres humanos na pesquisa biomédica e comportamental propôs um método baseado em três princípios – autonomia, beneficência e justiça - que seria a base para interpretação das regras específicas.

---

[14] PERCIVAL, Thomas. **Medical Ethics**. 3. ed. London: Oxford, 1849. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=yVUEAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=Thomas+Percival.+Medical+Ethics&hl=pt-BR&sa=X&ei=RSIfU8qUCJDzoASNkAI&redir_esc=y#v=onepage&q=Thomas%20Percival.%20Medical%20Ethics&f=false> Acesso em: 31 ago. 2013.

Este método foi apresentado pelo Relatório Belmont[15] e teve enorme repercussão na comunidade científica dos Estados Unidos e de outros países até hoje. Tom Beauchamp era um de seus membros. Posteriormente, foi acrescentado o Princípio da não maleficência por Beauchamp & Childress, em trabalho clássico da reflexão Principialista. Nestes anos de construção e de solidificação da bioética Principialista diversas críticas foram apresentadas, mas sua metodologia simples, clara e direta permite a tomada de decisão com base em ética prática, sendo esta a apropriação que se defende para o biodireito, a disciplina jurídica que se ocupa destes estudos. Para compreensão quanto à possibilidade de interpretação, à luz da norma moral, na aplicação de norma legal, veremos o conteúdo da norma na lei e na moral.

1.1.3 Lei e moral

A lei e a moral apresentam normas que podem ou não coincidir. De acordo com Dworkin[16], a lei está ligada a uma determinada comunidade de acordo com a organização de um país ou estado e a moral é mais abrangente e impera como norma além das fronteiras e para um número muito maior de pessoas. A lei é feita por seres humanos de forma organizada e a moralidade não é produzida por um ser humano específico, como também não é produzida por eventualidade. Dworkin analisa como estas duas formas normativas se relacionam, ressaltando que as normas legais podem seguir a norma moral ou restringi-la. O comum é que a lei escrita seja justa, embora possa acontecer de ser injusta. Para esclarecer a discussão, apresenta duas correntes denominadas de “positivismo legal” e “interpretativismo”.

Esclarece que o positivismo afirma a total independência entre lei e moral. A lei depende do que a comunidade, de acordo com suas práticas e costumes, aceita como norma legal. Para o positivismo, mesmo a lei injusta, ao ser aceita pela comunidade, por ter sido criada pelo legislador e aplicada pelos juízes, tem força de lei e deve ser cumprida. De outro lado, o autor afirma que o interpretativismo nega que a lei e a moral sejam sistemas independentes, pois as regras legais se originam das práticas aceitas pela comunidade, mas também pelos princípios que fornecem a justificação moral para a criação destas leis.

Também é comum que o conteúdo da lei seja afetado pela moral e que esta seja afetada pelo conteúdo da lei. No primeiro caso podemos exemplificar quando uma lei deixa

---

[15] THE NATIONAL Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Disponível em: <http://videocast.nih.gov/pdf/ohrp_belmont_report.pdf> Acesso em: fev. 2014.

[16] DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. 1. ed. Cambridge: Harvard university press, 2013. p. 1-19/ 400-415.

de ser aplicada pelos juízes porque a comunidade passa a entender o conteúdo moral da lei de forma diferente, como no caso de anulação de casamento pelo fato da mulher não ser virgem, exemplo que será retomado em seguida. Para o caso da moral ser afetada pela lei, ocorre a partir de uma interpretação judicial da lei com maior abertura, abrangendo seus princípios. Desta forma, a mesma lei é aplicada de outra forma e a comunidade moral passa a ter maior aceitação, como no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo.

Isso implica em conhecer a extensão das obrigações morais e saber se a responsabilidade do indivíduo é vinculada estritamente à lei e se a lei injusta ou imoral deve ser seguida.

Pontes de Miranda[17] afirma que a norma jurídica escrita ou não escrita tem incidência incondicional, porém a norma moral não o terá. Para a ética, não há figura semelhante ao jurista, que explicita as normas do sistema jurídico e afirma que a regra escrita ou não escrita tem força de incidência. Na ética, ou se cria a moral ou se fala a respeito da moral. A criação da moral é a anunciação dos acontecimentos dentro de outros e em torno deles, como uma previsão, e o falar da moral é histórico ou crítico. O moralista é como o autor de um anteprojeto de lei, sobre como deveria ser, pois não se pode saber exatamente quais as normas e as sanções morais atuais ou futuras, afinal a motivação moral é empírica.

Segundo Kelsen a norma legal não pode ser vista como de valor absoluto, pois este só pode ser admitido com base na crença de uma autoridade absoluta e transcendente de uma divindade, o que excluiria a validade de qualquer outra moral. A apreciação moral de uma norma jurídica deve ser por critério relativo que não exclui diferente valoração com base em um outro critério de moral. Isso torna possível uma interpretação diferente, não pela letra da lei, mas porque há vários sistemas de moral diferentes entre si e o conteúdo moral da lei não pode ser considerado como exclusivo. É possível que uma norma jurídica contrarie a norma moral e, por isso, o direito não é em sua essência moral porque seria um pressuposto de uma moral absoluta, transcendental, e conduziria a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva.

Retoma-se o exemplo acima no qual o Código Civil de 1916 permitia a anulação do casamento nos dez dias seguintes ao casamento, caso a mulher não fosse virgem. A norma continuava escrita e válida legalmente até que a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, o Código Civil de 2002 entrassem em vigor. A aplicação do mencionado artigo tornou-se iníqua, a partir da evolução moral que deixou de considerar a virgindade

[17] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1. p.38-39.

como um atributo da moralidade, o que foi reforçado pelas novas normas legais promulgadas.[18]

Dada a plurissignificação das normas jurídicas, uma única interpretação e aplicação da lei não representa a interpretação "correta", como destacado por Kelsen[19], uma ficção da jurisprudência tradicional para consolidar a segurança jurídica. Os métodos utilizados para interpretar a lei conduzem ao resultado do possível.

A tese sustenta que o método baseado em Princípios éticos auxilie o juiz na condução da decisão de um caso conflituoso para realizar um julgamento menos conservador, por estar restrito à moral absoluta, e mais próximo de uma sentença liberal, como veremos a seguir.

1.1.4 Decisões judiciais conservadoras e liberais

Para decidir casos controversos em que a aplicação pura e simples da lei seja a melhor solução ou quando a lei não apresenta regras suficientes para resolver a questão, os juízes podem se utilizar de fundamentos políticos que não alcançam exclusivamente a vontade de grupos determinados ou o fundamento de princípios da moralidade política, segundo Dworkin.[20] Afirma que as decisões judiciais são inevitavelmente políticas, justificadas em argumentos de princípio político, com base em direitos políticos de cidadãos individuais, ou argumentos de procedimento político, onde a decisão deve promover bem-estar geral ou do interesse público.

O autor defende que os casos controvertidos devem ser baseados em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Nos casos controversos, as regras relacionadas ao litígio "falam com voz incerta" não sendo claro o que a legislação determina. Ao jurista, cabe aplicar interpretação técnica para melhorar esta compreensão.

No Estado de Direito, o poder será exercido de acordo com regras claras, contidas na lei, que devem ser seguidas até que sejam modificadas. Se as regras legais deixam de ser seguidas é gerada a sensação de injustiça e de insegurança para a sociedade. De outro lado, se os tribunais conseguem proteger o indivíduo, concedendo-lhe seu direito individual, apesar de não se ter uma regra escrita, aumenta a sensação de justiça.

---

[18] Código Civil de 1916 que vigorou até 2002- Art. 178. Prescreve: § 1º Em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada.

[19] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.245-251.

[20] DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.3-103 e 269-347.

Portanto, o poder do Estado de Direito ou será “centrado no texto legal”, ou será “centrado em direitos”, quando os indivíduos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado, exigindo que o texto legal apresente os direitos morais. A concepção do Estado de Direito “centrada nos direitos” tem alcance amplo sujeito a críticas. O Estado teria a possibilidade de adotar regras que coloquem em desvantagem os desfavorecidos deixando de agir com equidade na imposição de direitos, como, também, poderia restringir a imposição de direitos contra si próprio ou, ainda, deixar de reconhecer direitos importantes.

Numa conjugação de ambas as concepções, em que os tribunais sigam as regras estabelecidas previamente e, também, façam cumprir os direitos individuais, pois nem sempre as regras estabelecidas os alcançam de forma ampla, haverá decisões mais justas porque haverá segurança jurídica não somente pela imposição legal, mas para aplicação do que for justo.

As duas visões que podem advir da interpretação da lei vigente são as decisões de caráter conservador e as de caráter liberal. Estes conceitos são adotados para a tese com o propósito de qualificar, em dois grupos distintos, as decisões que utilizam os quatro Princípios bioéticos e aquelas que não os utilizam ou excedem em sua aplicação, conforme será melhor esclarecido na conclusão da análise dos grupos de acórdãos.

Segundo Dworkin[21], na visão conservadora, as decisões tomam por base a lei, de forma neutra e fundamentadas em questões históricas. Na visão liberal, a lei vigente é interpretada de forma a combater a imposição legal da moralidade privada, mesmo quando da maioria, defendendo maior igualdade sexual, política e econômica e tratando todos como iguais e agindo de forma neutra, quando a igualdade o exigir.

Dworkin[22] destaca o fio que percorre as posições liberais em geral. Aponta que os princípios constitutivos podem se assemelhar em ambas, mas diferentemente do conservadorismo, atribuem importância relativa diferente a diferentes princípios. Os liberais têm uma moralidade baseada na igualdade que exige neutralidade quanto ao que é valioso na vida. Essa ideia está sujeita à crítica de que a sociedade não deve ser desprezada de sua elevada função de ajudar seus membros a conseguir o que é bom, o que leva à discussão quanto ao que é necessário à dignidade de cada um e sua independência. Para os críticos, as escolhas de cada um não são autogeradas, mas produtos de um sistema econômico e dos

---

[21] DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[22] Ibidem.

outros aspectos da sociedade, formados por um sistema de distribuição injusto e as preferências do indivíduo tendem a repetir essa injustiça. Ocorre que o mais importante para o liberal é proteger os indivíduos com necessidades especiais ou de desejos excêntricos, a fim de promover a distribuição de direitos justa em si mesma e não justa por suas preferências.

Numa concepção centrada nos direitos, indaga-se se o requerente tem o direito moral, de receber o que pede, se é correta tal concessão. Por ser um Estado Democrático, há o direito moral *prima facie* para que os direitos aprovados pelo legislativo sejam impostos pelo Judiciário. Se está claro que o legislativo concede determinado direito, é evidente que há o direito moral de receber este direito. Mas isso não significa que somente o texto jurídico é fonte de direitos morais. Se há um caso jurídico em que a legislação é omissa, insuficiente ou de interpretação conflitante, a pergunta adequada será qual das decisões possíveis melhor se ajusta aos direitos morais de fundo do requerente.

O juiz tentará adequar algum princípio que capte, no nível da abstração, os direitos morais do requerente, mas só poderá aplicar esse princípio se compatível com a legislação e sem que esteja em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando.

É possível que dois juízes decidam um caso controverso de forma diferente porque defendem visões diferentes quanto aos direitos morais de fundo do indivíduo. Cada um dos juízes acredita que o seu princípio está mais perto de ser o correto. Disto decorre uma decisão política, muitas vezes condenada porque os juízes não são eleitos para modificar ou expandir a legislação e não representam os eleitores porque não foram por eles escolhidos. É um argumento típico da democracia. Na Grã-Bretanha, por exemplo, o Parlamento eleito pelo povo pode revogar uma decisão por meio da lei, quando insatisfeito com uma decisão política em particular, o que não é possível no Brasil. Contudo, o legislativo eleito tem um papel mais amplo que aprovar legislações específicas, pois escolhe os princípios gerais que o Estado deve respeitar. A Constituição Brasileira possui conteúdo principiológico dos mais avançados no mundo, resultado de processo constituinte, por natureza representativo.

Não é relevante que se conclua como a lei teria sido formulada caso os legisladores tivessem pensado em um determinado caso, como por exemplo autorizar a interrupção de gestação de feto anencéfalo se tivesse considerado esta possibilidade quando criado o Código Penal. O legislativo, ao aprovar uma lei, endossa os princípios que justificam a existência desta lei e deve prevalecer na democracia o respeito a esses princípios, não se indagando o que os legisladores teriam pretendido realizar, mas quais políticas ou princípios constitucionais são seguidos pela lei aprovada.

Se mais de um princípio é aplicável, a escolha em um julgamento pode refletir a própria moralidade do juiz, o que é muito criticado e não desejado. As decisões políticas tomadas pelo legislativo ou pelos tribunais são distintas, por se considerarem legítimas somente as do legislativo, que oferece equidade e representatividade, diferentemente das decisões dos juízes, em que o cidadão teria enfraquecido seu poder político. Esse entendimento é corrente mesmo que não se possa estabelecer quantos indivíduos perdem em poder político quando os tribunais têm a atribuição de definir algumas questões e sendo certo que nenhuma democracia proporciona igualdade de poder político.

Esta transferência de atribuições, típica da democracia, pode atribuir mais poder político para uns do que outros quando um indivíduo possa ter seus direitos reconhecidos por um tribunal a despeito de o legislador ter determinado ou não um direito através de uma lei. Há uma tendência a que os mais pobres e os membros das minorias ganhem maior poder político com esta transferência aos tribunais em razão dos ricos terem mais poderes sobre o legislativo, fazendo com que o viés majoritário seja mais severo com as minorias que terão seus direitos ignorados.

Não obstante o acesso aos tribunais seja caro, tornar possível este acesso com gratuidade de justiça e com oferecimento de assistência através da defensoria pública, permite o ganho de poder político pelas minorias, especialmente em razão da exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

A crítica de que a prestação jurisdicional de forma política não é positiva, pelo fato de os juízes estarem presos à ordem estabelecida, é uma consequência do que se tem hoje em termos de prestação jurisdicional. Ao se utilizar a concepção centrada nos direitos, é dado espaço às pessoas diferentes e cada indivíduo tem como questão de justiça a sua relação com os demais indivíduos de sua sociedade e com o Estado. No tribunal encontra um *locus* para suas reivindicações, certo de que deverão ser apreciadas e consideradas seriamente.

A moralidade constitutiva dos argumentos que fundamentam uma sentença, quando se baseiam em uma teoria de igualdade neutra sobre o que é valioso para cada indivíduo, nos apresenta uma concepção liberal, como um princípio de organização política exigido pela justiça. Quando se está limitado ao conteúdo da regra legal e respaldado na moralidade da maioria, sem considerar a aspiração do indivíduo, nos deparamos com a concepção conservadora.

A extensão da capacidade do Judiciário em influenciar a justiça social é verificada de acordo com o tipo de decisão proferida, mantendo ou modificando o *status quo.* Um exemplo recente ocorreu com a ação julgada pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união

estável entre pessoas do mesmo sexo, uma situação de fato, e a posterior ampliação para autorizar o casamento civil entre estes. A decisão judicial permitiu que pessoas diferentes ocupem um lugar diferente no Direito e na sociedade.

1.1.5 Conceito de saúde

O conceito de saúde foi concebido de forma universal após a Segunda Guerra Mundial com a criação, em 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Esse conceito irá se diferenciar de acordo com a conjuntura social, econômica, política e cultural de uma sociedade dependendo de suas concepções e valores[23], havendo um ponto em comum que é o bem-estar do indivíduo, embora os limites desse bem-estar possam ser diferentes para cada um.

A OMS foi constituída com o objetivo de aquisição do mais elevado nível de saúde possível para todos os povos[24] e, no preâmbulo de sua Declaração, conceitua a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade". Consagra o melhor estado de saúde possível de ser atingido como um dos "direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social".

Têm-se, então, variáveis que influenciarão o conceito de bem-estar e consequentemente o conceito de saúde, ao entendermos que a saúde não representa a mesma coisa para todos e se diferencia, de acordo com os valores individuais, crenças e concepções filosóficas. Da mesma forma, o espaço e classe social, o tempo e a evolução científica experimentada e viabilizada exercerão influência na condição de bem-estar.

Para alcançar esse completo bem-estar e não apenas a ausência de doença, se é que isso é possível, a lei brasileira oferece garantias "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e no acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".[25] A legislação brasileira sobre o

---

[23] SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS**: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf> Acesso em: fev. 2012.

[24] Constituição da OMS – Artigo 1.

[25] Conforme disposto no art.196 da Constituição Federal e a Lei nº 8080/90 que trata das ações e serviços de saúde no Brasil.

direito à saúde é ampla, sendo um direito com previsão de alto grau de proteção o que torna dificultosa sua efetivação, pois há muitos a serem protegidos diante de recursos escassos.

A perfeição idealizada, difícil de ser atingida, de completo bem-estar em todos os aspectos da vida do indivíduo transcende o cuidado médico e exige políticas sociais e econômicas. No âmbito da bioética é fundamental o comprometimento com as liberdades individuais e a autonomia, a fim de que a compreensão do bem-estar individual seja verificada, a partir do ponto de vista do indivíduo, embora haja correntes que entendam que muitos não são capazes de decidirem por si próprios sobre suas vidas e necessitam de tutela estatal para determinadas decisões.

Para compreensão do bem-estar, é importante diferenciarmos o que é normal do que é patológico e Canguilhem[26] aborda especificamente este tema.

Para o autor, o estado normal do corpo humano é o que a medicina busca manter e restabelecer, sendo considerado normal porque o próprio interessado o considera normal e não porque a medicina determina o que é normal. O ser humano, ao entender como patológico um determinado estado ou comportamento que são considerados negativos, reage contra o que se apresenta como obstáculo ao seu desenvolvimento normal e essa reação demonstra que a vida não é indiferente às condições nas quais ela é possível, que "a vida é polaridade e, por isso mesmo, posição inconsciente de valor, em resumo, que a vida é, de fato, uma atividade normativa".

Para ele, a polaridade dinâmica da vida e sua normatividade levam à conclusão de que existe patologia biológica, mas não física, química ou mecânica. Os fenômenos nessas três últimas áreas não são considerados errados, mas respeitados como acontecimentos. Somente nas ciências biológicas têm-se um dos estados cuidado pela fisiologia (estado de saúde) e o outro tratado pela patologia (estado de doença), pois nas ciências físicas não existe um estado patológico e não é necessária uma terapêutica para restabelecer o estado da normalidade onde todos os fenômenos são considerados normais. O fato da vida em si mesma é que confere valor ao conceito de normalidade biológica por ser "reatividade polarizada às variações do meio no qual se desenrola" e não produto de uma avaliação médica. Esse esforço de defesa contra o que se entende como valor negativo é prolongado pelos avanços da medicina que confere cuidados cada vez mais desenvolvidos cientificamente.

Quando as variações funcionais contrariam a polaridade dinâmica da vida a anomalia é considerada negativa, porque ocorreu um desvio normativo, mas não significa que o anormal

[26] CANGUILHEM, Georges. **O Normal e o Patológico**. Rio de janeiro: Forense, 2009. p.48-73.

seja patológico, pois a diversidade não é doença. Sendo anomalia um substantivo e anormal um adjetivo o costume os associou fazendo de anormal um adjetivo para anomalia. Este é um fato, um termo descritivo. O anormal é um valor. Porém, confundiram-se os sentidos e anormal virou um termo descritivo e anomalia um conceito normativo.

A saúde é um conceito normativo quando idealizador da estrutura e do comportamento orgânico e um conceito descritivo ao implicar na reação individual de cada organismo às doenças. A vida normal inclui a doença, por isso a saúde contínua é uma norma que não existe. Daí o patológico não ser anormal e o próprio organismo se desincumbir de combater as doenças. Ela será "anormal em relação à persistência da vida" que desempenha o papel de norma.

A anomalia transforma-se em enfermidade quando produz efeitos com relação à atividade de um indivíduo criando-lhe limitações. Nem sempre a anomalia será doença, embora possa transformar-se nela. Como qualquer mutação, representa outra possibilidade de norma de vida e se a nova norma for considerada inferior será denominada patológica. Caso contrário, será considerada normal. Faz-se um exercício de comparação para se chegar ao que corresponde à doença.

Cada indivíduo possui a noção precisa da fronteira entre o normal e o patológico porque experimenta suas consequências a partir das limitações que são impostas e da sua incapacidade de se transformar em normas diferentes diante de novas circunstâncias. A doença é uma variação da dimensão da vida, e não da saúde, por privação e necessidade de reformulação. A saúde é a indeterminação da capacidade de instituição de novas normas biológicas. A vida admite reparações através de inovações fisiológicas e quanto maior a possibilidade de inovação menor é a gravidade da doença e se a capacidade de inovação for grande, uma nova normalidade pode ser instituída.

Essas ideias de Canguilhem sobre a saúde podem ser condensadas com a conclusão de que a saúde e a normalidade não se equivalem na medida em que o patológico é, também, normal. A saúde implica em ser normal e ser normativo quando em situações diferenciadas. Caracteriza-se pela possibilidade de ir além da norma que define naquele momento o que é normal com a tolerância ao que fugir a esta norma e a possibilidade de criação de novas normas para as novas situações.

Estar saudável implica numa "margem de tolerância às infidelidades do meio num mundo de possíveis acidentes" e os conceitos de saúde e doença somente são conhecidos na experiência, pois para se sentir saudável é necessário sentir-se normal e normativo e não apenas adaptado às exigências do meio.

O estudo do conceito de saúde é ampliado com o apoio teórico do trabalho de Foucault,[27] na obra "Os Anormais", para o estudo do mecanismo entre discurso médico e discurso jurídico denominado por ele de "jogo da dupla qualificação médica e judiciária" onde o Poder Judiciário cede lugar solene ao saber médico apresentando o "discurso da moralização", reivindicando insistentemente o poder judiciário do médico ou o poder médico do juiz. Neste mecanismo instituído, o Poder Judiciário cede lugar solene ao saber médico, para que exerça seu saber no interior da instituição judiciária, e reivindica a medicalização da profissão do juiz. Foucault afirma que o médico se torna juridicamente competente e os juízes pedem que sua função seja terapêutica. O indivíduo levado ao Tribunal não chega somente com o seu caso particular, mas com a informação médica, psicológica e social que diz respeito ao contexto de sua existência, da sua vida e disciplina, muito mais do que ao ato em julgamento em si, o que o leva a classificar como "tribunal da perversidade e do perigo."

Para ele, o mecanismo não é médico e nem judicial, pois cumpre a função de costurar ambos, pertencendo a um "poder de normalização" numa prática que diz respeito aos "anormais" para "controle do anormal". Esta instância não é de controle do crime ou da doença, mas do indivíduo anormal, avaliando-se incessantemente o indivíduo para saber se está conforme a regra e a norma de saúde.

O poder, ao invés de expulsar ou excluir o anormal, fabrica, observa e sabe, multiplicando-se a partir de seus próprios efeitos. Este poder não está ligado ao desconhecimento e todos os seus mecanismos agem para formação e para acumulação do saber para "efeitos de normalização". Numa referência à Canguilhem, destaca que a norma é portadora de pretensão de poder e se define pelo papel de exigência e coerção que exerce em relação aos domínios a que se aplica, legitimando o poder. Não visa à exclusão, mas à intervenção e à transformação, qualificando e corrigindo mediante o sistema de "disciplina-normalização", um poder que não é repressivo, mas produtivo, em que a repressão é, apenas, efeito colateral e secundário ao mecanismo central de produção, um poder que detém em si a transformação e a inovação para a prática da normalização, especialmente, no domínio da sexualidade.

Para analisar o domínio da anomalia, Foucault apresenta a figura do "monstro humano" como uma noção jurídica e não médica, porque viola, precipuamente, as leis da natureza, bem como as leis da sociedade, portanto aparece no domínio "jurídico-biológico", combinando o impossível com o proibido. O monstro, forte e inquieto, viola a lei, mas

[27] FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.27-68.

também a deixa sem voz. Ele só existe quando inquieta o direito, seja o direito civil, canônico ou religioso. A infração à lei instituída por Deus ou pelas sociedades é o limite da diferença entre a monstruosidade e a enfermidade. A enfermidade abala a estrutura natural, mas encontra seu lugar no direito, pois não sendo conforme a natureza é prevista pelo direito. Já a monstruosidade questiona o direito e este não consegue funcionar, passando a questionar seus próprios fundamentos e práticas. O direito ou se cala ou renuncia ou apela para outro sistema ou inventa uma casuística.

Foucault cita os exemplos daquele que é um misto de dois sexos, ao mesmo tempo homem e mulher, como o intersexual; e um misto de vida e de morte, o feto que tem uma morfologia que o impede de viver sobrevivendo, apenas, poucos minutos ou horas, como o feto portador de anencefalia. O monstro aparece como fruto de uma relação sexual entre um ser humano e um animal não-humano. É uma infração à ordem da natureza e um enigma jurídico.

Quando se passa a compreender esta infração à ordem natural como imperfeições ou deslizes da natureza, principalmente no campo da sexualidade, a monstruosidade deixa de ser o desvio do que é natural, passando a ser o desvio de comportamento. O monstro deixa de ser jurídico-natural para ser jurídico-moral, a monstruosidade passa a ser da conduta e não a da natureza. O monstro moral aparece nas formas de discursos e práticas, no mundo judiciário e médico, não pela mistura indevida do que deve ser separado pela natureza, mas pelo desejo pervertido, contrário ao que deveria ser natural, gerando um comportamento que deve ser reprovado, por conta de depravação criminosa.

Considerando estes conceitos, a presente tese analisa a participação do Poder Judiciário na imposição de culpa e condenação moral àqueles que são submetidos ao seu julgamento ou na compreensão e na aceitação dos desejos humanos, mesmo que diversos do pensamento moral de parte da sociedade. A gestante que deseja interromper a gestação do seu feto anencéfalo; o religioso que só vê valor na vida com respeito à sua crença; o homem que deseja ser mulher ou a mulher que deseja ser homem. São casos que se enquadram na descrição da “monstruosidade” de Foucault, além da imperfeição da natureza, mas por comportamento condenado pela sociedade. Casos em que nos ditos “anormais” criam novas normas para as novas situações que vivenciam e possuem a coragem, ou a ousadia, de postular o direito no tribunal. Casos que serão decididos por um juiz não só pelo aspecto jurídico como também por seu aspecto moral por serem questões originadas da complexidade do “ser”.

O universo desta tese é apenas um microcosmo dos problemas existenciais dos membros de uma comunidade, que se revelam em ações judiciais para solução pelo Poder Judiciário. As insatisfações humanas no tocante ao desejo, à aparência física, ao modo como a sociedade vê cada um de seus membros, tornam-se, frequentemente, pedidos de reparação do que é considerado uma injustiça. Casos de filhos gerados de relações incestuosas, situações familiares de paternidade socioafetiva afastando a paternidade biológica, pedidos de reconhecimento de dupla maternidade, filiação de bebês gerados por reprodução assistida heteróloga e o direito ao conhecimento da origem genética em confronto com o direito ao sigilo do doador.

São situações que, anteriormente, ficavam escondidas, embora todos soubessem de sua existência. Ficavam guardadas nas intimidades das famílias, nas dores repartidas com os amigos, nas infelicidades do dia-a-dia. Quando chegam em forma de processo judicial apresentam o "monstro" ao juiz. Lidar com o real e dizer para a sociedade o direito que cabe ao dito "anormal" é tarefa difícil. Todavia, a profunda discussão moral traz elementos que permitem a elucidação do caso. A decisão judicial, conduzida adequadamente, demonstra que o "anormal" é um ser, como qualquer outro ser, dotado de desejos e medos, merecedor de receber justiça. As teorias da bioética colaboram para que se saiba o que será a justiça no caso concreto.

1.2 **Teorias e princípios da Bioética**

As teorias bioéticas colaboram com a reflexão sobre as ações a serem tomadas diante de determinadas situações, avaliando-se a moralidade da atitude. Beauchamp & Childress utilizam os termos teoria ética e filosofia moral, como adequados à reflexão sobre moralidade. Segundo os autores, a moralidade diz respeito às convenções sociais quanto ao comportamento humano certo ou errado que, construídas por tradições partilhadas, vão formando um consenso comum àquela comunidade. A ética, normalmente referida como sinônimo de moralidade, cuida do estudo da moralidade dedicada às teorias filosóficas, refletindo quanto à moralidade comum.

As diversas teorias estudadas possuem argumentos convincentes, muito embora possam ser refutados em razão de perspectivas não aceitas ou por conterem excessos ou problemas argumentativos. As críticas são diversas e nenhuma teoria consegue responder a todas as possibilidades de conflito ético. Apresentamos os principais argumentos teóricos das principais teorias bioéticas.

1.2.1 Bioética e moralidade

A expressão bioética foi mencionada pela primeira vez, em 1927, pelo alemão Fritz Jahr, na publicação *Bio-Ethick*. Em 1970, o termo *bioethic* é mencionado pela primeira vez em inglês pelo oncologista americano Van R.Potter[28] em texto posteriormente publicado no livro "*Bioethics, bridge to the future*", em 1971, com a preocupação sobre os conflitos morais surgidos da evolução das ciências.

O filósofo italiano Maurizio Mori[29] afirma que uma série de fatores histórico-culturais deram origem a um novo interesse para a aplicação das teorias éticas. Aplica-se uma teoria ética a determinado campo e verifica-se, em consequência, quais são as prescrições concretas daquela teoria. Este movimento cultural tem o ramo da bioética como o mais importante. O significado inicial da bioética, conferido por Potter, segundo Mori, é de "uma espécie de 'ética científica' que tem por objetivo garantir a sobrevivência humana e a qualidade de vida". Contudo, o termo teve uma mudança de significado, especialmente com a fundação do Kennedy Institute, da Georgetown University, de Washington DC. Os cientistas do Kennedy Institute passaram a utilizar o termo bioética não no sentido de uma nova 'ética científica', mas "a ética aplicada a um novo campo de estudo, o campo médico e biológico."

Beauchamp & Childress[30] utilizam o termo "ética biomédica" ao tratarem da ética na área da saúde. Em sua obra clássica, oferecem uma "estrutura para o julgamento moral e para a tomada de decisão" que acompanhe os desenvolvimentos científicos, tecnológicos e sociais das ciências biológicas e da área da saúde. Os autores afirmam que a teoria ética ilumina os conflitos na área da saúde e colabora na superação das suas limitações. Conceituam a ética como um termo genérico que abrange diferentes formas de entendimento e examina a vida moral. Denominam de "ética prática", e não de "ética aplicada", a tentativa de descobrir as implicações de teorias gerais para a conduta e decisão moral, por não se passar diretamente da teoria ou princípios para casos particulares, mas utilizar, tais teorias e princípios, para auxiliar nas ações a serem desenvolvidas e que, posteriormente, se adequarão ao caso concreto.

Distinguir entre o que é certo e o que é errado nem sempre é tarefa fácil. Pode-se partir da ideia do entendimento moral de uma determinada sociedade que tem suas normas de

---

[28] Potter VR. Bioethics, the science of survival. **Perspectives in biology and medicine,** 1970;14:127-153.
[29] MORI, M. A bioética: sua natureza e história. **Humanidades** (UnB), Brasília, v. 9, n. 4, p. 332-341, 1994.

[30] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7. ed. London: Oxford University Press, 2013. p. 1-29.

conduta aprovadas pela comunidade em que se situa, mas que poderá conflitar com as normas morais de outra comunidade. É certo que existe uma moralidade comum, mas nem sempre comum a todos. Como no conceito de "estranhos morais", definido por Engelhardt[31], quando não há compartilhamento de premissas ou de regras morais que deem solução aos conflitos por meio de argumentação racional ou quando falta um comprometimento comum de uma autoridade reconhecida para dar tais soluções. Os "amigos morais" estarão onde houver o compartilhamento de uma moralidade essencial regida por uma autoridade reconhecida por todos. A estranheza na escala de valores morais não gera necessariamente a incompreensão recíproca, tendo a argumentação relevante papel na ordem a ser conferida aos valores compartilhados, porém ordenados diferentemente.[32]

A moralidade particular leva a uma bioética essencial que propicia constante tensão entre as diversas controvérsias morais, sendo certo que a argumentação racional não transforma as diferentes visões.[33] Ao vivermos em uma sociedade plural, é necessária uma bioética com idêntica pluralidade. A busca de uma autoridade judicial para definir questões de fundo moral arraigadas representa a solução para um caso concreto, com evidente repercussão moral na sociedade, mas sem o significado de silenciar controvérsias, talvez as ampliando, como são os casos em estudo neste trabalho.

A ética não é a norma moral ditada pelo jurista, mas " 'o saber das coisas humanas' em seu acontecer de cada dia"[34] Por isso, o tempo histórico avança e as normas ficam estáticas cabendo ao julgador renová-las à luz da reciprocidade eu-tu[35], de acordo com as circunstâncias de vida de cada um e da comunidade.

As correntes bioéticas possuem forte influência da área de saúde e serão agrupadas neste trabalho como Secular, Confessional, Fenomenológica e Principialista.[36] Esta última, de Beauchamp & Childress, é a que nos interessa mais de perto por ter sido escolhida para apropriação pelo Direito e o objetivo deste estudo.

Passemos à abordagem sobre cada uma delas em seus aspectos mais relevantes.

---

[31] ENGELHARDT Jr., H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 2008. p.21-39.

[32] Ibidem. p. 33.

[33] Ibidem. p. 34.

[34] PEGORARO, Olinto. **Introdução à Ética Contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 24.

[35] Ibidem. p. 28.

[36] PEGORARO, Olinto. **Ética e Bioética**: da subsistência à existência. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

1.2.2 Bioética secular

A bioética secular constata a incapacidade de se obter uma doutrina moral universal independente da religião e da metafísica[37] diante das teorias filosóficas e religiosas nas quais não se encontra convergência quanto a temas de debate caloroso, tais como aborto e eutanásia.

Engelhardt [38], em clássico trabalho sobre os fundamentos da bioética, funda uma ética normativa intersubjetiva construída no pluralismo de fato e nos problemas éticos entre as diversas religiões, elaborando uma ética baseada na racionalidade sem exigências vazias. Busca o diálogo pacífico no debate de uma controvérsia ética entre os "estranhos morais", sendo que os "amigos morais" situam-se nos mesmos princípios morais de filosofia ou fé.

Esta ética não tem conteúdo previamente estabelecido partindo da vontade comum de se resolver o conflito através de negociação regida pelo consentimento e pela beneficência, no sentido de promover o bem. O consentimento significa que para uma autoridade agir sobre interesse de outra pessoa pressupõe a permissão desta, por meio de um acordo entre os participantes por não serem comuns a mesma crença ou argumentação racional. Esta permissão é a origem da autoridade.

Engelhardt denomina de "moralidade de autonomia como respeito mútuo"[39], o respeito recíproco ao direito de cada um consentir que possibilita o convívio moral e não implica em uso de força para defesa de interesse ou punição do indivíduo, concedendo base moral para políticas públicas na defesa dos vulneráveis.

A reflexão moral para tomada de decisões tem a pretensão de alcançar determinado bem e afastar prejuízos, o que representa um compromisso com a beneficência, porém deve ser exercida, observando o consentimento. Ao ser aplicada a beneficência, quando se vive em

---

[37] De acordo com o conceito do dicionário de HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, a metafísica é a parte da filosofia que procura determinar as regras fundamentais do pensamento e que nos dá a chave do conhecimento do real. O dicionário de filosofia esclarece que, ao longo da história da filosofia, encontraremos diferentes concepções de metafísica e diferentes perspectivas sobre o que a disciplina chamada metafísica deve incluir. Kant, por exemplo, argumenta que a metafísica abrange questões relativas a natureza de Deus, o problema do lívre-arbítrio, a natureza da mente e sua relação com o corpo físico. Por outro lado, Aristóteles argumenta que a metafísica estuda o ser. Para esta visão, a metafísica é a mais geral das disciplinas. Ela busca identificar as características mais universais dos seres ou da realidade. Central para este projeto é a identificação das categorias ou tipos mais gerais as quais as coisas pertencem, a especificação daquilo que distingue estas categorias ou tipos entre si, e a identificação dos tipos ou relações que unem objetos pertencentes a diferentes categorias. São temas comuns em metafísica: a natureza dos universais e particulares, mundos possíveis, teoria da causação, questões sobre o tempo como a noção de persistência, e realismo e anti-realismo ontológico. (LOUX, 2008)

[38] ENGELHARDT Jr., H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 2008. p. 82-83.

[39] Ibidem. p. 158-159.

uma sociedade pluralista secular, deve-se impedir que uma visão moral particular se estabeleça acima das demais. Cada comunidade definirá o que é o bem a ser praticado, pois há indeterminação do significado deste para cada um, individualmente, e para todos em coletividade. Este princípio reflete a solidariedade humana.

Assim, observar o consentimento confere alcance a todos os agentes morais, independente da comunidade em que se viva e sendo a beneficência, própria de cada comunidade, de acordo com o que considerar como bem. Há, portanto, a tensão entre o respeito ao consentimento, independentemente de suas consequências para a liberdade, e a beneficência, que se justifica em razão de suas consequências. Conclui Engelhardt, que o bem a ser feito é o "bem deles", compreendido como bem pelo outro, mas desde que o suposto bem não lhe cause prejuízo ou que esteja errado.

Ocorre que, vivendo o ser humano em sociedade, sujeito a limitações e a influências no decorrer de sua vida, nem sempre poderá dispor de sua autonomia plena. Por razões econômicas, educacionais e até de saúde, sua autonomia e sua liberdade deixam de ser plenas, o que enseja a reflexão sobre a atuação de um estado protetor, passível de atuar de forma paternalista, ao impor a sua própria visão de bem-estar.

Esta bioética decorre exatamente da dificuldade em se estabelecer o que é uma "vida boa" por meio dos argumentos seculares racionais gerais e propõe a tolerância diante da diversidade de visões morais que caracterizam a condição humana.

1.2.3 Bioética confessional

O fundamento da bioética Confessional está na dignidade da pessoa humana com base nos conceitos religiosos e metafísicos. É uma bioética que amplia seu alcance para a solução dos problemas derivados do avanço das ciências. Define a pessoa pela sua dimensão espiritual, não aceitando a flexibilidade de princípios para se chegar ao consenso. Exige uma razão para se considerar uma conduta correta conferida pela metaética que justifica teoricamente a tomada de decisão. A pessoa possui uma alma racional de dimensão espiritual, transcendente. A transcendência é a fundamentação última dos valores, encontrada em um ser superior. Deus é um valor objetivo, assim como as pessoas e as coisas. O ser humano deve fazer o bem e evitar o mal de acordo com a lei natural e a essência de cada coisa ou pessoa.[40]

---

[40] PEGORARO, Olinto. **Ética e Bioética**: da subsistência à existência. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 88-90.

Há dois modelos elaborados: o modelo personalista clássico e a antropologia personalista contemporânea.

Para o modelo personalista clássico, o valor fundamental da pessoa é a vida integrada à espiritualidade da alma que prevalece sobre a vida física. Tem como um de seus maiores representantes Elio Sgreccia,[41] que define a bioética como a disciplina que, aberta ao entendimento teológico, examina a legalidade da intervenção do homem sobre si mesmo, a partir da ciência, biologia e medicina. A reflexão ética tem referência na pessoa humana e no seu valor transcendente com referência em Deus que é valor absoluto.

A vida é inviolável, mas, para esta teoria, o bem espiritual é superior e deve prevalecer. Para o exercício da liberdade, há que se ter vida, portanto não há liberdade para a escolha de se colocar fim à vida. Este princípio da liberdade somente tem sentido quando defende a vida em sua totalidade, desde que a ciência não crie intervenções que causem interferências que não sejam naturais, por isso são inaceitáveis intervenções de supressão ou alteração do curso da vida como o aborto, a eutanásia e a fertilização assistida.

O modelo da antropologia personalista apresenta um modelo que compreende o ser humano em sua dimensão somática, psíquica e espiritual, um ser aberto à infinitude do sentido. O ser humano, como todos os demais seres, é dado da natureza e diante de suas estruturas pode manifestar-se na sua relação com o mundo, adquirindo um significado próprio em que o corpo, em sua totalidade estrutural, deve ser respeitado. A pessoa não se confunde com a liberdade ou autonomia que são suas dimensões psíquicas.[42]

Nesta perspectiva, Deus está presente no princípio ou fim de todo processo ético e, para os que creem, é muito confortável tomar uma decisão ética com base neste princípio de moralidade divino. Contudo, os que não possuem essa crença ficam excluídos ao não se sentirem alcançados por esta ética.

1.2.4 Bioética fenomenológica

A bioética fenomenológica é uma ética indutiva que, partindo dos dados da existência pessoal e histórica, alcança postulados flexíveis, passando a estabelecer uma reflexão sobre estes dois polos para formular juízos éticos. Para esta, a bioética não é um conjunto de

---

[41] SGRECCIA, Elio. **Manuale di Bioetica**: Fondamenti ed ética biomédica. Milano: Vita& pensiero, 2007. v. 1. p.1-42.

[42] PEGORARO, Olinto. **Ética e Bioética**: da subsistência à existência. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 93-95.

princípios, mas uma criação diante de cada situação que a vida apresenta de acordo com o tempo em que se vive, observando um "horizonte ético" como referência.[43]

Este horizonte ético é o sentido da vida, não se modifica. Apenas as normas são mutáveis para sua adaptação às novas circunstâncias para "normalizar" o que ultrapassou os limites anteriores, pois a dinâmica da vida não permanece enquadrada por longo tempo. Os novos problemas éticos em decorrência dos avanços da ciência são comuns a todas as pessoas e clamam por novos paradigmas para serem solucionados. Assim, há necessidade de uma ética criativa e inventiva, sem perder de vista este horizonte.

A fenomenologia, estudada por Heidegger[44], busca esclarecer o sentido da existência do ser. Nesse aspecto, se diferencia das demais teorias, pois entende que o ser humano tem a capacidade de questionar sobre o sentido de sua existência e de tudo o que o cerca. É o único ser dotado desta capacidade que é a estrutura ontológica do que somos. A ontologia deve esclarecer, de maneira suficiente, o sentido do ser, compreendendo-o como tarefa fundamental. A construção de nossa existência e de nossa personalidade se faz com a liberdade que somos. Nas demais teorias, tanto a razão como a liberdade emanam da essência e não se confundem com ela.

Nesta concepção, basta ser humano para se ter ética e virtude e praticar a justiça, pois a ética é um fato humano. Através do exercício da liberdade, o ser humano constrói-se de forma positiva ou não, sem que haja interferência divina. A prática de ações justas e solidárias faz do ser humano um ser ético, sendo a crença religiosa um reforço, mas não um pressuposto.

O ser humano busca saber o que ocorre ao seu redor e realiza a hermenêutica dos fatos para desvelar seu sentido ético e, para tanto, vale-se de quatro elementos importantes.

O primeiro elemento é o diálogo, pois não se pode ter uma ética solipcista. A ética vem da reciprocidade entre as pessoas. O segundo elemento é a argumentação. Para interpretar um fato há necessidade de uma análise histórica, do que acontece no momento e quais serão as consequências no futuro. Portanto, exige profunda reflexão conjunta. A sabedoria prática é o terceiro elemento e será o resultado do percurso em busca da vida feliz, através da convergência, após o confronto de posições éticas diferentes. O último elemento é a narrativa de fatos. Com ela se pode conviver com os avanços biotecnológicos e seus benefícios e riscos. Cabe ao ser humano, através de amplo debate, conhecer e escolher o que

---

[43] PEGORARO, Olinto. **Ética e Bioética**: da subsistência à existência. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 108.

[44] HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 1. p. 27-41.

deseja usufruir ou não. Os fundamentos morais não estão acima ou fora da vida, mas dentro dos acontecimentos.[45]

Ocorre uma circularidade entre a vida real e a ética, em constante adaptação, sem verdades completas. Acontece concomitante à vida e não prévia ou posteriormente. Não possui regras absolutas diante da vivência e não pode ser imposta como um dogma. O tempo importa nessa oscilação por sermos seres com passado, vivendo o presente, projetando o futuro.

1.2.5 Bioética baseada nas consequências ou na deontologia

As teorias que sustentam a ponderação das consequências, cujo maior destaque está no utilitarismo de Bentham e Mill, é contraposta pela teoria deontológica, baseada na obrigação, cuja referencia é Kant.

Uma breve abordagem da teoria utilitarista e da teoria deontológica é apresentada por Beauchamp & Childress com o propósito de oferecer base para a apresentação do Principialismo.

A teoria baseada nas consequências que sustenta que as ações são certas ou erradas, de acordo com o resultado obtido, positivo ou negativo, ou seja, se o resultado é útil. A teoria utilitarista visa a produzir um equilíbrio máximo com o menor desvalor possível, em busca do hedonismo. Seus principais defensores são Bentham e Mill.

As críticas que se apresentam são a permissividade para prática de atos imorais em busca de resultados positivos, bem como a exigência de sacrifícios pessoais para maximizar resultados positivos para os outros. Deste modo, o direito de uma maioria supera os direitos das minorias, gerando uma distribuição social injusta.

Contudo, o utilitarismo tem importante papel para as políticas públicas porque as consequências das escolhas para maximizar resultados para todos devem ser consideradas. Além do que, o utilitarismo está fundado na beneficência, para produção do bem-estar, que, aliada a outros princípios, afasta os problemas do uso exclusivo do princípio da utilidade.

Essas características diferem das encontradas na teoria baseada na obrigação.

Na teoria de Kant, o que faz uma ação ser considerada correta são as características da própria ação e não as suas consequências. Kant é a grande referencia a partir de seus imperativos categóricos que determinam o que é moralmente devido independentemente do

---

[45] PEGORARO, Olinto. **Ética e Bioética**: da subsistência à existência. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 112-113.

desejo de quem pratica a ação. É o dever moral de agir. A célebre determinação para se agir de acordo com o que possa ser transformado em lei universal justifica a validade das máximas de orientação moral, sendo concebida e desejada sem contradição, o que as tornaria inconsistentes.

A máxima de Kant,[46] de grande repercussão ética, é a de que as ações do ser humano para com outro ser humano devem ter um fim em si mesmo e não exclusivamente como meio para se alcançar algo, o que exige o respeito ao consentimento de cada um para preservação da dignidade moral do indivíduo. Para o autor, a autonomia é o único princípio da moralidade, mas a autonomia no sentido de agir de acordo com os princípios morais universalmente válidos com base nos imperativos categóricos, pois se não provém dos princípios morais é heteronomia, controlada não pela vontade racional que escolhe autonomamente, mas com base em paixão ou outro interesse próprio. As máximas escolhidas de forma autônoma devem ser simultaneamente incluídas como lei universal.[47]

A ideia de Kant, de uma exigência moral estar consistentemente comprometida com um sistema de regras e princípios, toma por base que um juízo moral, quando sustentado por boas razões, serve para outras circunstâncias semelhantes.

Rawls[48] apresentou interpretação das ideias de Kant para a ética contemporânea na qual é estabelecido um contrato social hipotético. Neste contrato vigoram princípios com os quais todos concordam se em "posição original", ou seja, todos são ignorantes das características e vantagens possuídas, o que denomina de "véu da ignorância". Esta posição original tem relação com a autonomia de Kant em que os indivíduos legislam para si próprios, a partir da razão, de forma imparcial. Mas o direito à autonomia deve atender aos princípios morais objetivos. Para Rawls, o principal objetivo de Kant é justificar a ideia de Rousseau de que, para ser livre, devemos estabelecer, para nós mesmos, como devemos agir, o que desenvolve o respeito entre aqueles que vivem em sociedade e não em razão de um rígido comando de conduta. Por isso, a posição original é vista como uma interpretação da concepção Kantiana de autonomia.

Ao desafiar as teorias utilitaristas, Rawls desenvolve argumentos para a distribuição justa dos bens entre os indivíduos. Algumas características de sua análise são apropriadas por Beauchamp & Childress. Rawls refere-se aos "juízos ponderados", em que há maior

---

[46] (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 363 citando KANT,1959, p. 47)

[47] KANT, lmmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret. 2002. p. 70-71.

[48] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3-56 e 275-283.

capacidade moral de manifestação sem distorção, como no exemplo da injustiça da discriminação racial, que aceitamos como ponto pacífico entre todos. Há uma compreensão comum de que é injusto tratar raças diferentes concedendo valor superior a uma raça em detrimento de outra. Um juízo ponderado é uma convicção moral em que confiamos e acreditamos não ser tendenciosa. Todavia, são passíveis de revisão. Por isso, aplica o que chama de "equilíbrio reflexivo", para comparar os juízos ponderados e para ajustá-los para que se tornem coerentes.

O equilíbrio reflexivo tem início com a avaliação dos juízos morais paradigmáticos em suas várias concepções propostas, quanto a suas qualidades e suas fraquezas. As diretrizes de ação são testadas e restringidas ou ajustadas através da reflexão e do ajuste dialético. Então, a decisão será tomada quanto ao juízo de maior coerência. Sua adequação é testada por meio de implicações práticas, mas não atribui maior valor às ações gerais, como no dedutivismo, ou à experiência, como no método indutivo. Tem a importante condição de afastar o juízo moral intuitivo em razão da reciprocidade cerceadora existente entre a teoria e a prática.

A partir dessas premissas, Beauchamp & Childress desenvolvem uma teoria da justificação baseada na coerência. As teorias vêm para iluminar a experiência moral e para determinar o que devemos fazer, como também a experiência testa, confirma ou afasta a teoria. Se a teoria não está de acordo com nossos juízos ponderados, devemos buscar outra teoria, como no exemplo que citam, apresentado por Feinberg, quanto ao raciocínio que ocorre nos tribunais. Se um caso conduz a um julgamento inaceitável, o princípio aplicado ao julgamento deverá ser modificado ou suplementado, a fim de que se torne coerente com nossas crenças particulares e gerais. Se o Princípio estiver bem fundado, há necessidade de se ajustar o julgamento. Isso demonstra que os quatro Princípios não são aplicados aos casos, mas extraídos deles.

Entretanto, somente a coerência não basta para a justificação porque o corpo de juízos e princípios coerentes pode ser insatisfatório. Isso indica a necessidade dos juízos ponderados na forma de convicções morais firmes para especificar, testar e revisar as convicções. Não se trata de intuição individual, mas de crenças adquiridas, testadas e modificadas com o tempo.

Tais conceitos são utilizados na teoria Principialista, a qual apresentaremos a seguir.

1.3 **Bioética principialista**

Finalmente, apresentamos a teoria que confere cerne ao presente trabalho. Seus autores sustentam que a melhor estratégia para sua aplicação é partir do entendimento de que

a base proposta não confere prioridade a qualquer um de seus Princípios, nenhum Princípio, *a priori*, é mais importante do que o outro. Cada um dos Princípios contribui, com suas limitações, ao lado dos direitos e demais valores morais. Este horizonte ético é muito maior do que a Principiologia absolutista, como iremos expor a partir de sua construção histórica.

O Relatório Belmont, já mencionado na parte referente aos conceitos de Princípios e Regras, deu início ao Principialismo que passou a ser o fundamento bioético para solução de conflitos nesta área. A origem da reflexão ética que resultou no Relatório Belmont, resultou de casos históricos de pesquisas com seres humanos que mobilizaram a sociedade americana[49]. Dentre os casos estão as pesquisas que injetaram hepatite viral em crianças com retardo mental e o famoso caso de Tuskegee, no estado do Alabama. Este último, embora tendo ocorrido em 1940, somente tornou-se público em 1972, deixando de oferecer tratamento a 400 homens negros com sífilis, para que as pesquisas prosseguissem, não obstante a descoberta da penicilina, em 1945, que ofereceria a cura.

A partir deste caso foi criada a "Comissão nacional para a proteção dos seres humanos da pesquisa biomédica comportamental", com o propósito de identificar os "princípios éticos básicos" na pesquisa com seres humanos. Foram identificados três dos Princípios: respeito à autonomia, beneficência e justiça. O Princípio da não maleficência foi incluído na obra clássica de Beauchamp & Childress que passou a abranger o campo da prática clínica e assistencial, não abrangido pelo Relatório.

Os quatro Princípios representam forte paradigma bioético em busca da maximização do bem-estar afastando o mal-estar e possuem forte conteúdo utilitarista por serem calculadas as consequências na tomada de decisões para assegurar o maior bem-estar ao maior número de pessoas. São quatro os Princípios: respeito à autonomia, não maleficência, beneficência e justiça.

A teoria partiu de condições de adequação para proporcionar base para a avaliação de seus defeitos e de seus pontos positivos. As condições dizem respeito à clareza, à coerência, à completude e à abrangência, à simplicidade, ao poder de explicação, ao de justificação, ao produtivo e à viabilidade. Estas condições significam que uma teoria será apropriada, ao impedir qualquer obscuridade na sua interpretação e na sua aplicação, ao apresentar consistência conceitual, ao incluir todos os valores morais, ao conter poucas normas básicas de conteúdo moral suficiente, ao conter informação suficiente para compreensão da vida moral, ao conceder fundamentos para a crença justificada e não apenas reformulação de

---

[49] Introdução à edição brasileira de autoria de Léo Pessini no livro: BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios da ética biomédica**. 4. ed., São Paulo: Loyola, 2002.

crenças, ao gerar juízos novos, ao ter requisitos satisfeitos por muitos e não apenas por um grupo limitado. Certo que não há uma teoria moral perfeita. Porém, a teoria com base nestes critérios gerais atende ao propósito de se criar uma teoria defensável. Nesse sentido, se encontra o Principialismo, e, por essas razões, é a teoria que se entende passível de apropriação para a análise dos casos judiciais coletados.

Esta teoria é baseada na moralidade comum e tem os princípios como base estrutural. O senso-comum não filosófico e a tradição, partilhados entre os membros de uma sociedade, compõem a moralidade comum.

Os princípios de obrigação são encontrados na presente teoria, como ocorre com as teorias utilitarista e kantiana. Estas se caracterizam por serem teorias monistas, nas quais há um princípio supremo e absoluto a direcionar toda e qualquer ação. Exatamente neste ponto, o Principialismo se difere de ambas, pois é teoria pluralista e tem Princípios não-absolutos, *prima facie*, que a estruturam com conteúdo de crenças morais ordinárias e não na razão pura.

A sociedade democrática cria um espaço de proteção do indivíduo para realizar seus projetos pessoais. O reconhecimento desses direitos é importante para a defesa das liberdades, contudo os interesses individuais costumam estar em conflito com os interesses comuns e das instituições e podem ser reivindicados, de forma justificada, frente a outros membros da sociedade. Se alguém tem um interesse, os demais estão impedidos de interferir no exercício desse direito. Um direito pode deixar de ser considerado de forma justificada ou injustificada, o que gera uma violação ou uma infração ao direito. Ocorre a violação do direito quando injustificada a ação contra este e, se a ação for justificada tem-se uma infração ao direito por uma razão superior.

Beauchamp & Childress afirmam que os direitos são exigíveis porque as regras permitem ou proíbem que o direito seja requerido. O direito legal é requerimento justificado por princípios e regras legais, assim como o direito moral é requerimento justificado por princípios e regras morais. Os direitos podem ser positivos ou negativos. Serão positivos quando deve ser provido por outro e serão negativos quando há o direito de se ver livre de uma ação de outro. Um bom exemplo é o da decisão da Suprema Corte Americana acerca do direito ao aborto. Nesta, foi reconhecido um direito negativo, pois o direito à privacidade confere à mulher o direito de interromper a gestação, ou seja, há um limite na intervenção do Estado. Curiosamente a Suprema Corte negou o direito positivo ao fornecimento de fundos pelos governos para sua realização.

Embora haja entendimento de que existem direitos absolutos, os autores defendem que nenhum direito o é. Nem mesmo o direito à vida, pois cada um tem o direito de ter uma vida

justificada e não viver como obrigação. Os direitos estabelecem normas *prima facie* e, quando estão em conflito, devem ser ponderados ou especificados.

A especificação e ponderação de Princípios constituem o modelo de coerência mencionado no item anterior. Por meio dessas, são criadas estratégias para a solução dos conflitos morais. A especificação colabora no desenvolvimento de políticas de ação, sendo a ponderação útil na solução específica do caso individual.

Uma das críticas ao Principialismo diz respeito às regiões de indeterminabilidade que necessitam de desenvolvimento para irem além do abstracionismo. Se um Princípio não for especificado, é um Princípio vazio e sem eficácia. Os Princípios são pontos de partida para uma profunda análise do caso concreto. Devem ser desenvolvidos seus conceitos e moldados normativamente para a realização de ações concretas. Serão avaliadas sua eficiência e sua aplicação, frente às normas existentes e às manifestações da sociedade. As ambiguidades devem ser enfrentadas e eliminadas. A especificação será progressiva, caso a variedade de problemas apresentados o sugira, reduzindo, gradualmente, as circunstâncias conflituosas que o Princípio *prima facie* não pode resolver.

Uma norma moral é passível de revisão e por isso deve ser demonstrada sua coerência. Ocorre que várias especificações concorrentes podem trazer possíveis soluções, o que gera novo conflito. Além disso, poderá haver um conflito que não possa ser eliminado em razão da sua densidade. Por fim, a especificação não garante que não se utilize de ideias preconceituosas ou arbitrárias para se chegar à conclusão desejada. Em vista destas dificuldades, a ideia do equilíbrio reflexivo de Rawls, mencionado anteriormente, vem em auxílio. Isto representa que, após reflexão e dialética, o juízo de maior coerência será o escolhido. O método não é infalível, mas trará solução para muitas questões. Durante o procedimento de especificação, quando vários juízos morais são testados e aplicados na prática, a tomada de decisão ocorre a partir da testagem e da demonstração, mediante argumentos sólidos, de que determinado valor deve prevalecer sobre outro.

Além da especificação, caberá a ponderação entre os Princípios que colidirem entre si. Através da ponderação ocorre a deliberação e a formulação de juízos quanto ao peso a ser conferido a cada Princípio no caso prático, o que exige sejam apresentadas razões ponderadas. A ponderação poderá resultar na especificação, mas não é um modelo intuitivo, pois devem ser apresentadas as melhores razões para agir de acordo com a norma prioritária escolhida e a razão para infringir a outra norma deve ter relevante objetivo moral a ser alcançado, como por exemplo infringir o respeito à autonomia para beneficiar os demais membros de uma comunidade. A infração deverá ser o mais reduzida possível, minimizando-se os seus efeitos

negativos e o objetivo moral deve ser o mais amplo possível. Essas condições colaboram na redução de julgamentos arbitrários ou intuitivos.

O ato de ponderar ocorre na rotina do dia-a-dia quando temos diversas alternativas para escolha. Primeiro deliberamos as boas razões para fazer uma ou outra escolha e, após ponderar estas razões, chegamos a alguma conclusão. É um método necessário para a formulação de um julgamento moral.

Os juízos da presente teoria são juízos ponderados dentro da moralidade comum e da tradição médica, a partir dos quais, especificados e ponderados entre si, se tornam coerentes na aplicação da ética prática.

Beauchamp & Childress lembram que um único princípio absoluto é incoerente, pois, em caso de conflito ou não, se seguiria sempre o único princípio. A moralidade recorre aos princípios, regras, direitos, paixões, entre outros fatores. Atribuir a solução dos problemas éticos a apenas um destes tornaria a resposta incompleta. Por isso todos os aspectos devem ser correlacionados para a deliberação moral. Daí a proposta da utilização dos quatro Princípios, extraídos da moral comum, com a consequente ponderação e especificação, para que possam ser realizadas a correlação e a interação necessárias. Passemos à exposição dos Princípios individualmente.

1.3.1 Princípio do respeito à autonomia

Autonomia tem origem em duas palavras gregas - *autos* e *nomos* - que significam em português – próprio e regra/lei. Com o tempo adquiriu sentidos diferentes, como liberdade e pertencer a si próprio. Será melhor compreendida dentro de uma teoria, pois possui sua essência no governo pessoal do eu livre que age de acordo com um plano escolhido. Portanto, a liberdade e a capacidade de agir intencionalmente são duas condições essenciais.

Um indivíduo autônomo tem capacidade de aceitar racionalmente ou rejeitar algum desejo. O problema é que o desejo prevalecente pode ser mais forte e não mais racional. Essa possibilidade de exclusão da racionalidade, através da influência de alguma condição é contrária à autonomia. A regressão infinita de desejos não permite que seja alcançada a autonomia, pois haveria sempre um desejo num outro nível que influenciaria a autonomia genuína. Essa interpretação exige um desprendimento de valores, crenças e planos pessoais.

Para solucionar o problema há que se ter graus de autonomia e, para considerar uma ação autônoma, é necessário um grau substancial de entendimento, livre de coerção. Não é importante a completa ausência de influência porque o indivíduo estaria privado de sua

posição no mundo real e prático. O limite para esta autonomia substancial será determinado no contexto particular de cada caso.

A presença de uma autoridade que influencia um individuo na tomada de decisão não representa inconsistência fundamental. Cada um pode exercer sua autonomia, ao escolher se submeter a uma autoridade porque a moralidade é construída em sociedade, na companhia de outros indivíduos, em organização social e comunitária. Partilhar ideais morais não significa que o ideal não pertença, também, ao próprio indivíduo. As tradições culturais são fonte de origem da conduta moral. Por isso, a liderança religiosa e a crença em determinações religiosas devem ser respeitadas como escolha autônoma dos indivíduos que as desejem seguir.

A autoridade profissional, como a de um médico, desenvolve conflitos quando não são aceitas ou não são delegadas pelo paciente. O profissional tem a obrigação de revelar e conversar, deixando de agir paternalisticamente, encorajando o paciente a dar sua opinião com base nos esclarecimentos oferecidos.

Respeitar um indivíduo autônomo é reconhecer seu direito a ter opiniões, fazer escolhas e agir de acordo com seus valores e crenças pessoais. Há que se sustentar a capacidade de escolha autônoma. Portanto, os indivíduos devem ser capacitados a agir autonomamente.

De acordo com o Princípio do respeito à autonomia do indivíduo, todo consentimento deve ser precedido de informação adequada. O ser humano é um fim em si mesmo, nunca um mero meio para se alcançar outros fins, como no imperativo categórico de Kant. Ao receber as informações necessárias, encontra-se pronto para a tomada de decisão, de acordo com suas convicções morais e a sua vontade deve ser respeitada. Respeitar a autonomia exige ação e obrigação de afastar as condições que possam influir na capacidade de tomada de decisões, como o medo e o desconhecimento. É importante que as pessoas sejam incentivadas a manifestar sua opinião diante dos seus interesses pessoais livre de influências que possam retirar a liberdade de escolha, com o consentimento ou recusa informados.

As pessoas que não possuem a capacidade de agir autonomamente, em razão de interferência que reduza sua compreensão, necessitarão de outro para tomar a decisão em seu lugar. Isso não significa que toda pessoa em estado de saúde modificado esteja incapacitada para decidir, pois o sofrimento pode conferir uma dimensão desconhecida para outra pessoa, mas se tornar preponderante para a tomada de decisão por quem está sujeito a ele.

Para Kant[50], o sujeito é auto legislador, as normas éticas são dadas por ele próprio e não pelo mundo externo. Prescreve a si próprio o imperativo categórico universal. O dever em agir corretamente é mais importante do que as consequências do ato.

Este Princípio estabelece um firme direito de autoridade para a própria vida, mas não é fonte exclusiva dos direitos morais. Será considerado *prima facie* e necessitará de especificação no seu contexto particular porque pode comportar exceção válida, como por exemplo em casos de ameaçar a saúde pública.

Para indivíduos que não possam agir de forma autônoma em razão de imaturidade, inaptidão ou exploração e coação não cabe a aplicação do Princípio. Alguns possuem condição de autonomia para determinadas deliberações, mas para outras não. Essa qualidade deve ser considerada para que intervenções paternalísticas sejam ou não justificadas, o que será examinado na análise dos dados.

Na área de saúde, o paradigma básico é o consentimento informado expresso ou consentimento livre e esclarecido. Para ser considerado, deve ser livre de coação ou imposição, após recebimento de informação material clara e exposição das possíveis consequências. No momento da necessidade do consentimento poderá o paciente estar inconsciente. Por isso, há decisões autônomas que antecipam estes períodos de incapacidade, através das diretrizes antecipadas de vontade, na qual o indivíduo expressa sua vontade de forma prospectiva para renunciar a tratamentos, entre outras. A discussão é até que ponto devem ser considerados válidos, especialmente quando as situações são de emergência e há possibilidade de morte. Para os autores, as intervenções contra as diretrizes antecipadas infringem o Princípio do respeito à autonomia e devem ser atendidas na mesma medida que se atende aos desejos manifestados anteriormente pelo morto. Este importante conceito e suas circunstâncias, serão aprofundados na análise do Princípio do respeito à autonomia do Grupo 2.

Beauchamp & Childress recordam que o consentimento informado aparece uma década após o julgamento de Nuremberg (1945) que julgou as experiências médicas nazistas, e passou a ser analisado, após 1972. Sua principal função é possibilitar a escolha individual e protegê-la. É um processo que necessita de tempo para ocorrer e pode ser retirado posteriormente. Não se reduz a uma decisão conjunta, pois mais do que uma autorização assinada em um formulário deve existir uma troca de informações entre o indivíduo e o profissional da área de saúde.

---

[50] KANT, lmmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret. 2002.

A autorização autônoma para intervenção médica ou participação em pesquisa pode ser compreendida com um entendimento substancial dos fatos ou como seguimento a regras sociais das instituições. No entendimento substancial, a autorização ocorre por meio de consentimento informado e voluntário e não apenas pela concordância expressa. No segundo caso, as regras institucionais decorrem da obrigação de alertar sobre os riscos das intervenções propostas. O primeiro sentido deve ser a referência para a adequação moral às instituições.

Os elementos iniciais do consentimento informado são a capacidade para entender e decidir e a voluntariedade ao decidir. A seguir estão os elementos de informação: a revelação, que é a informação material; a recomendação de um plano; o entendimento de ambos. Por fim, os elementos de consentimento: a decisão a favor de um plano e a autorização do plano escolhido. Os elementos de informação poderão ser transformados em elementos de recusa, dando origem à recusa informada.

Para a tomada de decisão, é necessário que se julgue se o agente é capaz ou incapaz de decidir autonomamente. Aqui não se trata de capacidade legal, mas da habilidade que alguém possui para desempenhar uma tarefa. Portanto, é específica para determinado ato e não para todo e qualquer ato. O indivíduo deve receber, previamente, a informação material que propicie o julgamento à luz dos seus próprios valores e na perspectiva do seu interesse. Depois, poderá comunicar livremente sua vontade. O indivíduo somente poderá ser qualificado ou desqualificado em sua capacidade ao percorrer este caminho.

Os incapazes normalmente são tratados de modo paternalista. Mesmo os indivíduos capazes podem ter suas decisões impugnadas por motivos paternalistas quando há discordância de valores morais. Por isso, o paternalismo justificado deve ser diferenciado da questão da capacidade. Há uma compreensão comum de que os adultos são capazes de tomar suas decisões quando estas não causam problemas, mas, se causarem conflito, é iniciada uma investigação sobre a sua capacidade. Esta deve ser determinada pela habilidade em decidir de forma autônoma e não porque os melhores interesses devem ser protegidos.

A troca mútua de informações com ênfase no que pode facilitar a decisão, sem relevância para a quantidade de informação, contribui para o elemento revelação. Alguns tipos de situação podem impedir a revelação completa, como no momento em que o próprio paciente expressa a vontade de não saber ou quando o médico tem razões para acreditar que a revelação torne o paciente incapaz de decidir. Esta exceção controversa é o privilégio terapêutico. A discussão é mencionada especificamente em um dos casos analisados do Grupo 2, quando será aprofundada.

Certo que alguns indivíduos possuem base de conhecimento limitada e a comunicação do que está ocorrendo e de suas consequências é extremamente difícil. Contudo, a compreensão não deve ser subestimada, mas com o auxílio de analogias e comparações com outras experiências, atendendo ao limite dos questionamentos dos interessados é possível viabilizar melhor compreensão e ponderação dos riscos e benefícios sem que se caia no equívoco de que a decisão tomada se deu por incapacidade de decidir.

Embora haja ampla classe de influências quando se toma uma decisão, é fundamental que se resguarde de influxos controladores, em especial em momento de fragilidade do indivíduo. A utilização de estratégias de encorajamento ou oferecimentos diversos, especialmente para indivíduos socioeconomicamente vulneráveis, deve ser observada de forma atenta, a fim de que não seja implementado controle da autonomia por vias transversais.

Estas linhas gerais serão melhor exploradas e aprofundadas no decorrer da análise dos dados, com base em casos concretos. A interpretação e especificação do Princípio e a conexão com os demais Princípios permitem melhor compreensão de sua aplicação. Passemos ao Princípio seguinte.

1.3.2 Princípio da não maleficência

O Princípio da não maleficência exige não infligir dano intencional e desnecessário a alguém. Embora guarde semelhança com o Princípio da beneficência, a não maleficência se distingue por ser uma abstenção e não uma ação. Além da atitude em não prejudicar, este Princípio abrange não impor riscos de dano a alguém. Algumas situações de emergência justificam riscos a serem corridos quando normalmente não o seriam. Quanto maior o risco, maior devem ser os objetivos a serem alcançados. A não-prevenção de riscos de dano para terceiros implica na violação ao Princípio. O que pode ser prejudicial para uma pessoa não será, necessariamente, prejudicial para outras. Cada indivíduo capaz tem a ideia sobre o que é de seu interesse e o que prejudica o seu interesse. Por isso, a tomada de decisão quanto ao que não irá causar mal deve partir dos interesses e desejos daquele que poderá ou não ser prejudicado e não em função do que pensa a sociedade ou de sua maioria. O que causa mal a alguém, ou o que não causa mal, depende da justificativa para a abstenção ou ação de acordo com as circunstâncias apresentadas sopesando as vantagens e desvantagens para o indivíduo. Este Princípio é moralmente obrigatório para todos.

A implicação deste Princípio para a bioética e análise dos casos específicos de bioética clínica se demonstra contundente, principalmente, quando se trata de casos julgados pela autoridade judicial que tem a função de pacificar conflitos em sociedade. Como será explorado nos casos judiciais analisados, a autoridade judicial possui a obrigação de agir com base neste Princípio, ou seja, não deve causar mal às partes envolvidas, como também não deve impor riscos desnecessários.

O conceito é próximo ao conceito do Princípio da beneficência, porém com características próprias que facilitam distinções importantes para solução de problemas. Todos nós possuímos a obrigação de não prejudicar os outros, mas nem sempre há obrigação de ajudar aos outros. Não obstante, este Princípio poderá ser superado pela beneficência e vice-versa. Uma pequena intervenção médica que cause alguma lesão física, como um corte, pode ser superada pelo benefício decorrente que o paciente receberá.

A síntese deste Princípio é de que não devemos infligir mal ou dano desnecessários. Já a beneficência deve impedir que estes ocorram. Portanto, a não maleficência requer a abstenção intencional de executar ações que causem danos desnecessários. Lesar é violar o direito de alguém. Prejudicar é contrariar ou obstaculizar o interesse de alguém.

A não maleficência implica em regras morais específicas *prima facie,* como não matar, não causar dor ou sofrimento, não causar ofensa, não despojar alguém dos seus prazeres de vida, não colocar alguém em risco desnecessário. Os riscos graves exigem que os resultados tenham importância proporcional. As situações emergenciais podem justificar atitudes que não seriam justificáveis em situações normais. Difícil é estabelecer os limites para evitar ou reduzir riscos.

Há normas variadas, propostas pelas tradições religiosas, pela filosofia e pelas leis jurídicas, que fundamentam a não maleficência. A obrigação de um procedimento médico deve estar de acordo com os interesses e necessidades do paciente e não da sociedade como um todo.

No Brasil, por exemplo, alguns profissionais da área de saúde entendem que há obrigatoriedade em proceder ao tratamento médico. Este entendimento é seguido por profissionais da área do direito, especialmente os juízes, quando compreendem a vida como bem supremo, do qual decorrem todos os demais direitos. Por isso, obrigam ao tratamento recomendado pelo médico, mesmo contra a vontade do paciente. Esta abordagem é própria ao Grupo 2 que trata das decisões de imposição de transfusão de sangue aos pacientes Testemunha de Jeová que a recusam, como será visto. Da mesma forma, esse raciocínio faz

com que existam leis que criminalizam o aborto, como será demonstrado na análise do Grupo 1.

De outro lado, na classe social em que os recursos econômicos são escassos, pacientes sofrem ou morrem pela falta de tratamento adequado, como falta de equipamentos, falta de sangue para transfusão ou mesmo de leitos hospitalares. Sequer têm a opção de aceitar ou rejeitar a manutenção da vida de um paciente terminal, pois um paciente poderá ser retirado de um centro de tratamento intensivo para dar lugar a outro paciente em estado grave com melhor perspectiva de sobrevivência. Mulheres praticam aborto de forma clandestina sujeitas a procedimento da pior qualidade com consequências como a esterilidade ou a morte precoce. E as mulheres de condição econômica mais favorável realizam tais intervenções, também de forma clandestina, em centros que oferecem total assepsia. Por isso, a relevância de que o Princípio em estudo considere os limites econômicos, sociais e morais, com todas as circunstâncias da realidade em que vivemos e em consonância com o respeito à autonomia do indivíduo.

Os argumentos devem considerar, portanto, o conceito de qualidade de vida. Se a intervenção a ser realizada não é necessária ou produz mais males do que benefícios, a rejeição ao procedimento ou tratamento é plenamente justificada. Desta forma, antes de serem impostas intervenções obrigatoriamente, devem ser analisadas, criteriosamente, as consequências em termos de qualidade de vida do paciente, de acordo com suas convicções e suas crenças pessoais. A avaliação é sobre o que justifica a ação e não só do tipo de ação. Os motivos, o desejo do paciente, as consequências e a necessidade do ato permitem o julgamento da moralidade deste.

Todos os argumentos contrários ou favoráveis à atuação médica devem ser considerados de forma séria para que sejam avaliadas as probabilidades de um dano inaceitável. Atitudes iniciais aparentemente inocentes podem dar origem a consequências não desejadas. Esse é o argumento da “ladeira escorregadia” no qual os conceitos morais e legais são vagos e podem acarretar resultados imprevistos. Uma norma moralmente aceitável acaba apoiando atos inaceitáveis e as exceções criadas podem tornar mais difíceis as distinções na prática.

Dois exemplos do argumento da ladeira escorregadia são os efeitos da discriminação para com os deficientes e para com os idosos.[51] Muitas crianças deficientes sobrevivem com alto custo para a sociedade e, cada vez mais, idosos gastam recursos públicos para tratamento

[51] No Brasil são considerados idosos as pessoas com 60 anos ou mais, conforme o Estatuto do Idoso, Lei nº10.741/2003.

e manutenção da saúde. Se permitida a interrupção do tratamento dos deficientes graves e dos idosos com baixa perspectiva de vida, esta lógica poderia ser estendida a todos os pacientes gravemente doentes ou, ainda, para permitir que fardos familiares e sociais fossem aliviados.

As regras morais contra causar a morte de alguém sustentam o respeito à vida humana e são enfraquecidas a cada modificação de atitude. Ao mesmo tempo, essa mudança das regras, pode gerar a perda de confiança dos pacientes e das famílias com relação aos médicos.

Os argumentos que preveem esta forma de erosão moral, embora sejam especulativos e comparativos, devem, sempre, ser analisados para impedir ações de moralidade duvidosa e sem justificação suficiente para evitar abusos contra indivíduos vulneráveis.

Por fim, deve ser lembrado o importante papel do Poder Judiciário quando do julgamento de casos da área de saúde. Além da obrigação de não causar danos desnecessários, o juiz deve se abster de impor riscos também desnecessários ao indivíduo. A moralidade da decisão está intimamente ligada à natureza e circunstâncias do dano e não somente à responsabilidade de quem assume o risco. O argumento de autoridade, próprio dos Tribunais, possui relevância suficiente para fazer com que muitos acreditem que só alcançarão seu direito, seguindo o que vem sendo determinado pelas reiteradas decisões. Uma avaliação criteriosa demonstra que o entendimento prevalente é seguido, mesmo que impondo riscos ao indivíduo. Essa discussão será aprofundada quando analisada a questão da imposição de cirurgia para mudança de sexo do transexual, na qual o Judiciário exige a cirurgia de transexualização para autorizar a mudança de sexo no registro civil.

Além de evitar causar danos desnecessários, muitas vezes, devemos proporcionar benefícios aos indivíduos, como será tratado no exame do Princípio da beneficência.

1.3.3 Princípio da beneficência

Passemos ao Princípio da beneficência que implica na obrigação moral de que haja contribuição para o bem-estar das pessoas. A regra é buscar proteger o outro, evitando que sofra dano desnecessário, mas sem custo excessivo. O problema é que, em algumas situações, o princípio da beneficência pode ser utilizado para justificar ações paternalistas com sérias restrições à autonomia. Para cumprimento deste Princípio deve existir uma ação positiva para ajudar os outros e não apenas uma abstenção de realizar ato prejudicial, promovendo seus interesses legítimos. Serão balanceados os riscos, benefícios e custos decorrentes da ação, respeitando os direitos individuais, mas podendo sofrer restrições de acordo com as circunstâncias. Embora não seja imoral deixar de agir de modo beneficente para com alguém,

pois nem sempre é obrigatório beneficiar alguém, em alguns casos esse Princípio será obrigatório quando, por exemplo, há um relacionamento especial entre as partes. Esta beneficência específica é comum nas relações profissionais da área da saúde. Também pode ser encontrada no papel do juiz ao julgar um caso da área da bioética clínica. Cabe ao juiz agir da forma mais benéfica à parte, concedendo-lhe o direito postulado na medida do que contribui para seu melhor bem estar, devendo interpretar o que é o melhor para a parte a partir dos valores e crenças da própria parte, capaz de expressar sua vontade livre, sem estar desatento aos custos que recairão sobre a sociedade após a decisão judicial.

Especialmente na área biomédica, é relevante conceder benefícios, prevenir danos desnecessários ou repará-los. Estas ações implicam em outros riscos e novos danos, além dos custos que podem ser muito altos, por isso o conceito de utilidade está muito próximo deste Princípio o que gera a necessidade de confrontar os benefícios com os danos. Este Princípio se distingue das teorias utilitaristas porque não faz da utilidade um Princípio ético único e nem tem primazia sobre os demais Princípios.

Agir de forma a beneficiar alguém é atitude opcional representando um ideal de virtude. Não se exige que as pessoas tenham extrema generosidade ou ajam com sacrifício extremo. Por exemplo, doar órgãos a um estranho é visto como moralmente positivo, mas não como uma obrigação.

A beneficência exige ações positivas, mas não exige obediência imparcial ou ilimitada e, tais ações, não são passíveis de punição caso não sejam desenvolvidas, porque não é possível agir de modo beneficente para com todos. Moralmente somente somos obrigados a não causar dano a alguém, como visto no Princípio anterior. Todavia, para beneficiar muitos ou a todos, torna-se difícil e nos afastaria de nossas obrigações primárias. Quando há uma situação emergencial e um risco mínimo, como socorrer alguém que acabou de se acidentar, caberia a atuação imediata e obrigatória para não caracterizar omissão de socorro, mas não se podem exigir ações difíceis ou com exposição de risco.

A regra é a beneficência ser opcional, mas quando existe uma relação especial entre os envolvidos, a ação beneficente passa a ser obrigatória. Estes relacionamentos morais especiais podem ser entre pessoas da mesma família, amigos muito próximos ou responsabilidades profissionais como entre médico e paciente. Algumas regras ajudam a identificar as situações de obrigação de beneficência.

Há obrigação de se agir com beneficência quando a ação de determinada pessoa, sozinha ou com ajuda de outros, puder evitar que alguém corra o risco de perder a vida, de sofrer um dano à sua saúde ou de prejudicar algum interesse relevante. A ação de quem ajuda

não deve representar riscos, custos ou ônus excessivos para o agente. O difícil é estabelecer os limites para a obrigatoriedade. A teoria ética não tem condições de fixar estes limites de forma precisa e a análise será a cada caso.

Existe a tendência de que as relações obrigatórias estejam ligadas a responsabilidades específicas, como as relações morais especiais, próprias dos profissionais. Na obrigação médica e da enfermagem, por exemplo, cabe a promoção do bem-estar do paciente, o que representa mais do que evitar danos. Tradicionalmente, os profissionais de saúde são tidos como filantropos e são cobrados por terem recebido a oportunidade privilegiada de se tornarem tais profissionais, devendo retribuir à sociedade. Então, é criada uma obrigação de beneficência geral, embora os termos desta beneficência não sejam nada fáceis de serem especificados.

Outras obrigações de beneficência obrigatória, originárias de relacionamentos especiais, existem em razão de função desempenhada em instituição ou proveniente de acordo contratual. São compromissos implícitos e explícitos, nos quais são impostas obrigações pelas atribuições do cargo, pelas promessas oferecidas e pela aceitação dos benefícios. Entre as responsabilidades específicas e o desempenho de função institucional, sempre que forem encontradas as condições apresentadas pelas regras mencionadas, haverá a obrigação de beneficência.

Para melhor atuação do profissional que deve agir com beneficência, seria positiva a ampliação de sua proteção no tocante a sua imputabilidade civil ou criminal, ao agir de boa-fé em situações de emergência. Um juiz, por exemplo, tem a proteção legal[52] de que somente será responsabilizado civilmente se agir com dolo, ou seja, de forma intencional, ou com fraude. Isso protege o juiz se, ao proferir uma decisão liminar, por exemplo, cometer algum erro que cause dano a alguém, mas sem a intenção de causar o dano.

Na esfera penal, também há proteção, não só ao juiz, mas extensiva a qualquer profissional, quando o legislador prevê a exclusão de ilicitude pelo ato praticado no estrito cumprimento do dever legal, respondendo apenas pelo excesso doloso ou culposo.[53] Não obstante, muitos profissionais da área médica se sentem constrangidos a tomar uma decisão, como deixar de impor a transfusão de sangue recusada por paciente, com o temor de que

---

[52] Código de Processo Civil – Lei nº 5869/1973 - Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

[53] Código Penal – Lei nº 2848/1940 - Exclusão de ilicitude - Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível - Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

sejam responsabilizados criminalmente por crime de omissão de socorro. Por isso, a ampliação da proteção não deve se restringir à existência da lei, mas alcançar diferenciada e justificada concepção moral.

Existem, ainda, as normas legais que permitem ao juiz não julgar determinado caso por motivo de foro íntimo,[54] ou seja, sem necessidade de revelar as razões que o tornam "suspeito de parcialidade", como no caso de um processo com pedido de aborto em que o juiz se sinta constrangido a decidir a questão por razões religiosas pessoais. Neste aspecto ocorre o mesmo com o médico que pode alegar "objeção de consciência" para deixar de "realizar serviços que contrariem os ditames de sua consciência."[55]

Outro ponto de conflito deste Princípio é o confronto com o respeito à autonomia dos pacientes, fazendo com que a beneficência se aproxime ao paternalismo. O compromisso da área de saúde é com o benefício do paciente e não com sua autonomia, mas o respeito à autonomia cresceu em importância a ponto de não se permitir a aplicação prioritária do Princípio da beneficência sem a ponderação com o Princípio do respeito à autonomia.

O Princípio da beneficência deve incorporar a autonomia do paciente e suas preferências ajudarão a determinar o que será o benefício para o paciente e não o ponto de vista médico. Contudo, nem o médico nem o paciente possuem autoridade prioritária. A beneficência é o fundamento e o propósito a ser buscado e o respeito à autonomia estabelece os limites morais para alcançar o objetivo.

O "império paternal", denominado por Kant,[56] restringe as liberdades, sob o argumento da beneficência. O paternalismo encontra sua justificação na existência do indivíduo com dependência e sem autonomia. O paternalismo justificado parte da ideia de proteção da criança pelos pais e o estende a outras pessoas consideradas incapazes e que devem ser tratadas como filhos pequenos. A analogia com o pai pressupõe a ação beneficente para o bem-estar dos filhos, em substituição à decisão deles.

Essa analogia se aprofunda quando se trata do profissional da área de saúde. A deferência ao saber médico é enorme e sua posição de autoridade que sabe o que determinar para alcançar o melhor interesse do paciente é como a do pai dedicado com relação aos filhos inexperientes.

---

[54] Código de Processo Civil – Lei nº 5869/1973 – art. 135 - parágrafo único: Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

[55] Código de Ética Médica – Resolução do CFM Nº1931/2009 que entrou em vigor em abril de 2010

[56] KANT, lmmanuel. **On the old saw**: that may be right in theory but it won't work in practice. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1974.

O paternalismo é uma ação que desconsidera as preferências do outro, sob a justificativa de beneficiar ou evitar dano ao outro. Costuma envolver coerção ou manipulação e omissão de informações. Este é um termo adequado para indicar a hierarquia sexista que coloca o pai numa categoria hierárquica superior, assim como coloca um profissional, como o médico, com a mesma superioridade.

Beauchamp & Childress argumentam que as ações autônomas podem ser restringidas, eventualmente, com base na beneficência. Apresentam a distinção de Feinberg[57] quanto ao paternalismo fraco e o forte, ou brando e radical. O paternalismo brando, denominado de *soft*, protege o indivíduo contra sua própria ação não-voluntária, como em casos nos quais há ausência de informação suficiente para a tomada de decisão e a habilidade para decidir fica comprometida. O paternalismo radical, denominado de *hard*, ultrapassa a escolha substancialmente autônoma do indivíduo, protegendo-o de dano que pode causar a si próprio.

O paternalismo forte viola os direitos individuais e restringe a liberdade de escolha. A legítima autoridade para decidir é do indivíduo e não o Estado ou dos médicos. Quando o juiz decide de forma contrária à vontade do indivíduo, como no caso da imposição de transfusão de sangue ao paciente Testemunha de Jeová que o recusa este procedimento por sua crença, sob a justificativa de evitar dano a ele próprio, age com paternalismo forte, deixando de garantir o direito de que o interessado tome a decisão de acordo com sua opinião, como nas decisões que obrigam a tratamento médico para evitar a morte do paciente, mesmo se tratando de um tratamento extremamente agressivo ou que contrarie as crenças do paciente capaz. A atitude paternalista desrespeita o agente autônomo, o que caracteriza ato de abuso de poder.

Feinberg não considera o paternalismo fraco como um paternalismo real, no que é seguido por Beauchamp & Childress, justificando esta posição pelo Princípio da beneficência, cientes de que o paternalismo forte na prática profissional possibilita o abuso.

O Princípio da beneficência implica escolhas racionais sobre quais são os benefícios apropriados correlacionados à probabilidade de custos e riscos previstos. Esta análise considera a igualdade de acesso ao benefício e, além dos custos econômicos, os custos pessoais e sociais. Considera que a vida humana, mesmo possuindo um valor infinito, não implica seja avaliada independentemente de outros valores. Todos os benefícios possíveis de uma existência, como a amizade, o amor, o desejo, o bem estar psicológico, as tradições religiosas, entre diversos outros valores, sob a perspectiva de quem recebe o benefício, são fatores qualitativos importantes para a análise da relação custo-benefício. Os limites serão

[57] FEINBERG, Joel. **Harm to self**: the moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3. p. 3-26 e 98-142.

delineados pelo Princípio do respeito à autonomia e pelo Princípio da justiça, o quarto Princípio a ser analisado.

1.3.4 Princípio da justiça

O Princípio da justiça tem a perspectiva de conceder a cada um o benefício ou encargo que lhe é devido, de forma equânime e adequada. Aristóteles[58] cuidou da virtude da justiça como ideia central de seu livro Ética a Nicômaco, compreendendo-a como a disposição de caráter para agir justamente, restabelecendo a igualdade de acordo com a necessidade de cada um.

Beauchamp & Childress questionam o princípio formal de justiça de Aristóteles quanto aos iguais serem tratados de modo igual e os não-iguais serem tratados de modo não-igual, em razão de sua ausência de conteúdo e dos problemas para se definir o que é a igualdade e quais as diferenças relevantes a serem igualadas. Para dar solução a esta questão são importantes princípios materiais de justiça, como a necessidade, cabendo ao Estado a distribuição equitativa dos recursos.

Diversas teorias de justiça apresentam regras para distribuição de recursos e bens para conferir coerência ao sistema social. O Principialismo não defende nenhum tipo de teoria e parte da premissa de que os argumentos morais, a especificação e ponderação dos Princípios irão determinar os aspectos moralmente relevantes e decisivos para que a decisão seja tomada de forma fundamentada. A vantagem da teoria Principialista é a sua simplicidade ao oferecer método que permite adequar os Princípios e conferir maior peso a um ou outro dependendo do caso apresentado.

A ideia de justiça deriva da ideia de equidade. Nesse sentido, nossa avaliação sobre o que é justo deve evitar a influência de nossos interesses particulares, prioridades e preconceitos. É uma ideia de total imparcialidade, a qual Rawls chamou de posição original, como já mencionado. A partir deste estado imaginário de ignorância, os princípios de justiça são escolhidos. A equidade é garantida por esta concepção política que permite a escolha das instituições que estruturam a sociedade e influenciam os comportamentos individuais, considerando a diversidade entre os diversos membros de uma comunidade e conduz aos estágios seguintes, que são o estágio constitucional e o legislativo. Estes princípios da justiça

---

[58] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009. Livro V - 1129a3-1138b1

incluem a prioridade da liberdade e a igualdade de oportunidades com equidade de distribuição de recursos.

A teoria de Rawls é considerada a mais influente na filosofia moral moderna. Ao analisá-la, Amartya Sen[59] conclui que a pluralidade de princípios imparciais assume formas muito distintas o que dificulta o surgimento do conjunto único de princípios de justiça como estrutura básica da sociedade e, por consequência, dificulta o procedimento da justiça como equidade. Entretanto, admite que a equidade é fundamental para a justiça. Sen considera que a prioridade total da liberdade é extremada e, mesmo prioritária, não deve ser de forma exagerada por envolver a liberdade de outros. Quanto às oportunidades, acredita que devem ser levadas em conta as variações de capacidades e não somente os meios que cada um possui.

Sugere que outras dificuldades da teoria rawlsiana sejam investigadas, como conceder atenção exclusiva às instituições justas e não à sociedade justa, que contaria com características comportamentais reais e não idealizadas. Em sua opinião, a busca da justiça é de formação gradual dos padrões comportamentais inexistindo a aceitação imediata dos princípios com o redesenho do comportamento real dos membros da sociedade, nos termos da concepção política.

Na concepção de Beauchamp & Childress, uma situação de justiça ocorre quando, em razão das propriedades ou circunstâncias particulares do indivíduo, lhe cabem benefícios ou encargos. Ao possuir uma reivindicação válida com base na justiça, o indivíduo também possui um direito que lhe é devido. Negar este direito ou deixar de distribuir os encargos, caracteriza, portanto, uma injustiça.

A cooperação social ocorre com a justiça distributiva, na qual os benefícios e encargos, tais como recursos, privilégios e oportunidades, são repartidos. A exigência do princípio formal de justiça de Aristóteles, para tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, apresenta o problema de ausência de conteúdo. Esta ausência de conteúdo ocorre em razão da dificuldade em se fixar os critérios de igualdade e definir quem é ou não igual e quais seriam as diferenças relevantes para comparação entre os indivíduos. Os princípios materiais de justiça identificam as propriedades substantivas para a distribuição. O princípio da necessidade afirma que a distribuição baseada em necessidades fundamentais é justa, pois caso a necessidade não seja satisfeita, o indivíduo será prejudicado ou lesado de maneira fundamental. Tratar diferentemente duas pessoas diferentes exige a capacidade de justificar o fato.

---

[59] SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 82-104.

As políticas públicas baseadas na justiça distributiva se originam na aplicação dos princípios materiais e suas especificações. Alguns princípios materiais válidos são que todas as pessoas devem ter uma parte igual, de acordo com sua necessidade, seu esforço, sua contribuição, seu merecimento, conforme as trocas do livre mercado. Cada um destes princípios gera uma obrigação *prima facie* cujo peso varia de acordo com as circunstâncias. A aplicação destes princípios materiais cria o problema de prioridade quanto a qual deles prevalece sobre outro, daí a necessidade de especificação e ponderação para determinar quais os aspectos moralmente relevantes e decisivos, para que o julgamento seja devidamente fundamentado. Entretanto, para Rawls, falta uma teoria para serem encontrados os princípios adequados.

As teorias propostas visam a distribuir encargos, bens e serviços sociais, incluindo os da área de saúde. As teorias utilitaristas buscam maximizar a utilidade pública, escolhendo entre vantagens e desvantagens.

As teorias liberais enfatizam o direito à liberdade social e econômica, priorizando os procedimentos justos e não os resultados, não há direitos de bem-estar, portanto não há direito à assistência à saúde com base na justiça.

As teorias comunitaristas estão preocupadas com as práticas dentro da tradição comunitária e nos valores partilhados por um grupo, de forma solidária. As teorias igualitárias priorizam o acesso igual aos bens, exigindo apenas igualdades básicas entre os indivíduos e as desigualdades devem beneficiar os menos desfavorecidos.

As teorias das capacidades, nas quais a qualidade de vida está relacionada ao que os indivíduos são capazes de alcançar e a vida bem vivida, é aquela em que os indivíduos sustentam e exercem um grupo de capacidades essenciais, centrada nas habilidades e oportunidades.

Por fim, as recentes teorias do bem-estar próprio, nas quais, para alcançar o bem-estar deve haver a liberdade de agir aliada às capacidades essenciais, por isso devem ser oportunizadas de forma equânime. A justiça social[60] se preocupa com o bem-estar humano e o bem-estar é melhor entendido como plural envolvimento, de dimensões irredutíveis, cada uma das quais representa algo de independente significado moral. O principal foco é a justiça igualitária, não a utilidade social ou beneficência.

As teorias de justiça oferecem perspectiva importante para a vida moral, mas não conferem solução a todos os problemas que surgem para distribuição igualitária dos direitos

---

[60] POWERS, Madison; FADEN, Ruth. **Social justice**: the moral foundations of public health and health policy**.** New York: Oxford University Press, 2006. p. 15-49.

devidos, especialmente na área de saúde onde os recursos são escassos. Padrões utilitaristas e igualitários serão aplicados na alocação dos recursos de assistência à saúde e a justiça das instituições sociais que intervêm na assistência à saúde, deve contrabalançar a falta de oportunidades dos indivíduos.

O Poder Judiciário tem papel da maior importância para distribuição de justiça. As inúmeras ações judiciais, com pedidos de alocação de recursos de diversas ordens, recebem resposta rápida na consecução de direitos individuais, mas, ao mesmo tempo, criam novos desafios para as políticas públicas, pois o custo é ampliado. Por outro lado, nem todas as pessoas têm acesso à justiça. A falta de conhecimento de acesso ao Judiciário tem a consequência de reduzir o equilíbrio da igualdade, pois alguns recebem benefícios que não receberiam diretamente do Governo e outros permanecem sem nada receber porque não ingressaram com processo judicial. O Governo, por sua vez, acaba desviando verbas para atender às demandas judiciais, o que aumenta a desigualdade produzida pelas políticas públicas, num círculo de desigualdades sociais.

Diante desses desafios, é recomendável seja buscada uma metodologia para o Judiciário conceder ou negar a distribuição dos direitos na área de saúde, de forma a que os direitos individuais sejam respeitados, que a coletividade não seja sobrecarregada e que não sejam impostos procedimentos que nada contribuirão individualmente ou coletivamente. É a proposta desta pesquisa.

2 DECISÕES JUDICIAIS NO CAMPO DA BIOÉTICA CLÍNICA

2.1 Seleção das decisões judiciais

A amplitude do tema, na intercessão da área do direito, da área da saúde, e da área da bioética, exige delimitação do espaço da pesquisa, especialmente no que respeita aos tipos de ação judicial, ao número de Tribunais nos quais o material foi coletado.[61]

Através de pesquisa documental foi realizada análise conceitual e histórica, com o propósito da compreensão dos conceitos do direito à vida, à liberdade, à privacidade e à saúde, em especial sob os aspectos bioéticos, que permitam sua harmonização com os usos sociais do direito em benefício dos indivíduos, respeitando os direitos da sociedade .

Três grupos de decisões judiciais foram analisados. Todas são acórdãos.[62] O primeiro grupo de acórdãos – Grupo 1 – se refere a pedido de autorização para interrupção de gestação de feto anencéfalo; no segundo grupo – Grupo 2 – se trata de pedidos para imposição de procedimento de transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová, independente de sua concordância; o terceiro – Grupo 3, traz as decisões que examinam o pedido de mudança de nome e de sexo de transexual feminino ou masculino, com ou sem realização de cirurgia de transexualização.

Os acórdãos foram coletados em três Tribunais de Justiça do Brasil, a saber: do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Rio Grande do Sul. Estes Tribunais são reconhecidamente órgãos julgadores inovadores no país e com histórico de discussões e de decisões processuais de grande repercussão social, influenciando os demais estados com a jurisprudência que firmam e foram identificados por recente pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, como os de maior número de ações judiciais sobre o direito à saúde.[63]

---

[61] Os Tribunais de Justiça do país totalizam 91, dos quais 61 na esfera federal e 30 na esfera estadual, todos com previsão constitucional de suas específicas competências de atuação no exercício da jurisdição, e com relevantes e diferentes repercussões na sociedade.

[62] Acórdãos são decisões proferidas em grau de recurso pelo fato da parte não ter ficado satisfeita com a sentença em primeiro grau. Em regra, é a decisão definitiva do processo.

[63] O Tribunal do Rio Grande do Sul, em primeiro lugar em número de processos, com 113.953; o de São Paulo em segundo com 44.690 ações e o do Rio de Janeiro em terceiro, com 25.234. Pesquisa do CNJ disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude> Acesso em: abr. 2011.

Os casos selecionados envolvem direitos postulados com base nos avanços da biotecnologia, sem que haja legislação regulamentadora infraconstitucional expressa sobre o tema ou a regulamentação existente seja incompleta.

O método utilizado é o qualitativo com base na pesquisa em arquivo e análise dos documentos coletados, com utilização concomitante do método quantitativo, a fim de verificar as incidências de determinadas categorias, a serem apresentadas no próximo item, e a quantidade de decisões com resultados diferentes. A análise é feita a partir de quatro categorias correspondentes aos quatro Princípios da teoria apropriada: do respeito à autonomia, da não maleficência, da beneficência e da justiça. Em relação a cada grupo e, de acordo com suas especificidades, são relacionadas subcategorias. Identificados os Princípios ou sua violação, realiza-se a ponte entre os Princípios morais e a norma legal que confere suporte à argumentação moral construída, como proposto inicialmente por Potter.[64]

O discurso dos magistrados em suas decisões é de crucial importância na presente investigação para pautar o percurso realizado até a concessão ou a denegação do direito. A análise deste discurso é realizada, ao se observar o contexto processual em que a decisão foi tomada. Os conflitos com que o magistrado se confronta em razão de suas convicções pessoais e religiosas e a compreensão da sociedade frente aos novos problemas, bem como sobre as razões apresentadas e sua argumentação para sustentar e justificar a decisão. Ao final, as decisões são categorizadas em conservadoras ou liberais, justificando-se a análise, para, comparativamente, destacar o fio comum entre as decisões de cada uma das duas categorias, tendo sido indicada a diferença do conteúdo decisório, de acordo com a utilização ou não da teoria bioética para auxiliar na construção do raciocínio e dos argumentos que justificam o decidido.

Com o avanço biotecnológico há, por vezes, necessidade de confronto de um direito constitucional individual de grande importância sobre outro de relevância semelhante, como também a prevalência de direito individual em contraposição ao direito de terceiros que poderiam se sentir afetados socialmente pela decisão. Para isso, entende-se que o estudo do problema possa ser auxiliado com a aplicação de princípios éticos para sua solução.

Os dados foram coletados a partir das decisões publicadas no diário oficial, portanto públicas, preservando-se os nomes das partes quando da sua utilização. Os acórdãos são igualmente disponibilizados no *site* dos respectivos Tribunais, onde foram coletados no ano de 2011. Cada julgamento foi realizado por 3 julgadores. O relator do processo apresenta o

---

[64] POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics**: bridge to the future. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

seu voto e os dois outros acompanham o voto ou não, justificando seus motivos ou, apenas, seguindo as mesmas razões. A busca se deu através de palavras-chave de acordo com o tema de cada grupo que serão apresentadas em cada grupo. Optamos por apresentar os dados quantitativos através de numerais e não em palavras para identificação imediata deste tipo de dado.

As categorias de análise, para todos os 3 grupos, são os quatro Princípios da teoria aplicada: respeito à autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, considerando os conceitos apresentados no capítulo 1. A cada grupo, conforme suas especificidades, foram acrescentadas subcategorias depreendidas do discurso de cada julgador. As subcategorias serão destacadas por grupo e analisadas dentro das quatro grandes categorias para auxiliar na formação da compreensão destas.

2.2 **Categorias e subcategorias de análise**

As categorias de análise são comuns aos 3 grupos porque possuem uma linha comum: são casos judiciais que envolvem questões de bioética clínica. Por possuírem, entretanto, características próprias a cada grupo, são destacadas subcategorias específicas por grupo.

Com o propósito de facilitar a leitura dos dados analisados, será feita a apresentação, em separado, primeiramente, seguindo a metodologia quantitativa, com o número de acórdãos selecionados e Tribunais de origem, data de recorte, as categorias de análise e subcategorias, uma tabela, por grupo, com ano, quantidade de processos e resultado do julgamento. É informado o número de decisões próprio a cada subcategoria encontrada e são destacadas as justificativas apresentadas para negar ou conceder o pedido.

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), coletadas no curso da pesquisa, são utilizadas para conferir suporte qualitativo aos grupos de dados de interrupção de gestação de feto anencéfalo e mudança de nome e de sexo de transexual porque mencionadas nos acórdãos coletados e utilizadas como precedente judicial.

As categorias utilizadas para a análise dos dados são os quatro Princípios da teoria Principiológica: respeito à autonomia, não maleficência, beneficência, justiça. Os Princípios são utilizados para análise dos dados, individualmente, e especificados e ponderados com o auxílio das subcategorias.

As subcategorias se destacaram na medida em que conceitos e afirmações foram se repetindo nos diversos acórdãos. Tais subcategorias conferem suporte à argumentação do

julgador e, conforme sua utilização, passam a indicar qual seria a sua sentença. As subcategorias serão apresentados em cada grupo, no próximo item.

Embora na análise do material coletado estas subcategorias deixem claro a que conclusão o juiz chegará, podemos antecipar, como ilustração, que uma das subcategorias depreendidas no grupo 3 – total ou parcial transgenitalização por cirurgia – redundou, quase unanimemente, em indeferimento do pedido de mudança de sexo, caso não tenha sido total. Estas razões são particularmente examinadas na pesquisa.

Ao encerrar a análise das quatro relevantes categorias, e de suas subcategorias, em cada grupo *per si*, é apresentada breve conclusão do grande grupo. A comparação e a correlação entre os três grupos, compreendido como um grande grupo de casos judiciais sobre bioética clínica. Os resultados das decisões judiciais são classificados como de caráter conservador ou liberal, de acordo com a aplicação ou violação dos quatro Princípios na fundamentação dos votos de cada julgador, justificando a apropriação dos quatro Princípios como caminho metodológico a ser aplicado para solução dos casos judiciais que envolvam bioética clínica.

A seguir serão apresentadas os detalhes metodológicos por grupo.

2.3 **Acórdãos do Grupo 1 - Pedido para autorização de interrupção de gestação de feto anencéfalo**

Foram coletados 30 acórdãos: do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 12 acórdãos; do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 11 acórdãos e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7 acórdãos.

O recorte foi feito nos 10 anos anteriores à coleta realizada em 2012. Portanto, as decisões foram proferidas entre 2002 e 2011. A coleta se deu no *site* de cada um dos Tribunais, utilizando as seguintes palavras-chave na pesquisa: anencefalia, anencéfalo, aborto de anencéfalo, interrupção de gestação. Os tipos e quantidade de ações judiciais encontradas foram: Apelação criminal- 13; Habeas Corpus- 9; Mandado de Segurança- 7 e Medida Cautelar-1, próprios das Varas Criminais pelo fato do aborto ser crime no Brasil.

Após a leitura do material foram encontradas 3 decisões, dentre as coletadas, com o mesmo pedido para interrupção da gestação e com os mesmos fundamentos das demais, porém para enfermidade diferente da anencefalia. Em 2 processos o feto em gestação foi diagnosticado como portador de Síndrome de Patau e em 1 processo o feto era portador de Síndrome de Edwards, síndromes que serão conceituadas na análise. As decisões foram

mantidas para análise em razão da gravidade e do sofrimento narrados, com perfil semelhante aos demais processos de feto com anencefalia, utilizando-se idênticas categorias e subcategorias para todos.

A decisão do STF a respeito de interrupção de gestação de feto anencéfalo, proferida em março de 2012, foi, posteriormente, trazida para análise qualitativa, em razão da relevância e da repercussão para todas as futuras decisões sobre o tema. Trata-se de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de interpretação de lei penal com repercussão ampla. A Constituição Federal[65] determina que a decisão proveniente deste tipo de ação seja seguida por todos os demais Tribunais Estaduais. Este acórdão não foi incluído como dado quantitativo. Logo, os dados considerados na análise são os dos 30 processos coletados. Os dados da decisão do STF são utilizados para corroborar as conclusões obtidas com as decisões analisadas.

As subcategorias de análise do presente grupo são data da decisão com o resultado deferindo ou negando o pedido e se decidida por maioria ou unanimidade; a utilização da palavra aborto ou interrupção de gravidez; o número de semanas de gestação; inviabilidade de vida e morte certa do feto; risco de vida da gestante; risco psicológico para a gestante; participação do casal no processo; manifestação do Ministério Público; menção a justificativas religiosas; ideia de justiça em obrigar a gestante a aguardar o término da gestação; utilização de precedentes para embasar a decisão; a existência de conflito moral; o conceito de dignidade humana; o conceito de qualidade de vida e o conceito de sacralidade da vida; a deferência ao saber médico/científico.[66]

A tabela abaixo indica o ano da decisão e a quantidade de processos e seu resultado.

Tabela I – Ano e resultado das decisões judiciais com pedido de autorização de interrupção de gestação de feto anencéfalo

Ano da decisão	Quantidade de processos e resultado
2002	2 (1deferido – 1 negado)
2003	7 (5 deferidos – 2 negados)
2004	2 (1 deferido – 1 negado)

[65] Constituição Federal, art. 102. Compete ao, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:... § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[66] Evitamos chamar de princípio da dignidade humana e princípios da qualidade e da sacralidade de vida a fim de não confundir estes conceitos com os quatro Princípios utilizados como categorias de análise.

2005	6 (5 deferidos -1 negado)
2006	2 (1 deferido – 1 negado)
2007	0
2008	1 (deferido)
2009	2 (2 deferidos)
2010	3 (2 deferidos – 1 negado)
2011	5 (4 deferidos – 1 negado)
Total	30 (22 deferidos - 8 negados)

Fonte: O autor, 2014.

Das 30 decisões analisadas, em 22 o pedido foi deferido e em 8 negado, sendo considerado negado o pedido quando a decisão determinou que se aguardasse a manifestação do STF na ação em curso sobre o tema e o processo foi extinto porque o tempo decorrido permitia que o parto tivesse ocorrido.

Em 14 decisões, foi utilizada, para autorizar ou negar o pedido, a expressão “interrupção da gravidez”. Em 7 decisões os julgadores utilizaram a expressão “aborto”. Em outras 7 decisões, utilizaram ambas as expressões simultaneamente. Em 2 decisões, utilizaram a expressão “intervenção para remoção do feto”.

Das decisões que deferiram o pedido, 6 usaram a expressão “aborto”, 7 “interrupção da gravidez”, outras 7 usaram as duas expressões e 2 usaram “intervenção para remoção”. Das decisões que negaram a autorização 6 utilizaram “interrupção da gravidez” e outras 2 “aborto”.

Dos acórdãos que deferem o pedido de interrupção da gestação, 13 são por unanimidade e 8 por maioria e 1 monocraticamente, sem que os demais julgadores apresentassem seu voto. Dos acórdãos que negam o pedido, 5 por unanimidade e 3 por maioria. Portanto, 18 decisões são unânimes e 11 por maioria.

O período de gestação na ocasião do pedido até o momento da decisão compreende gestantes entre 13 e 30 semanas. Foram deferidas as autorizações pedidas entre 13 e 28 semanas e negadas entre 15 e 30 semanas. A inviabilidade de vida e morte certa do feto foi afirmada em 24 processos e não foi mencionada em 6 processos, todos negando o pedido, sendo que em 1 destes foi considerada não provada.

O risco de vida ou risco psicológico da gestante foi mencionado em 22 processos. Ambos apareceram juntos em 10 processos. Individualmente, foram mencionados em 6

processos cada. Em 1 processo, em que houve menção ao sofrimento psicológico exclusivamente, foi negada a autorização. Em todos os demais, a autorização foi concedida.

A participação do casal no processo para realização da interrupção ocorreu em 11 decisões, em 1, como requerentes e, nos demais, como decisão tomada pelo casal. A manifestação favorável do Ministério Público se deu em 18 processos e, destes, em 17, a autorização foi deferida e, em 1 processo, foi negada. Em 4 processos, o Ministério Público discordou e, não obstante, o pedido foi deferido. Em 5 processos, o Ministério Público discordou e o pedido foi negado. Em 3 processos, não havia a informação no acórdão.

Em 10 acórdãos, foi abordada a questão religiosa, sendo que, em 9, a menção ocorreu para afastar influência religiosa da decisão e em 1 ressaltou que os dogmas religiosos precisavam ser analisados pelo legislador, por ser um país de maioria católica e cristã.

Em 16 decisões, todas deferindo o pedido, o julgador afirmou não ser justo obrigar a gestante a aguardar o término da gestação.

Em 19 decisões, foram utilizados precedentes para embasar a decisão e, destas, 1 negou o pedido.

Em 11 decisões foi ressaltada a existência de um conflito moral de difícil solução na opinião dos Tribunais. Destas, 6 concederam o pedido e 5 negaram.

A dignidade humana foi apresentada como justificativa em 7 processos que autorizaram o pedido com referência à gestante e em 2 com referência à dignidade do feto.

O conceito de qualidade de vida foi abordado em 18 decisões, em todas houve deferimento do pedido. O conceito da sacralidade da vida foi abordado em 10 processos. Em 6 com referência à vida da gestante, deferindo o pedido, e, em 4, com referência à vida do feto, negando o pedido.

A deferência ao saber médico/científico foi ressaltada em 16 processos, com menção aos laudos, exames, doutrina e artigos médicos e explicações científicas. Em 2 processos foi noticiado que o Comitê de Ética do hospital havia sido ouvido, sugerindo a interrupção da gestação diante da inviabilidade de vida extra uterina.

A justificativa mais comum aos processos que autorizaram o pedido é que não há vida viável do feto anencéfalo, portanto não há bem jurídico a ser tutelado.

A justificativa comum usada quando negado o pedido é que o “sofrimento é parte da vida” e que o laudo pericial não fornecia a certeza do perigo de morte da gestante, devendo as consequências serem suportadas pelo gestante ou casal. Dos 10 processos decididos, por maioria, o voto divergente seguia a mesma justificativa geral apresentada, tanto para autorizar quanto para negar.

2.4 **Acórdãos do Grupo 2 – Pedido para imposição de procedimento médico de transfusão de sangue a paciente Testemunha de Jeová que o recusa por crença religiosa**

O segundo grupo que compõe o *corpus* desta pesquisa é constituído de decisões judiciais em que se discute a imposição ou não de procedimento de transfusão de sangue em pacientes que o recusaram por seguirem preceitos da religião Testemunhas de Jeová.

Foram coletados 10 acórdãos nos 3 Tribunais de Justiça mencionados, no período comum aos demais grupos, porém com um número reduzido de acórdãos. Em razão dos poucos processos encontrados, agregou-se uma decisão proferida em 1995.

Dentre o material, foram encontradas 3 decisões com o pedido para trancamento de ação penal em que os réus impediram a transfusão de sangue, pois responderiam pela prática de crime. Estes acórdãos foram afastados porque têm como único propósito decidir sobre prosseguimento de ação penal não contribuindo para a discussão em sentido amplo. Das 7 decisões analisadas, 1 diz respeito a pedido de indenização civil por transfusão realizada sem autorização da paciente e as demais sobre a obrigatoriedade ou não do procedimento.

Todos os pacientes são maiores de idade e com capacidade civil plena. Em 1, a paciente estava inconsciente no momento do procedimento e havia diretivas antecipadas da vontade que não foram respeitadas.

Dos 7 casos analisados, 4 obrigam expressamente a transfusão mesmo contra a vontade do paciente. O julgamento do pedido de indenização pela transfusão realizada sem consentimento não a concede, por entender que o procedimento foi corretamente aplicado, compreendendo-se este como adesão à transfusão obrigatória. Apenas 1 caso não obriga à transfusão, por maioria. E em 1 caso não se obriga expressamente a transfusão, mas porque caberia tão somente ao médico decidir sobre a transfusão e a mais ninguém. Portanto, a transfusão pode ser feita pelo médico. Assim, 6 processos decidiram pela obrigatoriedade da transfusão e 1 assume a posição de respeitar a vontade do paciente. Das 6 decisões que obrigam a transfusão, 4 foram por unanimidade e 2 por maioria. Portanto, cada um destes com 1 voto divergente. O único processo em que se proíbe a imposição da transfusão foi decidido por maioria.

O fundamento que aparece em todas as decisões que obrigam a transfusão é que a vida é o bem supremo. A justificativa da decisão que, apesar de não obrigar ao procedimento, considera a imposição um benefício ao paciente, é que cabe ao médico decidir sobre a necessidade, por ser dever médico e a providência ter utilidade prática.

A referência à dignidade da pessoa humana aparece em 3 decisões, 2 que impõem o procedimento e 1 que nega a imposição. Nas demais, a dignidade humana não é mencionada expressamente. Em uma decisão que impõe o procedimento, a menção à dignidade humana é feita no voto vencido. Portanto, esta justificou tanto a imposição quanto a não imposição do procedimento.

O consentimento informado é mencionado em 2 decisões, sendo que numa delas a referência é para ser utilizado somente em casos em que não haja perigo de vida. A autonomia do paciente não foi respeitada, por pelo menos 1 julgador, em todas as decisões. Em 1 dos votos o julgador entende que a vida pertence ao homem, mas o Estado também é titular da vida de cada um. Em 2 votos, há forte deferência ao saber médico.

Os quatro Princípios da bioética Principialista foram encontrados na decisão que não obrigou à transfusão e, por isso, foi tomada como decisão paradigmática, no capítulo seguinte. Nas demais, foi encontrada violação ou aplicação dos princípios de forma ilimitada. Na decisão paradigmática são identificados os argumentos utilizados para a formação de raciocínio lógico, a fim de justificar a decisão final e a sua relação com cada Princípio. Pelo fato do sistema jurídico brasileiro ter sua base em leis escritas, é feita a correlação dos princípios morais filosóficos com as normas da Constituição Federal e da legislação pertinente, revestindo-os de legalidade. Após a apresentação inicial da decisão paradigmática, analisa-se o cumprimento ou violação dos princípios, individualmente, tanto na decisão paradigmática como no grupo de decisões que impôs o procedimento.

2.5 **Acórdãos do Grupo 3 – Pedido para mudança de nome e de sexo de transexual com ou sem cirurgia de transgenitalização**

Foram coletados 44 acórdãos proferidos nos Tribunais Estaduais mencionados. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 12 acórdãos; do Estado do Rio de Janeiro, 14 acórdãos; e do Estado de São Paulo, 18 acórdãos.

O recorte segue o mesmo período dos demais grupos, dos 10 anos anteriores à coleta de 2012. Foram encontradas decisões a partir de 2003 até 2011. Não havia acórdão no ano de 2002. As decisões estão distribuídas assim:

Tabela II- Ano e número de decisões com Pedido para Mudança de Nome e/ou Sexo de Transexual com ou sem Cirurgia de Transgenitalização.

ANO DA DECISÃO	NÚMERO DE DECISÕES
2003	2
2004	0
2005	4
2006	3
2007	8
2008	3
2009	9
2010	7
2011	8
TOTAL	44

Fonte: O autor, 2014.

Dos casos coletados, 41 foram pedidos por transexual feminino, com ou sem cirurgia de mudança de sexo e 3 por transexual masculino, um com cirurgia e dois sem cirurgia completa, pois não houve implantação do neofalo, mas extirpação dos órgãos sexuais femininos (mamas, útero e ovários) e tratamento hormonal.[67] A coleta se deu no site de cada um dos Tribunais, utilizando as seguintes palavras-chave na pesquisa: transexual, transexualismo, transexualidade.

A análise se dá sobre a resposta do Poder Judiciário aos pedidos para mudança de nome e/ou de sexo, não sendo analisados pedidos para realização de tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde formulado em dois processos.

As categorias foram descritas acima e as subcategorias utilizadas na análise são: ano da decisão e o seu resultado; total ou parcial transgenitalização por cirurgia, dignidade humana e constrangimento na vida do requerente; sigilo do registro civil quando o pedido de mudança de nome e/ou de sexo foi deferido; utilização de precedentes; apelante e razões de apelação; argumentos religiosos.

[67] O transexual feminino nasce com caracteres biológicos masculinos e tem o desejo de pertencer e ter a aparência do sexo feminino. O transexual masculino nasce com caracteres biológicos femininos e tem o desejo de pertencer e ter a aparência do sexo masculino.

Os pedidos têm como fundamentos o desconforto e a inadequação psicológica ao sexo biológico, inviolabilidade da vida privada e constrangimento e sofrimento psicológico. No decorrer do trabalho, serão apresentadas e analisadas as razões que justificam os resultados dos julgamentos, de acordo com suas variáveis.

Os acórdãos foram separados em dois tipos: com ou sem cirurgia prévia de transgenitalização. Nas duas possibilidades foram encontradas decisões deferindo a mudança de nome e de sexo, somente a mudança de nome, a denegação total do pedido e a mudança de nome com identificação no registro civil como transexual. Os números de decisões são apresentados na tabela abaixo.

Tabela III - Resultado quantitativo das decisões judiciais de acordo com a realização ou não de cirurgia de transgenitalização.

TIPO DE DECISÃO	NÚMERO DE DECISÕES
com cirurgia defere mudança de nome e sexo	29
com cirurgia defere mudança do nome	2
com cirurgia indefere ambos os pedidos	1
com cirurgia defere mudança de nome e identifica como transexual	1
sem cirurgia defere mudança de nome e sexo	1
sem cirurgia muda o nome	5
sem cirurgia defere mudança do nome e identifica como transexual	1
sem cirurgia indefere ambos os pedidos	4

Fonte: O autor, 2014.

O sigilo no registro da averbação quanto à mudança concedida foi determinado de forma absoluta em 12 decisões. Em outras 12, foi determinada a publicidade. Em 9, não houve especificação, portanto a regra geral é a da publicidade. Não determinado o sigilo, da certidão expedida pelo cartório do Registro Civil constará que a mudança de nome e/ou de sexo ocorreu por decisão. Qualquer mudança de nome ou de sexo deve ser averbada no cartório, em razão da publicidade, porém as razões da mudança nem sempre precisam constar da certidão com os dados do registro.

Em 10 decisões, foi negado o pedido de mudança de sexo, sem necessidade de discussão sobre o registro, autorizando ou mantendo a mudança de nome determinada por

sentença em primeiro grau. Em 2 decisões, foi negada a mudança de sexo, passando a constar transexual. O argumento para o sigilo do registro é o respeito à inviolabilidade da intimidade e vida privada e para sua publicidade são o respeito à continuidade do registro, a segurança jurídica e a garantia de terceiros que, eventualmente, venham a se casar com o transexual.

A dignidade da pessoa humana foi mencionada em 28 decisões; o constrangimento do requerente foi abordado em 23 decisões; a questão religiosa foi mencionada em 2 decisões de forma pouco relevante para a discussão. Portanto, não é uma variável que influencie as decisões. De todos os acórdãos, 30 utilizaram precedentes jurisprudenciais como justificação.

A apelação, recurso apresentado que objetiva mudar a sentença de primeiro grau, foi proposta pela parte em 29 casos e pelo Ministério Público em 15 casos. Das propostas pelo Ministério Público, 11 ocorreram no Tribunal de Justiça de São Paulo. Em 2 casos, o Ministério Público não atua quando do julgamento no Tribunal de Justiça, e em 1 não atuou no primeiro grau. Em 8 decisões, a Procuradoria manifestou-se favoravelmente ao requerente. Em 5, não há informações. Nas demais, se opôs, em parte ou totalmente, ao pedido da parte no tocante à mudança de nome ou de sexo ou quanto ao sigilo do registro.

No material coletado, foram mencionadas duas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão do Poder Judiciário que, dentre outras competências, julga recursos dos Tribunais inferiores para verificar se foi dada à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Este conteúdo é trazido para análise qualitativa, por se tratar de Tribunal com competência para uniformização de jurisprudência nacional, sem que sejam utilizadas na análise quantitativa.

3 **OS PRINCÍPIOS REVELADOS NOS DADOS NAS DECISÕES JUDICIAIS**

Neste capítulo serão analisados cada um dos três grupos de decisões judiciais e depreendidos os Princípios e sua aplicação, ou não, pelo julgador. Quando os Princípios são aplicados, são apresentados os limites e eventuais excessos na sua aplicação. Em caso da não aplicação dos Princípios, são apresentadas as razões do julgador para chegar à sua conclusão. Nas duas situações são caracterizados tipos diferentes de decisão, quais sejam, conservadoras ou liberais.

Os quatro Princípios são analisados individualmente, como categorias, comuns a todos os grupos. Para possibilitar esta análise, são depreendidas, das decisões judiciais, as subcategorias, próprias a cada grupo, portanto específicas por tipo de caso.

Cada grupo apresenta sua própria conclusão, para ao final da análise dos três grupos, ser apresentada a correlação entre todos.

Passemos ao primeiro grupo.

3.1 **Grupo 1- Interrupção de gestação de feto anencéfalo**

O primeiro grupo trata de acórdãos proferidos em ações judiciais nas quais a gestante de feto anencéfalo ingressa com pedido de autorização para interromper a gestação justificando que esta dificilmente chegará a termo e, caso chegue, o feto não sobreviverá mais do que alguns poucos minutos ou horas. A interrupção de gravidez, na lei Brasileira denominada de aborto, somente é permitida em casos de perigo de vida da gestante ou estupro, por isso a necessidade de autorização judicial em caso de anencefalia, não prevista pela lei como exceção.

3.1.1 <u>Padrões de decisão e suas justificativas</u>

Os padrões de decisão neste grupo são dois. O primeiro padrão defere o pedido concedendo autorização para interrupção da gestação de feto anencéfalo. A justificativa diz respeito à manutenção da saúde física e psicológica da gestante e da certeza da inviabilidade de vida do feto, em razão da morte certa em razão das condições graves decorrentes da anomalia. O segundo padrão de decisão indefere o requerimento para que a gestação tenha seu termo de forma natural, sob a justificativa de que o feto anencéfalo tem vida e esta deve

prevalecer sobre todos os demais direitos, considerando que o aborto é crime previsto pela lei brasileira, ressalvadas as exceções acima mencionadas.

O conflito se estabelece quando o juiz deve decidir entre proteger os direitos da gestante ou reconhecer proteção ao nascituro e qual a extensão desta proteção. A teoria Principialista exige a reflexão e o ajuste dialético, comparando e ajustando os juízos ponderados para que tenham coerência com as premissas teóricas. Estes juízos ponderados, conforme Beauchamp & Childress, são normas morais auto evidentes, aceitas inicialmente sem maiores argumentações. Caso contrário haverá uma regressão infinita aos juízos morais. A certeza moral se origina de crenças testadas e modificadas ao longo do tempo que, para serem aceitas, devem ser coerentes. A incoerência das normas morais propicia a rejeição à uma proposição fundamental.

No grupo em estudo, a incoerência se apresenta quando a proteção ao nascituro se sobrepõe ao direito à vida com qualidade da mulher gestante, sem que seja avaliado o ônus para a mulher e os benefícios deste encargo. Por isso, é importante a discussão prévia quanto ao grau de moralidade atribuído a cada um dos envolvidos. Definir a existência ou não de direitos a ambos, e qual sua extensão se houver, implica no necessário estudo do *status* moral do feto e nos limites aos direitos da mulher gestante com relação ao seu próprio corpo. Por isso é importante apresentar o debate atual sobre o *status moral* do feto, como veremos a seguir.

3.1.2 *Status* moral

De acordo com Beauchamp & Childress, o *status* moral significa ter direitos ou seu equivalente funcional devendo ser esclarecido para quem e em que proporção é devida a proteção moral. Se o feto tem significado moral e se ele merece a mesma proteção moral conferida a sua mãe, é controverso, especialmente considerando se o feto tem os mesmos direitos morais da gestante ou se há prevalência de direitos de um sobre o outro. A resposta obtida deve trazer uma justificativa sobre quais seres possuem *status* moral ou não e quais são as semelhanças e as diferenças entre eles.

Se o *status* moral confere direitos morais para aqueles que o possuem, quem não possui *status* moral não possui direitos morais e quem possui baixo *status* moral terá direitos morais reduzidos ou fracos. As teorias a respeito do tema podem colaborar coletivamente na resposta a essas questões, mas, por se tratar de uma área delicada, as respostas não estão fechadas, completamente.

Beauchamp & Childress apresentam cinco principais teorias que se ocupam do tema. A mais tradicional das teorias entende que os seres humanos, e somente os seres humanos, é que possuem *status* moral. Basta ser humano para ter direitos morais a serem respeitados, o que exclui direitos morais aos animais, por exemplo, embora seja crescente sua importância moral, e a concessão de direitos morais aos animais, pela sociedade.

Outra teoria admite que as propriedades cognitivas, o que inclui a autoconsciência, conferem *status* moral, o que afasta os direitos morais das pessoas com sérias debilidades mentais, bem como dos idosos e das crianças em tenra idade. A terceira compreende os que possuem capacidade para agir como agente moral, fazendo e recebendo julgamentos morais. Seu centro é a autonomia moral da vontade, o que confere dignidade à pessoa humana, mas também frequentemente exclui os incapazes.

A quarta teoria baseia-se na senciência. Aquele que tem condição de sentir qualquer sentimento, como dor ou prazer, possui *status* moral. O que afasta os fetos em seu primeiro estágio, bem como aqueles que possuem sérios danos cerebrais. A capacidade de sentir é diversa nas diferentes espécies e a complexidade da vida não é alcançada pela teoria que coloca todos os seres sencientes no mesmo patamar moral. A última teoria é baseada nas propriedades relacionais. Os relacionamentos agregam valor à vida, trazendo obrigações morais, mas considerar que somente as relações entre os seres conferem *status* moral é insuficiente.

A teoria Principialista apropria-se de todas as cinco teorias para melhor analisar o debate, especialmente no tocante aos grupos vulneráveis a quem são negados amplos direitos morais em situação de discriminação moral, como por exemplo, às mulheres, que demoraram em ter seu *status* moral reconhecido no mesmo nível dos homens, e, ainda hoje, são restringidas em seus direitos morais, especialmente, quando se trata de questões que circundam a sexualidade, como aborto e reprodução. Há casos em que os direitos morais do feto são ampliados em detrimento dos direitos morais da mulher gestante, sob o argumento da fragilidade do feto e da necessidade de sua proteção pela sociedade. As qualidades exigidas em cada uma das quatro teorias e o critério exposto na quinta teoria podem ser conjugados, para que se obtenha um critério unificado sobre o *status* moral, seus limites e alguma eventual hierarquia de classificação.

Para acomodar as diversidades de visão e ponderar os interesses das partes, Beauchamp & Childress postulam, inicialmente, o conceito de vida humana, nos seus significados biológico e cognitivo, que apresentam distinção e, por vezes, podem não ser

encontrados no mesmo ser humano, como nas graves deficiências em que há vida humana biológica, sem as propriedades cognitivas como a autoconsciência.

A segunda questão é quanto à potencialidade para adquirir as propriedades cognitivas com o aprimoramento das capacidades, como no caso dos embriões humanos e fetos que apresentam o potencial para satisfazer as condições exigidas pelas teorias do *status* moral, porém, ainda, inexistentes. Este é o mote para o debate sobre se a mulher grávida tem a obrigação de conferir o suporte ao feto porque este tem o potencial de adquirir as propriedades cognitivas desde que não seja interrompido seu desenvolvimento pelo aborto.

A discussão moral da responsabilidade sobre o feto no útero e sobre o embrião fertilizado em laboratório, mas ainda não implantado no útero, traz posições distintas, desde quando tecido biológico, passando pela vida humana potencial, até a vida humana plena com todos os direitos morais de um ser humano nascido vivo. Por uma das visões, seria moralmente errado o aborto ou a destruição de embriões em estágio inicial, mesmo que para pesquisas científicas de alto valor. Reconhecido o *status* moral intermediário do embrião, a pesquisa com células-tronco embrionárias foi aceita no Brasil e por outros países pela possibilidade de prevenir doenças e vir a salvar vidas.[68]

As teorias sobre o st*a*tus moral são melhor interpretadas por meio da ideia de diferentes graus de *status* moral, concluem Beauchamp & Childress. As propriedades morais de cada teoria podem ser avaliadas em diferentes graus morais numa escala do mais alto nível até o mais baixo, em que as capacidades de uso de comunicação verbal, de sentir, de agir moralmente, de raciocinar, de tomar decisões autônomas e de possuir autoconsciência serão apreciadas em escalas diferentes. Haverá direitos e obrigações diferentes, conforme o grau moral de cada grupo, sem que sejam colocados dois níveis de espécies diferentes, como humanos e não humanos, mas degraus diferentes entre os diferentes seres. Assim, todos teriam algum grau de *status* moral a ser respeitado de acordo com sua relevância moral.

Aos indivíduos vulneráveis caberia uma proteção adicional no momento de maior vulnerabilidade (por exemplo: dano cerebral decorrente de acidente de carro). A mulher gestante poderá estar vulnerável[69], mas não necessariamente. Em algumas situações, como na presença de diagnóstico grave do feto, é possível que determinadas mulheres fiquem

---

[68] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 decidida pelo , em maio de 2008, que declarou que as pesquisas com células-tronco embrionárias não ferem o direito à vida. O relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto que considerou constitucional o art. 5 da Lei nº11105, de 2005, Lei de Biossegurança.

[69] Schramm apresenta uma distinção entre vulnerabilidade e vulneração, compreendendo ser a vulnerabilidade uma potencialidade e a vulneração uma situação de fato com consequências relevantes para o momento da decisão. SCHRAMM, Fermin Roland. A Saúde é um Direito ou um Dever? autocrítica da saúde pública. **Revista Brasileira de Bioética**,[S.l.], v. 2, n. 2, p. 187-200, 2006.

vulneradas a partir da revelação da notícia. Outras situações poderão induzir à consideração da vulnerabilidade da gestante, quando, por exemplo, sua capacidade cognitiva seja tão reduzida, por conta da sua condição social e econômica, que necessite um cuidado maior para a revelação da informação e tomada da decisão ou quando a gestante seja portadora de alguma doença mental grave e precise de um suporte diferenciado para a tomada de decisão como um consentimento substituto, próprio para a ausência de capacidade de decidir autonomamente e exigência legal em processo judicial.

Se considerarmos que o feto possui *status* moral, bem como a mulher gestante, e que pela regra moral não podemos causar mal a cada um deles, pois ambos são merecedores de proteção, temos o choque de interesses. Caberia, portanto, avaliar qual dos interesses deve prevalecer sobre o outro e para isso devemos atribuir um grau de moralidade diferenciado para cada um.

Quando aumentamos a proteção à mulher gestante de feto anencéfalo, pela sua vulnerabilidade momentânea, estamos atribuindo relevância moral maior ao interesse da gestante, reconhecendo um grau maior do seu *status* moral e um grau inferior ao feto com grave problema. Os danos à gestante são suficientemente grandes e não se justifica deixar seguir o curso normal da gestação e prolongar situação danosa que pode ser abreviada.

Esse entendimento de que o encargo da gestante é mais gravoso que o prejuízo ao feto ocorre quando o juiz compreende que a saúde vai além do aspecto físico, alcançando, também, o aspecto psicológico e bem estar da mulher gestante.

Nesse sentido, devemos considerar que a vida é um direito a ser preservado em consonância aos demais direitos, nem acima, nem abaixo de todos os outros direitos fundamentais de cada indivíduo. A liberdade em todas as suas formas é tão importante quanto a vida, bem como todos os demais direitos do indivíduo.

Para o presente estudo, a teoria Principialista pode colaborar na análise dos fatos e no aprofundamento da discussão moral, como será apresentado na seção seguinte.

3.1.3 Aplicação da Teoria Principialista aos dados coletados

3.1.3.1 Princípio do respeito à autonomia

O Princípio do respeito à autonomia adquire relevância quando a mulher gestante manifesta sua vontade em interromper a gravidez por meio da escolha autônoma e informada. Por ser uma ideia constituída de múltiplos conceitos, o conceito adotado por Beauchamp &

Childress é no sentido de que o indivíduo age com liberdade, sem interferências controladoras, de acordo com um plano escolhido por ele mesmo, após receber as informações devidas para a tomada de decisão, caracterizando o consentimento informado.

Os elementos da autonomia devem ser seguidos a partir da capacidade para entender o que está acontecendo e poder decidir por si mesmo. Das 30 decisões analisadas, em apenas 1, a gestante não tem tal capacidade. Esta possuía deficiência mental e foi substituída em sua vontade por sua mãe. Nos demais casos, foi demonstrada a capacidade civil da gestante para ingressar com o pedido judicial com plena condição para entender toda a situação e manifestar sua vontade de interromper a gestação.

Os elementos da informação, também, foram encontrados. A gestante recebia a informação material do diagnóstico de anencefalia, da inviabilidade de vida do feto e da possibilidade médica de interrupção da gestação. Os laudos acompanhavam exames de ultrassonografia, que recebiam confirmação de um segundo médico e confirmação do exame de ultrassonografia. O plano recomendado era da antecipação do parto ou interrupção da gravidez. Este plano foi escolhido pelas mulheres que ingressaram com o pedido de autorização em juízo por decisão própria. A outra opção seria seguir o curso normal da gravidez até o parto. Inexiste tratamento médico para a anencefalia, por isso não foi considerada como terceira opção. Destaca-se trecho de um acórdão.

> [...] a requerente realizou exame de Ecografia Obstétrica, em anexo[...]constou do referido laudo que: no polo cefálico observa ausência de calota craniana, com exposição de tecido angiomatoso desorganizado, compatível com anencefalia[...]Apesar de ser o laudo taxativo ao afirmar que o feto é portador de anencefalia, mas considerando estar no início da gravidez, a autora e seu companheiro decidiram aguardar algum tempo, na esperança de que se desenvolvendo o feto, tal circunstancia restasse modificada. Todavia, ao realizar o segundo exame[...]este apontou o seguinte resultado:[...]anencefalia[...]os médicos afirmam que o feto não possui condições de sobreviver[...][70]

Em 11 processos ficou evidenciada a participação do marido ou companheiro na tomada de decisão. Em 1 processo, o casal ingressou com a ação conjuntamente como parte autora, e nos demais houve a menção à vontade de ambos. A decisão concedeu o direito de interrupção da gestação ao casal e não só à gestante.

> [...] Reconheceram o direito do casal impetrante, concederam o mandado de segurança a fim de desconstituir o ato impugnado no concernente às partes do *writ*

[70] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70009075086. Julgado em 01 de julho de 2004. Site do TJRS.

> anterior, bem como autorizaram a intervenção médica para a interrupção precoce da gravidez (igual antecipação de parto) na gestante [...][71]

Neste aspecto, pode ser cogitado que a autonomia da mulher não foi exercida plenamente ou livre de influências controladoras, em razão da participação do marido como parte no processo. Contudo, é importante ressaltar que as influências ocorrem naturalmente na vida das pessoas. É comum ouvir opinião de outros antes da tomada de decisão pessoal. A opinião do marido/companheiro pode ser relevante, para que a gestante se sinta amparada. Isso não significa que esteja sob influência controladora do mesmo. A opinião do médico e de outras pessoas poderá somar para o completo entendimento do que ocorre e das consequências do que se decidir, sem necessariamente representar perda de autonomia.

Estudos da participação do homem nas decisões de interrupção de gravidez, realizado nos Estados Unidos, revelam que o progenitor não possui posicionamento legal prioritário nos Tribunais, a despeito da controvérsia moral. Em 1973, a Suprema Corte Americana decidiu, no caso *Roe v. Wade*, que cabe exclusivamente à mulher a decisão sobre a interrupção da gestação com a participação de seu médico.

Neste contexto, sem possibilidade de interferência na decisão, os homens entendem que o correto é apoiar a mulher gestante em sua decisão. Nos dois anos seguintes a essa decisão, foram criadas 62 leis por 32 Estados Americanos e 12 destes instituíram a regra da autorização do marido para o aborto. A Suprema Corte Americana, em 1976, declarou inconstitucional qualquer veto do progenitor, mantendo a autonomia da mulher para decidir de acordo com sua livre vontade, pois está diretamente afetada pela gestação e entre ela e seu marido ou companheiro a balança pesa a seu favor. Um significativo passo de emancipação da mulher.[72]

Há casos que merecem atenção particular porque apresentam aspectos pertinentes ao Princípio em análise, a saber: a) substituição de vontade; b) Inviolabilidade da privacidade da gestante e vida futura do feto; c) direito ao corpo. Estes serão abordados a seguir.

a) Substituição de vontade

---

[71] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº0019869-66.2011.8.26.0000. Julgado em 14 de abril de 2011. Site do TJSP.

[72] SHOSTAK, Arthur B.; MCLOUTH; Gary; SENG, Lynn. **Men and abortion**: lessons, losses and love. New York: Praeger, 1984. p. 195-220.

No processo em que a gestante é portadora de deficiência mental, sua vontade foi substituída por quem dela cuidava, sua mãe. Havia alguns fatos agravantes, pois "portadora de doença mental grave" alegou não estar recebendo a medicação regular necessária em razão da gravidez. A gestante não havia sido interditada por processo judicial, portanto, não era comprovadamente incapaz. O exame indicava "ausência de calota craniana" e diferentes resultados quanto à quantidade de líquido amniótico, entre normal e aumentado de volume, o que foi interpretado como sendo duvidosa a consequência para a saúde do feto. A conclusão foi de que não estava caracterizada a inviabilidade do feto e que não havia prova de que a gestante corria perigo de morte. Esta decisão deixou de autorizar a interrupção, concordando que o juízo em primeiro grau aguardasse a vinda de laudos periciais mais específicos com relação à anencefalia e à incapacidade mental da gestante, para que o juiz tivesse segurança da inviabilidade do feto. Os julgadores reconhecem expressamente a "tragédia na família, [ao] nascer uma criança que vai ter poucas horas de vida", mas entendem que a falta de comprovação absoluta impede a concessão.

> [...]Alega ser portadora de doença mental grave [...] ainda sustenta que, em razão da gravidez, não é possível ministrar-lhe a medicação necessária [...] Impetrado por J., representada por sua mãe [...] foi determinada a realização de perícia medica para avaliar, não só as condições de saúde do feto e da gestante, como também, a higidez mental de J., já que o pedido de aborto formulado por sua genitora, a qual alega a incapacidade da filha para os atos da vida civil, porém, não acosta comprovante de interdição.[...] Instado, emitiu parecer o ilustrado Procurador de Justiça [...] Sigo a senda de Sua Excelência: 'O presente caso é gravíssimo...Foram juntados apenas exames de ecografia obstétrica, sem nenhum comentário médico ou outro exame complementar [...] referem-se à ausência de calota craniana. Entretanto, percebemos uma diferença de resultado quanto à quantidade de líquido amniótico [...] Até que ponto essa diferença de resultados traz consequências à saúde do feto? [...] os autos, neste momento, aguardam a conclusão dos peritos obstetras quanto ao resultado dos exames e também a conclusão do médico psiquiatra quanto à saúde mental da impetrante [...] em face das dúvidas que o presente caso apresenta, e falta de elementos técnicos que esclareçam sobre a presença da anomalia e, caso desta restar caracterizada, a viabilidade ou não do feto, não vemos como possível a concessão da ordem.'"[73]

Neste caso específico de decisão substituta da autonomia da gestante, deve ser lembrado que é comum não se ter certeza quanto à melhor decisão para o melhor resultado para o indivíduo. Contudo, não foi tema de debate o fato de que a gestante fazia uso de medicamentos controlados e que, por estar grávida, não poderia mais recebê-los e as consequências que sofreria em virtude disso. A maleficência sofrida pela autora, por não

[73] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 70006994644. Julgado em 25 de setembro de 2003. Site do TJRS.

poder utilizar seus medicamentos diante da gravidez, colocam em questão a natureza do relacionamento e obrigação moral que o médico tem com seu paciente.

O relacionamento construído entre ambos é no sentido de proteção da saúde da sua paciente. Este é o compromisso moral assumido pelo médico. Strong[74] afirma que as obrigações especiais são devidas por indivíduos que vivenciam relações especiais e não por todos os agentes morais. Nesta relação, seria moralmente correto que o médico assumisse como prevalente o cuidado da saúde da gestante, a fim de propiciar a continuidade do tratamento adequado para ela e isso não necessitaria de perícia, pois o próprio médico estaria conduzindo a situação.

Outro aspecto relevante neste caso, diz respeito ao fato de a gestante sofrer de grave deficiência mental, o que possibilita a tipificação do crime de estupro de vulnerável[75], e por isso o aborto não seria punível. A gravidez seria decorrente de estupro com violência presumida, ou seja, mesmo que a relação tivesse sido consentida, o crime estaria caracterizado, conforme se depreende da nota anterior, o que autorizaria o aborto imediato e sem ordem judicial, se consentido por representante legal.[76]

A vontade do indivíduo pode impor limites à interferência de terceiros em sua vida privada. A seguir analisaremos a privacidade e a intimidade como direito inviolável do indivíduo e a discussão sobre a proteção ao nascituro.

b) Inviolabilidade da privacidade da gestante e vida futura do feto

O artigo "*The Right to Privacy*", de Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 1890, em Harvard, argumentou que o direito à privacidade é decorrente dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade. A Suprema Corte Americana, em 1920, empregou o direito à liberdade para garantir a proteção à família de decidir como educar seus filhos. Posteriormente, em 1965, adotou o termo privacidade no caso *Griswold v.*

---

[74] STRONG, Carson. Moral Status and the Fetus: Continuation of a Dialogue. **The American Journal of Bioethics**, Cambridge, v. 11, n. 5, .p. 52-54, Apr. 2011.

[75] O crime de Estupro de Vulnerável é previsto no Código Penal, art. 217-A, que considera crime a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos e, no § 1º, aplica a mesma pena para quem pratica estas ações com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

[76] Neste aspecto, caberia ao Judiciário nomear o representante legal para a tomada da decisão.

Connecticut, ampliando o direito à privacidade como proteção ao indivíduo e à família sem qualquer interferência do Estado.

A ética biomédica costuma conferir ênfase à privacidade de informação, mas o direito à privacidade deve ser estendido a todos os demais interesses privados, como o direito à privacidade física e à privacidade nos relacionamentos, por exemplo. Para ocorrer a perda da privacidade dependerá de quem tem acesso à privacidade, quais os meios utilizados e quais os seus aspectos, pois o indivíduo tem o direito de negar ou de autorizar o acesso como seu direito básico, da mesma forma que possui o direito ao consentimento informado.

A Constituição Federal Brasileira confere respaldo legal ao Princípio do respeito à autonomia quando fixa o direito à privacidade como direito inviolável, no artigo 5º, inciso X, inclusive prevendo indenização material e moral em razão de sua violação. Isso ocorre porque a privacidade impõe limites ao acesso da vida do indivíduo, sem interferência do Estado, respeitando a vontade de cada um.

Esta garantia deve ser compreendida como parte do respeito à autonomia em razão do respeito à vontade livre das pessoas como um direito básico de autorizar ou negar acesso às diferentes formas de privacidade como a de informação, a física, a de decisão, de propriedade e de relacionamentos privados, aliada ao fato de que somente a lei pode compelir[77] a uma obrigação ou à penalização de uma ação indevida, uma regra orientadora, para que o indivíduo possa conhecer os limites de sua atuação em sociedade. Quando se pune o aborto, o bem protegido é a vida do feto. Neste sentido, algumas das decisões analisadas afirmam que não havia bem jurídico a tutelar, pois não havia vida.

> [...] O tipo penal do aborto protege a vida humana, porém, *in casu*, não há sequer perspectiva de vida acertadamente tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio. O feto anencefálico não sobreviverá, ainda que precariamente, o que torna a atitude atípica por não atingir qualquer bem jurídico penalmente tutelado.[...][78]

Se a lei pune o aborto, circunstâncias especiais criam situações morais que podem permitir a sua realização, sem que haja punição ou que seja entendido como uma decisão moralmente incorreta. O legislador previu duas causas que nascem da moral comum, o risco da gestante morrer e o abuso contra a liberdade sexual e reprodutiva da mulher. A maioria das pessoas concorda que é moralmente correto salvar a gestante em prevalência ao feto quando

---

[77] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. 140 p. - Art. 5º ... II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

[78] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 6681/04-59. Julgado em Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2005. Site do TJRJ.

ela corre o risco de morte, bem como preservar a mulher de uma gravidez que violou sua liberdade sexual. Para estes casos, o respeito à autonomia é inquestionável, pois o legislador pensou nas duas hipóteses aprovadas pela moral comum. São dois valores diferentes, recebendo a proteção do Estado: a vida e a liberdade, ambos no mesmo patamar de proteção, não havendo prevalência de um sobre o outro.

As exceções não exigem que o feto seja saudável ou não. O legislador reconhece direitos morais ao feto, mas admite diferentes graus de moralidade entre este e a gestante mesmo em casos em que não haja doença grave do feto. Não é o estado de saúde do feto que lhe confere grau inferior de moralidade, mas a prevalência da proteção da vida com maior grau de moralidade, bem como a prevalência na proteção do direito à liberdade de quem possui *status* moral de maior grau.

Ao afirmar que o aborto é moralmente incorreto, Don Marquis[79] defende a ideia de que o feto possui um futuro de valor como o nosso, dos seres humanos adultos, e só seria aceitável por razões que justificariam a morte de um ser humano adulto em que a perda com a não realização do aborto fosse igual ou superior a perda de futuro do feto. Savulescu[80] contra argumenta, lembrando que o futuro do feto é, apenas, uma das propriedades existentes, havendo outras questões a serem consideradas. Caso contrário, o futuro de valor poderia ser esperado, da mesma forma, para os embriões, os gametas e até pelo DNA, porém não recebem a mesma proteção moral. Ele reafirma a diferença entre matar, destruir ou impedir algo de vir a existir.

Neste sentido, uma das decisões analisadas se refere a “um amontoado de células humanas sem expectativa de vida”; em outra há referência ao “feto não dotado de encéfalo...por maior razão pode ser eliminado”. Com o uso desta expressão “eliminado”, há forte alusão a algo indesejável, o descarte do que não serve à normalidade, em evidente gradação moral. Isso demonstra a necessidade de delimitação de espaços entre normalidade e a anormalidade para justificar a decisão, não deixando margens para nenhuma dúvida quanto aos limites do que pode ser considerado moralmente certo ou errado.

---

[79] MARQUIS, Don. Why Abortion is Immoral. **The Journal of Philosophy**, [United States], v. 86, n. 4, p. 183-202, Apr. 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2026961?uid=3739936&uid=2&uid=4&uid=3739256&sid=21102030442873> Acesso em: 21 maio 2013.

[80] SAVULESCU, Julian. Abortion, embryo destruction and the future of value argument. **Journal of medical ethics**, London, v. 28, p. 133-135, 2002. Disponível em: <http://jme.bmj.com/content/28/3/133.full?sid=e4a6bff5-1f9e-4117-bd22-dca00b21e102> Acesso em: 21 maio 2013.

> [...] "E considerando que o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade, juízes dos mais diversos Estados brasileiros têm autorizado a interrupção da gravidez, nos casos assemelhados, sob o entendimento de não ser justo obrigar uma mãe a gestar um 'amontoado de células humanas sem expectativa de vida'. Concebe-se, ainda, que apenas o apego a questões religiosas pode sustentar o contrário, visto que a imposição à gestante de carregar em seu ventre durante nove meses um filho que não terá qualquer possibilidade de sobrevida implica-lhe amargura e demasiado sofrimento psicológico"[...][81]

> [...] Se a morte encefálica pode levar ao desaparecimento do organismo humano que até então existia com a retirada dos órgãos essenciais a sua preservação como tal, assim expressamente o autorizando a lei, naturalmente o feto não dotado de encéfalo, ou, como no caso, anacrânico, por maior razão pode ser eliminado.[...][82]

Nos acórdãos analisados, a referência à gravidade da doença do feto, inviabilizando a vida e tendo como consequência a morte certa, ocorreu na maioria das decisões, 80%, o que demonstra a relevância do feto não ser viável. Nos processos em que esta subcategoria não foi encontrada, todos os pedidos foram negados, apontando esta informação como fundamental para o resultado do julgamento. Dois acórdãos afirmavam que a norma penal vigente "protege a vida e não a falsa vida", em referência ao feto anencéfalo. Este mesmo argumento fundamentou a decisão do STF como principal justificativa aliado à proteção da saúde integral da gestante, especialmente, no seu aspecto psicológico, cumprindo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil.

"[...] mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. [...]"[83]

Portanto, conclui-se que hoje há três situações em que o aborto não é punido, como será explicado a seguir. As duas hipóteses de exceção legal para interrupção ocorrem quando a gravidez, de feto saudável ou não, decorre de violação das liberdades sexual e reprodutiva da gestante ou quando há risco de morte da gestante. A exceção criada pela jurisprudência

---

[81] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70031802614. Julgado em 24 de agosto de 2009.

[82] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 0535559-15.2010.8.26.0000. Julgado em 9 de fevereiro de 2011. Site do TJSP.

[83] DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requerente: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Intdo.(A/S) Presidente da República- Advocacia-Geral da União. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Distrito Federal, 11 de abril de 2013. Site do STF.

para interrupção da gestação ocorre quando o feto com doença grave é inviável para a vida fora do útero e a gestante experimenta intenso sofrimento psicológico.

c) Direito ao corpo

A discussão sobre a autonomia tem reflexos no debate sobre o direito ao próprio corpo. Um voto divergente em processo que autorizou a interrupção da gestação ratifica argumento encontrado na doutrina, como destacado abaixo, que considera "No momento em que a concepção se dá, [a mulher] já não é mais titular solitária de seu corpo, que pertence também a seu filho...o corpo já não lhe pertence mais por inteiro". Compara o aborto ao crime de roubo seguido de morte, um latrocínio, "ao assassinato do filho acresce-se o roubo da parte do corpo materno que, de direito, ao filho gerado pertence". Um dos desembargadores julgadores faz referência, em seu voto, ao constitucionalista Ives Martins, que no seu livro "A vida dos Direitos Humanos – Bioética, Médica e Jurídica", de 1999, afirma:

> [...] Os argumentos, que têm sido trazidos à discussão, de que o aborto não é atentado ao direito à vida, mas o exercício de um direito ao corpo que a mulher possui; não prevalecem, visto que se a própria natureza feminina a faz hospedeira do direito à vida de outrem. No momento em que a concepção se dá, já não é mais titular solitária de seu corpo, que pertence a seu filho. E o egoísmo que a leva a assassiná-lo, para fazer do corpo objeto de uso exclusivo de seus apetites, caprichos, conforto ou qualquer outro motivo, representa tirar o direito de outrem, que também é titular do corpo materno. Desde a concepção, o corpo feminino pertence a duas vidas, é dirigido por dois seres, mãe e filho, e a mãe não pode praticar homicídio para retirar ao filho direito que possui para sua sobrevivência, ao corpo materno, qualquer que seja a conveniência ou o motivo. O corpo não mais lhe pertence por inteiro e o aborto, em tal caso, representa, em verdade, um latrocínio, visto que ao assassinato do filho acresce-se o roubo da parte do corpo materno que de direito ao filho gerado pertence.[...] com as devidas vênias requeridas aos meus eminentes e queridos pares, este é o meu singelo voto vencido. [...][84] (grifo do autor)

Todo indivíduo tem o direito de ter o seu corpo resguardado de qualquer interferência externa, pois a privacidade e a intimidade são invioláveis. Cada pessoa decide o que quer fazer com seu próprio corpo. Mas, quando a mulher está grávida, alguns acreditam que ela perde esse direito, prevalecendo o direito à vida do feto, como na decisão acima.

Outros entendem que o direito de viver não implica o direito a usar o corpo de outra pessoa, nem mesmo o feto com relação à mulher gestante. Se a gravidez resulta de ato sexual

[84] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Apelação nº 5208-03. Julgado em 1 de dezembro de 2003. Site do TJRJ.

não autorizado pela mulher, o feto não terá direito a usar o corpo da gestante, pois o aborto é moral e legalmente aceito em caso de estupro. Esta condição de a mulher concordar ou não com o ato sexual não pode ser a única referência para autorizar ou negar o aborto.

Afirma Steinbock,[85] não é somente o direito que a mulher possui ao próprio corpo que a autoriza a fazer o aborto, mas a conjugação deste argumento com a análise do *status* moral. O exclusivo argumento da privacidade do corpo não é suficiente porque é restrito aos casos em que a mulher não dá o seu consentimento implícito para gerar uma pessoa dentro de seu corpo, o que ocorre quando concorda com o intercurso sexual. De outro lado, a defesa da interrupção da gestação baseada somente no *status* moral é vulnerável ao argumento da potencialidade do feto. A combinação dos dois torna a argumentação mais forte e foi utilizada para justificar a decisão tomada no caso *Roe v. Wade.*

O mesmo ocorreu com a decisão do STF sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, na qual o Ministro relator argumentou nos dois sentidos, do direito ao corpo e da diferença de *status* moral entre o feto e a mulher gestante. Um dos trechos do acórdão menciona o argumento do Ministro Ayres Britto utilizado em outra ação, quando decidiu sobre pesquisas com células-tronco:

> [...] "*as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição*. (Grifei) [...][86] (grifo do autor)

Prossegue com a análise do *status* moral do feto e da mulher gestante

> [...] "nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, 'há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana"[87]

Para concluir que

---

[85] STEINBOCK, Bonnie. **Life Before Birth**: the Moral and Legal Status of Embryos and fetuses. 2. ed, New York: Oxford University Press, 2011. p. 76-82.

[86] DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. p. 64. Julgada em 11 de abril de 2013. Site do STF.

[87] Ibidem. p. 67.

> [...] Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo."[88]

E acrescenta o argumento da privacidade do corpo, comparando a obrigatoriedade da gestação do feto anencéfalo a ato de tortura

> [...] "O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido." [...][89]

A conjugação dos dois argumentos fortalece a argumentação para justificar a decisão no sentido da interrupção da gestação ressaltando a necessidade da "solidariedade para com essas mulheres" em respeito a sua autonomia.

O Princípio do respeito à autonomia é importante na solução de casos judiciais de interrupção de gestação quando há pedido para que nova exceção seja feita à legislação vigente. Os avanços biotecnológicos antecipam às pessoas comuns os graves problemas, permitindo que providências sejam tomadas para reduzir sofrimentos desnecessários. Quando a legislação em vigor não acompanha a transformação do desenvolvimento moral dos membros de uma sociedade plural, advindas destes avanços, é função do Judiciário ouvir a manifestação de vontade da mulher submetida a uma gestação problemática e torturante. Cabe ao juiz verificar se a mulher manifesta seu pedido de forma livre de influências de terceiros, mediante prévia informação material dos fatos e suas consequências, o que a torna capaz de tomar a decisão de acordo com seus valores pessoais. A partir disto, o juiz deve interpretar e especificar as razões apresentadas pela gestante. O respeito à autonomia implica no respeito à manifestação de vontade da mulher gestante, conferindo credibilidade às suas alegações e não as refutando pela exclusiva letra da lei.

O exame das razões pode conduzir a criação de nova exceção, mas, para que a decisão judicial seja respaldada por forte argumentação, deve ocorrer a especificação de outros princípios, além do mero uso do Princípio do respeito à autonomia. O princípio da não maleficência, a ser analisado, contribui para olhar além do propósito de manutenção da saúde da mulher gestante e a necessidade do risco de prejuízo significante ao feto anencéfalo.

---

[88] DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Julgada em 11 de abril de 2013. Site do STF.

[89] Ibidem. p. 78.

3.1.3.2 Princípio da não maleficência

Conforme visto no capítulo 1, por este Princípio não se deve causar prejuízo material ou moral a alguém de forma intencional. A ação deve ser pautada pela atuação de forma a não causar dano. O senso comum concorda que esse Princípio é base para a moralidade comum. A ação de um indivíduo e do Estado deve ser sempre no sentido de não prejudicar terceiro.

Seguindo este conceito, podemos afirmar que a Constituição acolhe este Princípio ao vedar a tortura ou o tratamento desumano ou degradante[90] e ao prever a garantia da redução do risco de doença e de outros agravos expressamente[91] para promoção, proteção e recuperação da saúde.

A comparação do sofrimento da gestante de anencéfalo com a tortura foi apresentada na decisão do STF.

> [...] "o sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo" [...][92]

Assim, o dano causado está em um nível tão alto e de uma espécie de conduta que, em geral, e, talvez, sempre, seja moralmente injustificado.

Se o julgador sabe que o prosseguimento da gravidez de feto anencéfalo está causando mal à gestante e que o Poder Judiciário pode fazer com que seu sofrimento seja abrandado é de se concluir que, autorizando a interrupção, prevenirá o dano imediato e futuro que está sendo causado para a mulher gestante.

O mal a ser evitado pode ser físico ou moral, por isso as duas subcategorias separadas: risco à saúde física e risco à saúde psicológica. Aqui temos o conceito de saúde na forma como é compreendida pela OMS, como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social". Embora o risco de dano à saúde física e o risco de dano psicológico à gestante tenham sido mencionados simultaneamente em um terço dos processos, em 70% dos processos foi utilizado, ao menos, um ou outro como justificativa para a interrupção da gestação.

---

[90] Art. 5º, inciso III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

[91] Constituição Federal - 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.

[92] DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. p. 72. Julgada em 11 de abril de 2013. Site do STF.

A única decisão que negou autorização, reconhecendo tão-somente o dano psicológico, sem mencionar o dano físico, ratificou a afirmação da sentença de primeiro grau de que

> [...] não merece respaldo a postulação da requerente, mesmo porque, o sofrimento da requerente e seu companheiro, de forma alguma desprezados por este juízo, constituem, lamentavelmente, fato inerente à vida, mas que refoge à esfera de intervenção do Direito [...][93]

Apesar de reconhecer que existia algum grave dano à saúde psíquica, não considerou que um dano psíquico poderia ser comparado ao dano à saúde física, compreendendo a saúde de forma restrita. Este processo negou o pedido por maioria e o voto divergente afirmou que o risco de vida da gestante era grande.

No caso mencionado da gestante com grave deficiência mental, observamos que o Princípio da não maleficência foi violado quando priorizado o cuidado para com o feto em detrimento da saúde da gestante, interrompendo o tratamento medicamentoso. A gestante sofre evidente prejuízo em sua saúde sob a justificativa de preservar a saúde do feto o que indica maior reconhecimento moral para o feto do que para a mulher gestante, sem que haja justificativa plausível para isso.

A decisão do STF acompanhou o conceito amplo de saúde da OMS, considerando que os riscos à saúde física da gestante, nestes casos, eram maiores do que na gravidez comum e afirmando que o dano psíquico era incontroverso. Estas afirmações estão respaldadas pelas inúmeras entidades ouvidas como *amicus curiae* ou convidadas a participar, em audiência pública prévia à tomada da decisão pela Corte[94]. A decisão considera que os graves danos à saúde psíquica se estendem a toda família. Destaque-se a transcrição de parte do relato pessoal de algumas mulheres gestantes de feto anencéfalo, contando seu sofrimento e seu sentimento com relação ao que estava passando, trazendo a manifestação da parte de maior interesse no processo. Três mulheres foram ouvidas na audiência pública e puderam expressar a experiência vivida, como no depoimento abaixo

> [...] ‘o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum nele. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer’. A antecipação do parto, disse Camila, ‘foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso;

---

[93] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70009075086. Julgado em 01 de julho de 2004. Site do TJRS.

[94] Foram ouvidas cinco entidades como *amicus curiae* e outras dez entidades de diversos segmentos representativos como convidadas, em audiência histórica pelo seu ineditismo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300> Acesso em: jun. 2012.

> parecia que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que 'aquietar aquilo que estava se passando' [...].[95]

Ouvir, além dos especialistas no tema, a parte vulnerável de todo esse processo, como voz de autoridade para expressar o sentimento vivenciado e a dor real, longe dos compêndios doutrinários, confere forte respeito e peso ao Princípio da não maleficência nestes casos. Para não causar mal a alguém, é importante que se tenha como referência o sentimento e a vontade da própria pessoa, diante da sua experiência de vida, crenças e convicções e não a partir da compreensão de quem não vivencia de fato a conflitualidade. A não maleficência é alcançada através do respeito à autonomia da mulher gestante.

Pelo fato deste Princípio requerer a abstenção de executar ações que causem danos a outro, negar o pedido gera, por si mesmo, a violação do Princípio. A justificativa encontrada para negar a interrupção da gestação foi o cumprimento da lei positiva e para não causar mal à sociedade em geral.

Das 8 decisões, negando a autorização da interrupção, 1 suspende a decisão em março de 2005 para aguardar a decisão do STF, somente prolatada em abril de 2012. Logo após a suspensão, o período decorrido permitiu que o parto ocorresse naturalmente e o processo foi extinto. A decisão de suspensão do julgamento é equivalente, no caso, a uma decisão negando a autorização dada à necessidade de julgamento célere.

Outras 5 decisões entenderam que era precária a comprovação do diagnóstico de anencefalia e do risco de morte da gestante. Em 2 decisões, embora reconhecido o sofrimento da gestante, caberia a ela, ao casal, à família, suportar as consequências como parte da vida. Nesta mesma decisão, o argumento da "ladeira escorregadia" é trazido para justificar a negação.

Como no Princípio anterior, merecem destaque alguns acórdãos com abordagens específicas, quais sejam: a) o argumento da ladeira escorregadia, e b) a viabilidade de vida.

a) O argumento da ladeira escorregadia

Embora receba constantes críticas, este argumento deve ser analisado com respeito, pois a base moral de uma sociedade não é formada de maneira isolada, mas é um grande arcabouço, formado por "fios do tecido de regras que sustenta o respeito à vida humana",

---

[95] DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. p. 72. Julgada em 11 de abril de 2013. Site do STF.

conforme Beauchamp & Childress. Esses argumentos dizem respeito a pensar com cuidado sobre as consequências dos primeiros passos aparentemente inocentes e a probabilidade de que deles decorra um dano inaceitável.

Cada interferência nesse arcabouço deve ser muito bem justificada, a fim de evitar enfraquecimento da teoria utilizada. Flexibilidades na regra moral *prima facie* podem acarretar resultados imprevistos.

Na mencionada decisão, o argumento para negar a autorização da interrupção da gestação seguiu nessa linha

> [...]"Esses bebês mostram a sua vontade de nascer. Dão chutes, se mexem, crescem. Quando nascem, têm olhos, nariz, boca, pernas e braços. Não sendo menos gente do que os normais. Adote-se a solução que adotar, tenha-se presente essa opção. Estar-se-á a adotar a morte. Estará aberta a porta para, em futuro não muito longínquo, abortar-se o portador da síndrome de Down. E o portador de outros defeitos ou enfermidades" [...][96]

Sendo a regra *prima facie* não matar, a exclusão de restrições, com exceções criadas pelo legislador ou pelos juízes, tornará difícil manter a regra de exceções limitadas em casos análogos, mas ainda com diferenças. Paralelo a isso, verificamos que o número de fetos portadores de graves enfermidades e deficiências é cada vez maior, exigindo da sociedade cada vez mais recursos financeiros para o cuidado com qualidade das crianças nascidas com graves enfermidades. Se entendermos que essas vidas não têm valor, poderemos estender esse pensamento a outros grupos. Muitos concordam que a vida deficiente tem grande valor e vale ser vivida. Não é a deficiência ou enfermidade, por si só, que torna uma vida sem valor. As circunstâncias é que poderão tornar a vida, a partir de determinado momento, em condição insuportável, tornando-se preferível a morte, por ser a vida um direito a ser exercido e não uma obrigação de viver a qualquer custo.

A discussão é se outras enfermidades, além da anencefalia, justificariam a interrupção da gravidez e quais o limites para se criarem exceções não previstas pelo legislador e autorizadas pelo Judiciário. Segundo o argumento da ladeira escorregadia, outros defeitos e outras enfermidades estariam suscetíveis, no futuro, à mesma decisão. De acordo com este argumento, ao autorizar a interrupção de gestação porque o feto é portador de anencefalia, outras decisões de interrupção de gestação se sucederiam, considerando toda deformidade como justificativa para tal. Esta permissividade se basearia em qualquer motivo gerador de

---

[96] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 905037.3/8-0000-000. Julgado em 30 de janeiro de 2006. Site do TJSP.

insatisfação para a gestante, como uma deficiência física ou síndrome de Down, mesmo havendo plena condição de vida.

Dos processos analisados, 2 se referem à Síndrome de Patau e 1 à Síndrome de Edwards. Ambas da maior gravidade e com expectativa de vida de poucos meses, embora haja registro na literatura médica de indivíduos que sobreviveram durante anos, [97] a qualidade de vida é muito baixa em razão da gravidade da malformação dos órgãos. Contudo, para essas síndromes, não se pode afirmar que a "morte é certa", como na anencefalia, mas é certo que essas enfermidades impedem qualquer desenvolvimento cognitivo ou interação entre o bebê e a mãe e a qualidade de vida é extremamente baixa.

Nas decisões dos casos de anencefalia, como também nas duas outras síndromes, de Patau e Edwards, o julgador utilizou exatamente as mesmas subcategorias de análise do caso. A interrupção da gestação foi autorizada em 1 pedido da Síndrome de Patau e no pedido da Síndrome de Edwards. O outro pedido de Síndrome de Patau foi negado, por unanimidade sob a justificativa de que os laudos médicos não confirmavam o risco de morte da gestante em razão da gestação.

A decisão afirmou que seria diferente do caso de anencefalia, cuja inviabilidade de vida é de 100%, já que, para esta Síndrome de Patau, há possibilidade de vida de 18%. Foi transcrito o laudo médico que apontava as consequências da hidrocefalia, afirmando o alto índice de mortalidade e baixa sobrevivência até a idade adulta dentre os que sobreviviam e, dentre estes, “somente 38% têm inteligência normal”. A seguir, o laudo passou a descrever outras consequências: déficit motor, deficiências visuais ou auditivas, epilepsia de difícil controle terapêutico e pior padrão cognitivo.

A justificação se deu com base nos resultados estatísticos para a hidrocefalia e a afirmação de ausência de prova de risco de morte da gestante e inviabilidade de vida do feto

> [...] o laudo médico que instrui o pedido [...] ao descrever a fisiopatologia da hidrocefalia, consigna os resultados de estudos realizados sobre a malformação apresentada pelo feto, ressaltando expressamente que a hipótese não acarreta necessariamente o óbito, nas seguintes proporções: ‘*27% foram natimortos, 41% apresentavam alguma malformação, síndrome ou alteração cromossômica associada, o que resultou aumento significativo da mortalidade. Do total de pacientes estudados, três anos após o nascimento, 10% já tinham falecido e 41% apresentavam alterações neurológicas relacionadas à hidrocefalia. Em suma, apenas 58% das crianças apresentavam sobrevida maior que três anos e desses 70% manifestam alguma forma de sequela neurológica...*’[...]” [98]

[97] Informações contidas em partes do laudo médico transcritas na decisão judicial.

[98] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 0035711-18.2010.8.19.0000. Julgado em 12 de agosto de 2010. Site do TJRJ.

Para concluir que

> [...] a hipótese presente é bastante diversa daquela em que é diagnosticada a anencefalia (acrania) do nascituro, onde a condição com a vida apresenta-se incompatível em 100% dos casos, na medida que em 18% (dezoito por cento) das hipóteses, o nascituro portador da 'síndrome de Patau' tem possibilidade de sobreviver [...] muito embora tenha sido igualmente diagnosticado que a paciente apresenta diabetes gestacional e hipertensão, os laudos médicos que instruem esta ação autônoma não trazem qualquer referência à gestante correr risco de morrer associado à malformação do feto que gera [...] não sendo a prova [...] suficiente à demonstrar a inviabilidade de vida do feto ou risco de morrer da gestante, não há como atender-se ao pleito [...]"

Menos de um ano depois, outro caso de interrupção de gravidez foi julgado pela mesma Câmara, agora em razão de anencefalia. O pedido foi negado, por maioria, sob a justificativa de que o laudo médico indicava a necessidade de estudo, após o nascimento para confirmação do diagnóstico. Foi considerada não provada a inviabilidade total de vida.

No texto do laudo médico, parcialmente transcrito no acórdão, consta que a ultrassonografia revelava anencefalia, afirmando ser incompatível com a vida em 100% dos casos. Ao final do laudo consta "Está indicado o estudo anatomopatológico pós-nascimento, visando à confirmação do diagnóstico ultrassonográfico e posterior aconselhamento genético do casal."

> [...] Vejamos o laudo: *'a gestante acima veio encaminhada [...] uma ultrassonografia [...] revelando anencefalia [...] É uma condição incompatível com a vida em 100% dos casos, levando ao óbito intra-útero ou no período neonatal precoce. A gestação é frequentemente complicada por polidramnia importante no último trimestre, podendo eventualmente causar complicações maternas. Está indicado o estudo anatomopatológico pós-nascimento visando confirmação do diagnóstico ultrassonográfico e posterior aconselhamento genético do casal'*. Como se vê, ao final do laudo encartado há uma indicação expressa de **estudo anatomopatológico pós-nascimento visando a confirmação do diagnóstico ultrassonográfico** e posterior aconselhamento genético. Assim, não sendo a prova carreada aos autos suficiente à demonstrar a **inviabilidade total de vida** do feto ou risco absoluto à gestante, não há como atender-se ao pleito aqui deduzido e ceifar de forma cabal a probabilidade, mínima que seja, do nascimento (grifado pelo autor da decisão).[99]

A partir da informação médica, o julgador realizou a interpretação de que não havia a certeza do diagnóstico e que necessitaria de confirmação, após o nascimento. Entretanto, no contexto apresentado, também é possível a interpretação de que o estudo sugerido no laudo seria uma prevenção para gravidez futura por causa do problema genético apresentado, tanto que, ao final da recomendação de estudo após o nascimento, do laudo consta "...e posterior

[99] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 004705-56.2011.8.19.0000. Julgado em 2 de março de 2011. Site do TJRJ.

aconselhamento genético do casal". Prevaleceu a primeira interpretação acompanhada do voto do segundo julgador, não identificado no acórdão. O voto divergente não foi obtido.

A distinção apontada pelo julgador na decisão anterior, entre a probabilidade de morte na Síndrome de Patau e na anencefalia, não foi considerada justificativa suficiente para embasar a autorização de interrupção da gestação, pela ausência de prova suficiente da "inviabilidade total de vida do feto ou risco absoluto à gestante". Nesse aspecto, Perelman [100] afirma que a prova pretende tornar conhecida a verdade de um fato do qual decorrem consequências jurídicas, acrescentando que, a técnica das provas e a verdade que pretendem fazer, sejam conciliáveis com outros valores, para que as consequências jurídicas sejam consideradas justas, pois a prova e a verdade são meios para realizar a justiça. Perelman propõe que o papel da retórica como uma teoria da argumentação, que engloba a dialética de Sócrates, Platão e Aristóteles, seja de contribuir para distinguir os raciocínios aceitáveis dos raciocínios sofisticados.

Já a síndrome de Down requer uma abordagem completamente diferente. Embora possa apresentar graves problemas, há relatos de vida plena, com qualidade, para portadores desta síndrome. Recentemente foi feito um filme [101] no Brasil com atores principais portadores de Síndrome de Down e demonstrando a vida em toda sua plenitude. Portanto, a abordagem é completamente diferenciada da realizada nos casos de anencefalia e síndromes como a de Patau e Edwards. São síndromes de gravidades e consequências totalmente diferentes no tocante à qualidade de vida de seus portadores.

O argumento da "ladeira escorregadia" pode contribuir para o esclarecimento da discussão no tocante a se haverá algum benefício para a sociedade em ter uma gestante sofrendo intensamente quando há morte certa do feto, pois os encargos serão suportados pela sociedade, inclusive econômicos, em cada um dos diferentes casos, mas a dor da gestante somente será compartilhada por ela e por seus familiares.

A partir do debate profundo sobre o tema, é possível avaliar se é adequado exigir-se da mulher gestante que prossiga ou não com uma gravidez cujo feto apresenta problemas tão graves que tornem a vida inviável, ou numa proporção muito próxima da "falsa vida" expressão utilizada em duas decisões. Não é justificado um sofrimento intenso diante da irreversibilidade da situação, pois a motivação maior para exigir enorme sacrifício da gestante

---

[100] PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 599-684.

[101] Filme "Os Colegas" com direção e roteiro de Marcelo Galvão é o primeiro filme brasileiro protagonizado por três atores portadores da Síndrome de Down, em 2013. Recebeu prêmios em festivais de cinema de Gramado, Trieste e Moscou.

seria a possibilidade de ter um filho com perspectivas de sobrevivência, fato que jamais acontecerá nestas circunstâncias. Como na decisão do STF, na qual o Ministro relator afirmou "Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres".

Por fim, além de utilizar o argumento da "ladeira escorregadia", a justificativa da decisão mencionada inicialmente foi acrescida da "falta de previsão legal expressa", e do "adiantado estado de gestação". A gestante estava com 30 semanas e a revelação dos fatos só ocorreu quando ela estava com 24 semanas. O voto divergente considerou o conhecimento tardio dos fatos, acrescentando que o feto sobrevivia, apenas, à custa do organismo materno e votou no sentido de autorizar a interrupção. O tempo da gestação e o momento da descoberta do diagnóstico de má-formação fetal contribui para reforçar o argumento de que a gravidez fazia parte do projeto de vida da mulher que passa a rejeitá-lo pelo diagnóstico grave.

b) Viabilidade de vida

A discussão sobre a viabilidade da vida utiliza como referência principal as semanas de gestação para indicar se o feto tem chances de sobreviver fora do útero, de forma independente. Nos Estados Unidos,[102] há Tribunais que utilizam prazos diversos, pois não há exame seguro para indicar precisamente a data de início da viabilidade e as estatísticas podem variar. Como a partir de 24 semanas o feto tem 30% de chance de viabilidade de vida, este é um prazo utilizado em média.

Os Estados Unidos admitem o aborto no primeiro trimestre de gravidez, após a histórica decisão do caso *Roe v. Wade* [103], em 1973, que utiliza o argumento da inviabilidade do feto como principal justificativa para permitir o aborto, por manifestação de vontade da mulher gestante, desde que até o limite de início da viabilidade do feto. Menciona que isso pode ocorrer com 28 semanas, mas pode acontecer com 24 semanas. O fundamentado se deu no direito à privacidade, assegurado pela 14ª Emenda da Constituição Americana.

De acordo com a histórica decisão da Corte Americana, [104] no primeiro trimestre de gestação, a decisão para realizar o aborto pertence à mulher assistida por seu médico. No

---

[102] BELLER, Fritz K.; ZLATNIK, Gail P. Medical Aspects of the Beginning of Individual Lives. In: BELLER, Fritz K. ; WEIR, Robert F. **The Beginning of Human Life**. Boston: Kluwer Academic, 1994. p. .3-17.

[103] A DECISÃO da Suprema Corte Americana, caso *Roe v. Wade*. Disponível em: <http://bioeticaebiodireito.blogspot.com.br/2013/05/case-roe-v-wade-full-text.html> Acesso em: maio 2013.

[104] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES- *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973)

trimestre subsequente, quando o feto ainda é inviável, os Estados podem regular o procedimento no interesse da proteção da saúde da gestante. No último trimestre, quando há viabilidade de vida do feto, o Estado pode regular e até proibir o aborto, exceto quando for necessário, de acordo com o entendimento médico, para preservação vida ou saúde da gestante.

A fixação do exato limite da viabilidade é de difícil delimitação em razão das inúmeras variáveis de cada gestação. Os Estados americanos ficaram livres para impor restrições quanto ao período de gravidez, desde que reconhecidas como no interesse do Estado, assim alguns fixaram prazos além das 24 semanas de gestação.

A discussão nos Estados Unidos, quanto à possibilidade de ultrapassar este prazo de viabilidade, foi ampliada com relação à interrupção de gravidez de feto com malformação. A proposta para ir além desse prazo, apresentada por estudiosos em 1986, exigia a incompatibilidade de vida após o parto e a perda completa de função cognitiva. A reação pública foi no sentido do medo da "ladeira escorregadia". Há estados que possuem legislação contrária ao aborto para ser aplicada imediatamente, caso haja modificação da Suprema Corte quanto ao entendimento que autoriza o aborto.

Na Alemanha, após observação de inúmeros casos de feto anencefálico de mais de 24 semanas, chegou-se à conclusão, em 1980, de que não deveriam ser considerados como vivos por não possuírem cérebro e as Cortes de Justiça o consideraram como uma entidade sem vida. Com isso tornou-se possível a interrupção da gravidez mesmo após 24 semanas.

[...][131] To summarize and to repeat:

[132] 1. A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.

[133] (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician.

[134] (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.

[135] (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother. [...]

Texto integral disponível em: <http://bioeticaebiodireito.blogspot.com.br/2013/05/case-roe-v-wade-full-text.html> Acesso em: jun. 2013.

Nos dados da presente pesquisa, o critério do número de semanas de gestação foi mencionado para justificar algumas poucas decisões. Na mesma decisão que utilizou o argumento da ladeira escorregadia, foi acrescido à justificação o fato do adiantado estado de gestação, 30 semanas, e estando a gravidez próxima de seu termo "[...] a gravidez está próxima de seu termo e as consequências após o nascimento devem ser suportadas pelo casal". Em processo com autorização concedida, os maiores prazos de gestação foram de 28 semanas em 2 processos e 24 semanas em 3 processos.

O argumento da inviabilidade utilizado na decisão do STF destacou que a Constituição, quando se refere aos "direitos da pessoa humana" e "direitos e garantias individuais", está se referindo ao "indivíduo-pessoa" e que, no caso do anencéfalo, ele nunca existirá como indivíduo-pessoa. Com relação à potencialidade para se tornar pessoa humana afirmou que tal potencial inexiste no feto anencéfalo. Ao confrontar a possível tutela de proteção ao feto anencéfalo em detrimento aos direitos fundamentais da mulher gestante, reafirma que não há direito porque não há vida e, mesmo que houvesse, os valores deveriam ser ponderados para eventual limitação de direitos da mulher.

O individuo-pessoa é o destinatário dos direitos fundamentais à vida, liberdade e igualdade e, ponderando os valores que estão em tensão, pode-se concluir que não se deve impor limitações a esse direitos à mulher gestante por razões que não são claras o suficiente, exceto quando de caráter teológico, devidamente respeitadas, mas que somente poderiam ser refutadas se apresentada crítica a todo o sistema de onde se originam.[105] O interesse do Estado é na potencialidade de vida humana real. O que implica na relevância da viabilidade do feto, capaz de sobreviver fora do útero materno.

O STF adotou, em sua decisão sobre interrupção de gestação de feto anencéfalo, de forma semelhante, os fundamentos utilizados pela Suprema Corte Americana no julgamento paradigmático *Roe v. Wade*, não obstante as diferenças entre os sistemas jurídicos e a vinculação da Corte Brasileira às leis escritas.

O julgamento nos EUA, em virtude do sistema jurídico da *common law*, vinculado aos costumes e precedentes judiciais, permitiu ao juiz autorizar de forma ampla a interrupção da gestação em situações diferenciadas. Conferiu alto valor à autonomia da mulher e colocou seu direito de liberdade de reprodução em patamar elevado, criando limites cautelosos quanto ao período de gestação e estipulando razões crescentes, conforme o avanço do período de gestação, mas considerou decisão da mulher a interrupção no primeiro trimestre.

---

[105] FEINBERG, Joel. Abortion: the status of the fetus. In: REGAN, Tom; et al. **Matters of Life and Death**. 2. ed. Philadelphia : Temple University Press, [1986?].

O sistema jurídico Brasileiro, vinculado necessariamente à lei escrita, com observância precípua da Constituição Federal, conforme já esclarecido, embora permita ao Poder Judiciário, através de seus julgamentos devidamente justificados, avançar no sentido de criar exceções à lei, não confere, até o momento, a mesma liberdade aos juízes, a fim de que deixem de criminalizar o aborto, tarefa que compete ao legislador. Entretanto, o que se verifica é uma caminhada interpretativa para adequar a aplicação da legislação criada em momento de reduzido avanço biomédico aos fatos que hoje se tornam conhecidos previamente em razão do investimento em pesquisas e tecnologia.

Não obstante o necessário vínculo à lei, a tarefa interpretativa é de fundamental importância social diante do compromisso do Poder Judiciário em promover o bem social e construir uma sociedade livre, justa e solidária. É certo que novas situações sejam submetidas à análise pelo Judiciário, com relação a casos semelhantes, porém de diferentes características. Por isso, a relevância de uma metodologia de análise de casos da bioética clínica, a fim de propiciar um caminhar interpretativo coerente. A análise dos dados indica a necessidade de debates sobre as demais síndromes como as de Edwards e de Patau, não obstante a decisão sobre a gestação de feto anencéfalo tenha encontrado resposta firme a ser seguida obrigatoriamente por todos os juízes.

Nenhum dos votos da decisão do STF apresentou a discussão sobre a existência de prazo para a interrupção da gestação ou seu limite. Deve ser considerado o argumento de que a revelação tardia dos fatos não pode ser impedimento para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, quanto mais no Brasil onde muitas mulheres de baixa condição social e econômica somente fazem a primeira consulta pré-natal, quando a gravidez já está em fase adiantada.

A condição social e econômica das gestantes brasileiras representa importante informação para observação do Princípio da não maleficência. O aborto clandestino no Brasil e as consequências desta prática para mulheres das diversas classes sociais conduzem à discussão sobre a saúde pública e a necessidade da interferência do Estado para proteger mulheres que morrem por causa do aborto precariamente feito. Não há este tipo de informação nos casos analisados. Por vezes, a interferência do Estado pode ser o único recurso disponível para essas mulheres para não sofrerem danos ou para receber algum tipo de benefício.

É fundamental que o juiz atente para o poder que tem sobre a vida da mulher gestante quando a interrupção da gestação tem a capacidade de prevenir dano da maior gravidade, imediato e futuro. Conforme a decisão tomada, o dano à mulher poderá ser tão grave que nem

mesmo o respaldo na lei tornará a decisão judicial moralmente justificável. O juiz tem a obrigação moral de não causar mal à requerente com a sua decisão ou com a demora em decidir, pois a não maleficência, além de obrigação legal, é uma obrigação ética. Por isso, a suspensão do processo até decisão do STF, ou exigências probatórias inalcançáveis, por si só, causam mal à requerente e violam o Princípio da não maleficência.

Da mesma forma, a decisão negatória justificada exclusivamente na regra legal que criminaliza o aborto, sem prévia interpretação e especificação que demonstre que o dano causado ao feto seria muito superior ao dano causado à gestante, viola a obrigatoriedade da não maleficência. Contudo, além da obrigação de não causar mal é preciso verificar se o juiz tem o dever moral de beneficiar a requerente, o que será analisado no princípio a ser discutido a seguir.

3.1.3.3 Princípio da beneficência

Este Princípio se refere à obrigação moral de agir em favor de outra pessoa promovendo seus legítimos interesses e ponderando os custos e possíveis danos causados por uma ação, exigindo uma atuação positiva e não meramente a abstenção de agir. Ao contrário do Princípio da não maleficência com o qual estamos em regra comprometidos, o Princípio da beneficência nem sempre é obrigatório ser seguido e se deixarmos de fazê-lo dificilmente haverá punição. Mas, por vezes, a beneficência pode ser obrigatória.

Se a gestante requer a ajuda de um profissional habilitado uma relação especial é construída entre ambos. Em função desse relacionamento especial, o Princípio da beneficência em favor da gestante passa a ser eticamente obrigatório. No relacionamento paciente/gestante, o médico deve proporcionar à paciente o melhor benefício possível. Claro que não deve causar mal ao feto, mas a prioridade deve ser a sua paciente.

O caso da gestante com deficiência mental, cujo tratamento foi interrompido por causa da gravidez, demonstra que a prioridade foi dada ao feto, em detrimento do benefício à saúde da paciente.

Em outro aspecto, a gestante também seria beneficiada se, diante da deficiência mental, houvesse reconhecimento da prática do crime de estupro de vulnerável, o que autorizaria o aborto. [106]

---

[106] Código Penal- Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Uma interpretação ampla quanto ao conceito de saúde age em benefício da gestante, diante do risco à vida e à saúde psíquica da gestante, justifica o ato de reduzir o dano sofrido. Estabelecidos os riscos e os custos da decisão e concluindo serem os benefícios maiores que os danos, torna a autorização da interrupção moralmente defensável. Interrompida a gestação do feto inviável, com morte certa, antes do termo natural, a gestante terá deixado de experimentar intenso sofrimento. Se enfrentar o período normal, o resultado será o mesmo, morte certa, mas com extenso período de sofrimento. Sob o prisma do Princípio da beneficência, a decisão que autoriza a interrupção é moralmente correta, ao colocar a mulher gestante como principal preocupação e reduzindo sua carga de sofrimento.

De acordo com esse entendimento, a referência à incerteza sobre o risco de morte da gestante que aparece em 5 das decisões, negando a interrupção, indica que a exigência de prova absoluta de risco de morte da gestante não segue o princípio da beneficência. Constatada a anencefalia, o principal motivo para justificar a decisão de interrupção seria o grave sofrimento psicológico da gestante cuja morte do feto aconteceria inexoravelmente.

Não há dúvida de que toda mulher que passa por situação de gravidez de anencéfalo sofre intensamente pelo fato de saber qual será o fim da história. Também não seria o caso de mensurar o tamanho do sofrimento para avaliar se uma sofre mais do que a outra, pois o importante é considerar sua expressão do sofrimento, procurando o Judiciário para autorizar a interrupção, considerando seu ventre como um túmulo ambulante.

Neste Princípio duas abordagens são pertinentes: a) a beneficência como obrigação ou faculdade do juiz, b) a Sacralidade e a Qualidade da vida.

a) A beneficência como obrigação ou faculdade do juiz

Muitas vezes, a beneficência é condicional, mas em casos onde haja um relacionamento moral especial ocorre a obrigatoriedade de se agir em benefício de outro. Quando existe um processo judicial, normalmente, há interesses de duas partes, além do interesse da sociedade. Para casos como o que se está discutindo há o interesse da mulher gestante e de outro lado o interesse da sociedade em proteger o nascituro. A mulher sofre terrivelmente com uma gestação que não lhe dará a oportunidade de ter e criar seu filho. Mas não se pode falar em interrupção da vida futura do feto, pois diante do quadro de anencefalia não existe a possibilidade de vida.

O relacionamento especial entre requerente e juiz é criado a partir do momento em que a mulher gestante precisa pedir autorização ao Tribunal para agir em seu favor, pois se agir

por sua conta estará sujeita a responder por crime de aborto. Ao ingressar com a ação, a mulher quer o seu problema resolvido, para fazer cessar seu sofrimento. O juiz passa a ser o responsável por cessar ou manter o sofrimento da gestante, como também responsável pela proteção do feto naquelas circunstâncias. Em razão da profissão, o juiz será, necessariamente, a pessoa capaz de beneficiar um ou outro, mas não aos dois lados, pois terá que escolher entre o alegado direito da mulher gestante e o possível benefício ao feto com repercussão moral na sociedade.

O juiz deve buscar suporte no Princípio da beneficência, que para ele é obrigatória, sendo a sua abstenção em decidir semelhante à decisão de não autorizar a interrupção da gestação. Mas esta beneficência deve seguir a Constituição e julgar de forma imparcial. A beneficência implica em atitudes positivas para beneficiar os outros e, conforme o tamanho do benefício a ser proporcionado, tornará este Princípio prioritário sobre a não maleficência. Não que um Princípio seja mais importante do que o outro, mas, conforme o caso, um poderá prevalecer sobre o outro. Ao contrário do que acontece com quem tem a obrigação de agir beneficamente, o juiz não sofre sanções ao decidir pelas diferentes possibilidades de escolha neste caso, pois, ao negar o pedido se ampara na interpretação literal da lei, não obstante a justificativa moral esteja presente. Ao conceder o pedido, o juiz realiza uma interpretação com base em princípios constitucionais, de fundo moral, apresentando justificação coerente.

A decisão sobre a quem dirigir o benefício e o limite deste benefício deve ser construída com a interpretação e a especificação de benefícios e custos. Somente apresentando razões e contrarrazões e testando seus argumentos, o juiz poderá decidir a quem deve conceder o benefício. Para isso é importante que analise as diferentes concepções sobre a vida.

b) Sacralidade da vida e a Qualidade da Vida

Para verificar os benefícios e seus custos devem ser analisadas as duas concepções sobre a vida: a da qualidade de vida e a da sacralidade da vida.

Foram encontradas 18 decisões, todas autorizando a interrupção da gravidez, que fazem referência à concepção de qualidade de vida e 10 à da sacralidade da vida (6 com referência à vida da gestante, deferindo o pedido, e 4 com referência à vida do feto, negando o pedido). Em 2 decisões que negaram a autorização nenhuma das subcategorias foi encontrada.

Esses dados apontam para a interpretação da sacralidade da vida com tamanha importância que merece ser cuidada em todos os seus aspectos e não só na perspectiva da

vida/morte, pois aparece como justificativa em 6 decisões que autorizaram a interrupção, considerando a vida da gestante como sagrada e, por isso, merecedora de proteção especial. A interpretação do que é sagrado é realizada pelo julgador no sentido da beneficência, exigindo sua atuação positiva, conduzindo à necessidade da ação, pois a abstenção traz efeitos graves que nas circunstâncias apresentadas podem ser evitadas pelo julgador.

Beneficiar alguém nem sempre é um princípio moral obrigatório. Para o juiz atender a esse Princípio requer o exame cuidadoso dos sacrifícios impostos. A decisão deve ser a que acarretará o menor prejuízo. Porém, de acordo com os ditames legais. A questão é analisar se deverá decidir em benefício de alguém, a quem deve beneficiar e qual a extensão do benefício.

Schramm[107] discorre sobre as duas importantes concepções, esclarecendo que a sacralidade da vida, de raízes na moral cristã e, em parte, na tradição médica hipocrática, tem sua justificação na filosofia de Kant, estabelecendo o "unicismo ético". A qualidade de vida tem raízes no processo de secularização do mundo. Pelo unicismo ético, a sacralidade da vida funda os demais direitos *prima facie* do humano e é inegociável. Para a qualidade de vida, a vida não tem valor em si, mas sim quando possui qualidades social e culturalmente construídas e determinadas historicamente. A sacralidade da vida não aceita intervenções extremas que não sejam naturalmente contempladas pelos processos biológicos e orgânicos. A qualidade de vida considera abusiva e restritiva da autonomia humana a limitação à intervenção externa, possibilitada pela competência técnica, simbólica e moral desenvolvida pela humanidade que reduz a integralidade da vida.

A proposta que o autor apresenta[108] é considerar dois níveis de pertinência para a ética da vida onde o pluralismo seja uma extensão do unicismo e não a sua contradição. Assim, a qualidade de vida somente poderia ser considerada se não entrar em contradição com a sacralidade, onde "a dimensão sociocultural da qualidade não contradiz a dimensão bio-ecológica do finalismo intrínseco considerado do ponto de vista orgânico".

Ambas as concepções apareceram na fundamentação de muitas das decisões. A sacralidade da vida justificou a metade de todas as decisões que negaram o pedido (a outra parte teve como justificativa a ausência de prova judicial suficiente). Um voto divergente, em

---

[107] SCHRAMM, Fermin Roland. Vida: Sacralidade e ou Qualidade? **Atualidades em Debate**, Rio de Janeiro, abr./maio 1995. Caderno 34, p. 44-69.

[108] SCHRAMM, Fermin Roland. **A terceira margem da saúde**: a ética natural, complexidade, crise e responsabilidade no saber-fazer sanitário. 378 f. 1993. Tese de doutoramento. Rio de Janeiro. Escola Nacional de Saúde Pública ENSP/FIOCRUZ, 1993.

processo de grande discussão pelos julgadores que terminou por autorizar a interrupção, criticou os argumentos científicos para o risco de vida da gestante, nos seguintes termos:

> [...]As previsões médicas são semelhantes às dos horóscopos de final de ano, que costumam prever infortúnios no ano que se aproxima e são convenientemente esquecidas quando não ocorridas ou anunciadas com estardalhaço, quando coincidentes com as efemérides[...]. [109]

Este voto considerou que a possibilidade de uma infecção generalizada ou do anencéfalo possuir uma vida efêmera não são verdades absolutas e para comprovar possíveis erros de diagnóstico citou casos mencionados na imprensa quando a anencefalia não teria causado a morte imediata. Como voto vencido, afirmou que a decisão estava sendo tomada por aspectos políticos e sociais e que o sofrimento da gestante poderia ser combatido com medicamentos e tratamentos terapêuticos, a saber:

> [...] os problemas psicológicos, existenciais, angústias e sofrimentos podem ser combatidos por todo um arsenal terapêutico de grande amplitude, desde potentes barbitúricos até técnicas cognitivo-comportamentais, tais como análise, reflexão, meditação, que atenuam em muito as consequências dos revezes da vida a que todos estamos sujeitos.[110]

No aspecto da qualidade da vida, fundamento de mais de 80% das decisões que concederam o pedido, o argumento sustenta que cabe ao legislador adequar a lei "ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto" e que "apenas o apego a questões religiosas pode sustentar o contrário". A decisão autorizando a interrupção seria uma forma de "evitar a amargura e sofrimento psicológico da mãe". O objetivo é utilizar o conhecimento científico que antecipa, pela competência técnica, situações que podem ser solucionadas com maior brevidade e menor desgaste de quem as vivencia, *in verbis:*.

> [...] '*Apesar de não se achar prevista dentre as causas autorizadoras do aborto, dispostas no artigo 128, do Código Penal, a má-formação congênita, exige a situação anômala específica a adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto [...] Concebe-se, ainda, que apenas o apego a questões religiosas pode sustentar o contrário, visto que a imposição à gestante de carregar em seu ventre durante nove meses um filho que não terá qualquer possibilidade de sobrevida implica-lhe amargura e demasiado sofrimento psicológico, o que viola o princípio constitucional da pessoa humana'* [...].[111]

---

[109] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 2008.059.07542. Julgado em 2 de fevereiro de 2009. Site do TJRJ.

[110] Ibidem.

[111] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70016858235. Julgado em 28 de dezembro de 2006. Site do TJRS.

Verificamos a relação direta entre o Princípio da beneficência e a sacralidade da vida da gestante, conforme as decisões que concederam a autorização. Foram 6 decisões onde se destaca uma delas, que autorizou a interrupção no caso de Síndrome de Patau, considerando que o casal já tinha um filho com retardo mental e dificuldade motora e que o feto teria alta possibilidade de morrer no primeiro mês de vida ou até os seis meses. Caso sobrevivesse teria grande probabilidade de oligofrenia acentuada e convulsões frequentes. Analisando o contexto histórico social da família e a ausência de contradição com a dimensão biológica do ser humano, a decisão autorizou a interrupção da gestação, argumentando que:

> [...] "Se se entende que a sanidade psíquica da mãe pode restar comprometida pela morte do filho, logo após o parto, em razão daquela deficiência, com muito mais razão, a meu sentir, se pode vislumbrar aquele risco no caso vertente, em que a sobrevida da criança deficiente pode ser prolongada por vários meses e esta. Sobrevivendo, apresentará oligofrenia acentuada e frequentes convulsões. Tudo sem esquecer a existência de um outro filho do casal portador de retardo mental e dificuldade motora. Parece-me induvidoso que, nessa hipótese, se poderá prever, aí sim, uma terrível desorganização da saúde mental, aliás natural em função do pesadíssimo encargo que a vida impôs ao casal[...] não vejo razão jurídica relevante para desacolher a pretensão formulada, o que equivaleria a impor aos recorrentes um árduo sofrimento, coisa que não se inclui entre as funções do Direito" [...] [112]

Nesse mesmo sentido, foram as demais análises, utilizando a concepção da sacralidade da vida com relação à gestante e considerando que a interrupção de gestação de um processo biológico falho, pode contemplar a sacralidade da vida da gestante, ao mesmo tempo em que confere respeito à qualidade, de forma a que uma concepção integre a outra e não rivalize. Esse é um mérito da teoria Principialista [113], aplicada em conformidade com a complexidade dos conflitos morais contemporâneos, pois as duas éticas distintas, consideradas antitéticas e excludentes, podem ser, na prática, complementares. A sacralidade como um caso específico de qualidade, subsumindo-se à mesma.

Na análise dos dados, a concepção da sacralidade para justificar a autorização para interromper a gestação em 6 decisões não está sendo aplicada de forma equivocada em relação ao seu conceito histórico, mas com base na teoria Principialista e no princípio da beneficência. Ao admitir a sacralidade da vida e, mesmo assim autorizar a interrupção da gestação, a decisão considera que "resguardar sim a integridade física da gestante" é "salvar a

---

[112] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70006088090. Julgado em 2 de abril de 2003. Site do TJRS.

[113] SCHRAMM, Fermin Roland. Os princípios da bioética. In: SEGRE, Marco. **A questão ética e a saúde humana**. São Paulo: Atheneu, 2006.

sua vida" e cita um precedente para argumentar que o perigo de vida da gestante deve ser exigido, mas "não a ponto de exigir que lhe seja iminente ou quase atual a própria morte". É a compreensão da saúde da mulher de forma integral, para manter sua vida, que é sagrada, enquanto mantém sua qualidade de vida. O julgador reproduz parte do parecer do Ministério Público, segundo o qual:

> [...] '*penso que estamos tratando da autorização de um aborto indiscutivelmente terapêutico, isto é, legal, que visa, em última análise, resguardar sim a integridade física da gestante, melhor dizendo, salvar a sua vida. [...] Ainda, paralelamente, do ponto de vista psicológico, não podemos olvidar que com a interrupção precoce da gestação estar-se-á preservando a saúde mental e emocional da gestante, já tão condoída, porquanto denota fragilidade para enfrentar o lamentável calvário. [...] será desumanamente expô-la a um desnecessário desgaste emocional e forte abalo psicológico. Entender que isso inocorrerá ou que, se ocorrer, há formas de restabelecer o equilíbrio, é revelar não ter as mínimas condições de empatia. É fácil teoriza com a dor alheia. E não se diga que, para nossa lei penal, isso não interessa. Quando permite o aborto sentimental, o código Penal não está protegendo a vida humana nem a expectativa de vida, mas a tranquilidade da gestante. O estresse emocional de ambos os casos é igual'*[...][114]

Citando jurisprudência, o julgado acrescenta que

> [...] '*Em medida ou proporção adequada, deve-se exigir a existência de perigo sério à vida da gestante, entretanto, não a ponto de exigir que lhe seja iminente ou quase atual a própria morte, porque já então poderá ser tardia qualquer intervenção médica'* [...] Como já referido, 'ao infortúnio da malformação física ou psíquica que afeta ao filho, os pais têm ainda de fazer 'à incompreensão [...], ao sarcasmo, à condenação social e à repulsa e esta outra forma de penalização resulta mais dura de carregar que as anteriores' [...] [115].

Na conclusão da utilização do Princípio da beneficência, pode-se afirmar que minorar o sofrimento das pessoas é uma regra moral da maior importância a ser cumprida no campo da bioética e que o juiz possui a obrigação moral de agir em benefício das partes do processo nos limites da imparcialidade e da observância da lei que lhe são igualmente obrigatórias. O juiz deve prevenir e reparar danos, ponderar e sopesar benefícios e custos e decidir no sentido de que o benefício esperado exceda aos danos e custos acarretados. Não se trata de beneficência condicional, pois há um relacionamento especial entre a requerente e o juiz, o que o torna a única pessoa em condições de evitar ou reduzir o dano. Este relacionamento é caracterizado como especial porque o Judiciário é o órgão designado constitucionalmente para

---

[114] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70005037072. Julgado em 12 de setembro de 2002. Site do TJRS.
[115] Ibidem.

afastar ameaça ou lesão ao direito. A interpretação convergente[116] de distintas concepções como a sacralidade e a qualidade de vida conduz à aplicação do Princípio da beneficência, devendo o juiz assumir a obrigação de aplicar decisão que evite maior dano, o que contribuirá para decisão mais justa, como proposto pelo princípio a ser examinado a seguir.

3.1.3.4 Princípio da Justiça

Quando alguém tem uma reivindicação válida e há possibilidade de reivindicar um direito, algo lhe é devido. Se a um direito corresponde um dever, deve-se indagar se todos, sem exceção, merecem o mesmo direito e a quem é atribuído o dever de cumprir. Os diversos direitos devem ser distribuídos de forma equânime, pois se não for assim haverá injustiça.

Em um país de escassez e inúmeras limitações econômicas, surgem os problemas para repartir os diversos benefícios e encargos. Por vezes, o Estado é omisso; outras age paternalisticamente, e, em outras, promove justiça de forma desigual, pois não é tarefa fácil reconhecer desigualdades na distribuição de bens e direitos sociais e verificar como agir de forma a promover a igualdade. É necessário que a ação para promover a justiça tenha coerência para que não beneficie algumas pessoas em detrimento de outras, tornando desigual o tratamento. Por isso é importante a especificação do Princípio da justiça.

A igualdade e a justiça são previstas no Preâmbulo da Constituição do Brasil como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e que possui como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação[117]. A igualdade é um direito fundamental, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", conforme art. 5º da Constituição e a proteção à maternidade como um direito social.[118] O difícil é estabelecer a extensão desses direitos enquanto se mantém adequada proteção ao nascituro como previsto no Código Civil, onde o art. 2º põe a salvo, certos direitos desde a concepção.

---

[116] O filósofo argentino Maliandi afirma que a exigência da convergência significa a exigência de maximizar os aspectos axiologicamente positivos e de minimizar os axiologicamente negativos, tanto nas suas identidades como nas suas diferenças. Considera a convergência crítica semelhante à síntese dialética, na qual os elementos opostos deixam de ser incompatíveis, mas conservam sua identidade. MALIANDI, Ricardo. **Ética, dilemas Y convergências**: cuestiones éticas de la identidade, la globalización y la tecnologia. 1. ed. Buenos Aires: Biblos-Universidad Nacional de Lanús, 2006. p. 21-30.

[117] Constituição Federal- Art. 3º, IV.

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

No Brasil, a discussão sobre as políticas públicas do Estado, ao se confrontar com a questão do aborto ainda não é suficiente para lidar com a complexidade da questão, enquanto há mulheres morrendo por abortos clandestinos feito em condições precárias. O tema recebe inúmeras restrições para o debate amplo, com pressão das bancadas políticas religiosas que sequer admitem a discussão sobre o assunto. À exceção da decisão do STF que levou estudiosos sobre um dos aspectos do tema para a audiência pública na Justiça antes do julgamento sobre a interrupção da gestação do feto anencéfalo, não é comum ver o tema ser trazido publicamente pelas autoridades.

Em artigo apresentando os primeiros resultados em Pesquisa Nacional de Aborto, constatou-se que o aborto se apresentou mais comum entre as mulheres com baixa escolaridade. A pesquisa recomendou prioridade na agenda de saúde pública nacional,[119] pois grande parte das internações, após o aborto, poderia ser evitada se não fosse tratado como atividade clandestina e o acesso aos medicamentos seguros fosse garantido. A questão ganha amplitude, por se tratar de um problema de saúde pública, atingindo mulheres com menor grau de instrução, portanto em condição de vulnerabilidade.

Nesse viés, para aplicar o Princípio da justiça, é necessário reconhecer o contexto vivenciado pela mulher gestante que postula o direito de interrupção da gestação em juízo, especialmente, por se tratar de um grave problema do feto. Em diversas decisões, pode-se observar que o julgador considera o contexto vivenciado e decide que aplicar a justiça é autorizar a interrupção da gestação por trazer imenso sofrimento e consequentes danos à saúde, especialmente psicológica, da gestante.

No mesmo sentido, em 16 decisões, o julgador entendeu que “não é justo obrigar à gestante” a levar a gestação até o fim, demonstrando compreender os difíceis momentos passados pela gestante e sua família. Para chegar a essa conclusão, a decisão faz referência à ausência de expectativa de vida do feto e o pesado encargo imposto à gestante e sua família, afirmando que é “fácil teorizar com a vida alheia” numa alusão ao intenso sofrimento vivenciado, como destacado anteriormente. Não é justo exigir da mulher que continue uma gestação sem que exista qualquer possibilidade de que tenha um filho para cuidar.

Em uma das decisões constou que “não se pode exigir da mulher, cidadã comum, na maioria dos casos, de poucos recursos materiais, que tenha comportamentos heróicos

---

[119] DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf> Acesso em; 28 maio 2013. Em 2013, os pesquisadores, da Universidade Nacional de Brasília, receberam o prêmio Fred L. Soper de melhor trabalho em saúde pública pela Organização Pan-Americana de Saúde, nos EUA.

prosseguindo com a gravidez de um feto sem compatibilidade com a vida após o parto". Este reconhecimento está no mesmo sentido constatado pela pesquisa mencionada quanto à precária situação econômico-social das mulheres que buscam essa forma de justiça para suas vidas.

O Brasil é um país de enormes distorções sociais e de renda e as consequências da prática do aborto clandestino são diferentes conforme a classe social da gestante. Quando o procedimento é realizado com maiores condições econômicas, ocorre com melhores condições de assepsia, contudo para a mulher pobre são aplicados métodos abortivos caseiros e sem assepsia o que as leva ao atendimento de urgência em hospitais públicos, após o ato e com graves consequências como esterilidade e morte. Evidencia-se que a desigualdade do acesso ao procedimento médico e ao atendimento indispensável posterior deve ser prestado em tais casos. As mulheres que procuram os Tribunais solicitando autorização de aborto esperam receber a proteção do Estado para reduzir seu sofrimento e poder exercer seu direito social à saúde integralmente. Uma preocupação maior do que com a legalidade do ato. Na compreensão moral que a mulher tem do aborto o seu pedido de autorização judicial se justifica pelo oferecimento do tratamento médico adequado e gratuito e não especialmente pela legalização.

A mulher que deseja interromper sua gestação procura clínicas clandestinas de aborto e paga pela interrupção da gestação sem considerar aquele ato como crime, mas como caminho necessário naquele momento de vida, por isso a existência de inúmeras clinicas de aborto no país. Em 2010, numa clínica de aborto no estado do Mato Grosso, foram apreendidas mais de dez mil fichas preenchidas por mulheres que teriam se submetido ao aborto. As enfermeiras e a psicóloga indiciadas foram condenadas por Júri Popular e as mulheres indiciadas foram penalizadas com pagamento de cesta básica e prestação de serviço.[120]

É fundamental a rápida ação do Estado em tomar providências para evitar mais mortes ou graves danos à saúde da mulher. Certamente penalizar mulheres com pagamento de cestas básicas ou prestação de serviço obrigatório não é a solução adequada para resolver grave problema social. O debate sobre novas exceções legais a serem admitidas deve ocorrer não só no Judiciário, mas no Legislativo, também. A questão é de direitos humanos e não de vontade da maioria da população ou de perspectivas moralistas sobre início da vida.

---

[120] Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-09/noticias-justica-direito-jornais> Acesso em: jul. 2013.

A discordância pode vir do fato de que não seria moralmente aceitável deixar de criminalizar o aborto, interrompendo a possibilidade do feto de nascer, para salvar a vida de mulheres pobres que o praticam. Mas, diante da perda de vida destas mulheres, fato que não ocorre nessa proporção quando se trata de mulheres com condição econômica favorável, é importante refletir se é moralmente aceitável permitir que mulheres adultas, com família e vida constituída, percam suas vidas pela omissão do Estado e/ou conivência com aspectos morais que não devem ser determinantes de condutas numa sociedade laica.

A resposta a ser buscada é saber se devemos continuar a desconsiderar a existência da morte destas mulheres, trazendo perdas irreparáveis para uma família real e obrigando a toda a sociedade a arcar com as consequências advindas, inclusive econômicas.

Embora a dignidade humana tenha sido mencionada em somente 11 processos, em 2 decisões foi considerada em relação à dignidade do feto e nas demais com relação à gestante. Um dos acórdãos transcreve parte do relatório médico, no qual se assegura o procedimento sem causar sofrimento ao feto. Ao final defere o pedido para interrupção da gravidez a fim de "não prolongar ainda mais sofrimento tão intenso" da gestante. Em razão da indeterminação do conteúdo desse conceito, ao mencionar a dignidade, o julgador faz referência ao garantir o não sofrimento fetal.

"[...] Os meios utilizados para a interrupção da gravidez neste período incluem o emprego de medicação aplicada diretamente na circulação fetal, o que assegura aos fetos um tratamento com dignidade e sem sofrimento [...]"[121]

Em outro acórdão, a referência à dignidade humana está ligada à mulher.

> [...] O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade.[...][122]

Mas a apreciação da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil[123], exige que o reconhecimento da dignidade de cada um seja a partir do Princípio da

---

[121] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 70012840971. Julgado em 5 de outubro de 2005. Site do TJRS.

[122] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 70011918026. Julgado em 9 de junho de 2005. Site do TJRS.

[123] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

justiça, procurando dar a assistência à saúde das gestantes de diferentes classes sociais que tenham graves problemas envolvendo a gestação e a partir da compreensão de quem vive a situação conflituosa.

A questão envolve grave conflito moral e isso é declarado por 11 decisões. Não obstante o aborto ser criminalizado, é notório que a decisão em casos como os analisados não é somente jurídica ou solucionada em razões legais. Há um debate moral profundo e o processo não pode ser decidido somente com a técnica jurídica.

Um dos processos menciona a "insensibilidade do legislador penal" em deixar de criar uma norma com a situação da anencefalia. Outra decisão afirma que se trata de questão jurídica apesar de "matéria cercada de questões religiosas, éticas, filosóficas etc.", ao realizar uma análise cuidadosa dos princípios aqui trabalhados, acrescenta argumentos sobre princípios católicos para conceder a autorização ao final. Ressalta a responsabilidade do legislador para travar o debate ético filosófico e encontra a solução jurídica após detido exame sobre a vida, sofrimento e os direitos do feto e da gestante. O estudo do caso, delimitado no início como jurídico é, sem dúvida, um estudo sobre a moralidade.

> [...] "convém, desde logo, deixar claro que se trata, aqui, de questão **jurídica**. É certo que o pedido diz com matéria cercada de questões religiosas, éticas, filosóficas etc.; todavia, a não ser dentro dos estritos limites estabelecidos pela lei, não dizem elas respeito ao juiz e sim ao legislador. [124]

A lei é feita para a vida harmônica em sociedade e tem como uma de suas bases princípios da moralidade comum. Quando a moralidade vai se modificando e a lei se encontra em descompasso, cabe ao Judiciário adequar a aplicação da lei ao fato concreto aplicando o direito para fazer justiça. Por isso, a necessidade da apropriação pelo direito de uma teoria ética, aplicando metodologia interpretativa em suas decisões. O método de análise com base em *Princípios da ética biomédica* representam importante colaboração na interpretação de resolução dos casos da bioética clínica que chegam ao Judiciário ao fornecer instrumentos que faltavam ao direito.

Uma lei que não tenha interpretação atualizada é injusta porque não concede o direito que é devido. E mesmo nos países de *common law* a decisão judicial precisa de métodos de

---

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

[124] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 0015116-37.2011.8.26.0000. Julgado em 24 de março de 2011. Site do TJSP.

interpretação aptos a gerar justiça e segurança jurídica. Portanto, a apropriação deste método amplia as possibilidades de uma interpretação justa dos casos da bioética clínica a serem julgados pelo Judiciário em países de sistemas tanto da *common law* quanto da *civil law*. A subjetividade da interpretação e/ou aplicação de valores morais é reduzida quando o juiz analisa um a um dos Princípios, especificando-os e justificando com razões coerentes a sua decisão, em harmoniosa argumentação.

Não se trata de um julgamento filosófico feito por juízes, mas um julgamento jurídico com base em conhecimento interdisciplinar, inclusive o filosófico, com melhor compreensão dos conceitos morais. O juiz não está autorizado a julgar um caso, de acordo com sua moral privada, mas a decisão jurídica sobre questões que envolvam aspectos da vida bioética está permeada pela moralidade de uma sociedade plural que deve ser respeitada. Daí a importância do apoio das teorias bioéticas. Os dogmas morais seguidos por séculos devem ser questionados da mesma forma que os determinismos legais. O juiz deve indagar sobre quais as razões que o levariam a proteger um determinando bem em detrimento de outro, investigando profundamente a justificativa do requerente.

O aborto é crime no Brasil, mas mesmo assim admite exceções criadas pelo próprio legislador. Cabe ao juiz refletir sobre as demais possíveis exceções que não foram pensadas no momento da criação da lei, no início do século passado, quando havia uma moral diferenciada da atual. Além disso, o estrondoso avanço biotecnológico ocorrido nos últimos 60 anos transformou o conhecimento e a sociedade, não devendo ser ignorado pelo Judiciário, a quem compete proferir decisões legais, mas também éticas.

Quando o juiz necessita do conhecimento de outras áreas, além da jurídica, ele nomeia um perito para apresentar um parecer que contribua para a formação do seu convencimento. Embora não seja comum, em uma das decisões, o julgador ouviu especialistas em bioética e de outras áreas, através do comitê de bioética do hospital que acolheu a gestante. O comitê contribui com conhecimentos específicos que não são comuns à ciência do direito, mas são cruciais para uma boa decisão dentro de casos da ética de natureza biomédica. A proposta apresentada nesta tese é de que o Principialismo forneça ao juiz as etapas a serem seguidas para alcançar decisão mais justa.

Esse pensamento vem para congregar esforços na solução dos difíceis conflitos a serem decididos pelo Judiciário podendo ser um método comum a ser seguido pelos advogados e promotores. Em mais da metade dos julgados o Ministério Público, que é o titular da ação penal em casos de crime de aborto, concordou com a interrupção e em algumas decisões, mesmo com sua discordância, o julgador a autorizou.

Para distribuir justiça, a jurisprudência exerce papel fundamental. Apesar de o sistema jurídico brasileiro ser o da *civil Law*, mais da metade das decisões utilizou precedentes para fundamentar o decidido. Apenas um não deferiu o pedido. Este é um dos aspectos que revelam a aproximação crescente desse sistema ao da *common Law*, em que os precedentes direcionam a decisão a ser tomada, acompanhando a evolução social, por ser menos estático do que a lei e proporcionando maior segurança jurídica pela repetição das decisões. Essa flexibilidade permite que o Princípio seja aplicado de forma mais efetiva do que a pura aplicação dogmática da lei vigente, justificativa que baseou a maior parte das decisões negando o pedido.

Com o fracasso da proposta neopositivista de construir uma linguagem rigorosa das leis, a semiótica, na tentativa de construir uma teoria geral da significação, utiliza os múltiplos usos do linguajar, privilegiando a relação dos signos com os seus usuários, como sustenta Streck.[125] O processo interpretativo passa a depender de um sujeito que vai se relacionar com o texto da lei e os fatos sociais, em um contexto no qual o intérprete e o Direito (neste compreendidos, também, o texto da lei, a norma e o fato) estão intrinsecamente ligados através da linguagem, através de uma ontologia fundamental, como no *Dasein* de Heidegger. O intérprete já está inserido na linguagem, caso contrário seria considerado "o outro", alienado da coprodução da realidade. É um sujeito histórico mergulhado na tradição e esta somente permanecerá mediante justificação dialogada, controlada e confrontada, o que afasta o conservadorismo, pois entender é uma atitude de abertura a algo criador.

A aplicação do Princípio da justiça dependerá sempre da compreensão do julgador mediante um horizonte crítico que lhe confere sentido em ser-no-mundo. A partir desta compreensão, o julgador realiza o processo de hermenêutica, no qual está inserido, ao participar da tradição, criando um novo sentido para a aplicação do texto legal, de acordo com os objetivos Constitucionais.

Diante de uma Constituição que materializa a ordem jurídica do contrato social, representada pelo Estado Democrático de Direito, os Princípios são considerados deontológicos e são normas jurídicas de ampla força. A violação de um Princípio é muito grave e cabe ao intérprete não deixar de aplicar a função social do Direito, compreendendo o sentido do Princípio da justiça em perspectiva ampla, superando o conteúdo reprodutor/reprodutivo, apropriando-se do compreendido para que não se obedeça

---

[125] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 181-290.

passivamente a tradição. Como destacou a decisão do STF no caso da ação do caso de feto anencéfalo.

> [...] "O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo."[...] [126]
>
> [...] A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que o gesto não reduz a dor. Em resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. [...] Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for [...] [127]

À propósito do trecho destacado acima, duas discussões são de grande importância para análise deste Princípio: a) A religião e o Estado laico, b) O saber médico e científico e a participação dos comitês de ética. Passemos a analisar a discussão religiosa.

a) A religião e o Estado laico

Outro aspecto relevante na aplicação do Princípio da justiça diz respeito à abordagem religiosa que ocorreu em um terço dos processos. A religião exerce influência legislativa no Brasil, embora o Estado seja laico e requeira imparcialidade nos julgamentos.

A decisão do STF dedicou 12 laudas do voto do relator à laicidade do Estado. Iniciou esta parte com uma citação religiosa. Afirma ser o Estado neutro, nem religioso nem ateu. Tolerante com as religiões e por isso impedido de transmitir a mensagem de reprovação ou aprovação a qualquer delas, devendo as paixões ser colocadas à parte na sua condução. Para o Ministro relator, a questão não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, premissa essencial para a análise da controvérsia. Contudo, sendo uma democracia, devem ser ouvidos os argumentos e "'traduzidos' em termos de razões públicas", para que possam ser aplicados imparcialmente para todos. Em geral, o argumento religioso foi utilizado para ressaltar o Estado secular.

> [...] incorporo a este voto a singela mas percuciente observação do ilustre Promotor de Justiça que atuou em 1º grau de jurisdição: 'A corriqueira resistência ao tema repousa, geralmente, em convicções religiosas. Todavia, não se pode fundir religião e direito. Respondam os peticionários, se for o caso, no foro da espiritualidade. Aos

[126] DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. p.63. Julgada em 11 de abril de 2013. Site do STF.

[127] Ibidem. p.76.

> aplicadores da lei impõem-se, tão só, atestar a ausência de óbice jurídico ao pleito, sem impor crenças pessoais aos que dela não compartilha.'" [...] [128]
>
> [...] O homem foi o primeiro a surgir na terra. As religiões vieram depois. Assim, o homem há de ser sempre a preocupação primeira. Os dogmas religiosos virão depois. Não se pode divagar quando a vida alheia está em jogo e a vida da agravada corre perigo: isto está demonstrado nos autos.[...] [129]

Um dos acórdãos afirma que os projetos de lei a respeito dos fetos anencéfalos devem ser analisados por seus aspectos jurídicos, como também as "questões morais e dogmas religiosos que precisam ser analisados em um país de maioria católica e cristã".

"[...] havendo muita polêmica a respeito, porquanto além dos aspectos jurídicos relevantes devem ser sopesados questões morais e dogmas religiosos que precisam ser analisados em um país de maioria católica e cristã. [...]" [130]

Essa decisão denegou o pedido com base na falta de previsão legal expressa e do adiantado estado de gestação (30 semanas) e que havendo motivos terapêuticos para interrupção da gestação caberia ao médico decidir sem necessidade de autorização judicial. O voto divergente lembrou que a gestante somente tomou conhecimento da anencefalia com 24 semanas.

É relevante separar a discussão religiosa na aplicação do Princípio da justiça. Assim, a mulher gestante, independente de sua crença, pode ter o seu pedido decidido por razões lógicas e alcance moral plural. Como pontuado na decisão do STF, o Estado é neutro e não religioso ou ateu, um "Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas". Nesse sentido, protege as religiões de intervenção abusiva do Estado, bem como protege o Estado de influências religiosas, pois estas não podem guiar os direitos fundamentais.

> [...] Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo

---

[128] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70006088090. Julgado em 2 de abril de 2003. Site do TJRS.

[129] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Apelação nº 5208-03. Julgado em 25 de novembro de 2003. Site do TJRJ.

[130] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 905037.3/8-0000-000. Julgado em 30 de janeiro de 2006. Site do TJSP.

> ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. [...] [131]

Os argumentos religiosos foram ouvidos no julgamento do STF, mas são argumentos "traduzidos em termos de razões públicas" e podem ser acolhidos ou não, independente da crença, mas como boas razões argumentativas ou não, como devem ser tratados todos os argumentos, inclusive a argumentação científica que será analisada.

b) O saber médico e científico e a participação dos comitês de ética

Grande importância foi conferida às perícias médicas sendo mencionadas em mais da metade dos processos. As decisões se referiam os laudos médicos e exames realizados, além das explicações científicas sobre o tema, transcrevendo excertos. As informações foram aceitas como verdadeiras, em quase todas as decisões em que havia fundamentação no saber científico ou, então, necessitando de complementação de informações.

Em apenas 2 decisões, foi ouvido o comitê de ética do hospital, revelando uma preocupação diferenciada. Um comitê composto de profissionais de formação diversificada, além dos médicos, apresentaria uma contribuição maior na tomada de decisão, embora nem sempre existam nos hospitais ou sejam formados por médicos exclusivamente.

> A Comissão de Ética Médica dos Instituto Fernandes Figueira, vinculado à Fundação Oswaldo Cruz, emitiu parecer favorável à interrupção da gravidez, recomendando solicitação de autorização judicial, porque apesar de tal procedimento não ter amparo no Código Penal ou no Código de Ética Médica (fl.16), trata-se de concepto portador de graves más formações no sistema nervoso central incompatíveis com a vida extra-uterina.[132]

A referência ao Comitê de Ética manifestou a preocupação com as consequências penais, face ausência de autorização expressa da lei para interrupção da gestação, não obstante

---

[131] DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. p. 44. Julgada em 11 de abril de 2013. Site do STF.

[132] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 6681/04-59. Julgado em 27 de janeiro de 2005. Site do TJRJ

a gravidade dos fatos e da incompatibilidade com a vida. A desembargadora relatora apresentou detalhes sobre a gravidade da anencefalia destacando que

> O evidente desenvolvimento científico, não existente à época da elaboração do Código Penal Brasileiro, proporciona a realização de exames com eficácia absoluta e precisa, com diagnósticos exatos, dando a chance de tomarmos as providências necessárias para prevenção das doenças ou de traumas desnecessários, exigindo do aplicador da Lei que não fique alheio a tal desenvolvimento da ciência, daí a evolução cultural e da ética em uma sociedade em constante mutação.[133]

Gadamer[134] indaga sobre o que é a verdade. Afirma que a ciência tem algo em comum com o fanático por exigir e dar demonstrações de forma intolerante para comprovar o que diz ser a verdade. O autor reconhece que a ciência afasta preconceitos e ilusões e que sua atribuição é questionar os pressupostos não-comprovados para conhecer melhor o real. Sua crítica é que a ciência traz as questões que devem ser respondidas, mas, ao mesmo tempo, impede que tais respostas sejam dadas por serem absurdas, pois só vê sentido ao satisfazer seu próprio método de comprovação da verdade. Então, o cético contra a ciência, estabelece limites para a especialização científica com relação às questões decisivas da vida, sobretudo na religião e na filosofia.

Em algumas decisões denegatórias, a justificativa apresentava argumento quanto à ausência de perícia mais aprofundada para esclarecer alguns aspectos que aos olhos do julgador estavam obscuros. Em um dos acórdãos, havia informação médica da ausência de calota craniana, mas não havia certeza se esta situação causava risco de morte da gestante, ao indeferir o pedido.

> Conforme também observado no parecer, ‘os exames que instruem o pedido não apontam exatamente para um diagnóstico de anencefalia’. De fato, o relatório médico que vai às fls.18, que remete ao resultado de um exame de ultra-sonografia, [...] apresenta diagnóstico de **acrania** (grifei). Grosso modo, as duas anomalias diferem porque acrania vem a ser ausência total ou parcial do crânio e anencefalia consiste na falta de cérebro. Demais, disso, o mesmo relatório sequer é definitivo, pois indica a necessidade de “estudo anatomopatológico pós-nascimento visando confirmação do diagnóstico ultra-sonografico’. Se assim é, a alegação de inexistência de vida é seriamente posta em dúvida, o que elide a possível razão para o deferimento do pedido. Por consequência, voto no sentido de denegar a ordem. [135]

---

[133] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 6681/04-59. Julgado em 27 de janeiro de 2005. Site do TJRJ

[134] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. 5. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002. p. 57-71.

[135] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 5353/03. Julgado em 9 de dezembro de 2003. Site do TJRJ.

Em outra decisão faltava informação sobre risco de morte associado à malformação do feto e, numa terceira, o laudo médico deveria ser confirmado por outro exame. Sempre no sentido de uma prova científica absoluta concedendo lugar solene ao saber médico, como afirma Foucault[136], sobre a reivindicação do "poder judiciário do médico e do poder médico do juiz" para que o médico exerça seu saber no interior da instituição judiciária e o juiz tenha a medicalização de sua profissão, exercendo a função terapêutica, ao conceder o "remédio" cabível para controle da "anormalidade", classificado por Foucault como o "tribunal da perversidade e do perigo", por julgar não o caso particular, mas todo o contexto da existência, da vida, da disciplina do indivíduo, atrelado a sua informação médica, psicológica e social.

Essa avaliação é no sentido de verificar se está conforme à norma de saúde. Não pretende excluir, mas intervir no limite entre a monstruosidade e a enfermidade, onde reside a infração à norma (de Deus ou da sociedade) e o direito fica sem voz, violado pelo "monstro humano" que só existe porque inquieta o direito (civil ou religioso). O direito passa a questionar seus fundamentos e práticas e apela para outro sistema ou casuística. O enigma jurídico é fruto da relação sexual entre um ser humano e um animal não-humano infringindo à ordem da natureza.

Uma das decisões menciona o "monstro" ao citar doutrinadores

> [...] que rejeitam *'a legitimação do aborto de fetos com anomalias monstruosas, com curta expectativa de vida*" [...] *Entretanto, se os médicos atestarem que o feto é verdadeiramente inviável, vale dizer, é anencéfalo (falta-lhe cérebro, por exemplo), não se cuida de 'vida' própria, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de cérebro pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado porém em características monstruosas do ser em gestação, e sim sem sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma fora do útero materno (grifo meu)"* [...] [137] (grifo do autor)

A especial deferência ao conhecimento científico pode ser aproveitada no sentido de que outros saberes sejam trazidos para colaborar na compreensão dos casos e não só o saber médico. Embora em número reduzido, a participação do comitê de ética do hospital, em duas decisões que autorizaram o pedido, representa um importante avanço por ser um conflito moral posto para decisão de forte repercussão social e a participação de filósofos, enfermeiras, membros da comunidade, tende a clarificar o problema vivenciado em suas nuances.

---

[136] FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 27-68.

[137] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70011918026. Julgado em 09 de junho de 2005. Site do TJRS.

Embora o Judiciário pertença a um sistema conservador e dominador onde todos possuem previsíveis obrigações ditadas pela norma legal, é sua função aplicar o conteúdo deste sistema não só pela lei, mas por valores éticos, reconhecendo as desigualdades na distribuição de bens e direitos sociais e promovendo a igualdade, estabelecendo a extensão dos direitos da mulher gestante considerando a realidade social enfrentada pelas diferentes classes sociais. Como no trecho abaixo

> [...] face a realidade desnudada pela ciência médica que antecipadamente, possibilita a constatação da impossibilidade de vida, não se pode exigir da mulher, cidadã comum, na maioria dos casos, de poucos recursos materiais, que tenha comportamentos heroicos prosseguindo com a gravidez de um feto sem compatibilidade com a vida após o parto. [...][138]

Ajustar a aplicação de uma lei desatualizada por não acompanhar a transformação social é fazer com que a estrutura deste sistema seja utilizada para melhorar a vida das pessoas. A justiça reside na interpretação da lei observando os valores plurais da sociedade, sem dogmas, imposições religiosas ou saberes inabaláveis, concedendo o direito na medida do que necessita e, nos casos necessários, modificando consequências negativas previsíveis pela falta de oportunidade e/ou carência econômico-social.

3.1.3.5 Conclusão da análise do primeiro grupo

Apresentadas as razões que fundamentam as decisões autorizando a interrupção da gestação de feto anencéfalo, é perceptível a presença de cada um dos quatro Princípios da teoria Principialista e suas especificações. As decisões possuem fundamento comum distribuindo justiça e conferindo segurança jurídica à sociedade. Os princípios, advindos da moral comum, são ínsitos à estrutura interna das normas da legislação vigente, especialmente na Constituição Federal. Ao serem aplicadas as decisões impedem que influências puramente políticas, religiosas e moralistas, amparando valores sociais, sem descuidar dos interesses individuais da mulher gestante.

As decisões que negaram o direito à interrupção são decisões dogmáticas, fundamentadas na lei em vigor, sem especificação da norma, ou na precariedade da informação científica, propondo a solução do conflito pelo viés da literalidade jurídica/científica e não pela moralidade do caso em sua integralidade. Não há análise baseada

---

[138] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70012840971. Julgado em 05 de outubro de 2005. Site do TJRS.

nos quatro Princípios e o requerente não tem resposta diferente da que conhecia pela letra da lei.

"[...] como a lei protege, desde a concepção, os direitos do nascituro, o aborto é ilícito e nesta situação não pode ser autorizado por nenhum Juiz [...]"[139]

A metodologia apresentada colabora na organização de ideias para a busca de uma decisão mais justa em casos judiciais no campo da bioética clínica. À luz dos fundamentos morais, próprios da filosofia, que permeiam a vida comum em sociedade, é possível não se descuidar dos fundamentos legais necessários, conferindo interpretação coerente às normas para construir coerente e sólida jurisprudência. O trabalho de interpretação e solução do caso com o auxílio metodológico proposto é realizado sem imposição da moral particular do julgador, respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos e a pluralidade da sociedade.

> [...]A insensibilidade do legislador penal, que, diante desta realidade, mantém postura de absoluta indiferença, vem sendo suprida pela atividade construtora da jurisprudência [...] com o correr do tempo a norma vai se tornando desadequada, já que a lei é estática e a sociedade é dinâmica. [...] o papel do juiz moderno não é mais apenas o de aplicar a lei ao caso concreto, fria e automaticamente. [...] o juiz [...] exerce uma função de cooperador e modificador na obra legislativa [...] a correta interpretação da lei é aquela que revela preocupação com as necessidades humanas no qual o direito está inserido [140]

O que se propõe é que o juiz, ao receber um pedido para interrupção de gestação que não esteja no rol das exceções legais ou jurisprudenciais, utilize os quatro princípios da Teoria de Beauchamp & Childress para buscar solução mais justa ao caso.

Propõe-se o início desta busca pelo Princípio do respeito à autonomia, ouvindo as razões da gestante e respondendo cada uma delas, na compreensão do que pode estar causando abalo à saúde da gestante em sentido amplo em respeito à integralidade do ser humano. A autonomia pode ser respeitada pelo juiz mesmo quando analisada uma situação que parte da ideia de crime. Não se trata de respeitar a autonomia para prática de crime previsto em lei, mas analisar as circunstâncias e perguntar as razões que fazem com que a gestante peça autorização para o que é considerado um crime. Por que pedir autorização para interromper a gestação se é crime? Para obter esta resposta o juiz vai analisar tudo o que está

---

[139] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 57/01. Julgado em 13 de março de 2002. Site do TJRJ.

[140] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 00558808-39.2010.8.19.0000. Julgado em 18 de novembro de 2010. Site do TJRJ.

em volta, a saber: a motivação do pedido, o estado psicológico da gestante, os esclarecimentos prestados à gestante, as consequências para sua saúde e principalmente se há lesão a direitos fundamentais constitucionalmente violados ou afrontados.

A gestante justifica seu pedido alegando algum fato que seja gravoso e que lhe traga muito sofrimento. A regra moral *prima facie* nos indica que é errado interromper uma gestação em curso porque há um futuro de vida do feto como nós temos. Somente uma razão muito forte faria com que concordássemos em interromper a gestação. O legislador previu duas razões fortes. Agora o judiciário considerou mais uma razão com sólido respaldo constitucional. Possivelmente, outras razões serão apresentadas, pois é difícil prever todas as exceções. Como exemplo, no material pesquisado foram encontradas duas novas situações, a síndrome de Edwards e a de Patau, e ambas foram admitidas pelo juiz como razões fortes suficientes para interromper a gestação.

Ao ouvir as razões da gestante, o juiz inicia a análise pelo Princípio do respeito à autonomia. Se entender que as razões alegadas são insuficientes para autorizar a interrupção da gestação, a justificativa não pode ser somente pela letra da lei – "não autorizo porque aborto é crime", mas deverá responder aos argumentos da gestante, explicando porque suas razões não são fortes o suficiente perante a Constituição Federal e a ética. Ao justificar sua decisão com fortes razões de ordem bioética e não somente com a lei, o que é obrigação em toda decisão judicial, estará propiciando compreensão e possibilidade de contra-argumentação para a gestante. Se algum aspecto deixou de ser pensado pelo legislador, o juiz tem o dever de justificar o porquê desse aspecto não ter razões suficientemente fortes para criar nova exceção e acolher o pedido.

Após, deve passar à analise do Princípio da não maleficência que é de cumprimento obrigatório. O juiz deve pensar se a sua decisão causará mal para a gestante e se o seu grau de sofrimento se justifica perante a interrupção do desenvolvimento do feto no estágio em que se encontrar. O *status* moral do feto será considerado em relação ao *status* moral da gestante sopesando se o mal a ser suportado pela mulher compensa a proteção a ser oferecida ao nascituro ou se a gestante deve ser protegida em seus direitos fundamentais por possuir maior grau de moralidade em relação ao feto. A preocupação do juiz é em primeiro lugar com a gestante, sujeito de direitos, a primeira a quem o Estado deve conferir proteção quando há risco de dano em conflito entre a gestante e o feto, evitando causar-lhe dano ou sofrimento evitáveis e desnecessários.

A seguir, o juiz analisará o Princípio da beneficência que será aplicado em decorrência da interpretação sobre o que pode ser feito de positivo para evitar lesão aos direitos da

gestante no quadro apresentado. A decisão do juiz deve proporcionar maior conforto para a gestante impedindo o curso da situação danosa ao entender que o grave resultado já esperado para o feto não terá qualquer mudança positiva mediante o transcurso regular da gestação. Esse resultado esperado é de tal forma negativo que o torna insuficiente para se exigir o intenso sofrimento da gestante em levar a gestação até o fim. O juiz tem de ir além do sentido da saúde física da gestante, considerando, também, a saúde psicológica e os riscos a que se submete, pois um ser humano não é apenas uma parte do seu todo e deve ser considerado em sua integralidade. O sofrimento faz parte da vida, mas se o juiz, com sua decisão, puder reduzi-lo ou fazer com que cesse, tem o dever de assim proceder, sempre que a ponderação dos interesses o permitir.

Por fim, o juiz passa à análise do Princípio da Justiça, preocupando-se com o direito reivindicado pela gestante. É provável que a gestante peça a autorização judicial por entender que suas razões são fortes o suficiente para o acolhimento do seu pedido, ainda que em exceção à lei. O argumento de ausência de previsão legal é fraco para justificar uma negativa judicial diante das diversas possibilidades que podem surgir na vida e da gravidade do caso. Decidir de forma justa é verificar cada um dos motivos que levaram a gestante a fazer opção tão radical, bem como se há afronta ou lesão a direito constitucionalmente assegurado. A interrupção da gestação é um ato de agressão ao próprio corpo da mulher e se ela busca a legalidade para proteção da sua integridade psicofísica, entende que é correto pedir a autorização judicial para não incorrer em crime. Seu caso é tão grave que justifica a ajuda do Estado para não sofrer riscos com um ato clandestino dada à vedação legal e/ou a sua precária situação econômica, ou as duas razões estão juntas, fato reconhecido nas decisões.

"[...] Este não é o primeiro caso levado ao Poder Judiciário por aqueles que, felizmente, não optaram pela clandestinidade das clinicas de aborto. Querem o respaldo legal para pratica de um aborto indesejado, mas, segundo eles, necessário. [...] "[141]

Ao adotar esta metodologia, para solução de problema relacionado à bioética clínica, o juiz poderá criar solução mais justa para atender os diferentes problemas da mesma natureza que certamente surgirão para o Judiciário. Assim como houve pedido relativo a duas outras graves síndromes, surgirão questões sob outros aspectos, inclusive com relação aos transtornos psicológicos da gestante.

---

[141] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 2003.078.00030. Julgado em 26 de junho de 2003. Site do TJRJ.

Embora haja resistência a compreender que os problemas psicológicos podem ser tão graves quanto os problemas de saúde física, poderá o juiz realizar uma análise a partir dos Princípios apresentados, especificando um a um, a fim de concluir sobre a gravidade do problema alegado pela gestante. Conferindo diferentes graus de *status* moral, para o feto em formação e para a mulher gestante, terá condições de avaliar se o problema que afeta a saúde psicológica da gestante justifica ou não a interrupção da gestação.

O argumento da ladeira escorregadia não é justificativa generalizada para impedir a análise de novos problemas que serão estudados um a um, até que haja uma convergência de ideias sobre o tema. Não é o caso de perquirir quanto à manifestação de vontade de segmentos específicos da sociedade ou de sua maioria, mas de preocupação do Estado com os direitos fundamentais do indivíduo, sem motivações de conteúdo subjetivo do julgador ou moralismos da sociedade, e com a preocupação com o atendimento aos direitos individuais e sociais assegurados.

Passemos à análise do segundo grupo de decisões.

3.2 **Grupo 2 – Obrigatoriedade de transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová que a recusam**

Neste pequeno grupo de acórdãos foi destacada uma decisão judicial como paradigma, por seguir, na sua argumentação, o caminho metodológico dos quatro Princípios da teoria Principialista. A decisão paradigmática, tomada por maioria, respeita a autonomia do paciente, em recusar o procedimento de transfusão de sangue, como ser capaz para decidir, de acordo com sua vontade, após consentimento informado.

3.2.1 Resumo do caso da decisão paradigmática

Um Hospital, mantido por Fundação Universitária no interior do Estado do Rio Grande do Sul, ingressou com ação cautelar para obrigar a paciente a receber transfusão de sangue para salvar sua vida. A paciente havia recusado o procedimento por ser incompatível com suas convicções religiosas, integrante da seita Testemunha de Jeová. O Juiz da instância inferior determinou liminarmente a obrigatoriedade da transfusão que foi realizada. A paciente recorreu da decisão, alegando ter sido violada sua dignidade humana e sua liberdade

de escolha do tratamento a ser submetida e impedir que a imposição se repetisse. Manifestou preferência por procedimento alternativo à transfusão de sangue, salientando que, em momento algum, escolheu morrer. A decisão foi favorável à paciente por dois votos a um para não ser imposto novo procedimento sem sua concordância.

A recusa ao procedimento ocorre por considerá-la a "condenação eterna" e esta "poluição" irá fazer perder sua santidade com o consequente afastamento do convívio com a sua comunidade religiosa. A crença advém de diversas passagens bíblicas e acredita que, recebendo sangue de outra pessoa, está agindo contrariamente à determinação divina. [142]

Após a apresentação do caso paradigmático, serão abordados os aspectos seguintes: a) o voto e sua justificativa, b) a obrigação profissional e o conflito moral, c) justificativa para a decisão judicial, d) O inviolável direito à vida e à liberdade de crença, e) Os dois outros votos do julgamento paradigmático.

a) O voto e sua justificativa

O julgador relator do processo iniciou o julgamento, afirmando ser o tema controvertido na doutrina e jurisprudência brasileira, ao apresentar um conflito moral que pode ter soluções morais diferentes. No conflito moral, há uma evidência de que um determinado ato é moralmente correto, mas há outra evidência de que o mesmo ato é moralmente errado.

> [...] o caso em questão versa sobre tema controvertido na doutrina e na jurisprudência. A escolha em receber transfusão de sangue está, no caso dos autos, ligada fundamentalmente à crença da paciente, ora agravante e da dignidade decorrente destes valores religiosos nos quais acredita [...]
> [...] a magistrada, frente a risco de morte da paciente, deferiu a realização da transfusão sanguínea a fim de preservar-lhe a vida. Contudo, a recorrente insurge-se por entender que a medida viola seus direitos fundamentais e essencialmente sua dignidade [...] [143]

A obrigatoriedade do tratamento parece ser correta porque pode salvar a vida da paciente, mas o respeito à sua decisão também parece ser correto, para que possa exercer livremente sua crença religiosa.

> [...] não se trata de singelamente ponderar qual direito fundamental deve ser preservado e qual deve sofrer limitação. A liberdade de crença expressada pela

[142] CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. **Bioética e crença religiosa**: estudo da relação médico-paciente testemunha de Jeová com potencial risco de transfusão de sangue. 2010. 167 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

[143] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

> paciente [...] reveste sua vida de sentido, sentido este não compreendido, na sua verdadeira dimensão, por quem não vive e não comunga de tais valores.[...] [144]

Apresentado o conflito, o julgador expõe as razões que justificam seu voto onde aceita e respeita a manifestação de vontade da paciente.

> [...] o Estado não pode intervir nessa relação íntima da pessoa consigo mesma, nas suas opções filosóficas, especialmente na crença religiosa, constitucionalmente protegida como direito fundamental do cidadão, mesmo que importe risco para a própria pessoa que a professa (e para mais ninguém), sob pena de apresentar, o Estado, sua face totalitária ao ingressar cogentemente no âmbito da essência da individualidade do ser humano, onde não deve estar.[...] [145]

A tensão entre o direito de liberdade de crença e o direito à vida possuem razões fortes a serem analisadas.

b) Obrigação profissional e o conflito moral

Para o médico, sua obrigação é a de salvar vidas e, por entender que somente a transfusão de sangue poderá salvar a vida da paciente, acredita que deve realizar este procedimento mesmo contra a vontade da paciente que se recusou a recebê-lo. Além da obrigação profissional, o médico poderia sofrer processo crime por negligência médica.

Para o Juiz, surge a dúvida quanto ao que é moralmente mais adequado, pois há razões morais que podem autorizar a transfusão de sangue, como também há regras morais que podem fazer com que não considere tal ato obrigatório na ausência de consentimento do paciente, respeitando sua vontade.

Ambas as razões são fortes: manter a possibilidade de vida ou manter a liberdade de crença. Ambos são direitos previstos na Constituição Federal e um deles deve prevalecer no caso. As razões morais concorrem com as razões práticas, pois é possível que da ausência da transfusão decorra a morte da paciente.

Se preponderar o direito à vida sobre o direito à liberdade de crença, compreende-se a vida como valor supremo, acima de todos os outros valores e o único dever a ser obrigatoriamente seguido, devendo ser preservada a qualquer custo. Por outro lado, o respeito

---

[144] Ibidem.

[145] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

à liberdade de crença somente prevalecerá se entendido que o sentimento religioso adquire maior relevância para algumas pessoas, a ponto de colocar a própria vida em risco.

Princípios morais podem entrar em conflito, produzindo um conflito moral sem que um princípio supremo determine um dever preponderante, como o direito à vida. Através de metodologia própria, o conflito poderá ser resolvido, mas também poderá tornar-se mais difícil, pois poderão surgir novas situações conflituosas que coloquem em questão as decisões morais a serem tomadas. Daí a necessidade de deliberação, saber qual dos possíveis caminhos tem as razões mais fortes que justifiquem moralmente uma determinada atitude.

c) Justificativa para a decisão judicial

Para a decisão judicial será necessária uma justificação legal, com a comprovação perante o juiz de que a razão apresentada é forte o suficiente para o que está sendo reivindicado e está em consonância com a legislação vigente. Para a ética serão exigidos os motivos necessários para a crença e para a ação, tornando explícitos os fundamentos subjacentes à crença. Mas não é suficiente, apenas, uma boa razão. É importante que seja relevante para justificar uma decisão num sentido e não no outro.

Se a paciente receber a transfusão de sangue terá o benefício da possibilidade de manutenção da sua vida por um lado e o malefício de ter sua crença religiosa desrespeitada, violando a autonomia da vontade ligada à "dignidade decorrente destes valores religiosos nos quais acredita", como consta na decisão. Contudo, considerar que o benefício é a manutenção da vida, mesmo com a desconsideração das convicções religiosas da paciente, é uma regra que deve ser analisada.

> [...] As piores experiências totalitárias foram justificadas por 'valores' de Estado que arrombaram a porta das liberdades de consciência, de crença, de pensamento, de escolha do cidadão a respeito do seu próprio destino, da eleição do significado de sua vida, invadindo, assim, a intimidade e a privacidade do ser humano, invadindo as suas opções filosóficas, sempre sob alguma justificativa de 'salvá-los de si mesmos' por uma finalidade 'maior'. Em última análise, o Estado pode agir quando o ato derivado da liberdade de cada um implique prejuízos a terceiros ou à sociedade. Tal é o seu limite. [...] [146]

Embora o Hospital tenha realizado procedimento alternativo, ao considerar a concepção religiosa da paciente, não houve reversão do quadro apresentado. Por isso requereu ao Judiciário a autorização para o procedimento obrigatório e a liminar foi deferida "com o

[146] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

intuito de preservar a vida da agravante". A decisão foi tomada com base no laudo médico, transcrito na decisão, no qual consta "risco eminente de óbito". Caso não concedida a liminar, a paciente poderia morrer. Concedida a liminar, caberia a discussão se o Estado-Juiz extrapolou ou não seus limites de interferência na vida privada de um indivíduo, bem como se outro procedimento idêntico poderá ser realizado.

O julgador argumenta, como destacado acima, que não se trata de "ponderar qual direito fundamental deve ser preservado e qual deve sofrer limitação", mas de melhor compreender o significado da liberdade de crença expressada pela paciente e o sentido que confere a sua vida. Neste ponto, o julgador passa a desenvolver o método da especificação. A ponderação, por vezes, pode ser extremamente subjetiva sem reduzir o conflito, por isso, o que não está suficientemente previsto precisa ser especificado, desenvolvido e enriquecido, indo além do abstrato. Apenas o balanceamento é insuficiente. O ponto inicial são os Princípios, partindo para sua especificação e sua justificação, de forma gradual, para formar um arcabouço sólido. Para isso é importante a compreensão sobre os direitos fundamentais à vida e à liberdade de crença.

d) O inviolável direito à vida e à liberdade de crença

A regra que justificou a concessão da liminar é a de que "a vida é um bem supremo e prevalente". Seria essa regra absoluta? Pelo aspecto legislativo a resposta é negativa. A Constituição Federal, ao tratar do tema dos direitos fundamentais, determina que "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"[147]. Não há qualquer hierarquia entre esses direitos.

Da mesma forma, na vida moral, cada um pode conferir um valor maior a outra liberdade que não a de usufruir sua vida. O próprio julgador apresenta o exemplo da legitimidade da mulher em matar alguém ou colocar sua própria vida em risco para se defender de uma tentativa de estupro em respeito a sua liberdade sexual.

> [...] não há valores absolutos na Constituição. Mesmo o direito à vida pode ser relativizado ante outros direitos. Por exemplo, uma pessoa está legitimada, em tese, a matar em legítima defesa para defender-se de uma tentativa de estupro. E uma mulher – creio – estaria legitimada jurídica e eticamente a colocar sua vida sob

[147] CF - Art. 5º , *caput* .

> intenso risco para defender-se da mesma tentativa de estupro. Isso significa que ela pode, licitamente, valorizar mais a sua liberdade sexual do que a sua própria vida. [...] [148]

Este argumento corrobora a ausência de hierarquia dos direitos em conflito no qual o valor "liberdade", nesta situação específica, adquire maior relevância ao valor "vida". Para o julgador, todos estes direitos são protegidos "na mesma proporção", pois o direito à vida é condição para o exercício dos demais direitos. Porém "não o torna blindado, quando conflitante com os demais valores fundamentais". Não entendido dessa forma, as demais liberdades estariam sempre submissas ao direito à vida como se fossem direitos menores sem atenção aos valores e às crenças próprios a cada indivíduo.

No processo de especificação, a decisão reconhece que a liberdade de crença manifestada pela paciente é o que confere sentido à sua vida, "sentido este não compreendido, na sua verdadeira dimensão, por quem não comunga de tais valores", como destacado. O julgador chega a essa conclusão, considerando que a paciente, ao fazer a escolha de manter íntegra a sua crença religiosa, mesmo correndo o risco de perder a sua vida, demonstrou o quanto sua religião é importante. Ressalva que não há qualquer intenção de morte por parte da paciente e a decisão dela implica em escolher de que forma quer ser tratada sem ferir suas próprias convicções. O valor moral atribuído à liberdade de crença se sobrepõe ao valor vida.

"[...] A postulante 'não quer morrer, não está escolhendo morrer'[...] apenas nega-se a receber tratamento que viola suas crenças e aceita em face disso correr risco de morte ou ter sua melhora postergada.[...]"[149]

A correspondência com a legislação vigente é observada quando a Constituição confere o direito fundamental à liberdade de consciência e de crença[150], pois ninguém pode ser privado de direitos por causa de sua religião[151]. Não há hierarquia entre estas normas e os direitos do *caput* do artigo que trata do assunto.

Os direitos são previstos e as garantias são oferecidas, para que os indivíduos possam deles usufruir livremente, muitas vezes derivados das suas tradições culturais, sem que seja

---

[148] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

[149] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

[150] CF - Art. 5º, inciso VI- É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

[151] CF - Art. 5º, inciso VIII – Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

determinado por terceiros como vivenciá-los ou em que medida. Não haveria sentido em prever a inviolabilidade da liberdade de crença se, ao ser exercida, fosse apresentada alguma ressalva para salvaguardar a vida de quem a exerce. As ressalvas podem ser previstas, quando houver possibilidade de causar algum prejuízo a terceiro ou à sociedade, mas os reflexos na vida privada do indivíduo só dizem respeito a ele próprio, a mais ninguém. Antes da análise dos princípios individualmente serão apresentados os demais votos da decisão paradigma.

e) Os dois outros votos do julgamento paradigmático

O segundo julgador inicia seu voto afirmando que não há mais necessidade nem utilidade da medida por já ter sido concedida a ordem judicial liminar, autorizando a transfusão. Menciona a regra do Código de Ética Médica que define a medicina como profissão para cuidar da saúde humana, porém "sem preocupações de ordem religiosa", cabendo empreender todos os meios para salvar a vida da paciente. Traz um julgamento precedente neste sentido e conclui que não cabe ao Judiciário interferir na relação médico-paciente, por isso o julgamento não deveria prosseguir.

Afirma ter encontrado no processo os elementos que autorizam a concessão da tutela antecipada porque a paciente poderia morrer subitamente e desconhece a existência de opções terapêuticas em substituição à transfusão e, se a morte poderia ocorrer, a decisão liminar foi correta.

"[...] não há indícios nos autos capazes de firmar a convicção deste Juízo acerca de opções terapêuticas que dispensassem a transfusão de sangue, para o tratamento de urgência da paciente, à disposição do hospital, na época da internação [...]" [152]

Dessa forma, se os demais julgadores não entendessem que o processo deveria ser extinto sem apreciação da questão de mérito, já concedida antecipadamente, decidia no sentido de que o pedido de autorização de aborto fosse negado.

A decisão do segundo julgador tem um caráter dogmático sobre o tema, apresentando a vida como bem supremo, de valor absoluto. Não especifica de que forma chega a essa conclusão nem justifica a razão de afastar a liberdade de crença religiosa. Os valores são colocados hierarquicamente, preponderando a vida, sob qualquer hipótese.

---

[152] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

Ao mencionar o Código de Ética Médica, faz interpretação literal de suas normas, sem aprofundar as circunstâncias que podem eximir, eventualmente, um médico de responsabilidade por aceitar a tomada de decisão pelo paciente.

Conforme seu voto, o consentimento informado não é uma regra a ser seguida em casos de emergência com base na hierarquia de valores. Para ele, não caberia nova análise do problema já tendo sido realizada a primeira transfusão, mas não esclarece sobre quais providências caberiam no futuro se fosse necessário idêntico tratamento, o que leva a crer que a mesma regra seria aplicada em caso de risco de morte, repetindo-se o procedimento compulsório, embora não tenha verificado incapacidade da paciente em gerir sua vida.

Cita precedente judicial, baseado em regra de autoridade profissional médica, porém, para a questão moral, é necessário que haja mais do que uma regra de autoridade que não delineia padrões ou critérios substantivos para justificar a decisão como uma diretriz moral. Isso significa que deveria ser analisada a fundo a justificativa dada para a decisão do caso precedente, bem como os detalhes do caso, porque qualquer aspecto diferente pode alterar completamente a moralidade analisada. A mera menção ao precedente, sem explorar seus meandros, não representa argumentação forte para justificar uma decisão moral.

Por fim, o terceiro julgador entendeu ser legítimo o interesse dos médicos em se preservarem quanto à conduta a ser adotada como prevenção de eventual ação judicial da paciente ou de sua família. Mas não concordou com o segundo julgador que estava caracterizada a perda do objeto porque ficou comprovada a necessidade de tratamento periódico e o Judiciário deve decidir sobre o tema, sanando conflitos futuros. Na sua decisão sobre o mérito do problema, afirmou acompanhar o voto do relator, o que faz pressupor que adotou seus fundamentos para a decisão.

A seguir serão analisados os dados coletados, de acordo com os quatro Princípios. Primeiramente, no tocante à decisão tratada como paradigmática e, posteriormente, com relação às demais decisões que obrigam ao procedimento.

3.2.2 Aplicação da Teoria Principialista aos dados coletados

Neste item analisa-se a presença dos quatro Princípios nas decisões judiciais. Inicialmente, na decisão paradigmática e, após, nas decisões que impõem o procedimento da transfusão. Para estas decisões impositivas, além da aplicação dos Princípios, são verificados os seus limites quando da utilização.

3.2.2.1 Princípio do respeito à autonomia

A análise da decisão paradigma é iniciada, pelo julgador, a partir do direito comparado, justificando que a jurisprudência brasileira não possui muitas decisões sobre o tema. O julgador enfatiza que prevalece na doutrina estrangeira o princípio do respeito à autonomia e que os requisitos analisados são o da capacidade do agente, como sendo maior e capaz e a plenitude de suas faculdades mentais. Portanto, se restringe às pessoas que possam agir de forma autônoma por terem maturidade, aptidão, conhecimento e liberdade de ação.

Somente será justificável a intervenção paternalista do Estado quando se tratar de crianças ou pessoas com deficiência mental grave. Como ficou claro, a paciente é maior de idade, é lúcida e capaz, afirmando, desde o início, que não aceitaria procedimento que violasse sua convicção religiosa. A paciente foi capaz de entender a informação material que lhe foi oferecida e realizou um julgamento sobre essa informação à luz de seus valores pessoais, buscando certo resultado e manifestando sua vontade de forma livre e consciente, demonstrando plena habilidade para executar esta tarefa. Sua capacidade está determinada pela habilidade que possui em decidir autonomamente e não em razão de seus melhores interesses estarem sendo protegidos.

Para a análise deste Princípio serão abordados os seguintes temas: a) capacidade, b) Limites da intervenção do Estado na vida privada, c) Consentimento ou recusa informados, d) Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e) Decisões obrigando ao procedimento.

a) Capacidade

A capacidade é uma habilidade de realizar uma tarefa, mas, de acordo com a tarefa a ser desenvolvida, os critérios podem variar. Portanto, é uma capacidade específica e não geral. A legislação prevê expressamente a capacidade, porém com a preocupação de criar uma regra universal a ser seguida para negócios patrimoniais [153]. Observe-se que, também no plano dos interesses existenciais do indivíduo, será possível alguém com incapacidade legal apresentar capacidade específica para decidir sobre um tratamento, sobre a dor que está sofrendo, ou sobre o que deseja para sua vida. Um rapaz de 16 anos que é relativamente incapaz poderá ter discernimento suficiente para manifestar sua vontade sobre se deseja um tratamento que pode prorrogar sua vida por alguns meses ou negar o tratamento por lhe acarretar muito sofrimento.

[153] No Brasil, a capacidade civil e penal ocorre aos 18 anos, contudo aos 16 anos é possível exercer o direito ao voto e fazer testamento.

Não seria adequado desconsiderar sua manifestação somente sob a justificativa de que não possui 18 anos. [154]

Por outro lado, um indivíduo com plena capacidade civil para gerir sua vida poderá apresentar, diante de uma situação grave com risco de morte, falta de habilidade específica para decidir sobre um tratamento e fazer uma escolha. Quanto maior o risco, maior é o nível exigido de habilidade para decidir. Um risco baixo exige um modelo de capacidade menor.

Na decisão paradigmática é rechaçada a possibilidade de o Judiciário substituir a vontade da paciente sendo ela capaz de escolher o procedimento que lhe convier para manutenção de sua "autodeterminação derivada do princípio da dignidade da pessoa humana". Esta autodeterminação é a própria autonomia da paciente. O julgador prossegue com a argumentação sobre a dignidade, pois considera que um tratamento que necessite de força policial para ser executado "retira dela toda a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido, desnecessária, vazia". E para isso o Judiciário é chamado, para proteger seu direito de escolha "calcado na preservação de sua dignidade".

> [...] "Não vejo como possa a recorrente ser submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial; tratamento este que não obstante possa preservar-lhe a vida, retira dela toda a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido, desnecessária, vazia". [...] [155]

A argumentação para justificar o respeito à autonomia diz respeito aos elementos deste Princípio e aos limites da intervenção do Estado na vida privada. A mencionada dignidade humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático, merece algumas considerações.

Tal conceito é muito vago podendo ser apresentado um mesmo valor como sendo digno e indigno, conforme o entendimento de quem faz o julgamento moral. Pode ser indigno, aos olhos de algumas pessoas, permitir que um paciente morra por respeitar a sua recusa à transfusão de sangue por suas convicções religiosas, como também pode ser considerado digno o respeito a sua autonomia, mesmo decorrendo sua morte. Isso indica ser preferível construir um raciocínio que nos conduza à conclusão de que há respeito à dignidade humana do que começar o raciocínio pela própria dignidade humana. Ao final desta construção, o

---

[154] O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/1990, prevê o direito à liberdade, que compreende, entre outros, os aspectos do respeito a sua opinião e expressão e a crença e culto religioso, conforme artigos 15 e 16, II.

[155] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

indivíduo deve se sentir respeitado em seus próprios valores e seus propósitos, sem que ocorra prejuízo para a sociedade.

b) Limites da intervenção do Estado na vida privada

A decisão indaga quais são os limites da intervenção de um Estado democrático e pluralista na órbita individual. O Estado Brasileiro é laico e possui os valores do pluralismo que são protegidos pela Constituição que considera invioláveis a intimidade e a vida privada.

O julgador afirma que os princípios constitucionais não são excludentes entre si e "sua exegese impõe ao intérprete o trabalho de ponderação entre eles, a partir do caso concreto", como consequência entende que deva ponderar e harmonizar o direito à vida e à liberdade de pensamento e de crença e a intimidade e a privacidade balizado pelo "valor da dignidade da pessoa humana".

> [...] "Os princípios são normas constitucionais que, ao contrário das outras normas (as regras), não são excludentes entre si. Quando se trata de princípios constitucionais, a sua exegese impõe ao interprete o trabalho de ponderação entre eles a partir do caso concreto. Tanto o direito à vida, por um lado, como o direito à liberdade de pensamento e de crença, por outro, quanto, ainda, a intimidade e a privacidade da pessoa humana, são princípios e valores que não se excluem uns aos outros, mas que devem ser ponderados e harmonizados ante o caso concreto para saber quais, afinal, têm preponderância." [...] [156]

Embora, ainda, diante da vagueza do conceito de dignidade, afirme que deve ser resguardado o direito de cada um de viver, conforme seus próprios valores, mesmo que "exóticos ou não compartilhados pela maioria da sociedade". Em seguida, resguarda a sociedade quanto aos valores ou crenças que possam ser "nocivos a terceiros ou ao corpo social", mas quando não há riscos para terceiros questiona o papel do Estado em "salvar a pessoa dela própria".

> [...] "Evidente , se os valores ou a crença de alguém fossem, por sua exteriorização, nocivos a terceiros ou ao corpo social, não haveria maior dificuldade na solução do problema. Mas, quando a crença de alguém não coloca sob risco direitos de terceiros, a questão é saber-se se, também nesse caso, o Estado pode intervir na órbita individual para 'salvar a pessoa dela própria' [...][157]

---

[156] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

[157] Ibidem.

O julgador avalia o valor maior para a paciente e a ausência de valores absolutos na Constituição para concluir que o Estado não pode obrigar a intervenção médica em paciente que a recuse expressamente, diante da autonomia plena do indivíduo para decidir com lucidez sobre seu destino, sem qualquer vício de vontade e mediante correta informação.

> [...] "Por tais motivos, não me parece possa o Estado autorizar determinada e específica a intervenção médica em uma paciente que expressamente não aceite, por motivo de fé religiosa, o sangue transfundido, salvo se se tratasse de uma criança, incapaz de expressar vontade própria com um nível de consciência juridicamente aceitável, ou se, por outro qualquer motivo, estivesse a pessoa desprovida da capacidade de discernir e de decidir lucidamente a respeito de seu destino. Mas, aqui se trata de pessoa maior de idade, lúcida e consciente, cuja vontade manifesta e indiscutível não se apresenta sob qualquer aspecto viciada." [...][158]

c) Consentimento ou recusa informados

Embora o julgador não diga expressamente, está se referindo ao consentimento informado, paradigma fundamental do direito à saúde, consagrado pela doutrina biomédica e adotado como entendimento ético das associações de classe de profissionais de saúde no Brasil e em outros países no mundo. É um procedimento ético na prática da medicina previsto no Código de Ética Médica [159] que veda ao médico deixar de obtê-lo, salvo em iminente risco de morte. Tornou-se procedimento padrão essencial e fundamental para a prática médica.[160]

Não se trata de autorização meramente formal com a assinatura de um formulário ou de uma decisão conjunta com o médico, mas sim de um processo que depende de tempo, para que se forme um entendimento substancial do que está ocorrendo e sem interferência controladora de terceiros. Portanto, um indivíduo somente consente autonomamente se for capaz de agir, após receber uma exposição completa dos fatos, entender o que foi exposto para que seja dado o seu consentimento em ação voluntária.

Caso falte algum destes elementos, o consentimento não será considerado completo. Se for o caso de recusa informada, pode ser verificada a validade da recusa se presentes os demais elementos que antecedem o consentimento. Assim, a capacidade de entender e de tomar uma decisão, a espontaneidade ao decidir, a informação material, a recomendação do tratamento e seu perfeito entendimento, inclusive quanto às consequências, proporcionam a

---

[158] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

[159] Resolução nº1931/2009 do Conselho Federal de Medicina, art. 22, que entrou em vigor em abril de 2010.

[160] MACPHERSON, Colin R.; DOMEN, Ronald E.; PERLIN, Terry M. **Ethical Issues in Transfusion Medicine**. Bethesda: AABB Press, 2001. p. 39-54.

certeza de que a recusa ao tratamento foi uma recusa informada e, portanto, deve ser respeitada.

Na Constituição Federal, há a previsão do acesso ao direito à informação [161] como direito fundamental sem qualquer restrição. Evidente que o cuidado na revelação da informação deve existir. Os modelos éticos de revelação de informação são três e trazem parâmetros importantes para se avaliar eventual dano decorrente de omissão. O modelo da prática profissional deixa que o limite da informação a ser concedida fique por conta do conhecimento e do costume profissional, o que não traz sustentabilidade a esse modelo pela incerteza e pela subjetividade. O modelo da pessoa sensata utiliza como referência uma pessoa sensata e qual seria sua decisão. Porém, nem sempre as decisões dos pacientes são uniformes e a informação revelada é relevante, variando a cada caso. O terceiro é o modelo subjetivo que faz referência às necessidades de um indivíduo, mas a dificuldade seria saber quais informações seriam mais relevantes para um ou outro. Uma solução apresentada aos problemas de cada modelo seria a participação ativa pela troca de informações mútua entre o paciente e o profissional. A não revelação intencional será analisada posteriormente quanto ao privilégio terapêutico.

d) Inviolabilidade da intimidade e da vida privada

O direito à privacidade é previsto na Constituição Federal.[162] Este direito é uma especificação do princípio da autonomia, por tratar do respeito às escolhas individuais. Como já salientado, este direito deve atender aos limites impostos pelo próprio indivíduo, em respeito à vontade livre de autorizar ou negar acesso às suas informações privadas, conforme Beauchamp & Childress.

Na decisão consta que a vida "não pode ser compreendida somente na sua acepção biológica, mas também, por certo, na sua acepção moral". Como consta da decisão, se a paciente sente que seus valores estão sendo violentados, ela pode reagir e escolher defender seus valores com sua vida, para preservar sua liberdade sexual. O julgador prossegue afirmando que "não se pode, jurídica e filosoficamente, desprezar" a perspectiva da morte como outra opção diante da violação de um valor extremo. O Estado não pode interferir na vida íntima da pessoa, em suas crenças, mesmo quando há risco, caso contrário apresentaria

[161] CF - art. 5º, XIV

[162] CF - art. 5º, inciso X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

sua “face totalitária”. Lembrou que “as piores experiências totalitárias foram justificadas por ‘valores’ de Estado que arrombaram a porta das liberdades de consciência, de crença, de pensamento, de escolha do cidadão a respeito do seu próprio destino...” cuja justificativa era “salvá-los de si mesmos”. A intimidade do indivíduo não deve ser submetida à intervenção do Estado quando não causar prejuízos a terceiros ou à sociedade.

A regra de que a vida privada é inviolável, inclusive prevista na Constituição Brasileira, contudo admite algumas exceções. Serão analisadas três exceções, conforme destacadas nos acórdãos. O julgador admite a interferência do Estado na vida privada, quando causam prejuízo para terceiros, quando quem manifestou sua vontade previamente, através de diretiva antecipada, está inconsciente e, por fim, quando ocorre o privilégio terapêutico. Passemos ao exame das exceções mencionadas.

A primeira exceção diz respeito ao prejuízo para terceiros. A regra geral é da não interferência do Estado, mas há exceção quando alguém possa sofrer prejuízo em decorrência do uso da liberdade de outrem. Não havendo possibilidade de prejuízo para nenhuma outra pessoa, somente para a paciente, a vida privada deve ser mantida inviolável. Embora este direito esteja previsto, ainda persiste a complexidade da questão, pois há concepções divergentes de privacidade e dos seus limites e a lei escrita, por si só, não forma a convicção moral.

Segundo Beauchamp & Childress, a privacidade pode ser definida como uma condição de controle de inacessibilidade física ou a informações próprias pelo indivíduo. No caso, a paciente tem o direito de controlar o acesso ao seu corpo, como em outra circunstância em que se negasse a um procedimento qualquer. Seria possível que uma ordem judicial fosse expedida para que uma paciente fosse submetida a uma cirurgia, caso a mesma se negasse, mesmo que com isso fosse alta a possibilidade de vir a morrer? Os motivos para a recusa seriam relevantes para essa decisão? Essas questões dizem respeito ao limite da privacidade e ao momento em que se torna possível romper esses limites.

O julgador apresenta a hipótese de um indivíduo que está com uma doença grave e o tratamento é doloroso e custoso para uma sobrevida de alguns meses e, sem o tratamento, terá sobrevida muito menor. Para ele “parece não haver dúvida de que a pessoa pode optar por não se submeter ao tratamento” mesmo que viva por menos tempo. Prevalece a decisão do paciente devidamente esclarecido, mesmo que o bem da vida esteja em risco, confirmando a inexistência de hierarquia de direitos fundamentais. Esse argumento refuta a justificativa de que a obrigatoriedade da transfusão de sangue é para “salvar a vida da paciente”, desconsiderando as demais circunstâncias do caso.

A segunda exceção mencionada é a incapacidade do indivíduo, não obstante a existência de diretivas antecipadas de vontade. O julgador admite a interferência do Estado quando, mesmo tendo manifestado sua vontade, por escrito previamente, o indivíduo esteja inconsciente. A justificativa, apresentada na decisão, é o fato de que poderá se arrepender em razão "do instinto de autopreservação ante a aproximação do momento extremo". As decisões autônomas que antecipam períodos de incapacidade é um tema que vem sendo discutido nos Tribunais.

Nas Cortes Americanas, em situações de emergência que ameaçam a vida, há o entendimento de que somente uma recusa informada atual deve ser respeitada, especialmente se a manifestação prévia não foi dada no momento do fato gravoso. As diretivas antecipadas de vontade dos pacientes não está inserida no novo Código de Ética Médica brasileiro, entretanto está regulamentada na Resolução do CFM nº 1995/2012.

Um contra-argumento considerável, mencionado por Beauchamp & Childress, é o fato de que os desejos antecipados do morto são normalmente respeitados e por isso deveríamos ter o mesmo comportamento com relação aos desejos antecipados de uma pessoa que se tornou seriamente incapaz. A diretriz antecipada perde seu sentido se, no exato momento da incapacidade, o indivíduo tiver que confirmar sua vontade. O pressuposto seria de que, ao manifestar sua vontade prévia, teria pensado na possibilidade de não ter condições de confirmá-la posteriormente. Nessa linha de pensamento, as intervenções contrárias às diretrizes antecipadas também infringem o Princípio do respeito à autonomia. Contudo, não se vislumbra ofensa ao Princípio da não maleficência, ao se atender à vontade prévia.

Por fim, a outra abordagem da decisão é sobre o privilégio terapêutico. O julgador apresenta uma situação em que poderia haver uma exceção e o médico realizaria o tratamento sem o consentimento, em caso de emergência ou incapacidade ou potencial prejuízo ao paciente, caso seja revelada a informação. Essa exceção é controversa porque a correta informação pode aumentar a ansiedade do paciente, influenciando sua escolha. Mas é para isso mesmo que a informação serve, para influenciar sobre o que é melhor decidir diante da realidade apresentada e das perspectivas que podem ser alcançadas. Se a revelação torna o paciente totalmente incapaz de aceitar ou recusar o procedimento, na verdade falta a capacidade, pressuposto dos demais elementos do consentimento informado. Portanto, em nada afetaria quanto à autonomia.

O julgador considera que o diálogo inclui o respeito à dignidade do paciente, reconhecendo sua autonomia e sua liberdade sobre a fragilidade decorrente da doença e da possibilidade da morte, quando se responde aos desafios da existência.

Pelo fato de a jurisprudência brasileira não possuir muitos casos sobre o tema, a decisão traz precedentes internacionais.[163] Nos três casos apresentados, as Cortes julgadoras entenderam que um adulto capaz tem o direito de recusar tratamento, ainda que acarrete a morte ou possa parecer uma decisão errada aos olhos dos profissionais da medicina, pois ninguém tem a obrigação de defender seu próprio direito. A doutrina alemã se refere à intangibilidade corporal, somente justificada a intervenção sem consentimento quando ocorrer situação excepcional por falta de capacidade decisória.

Sua abordagem sobre o conceito de dignidade humana está centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, referindo-se à matriz kantiana. Entende que é um conceito "em permanente formação, sob influxos histórico-culturais" e "seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana", pois a mesma situação para uns pode ser ofensiva à dignidade e para outros não ser assim considerada.

> [...] Günter Dürig, por sua vez, consoante a mesma obra, leciona que dignidade da pessoa humana consiste 'no fato de que cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base na sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda'... Por isso o conceito de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária reforça esta conclusão – primordialmente à matriz Kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). [...] [164]

É reconhecida a dignidade no respeito à autodeterminação do indivíduo. Um conceito de extrema vagueza, utilizado constantemente em julgamentos ganha contornos para a construção de sua compreensão, a fim de que não seja banalizado pela sua inexatidão.

Diante da correlação entre autonomia e a tomada de decisão, o respeito à autonomia confirma ser tão importante quanto os demais princípios da teoria Principialista. A sua consideração na análise de casos judiciais pode ser elaborada a partir das normas constitucionais vigentes, conferindo legalidade à interpretação de fundo ético e moral.

e) As decisões obrigando ao procedimento

---

[163] Dos Estados Unidos, caso Brooks; do Canadá, caso *Mallete vs Schulman* e um terceiro caso, do Chile, todas mencionadas no acórdão referenciado e utilizado como caso paradigma.

[164] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70032799041.2009. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

A violação à autonomia do paciente aparece em todas as demais decisões, inclusive na decisão que não impôs o procedimento, no voto divergente. Numa delas, o julgador considera que "mesmo contra a vontade do paciente, dos familiares, ou de quem quer que seja" deve ser realizada a transfusão, apresentando uma autoridade inquestionável e insubstituível para tutelar os indivíduos, de titularidade do Estado.

> [...] Este Tribunal [...] admitiu a desnecessidade de obtenção da autorização para a transfusão de sangue em "Testemunhas de Jeová", pois, em caso de iminente perigo de vida, segundo conclusão do médico, a terapêutica recusada deve ser realizada independentemente da vontade do paciente ou de seus responsáveis, como aliás, estabelece a Resolução n. 1021, de 26 de setembro de 1980, do Conselho Federal de Medicina. E o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [...] também perfilhou tal entendimento salientando: Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empegar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos [...]" [165]

Essa mesma ideia aparece em outra decisão, na qual o julgador, mencionando o doutrinador do Direito Penal, Aníbal Bruno, afirma que a vida pertence ao homem, porém "dela não pode dispor porque há outro titular, que é o Estado".

> [...] Este é o seu primeiro titular, o homem a quem a vida pertence, mas que dela não pode dispor, porque há outro titular, que é o Estado, a comunidade do Direito, para a qual cada existência humana representa não só uma unidade demográfica, mas um valor social e político [...] [166]

Este mesmo julgado considera o suicídio um ato ilícito, embora não punível, e que a saúde e a vitalidade são inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis pelo indivíduo. Contudo, não são apresentadas razões específicas ou fundamento legal para dar suporte ao fato de que o Estado substitui o indivíduo na titularidade da vida. A vida como bem supremo é apresentada como um dogma, de forma absoluta e da qual defluem todos os demais direitos, não mencionando as possibilidades em que outros direitos se apresentam mais importantes do que a vida.

> [...] em que pesem as convicções religiosas da apelante que, frise-se, lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que o que deve prevalecer, acima de qualquer credo, religião, é o bem maior tutelado pela Constituição Federal, a vida. [...] De que valeria a Constituição Federal tutelar direitos como a liberdade,

---

[165] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº132.720-4/9-00. Julgado em 26 de junho de 2003. Site do TJSP.

[166] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 123.430-4/4-00. Julgado em 7 de maio de 2002. Site do TJSP.

> igualdade, integridade moral, entre outros, sem que fosse assegurado o direito à vida? [...] [167]

Nas decisões que violam o princípio do respeito à autonomia, o julgador representa um Estado protetivo e paternalista, que se apresenta na forma do paternalismo forte, no qual sua ação não considera a vontade do indivíduo plenamente capaz de tomar decisões para sua própria vida, o que será aprofundado na análise do princípio da beneficência.

A capacidade do paciente em exercer sua autonomia, como por exemplo de decidir sobre o procedimento a que deseja ser submetido, não é considerada na maioria dos processos. No processo, em que a paciente estava inconsciente, o pai é chamado para substituir a vontade da filha. Segundo o julgador, o pai autorizou expressamente qualquer procedimento necessário, mas, ao admitir que a autorização poderia não refletir realmente aquilo que pensava estar autorizando, ou seja, a utilização de todos os meios necessários, desde que não houvesse transfusão de sangue, afirma que, ainda assim, a medida foi adequada, pois a transfusão de sangue foi medida implementada somente depois que os demais procedimentos não surtiram efeito.

> [...] "Em seu depoimento pessoal, a apelante confirma que, ao tempo em que deu entrada no Hospital, não possuía condições físicas ou psíquicas para recusar eventual necessidade de transfusão de sangue. Ao contrário, seu genitor, quando da internação, autorizou expressamente a utilização de quaisquer meios e medicamentos necessários, inclusive hemotransfusão de sangue, durante a internação da apelante . E, mesmo que se admita que a autorização dada por seu genitor não refletiu realmente aquilo que pensava estar autorizando, ou seja, utilização de todos os meios e medicamentos necessários, mas desde que não houvesse transfusão de sangue, o que realmente interessa é que as transfusões somente ocorreram depois que os procedimentos médicos utilizados não surtiram efeitos e esgotadas as formas alternativas." [...] [168]

O consentimento formal do substituto foi dado, porém a informação prévia não foi suficientemente esclarecedora. O paciente, ou seu substituto na tomada de decisão, deve compreender o que está acontecendo, após receber uma exposição completa dos fatos, entender o que foi exposto para se manifestar sem qualquer interferência de terceiros. Na ausência de algum desses elementos, o consentimento não é considerado completo.

O Estado assume o papel de protetor e se encarrega de "salvar vidas". Viola o direito individual de não sofrer interferência de outra pessoa no seu próprio corpo sem a devida autorização e vai além, pois declara que o corpo deixa de pertencer ao indivíduo para

---

[167] Ibidem.

[168] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 123.430-4/4-00. Julgado em 7 de maio de 2002. Site do TJSP.

pertencer ao Estado, numa substituição de titularidade sem previsão legal específica. Não existe lei que afirme isso.

Além de existir a capacidade do paciente em escolher o procedimento que deseja, em nenhum caso, ocorreu a exceção do privilégio terapêutico, que permitiria a ação médica em caso de emergência ou de impossibilidade de entendimento que prejudicaria a manifestação de vontade do paciente. No caso em que a paciente estava inconsciente havia diretivas antecipadas de vontade, mas foram ignoradas, sendo chamado terceiro para substituir a vontade.

A ação de salvar a vida sem considerar a opção do paciente é denominada por um dos julgadores em voto divergente como "prepotência médica" e "insensibilidade dos juristas" por "desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo".

> [...] O Direito à vida não se resume ao viver... O Direito à vida diz respeito ao modo de viver, à dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas pode desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra. A liberdade de alguém admitir, ou não, receber sangue, um tecido vivo, de doutra (e desconhecida) pessoa."[...]

Para o julgador não só a vida, mas o modo de viver, representa a dignidade do viver. E a vontade dirigida ao próprio corpo não pode ser substituída na atuação de nenhum profissional da área médica ou jurídica, pois violaria a inviolabilidade da intimidade e vida privada.

Nesse aspecto, o julgador se alinha ao pensamento de Foucault [169]quanto ao "tribunal da perversidade", onde o juiz exerce sua função terapêutica, atuando em seu "poder de normalização", adequando o indivíduo à normalidade.

3.2.2.2 Princípio da não maleficência

O princípio da não maleficência determina a obrigação de não infligir dano intencional a alguém, tanto físico como moral. Se for negado um tratamento determinado que possa salvar a vida de um paciente, e seu estado de saúde se agrava pela falta do tratamento, há o dano físico. Se o tratamento agride suas convicções morais ou filosóficas, há um dano moral. A questão é saber se esse este deve ser suportado pela paciente, a fim de que sua vida seja

[169] FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

preservada, ou se deve ser respeitada sua convicção. Na decisão judicial paradigmática, o julgador afirma que a vida da paciente possui maior sentido através da sua crença religiosa. A escolha da paciente, entre correr risco de perder a vida e permanecer íntegra em seus valores, indica, segundo a decisão, o grau de importância do respeito à liberdade religiosa.

A repercussão da transfusão de sangue obrigatória na vida da paciente pode ocasionar seu afastamento da sua vida comunitária e a forma como é vista pelas pessoas de sua convivência religiosa. Isso representa um resultado negativo para sua vida com graves consequências.

A ordem de um juiz para realizar a transfusão de sangue diante da recusa justificada da paciente gera um dano moral. Quando decide por não lhe causar esse dano, está respeitando o princípio da não maleficência. Não obstante, na ação com pedido de indenização pelo dano sofrido diante da imposição da transfusão, a mesma foi negada.

O dano se configura pela violação à liberdade de crença. Parece absurdo recusar um procedimento tão comum quanto à transfusão de sangue, aos olhos de pessoas que não professam a mesma religião. Entretanto, não se pode traçar um paralelo com suicídio, como aventado em um dos acórdãos, pois não há tal intenção. A própria paciente ressalta, na sua argumentação, este aspecto. Mais importante do que não desejar a morte é o fato de que a paciente não deseja a transfusão de sangue por fortes e justificadas razões. Os transtornos morais que ela vislumbra, ao entrar em choque com seus valores religiosos, indicam que sofrerá maior dano com a transfusão do que sem esta.

Também não se trata de "deixar morrer", pois o médico ofereceu o suporte terapêutico. O que será relevante são as razões apresentadas, o que motivou a paciente a recusar o tratamento. Se a sua vida comunitária tem enorme influência religiosa, cabe amoldar seus atos a sua crença. O descumprimento de seu preceito religioso pode tornar de tal forma insuportável a vida após o tratamento que passa a ser preferível a consequência morte. A aceitabilidade da recusa está fundamentada em uma razão forte e, por mais que se discorde, sua escolha impõe respeitabilidade, pois fundadas em compreensíveis razões.

Keown[170] sustenta a importância de se considerar duas situações diferentes entre cometer suicídio e o direito de recusar um tratamento. Quando o paciente exerce seu direito de recusar um procedimento, sua intenção não é morrer, mas ver reduzido o sofrimento que este lhe trará. Não quer morrer, mas quer se ver livre de um problema que para ele é grave. No caso do paciente Testemunha de Jeová, o problema tem relação com sua crença. Logo, o

[170] KEOWN, John. **The Law and ethics of medicine**: essays on the inviolability of human life. United Kingdom, Oxford University Press, 2012. p. 3-23.

dano será moral. Em outros casos, o problema pode ter relação com um procedimento de reduzida chance de sucesso e o paciente preferir abreviar o sofrimento físico, não significando que deseja morrer.

O princípio da não maleficência está assegurado na Constituição Federal que garante a inviolabilidade da vida, da liberdade e da segurança e, mais fortemente, ao assegurar que ninguém será submetido à tortura ou tratamento humano degradante. [171]

As garantias constitucionais de inviolabilidade física ou moral representam um ordenamento de se abster de causar prejuízo a outro. Esta mesma determinação está próxima do princípio da beneficência.

a) Decisões obrigando ao procedimento

Nessas decisões impositivas, o Princípio da não maleficência aparece quando os julgadores entendem que o mal maior seria não preservar a vida do paciente. Em uma das decisões já destacadas acima, consta que a vida pertence ao homem "mas que dela não pode dispor porque há outro titular que é o Estado", o que coloca a vida de cada um como bem do próprio Estado, como se não pertencesse ao indivíduo. A conclusão é de que preservar a vida do paciente a qualquer custo não lhe causa mal. Não se questiona sobre o valor que o outro confere aos demais direitos como a liberdade de crença ou sobre como será a vida do paciente dentro da sua comunidade religiosa, após a transfusão. O propósito é não causar o mal da morte.

> [...] Ora, sendo o direito à vida o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, à evidência que os demais direitos individuais dependem de sua existência. De que valeria a Constituição Federal tutelar direitos como a liberdade, igualdade, integridade moral, entre outros, sem que fosse assegurado o direito à vida? Como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável." [...] [172]

Esse pensamento é recorrente, pois parece lógico que todos os demais direitos existem decorrentes da vida. Todavia, não se questiona a possibilidade de alguém fugir de onde esteja preso, para conseguir ser livre, mesmo havendo a possibilidade de vir a ser morto, como quando os escravos buscavam sua liberdade. Ou mesmo dos inúmeros líderes que foram

---

[171] CF- Art. 5º inciso III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

[172] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 123430-4/4-00. Julgado em 7 de maio de 2002. Site do TJSP.

mortos em luta pela igualdade, como Martin Luther King Jr, que mesmo correndo risco de morte, por provocar sentimentos agressivos contra suas iniciativas para igualdade entre negros e brancos, não deixou de expressar sua crença na igualdade entre os indivíduos.

Esse argumento, que compara os que morrem pela liberdade, foi considerado como falacioso em uma decisão. O julgador entende que o contexto fático é diferente, embora não esclareça qual é este contexto, mencionando, de forma irônica, que morto não luta por liberdade, em analogia ao argumento implícito, de que morto não professa religião.

> [...] "O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor as especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la. [...]" [173]

Não é tratada a questão sobre o tipo de vida a ser vivida, a sua qualidade. Deixa subentendido que toda vida é sagrada, independente da qualidade com que é vivida.

Como visto, para a decisão que respeita a crença do paciente e não impõe a transfusão, também figura o Princípio da não maleficência, pois o julgador não deseja causar um mal moral tão grave àquele que tem sua crença como forte referencial de vida. O juiz avalia o que será a vida do paciente após a violação de seus preceitos religiosos. Considera que o prejuízo moral é grande e, com sua decisão, deixará de causar esse mal moral.

O mesmo Princípio pode dar suporte a pensamentos distintos. Por isso a especificação é necessária. Somente através desta é que se pode avaliar, diante do conflito moral, qual o caminho a ser seguido. O confronto dos diversos direitos deve buscar solução a partir do próprio interessado e não a partir do profissional da área de saúde ou do juiz. Essa diferença na abordagem, do que é não causar mal para o outro, fará com que a decisão, de fato, não cause mal ao interessado.

> [...] 'Autonomia expressa a essência humana como liberdade de escolha; antes de tudo a possibilidade de optar em relação a tudo o que diga respeito à própria pessoa. A opção responsável é o exercício do direito inerente a todo ser humano de responder por si mesmo aos desafios da existência, isto é, de dominar, pela razão e pela vontade, o curso de sua própria história.'[...] [174]

---

[173] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 595000373. Julgado em 28 de março de 1995. Site do TJRS.

[174] decisão paradigmática.

Embora a vida seja o instrumento para o exercício dos outros direitos e desejos, não é um bem absoluto em que todos os demais bens devem ser sacrificados para preservá-la. A dignidade humana, prevista no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Constituição Federal, confere suporte à inviolabilidade da vida como valor central e muitos entendem que há um vitalismo nesse princípio, a "manutenção da vida a qualquer custo".

Conforme esclarece Keown[175], o vitalismo deve ser confrontado com a qualidade de vida. Para ele, são dois sentidos diferentes da qualidade de vida a serem examinados: os benefícios da qualidade de vida e uma qualidade de vida benéfica.[176] O primeiro, quanto ao procedimento médico valer a pena, comparando os benefícios e resultados, e o segundo, quanto a valer a pena a qualidade de vida do paciente após o procedimento. A confusão entre o vitalismo e a qualidade de vida é evitada quando se adota o conceito de que o melhor interesse manifestado pelo paciente autônomo não é menos importante que sua saúde ou vida.

Cabe verificar a história, as crenças e os valores para quem o direito está sendo concedido. Isso conduzirá à melhor resposta. O direito repercute de forma diferente na diversidade de uma sociedade plural. Saber o que pode ser interpretado como prejuízo pessoal e individual compete ao indivíduo capaz.

Uma criança, pela sua capacidade reduzida, pode não entender exatamente que uma vacina contra a pólio é um pequeno sofrimento da picada da agulha para um grande benefício, evitar a grave doença. Por isso, sua vontade pode ser substituída pela dos pais. Um adulto capaz tem a dimensão para compreender que tipo de prejuízo pode sofrer e o que pode fazer para evitá-lo, não precisando de substitutos para a tomada da decisão. Pode se precaver do malefício manifestando sua vontade íntima. Não é a vontade do médico ou do juiz que deve prevalecer, mas a de quem está sujeito ao procedimento.

3.2.2.3 Princípio da beneficência

A decisão paradigmática julga o caso no sentido de não autorizar o hospital a fazer a transfusão de sangue obrigatória diante da recusa da paciente, impedindo que ocorram interferências futuras que contrariem sua vontade. Embora caracterizado o princípio da não maleficência, encontramos, de forma muito próxima, o princípio da beneficência. Sua análise

---

[175] KEOWN, John. The Law and ethics of medicine: essays on the inviolability of human life. United Kingdom, Oxford University Press, 2012. p. 3-23.

[176] "Quality of life benefits" x "beneficial Quality of life" – Ibid p.12-13

é importante especialmente pelo aspecto paternalista da decisão liminar do juiz na primeira apreciação, quando obriga à transfusão.

A beneficência refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outro. Alguém age para promover um interesse legítimo e importante de outra pessoa. Essa ação pode ser compreendida como ideal ou obrigatória, conforme visto no capítulo 1. Nem sempre devemos agir de modo beneficente, embora seja difícil estabelecer quais os limites para a ação. As regras para a beneficência obrigatória são a de proteger e a de defender os direitos de outro, evitar que sofra danos, eliminar condições que causem dano, ajudar pessoas inaptas e socorrer quem estiver em perigo.

As regras da beneficência possuem um sentido positivo de ação e as de não maleficência, possuem sentido negativo. Temos a obrigação moral geral de não causar dano a quem quer que seja. Seria imoral não agir assim. Já com a beneficência, em regra, não há imoralidade se deixarmos de agir de modo beneficente para com alguém. Beneficiar alguém é um ideal moral.

A beneficência pode ser geral ou específica. A beneficência geral se dirige a todas as pessoas e a específica a grupos específicos, como por exemplo, os pacientes ou outro grupo de relacionamento mais próximo, como os amigos. Há um compromisso moral maior de se agir de modo beneficente com os grupos específicos e isso atribui uma responsabilidade maior aos profissionais que lidam com este grupo, por exemplo. Os demais correspondem a um grupo do ideal de beneficência.

Quando o médico decide pela transfusão obrigatória, ele está agindo no sentido da beneficência específica. Essas obrigações decorrem de cinco condições. A primeira quando o outro tem risco de perder a vida, sofrer dano à saúde ou algum outro interesse prejudicado. A segunda quando uma ação é necessária para evitar a perda ou dano. A terceira diz respeito a esta ação ter alta probabilidade de evitar a perda ou dano. A quarta, se a ação não representaria riscos, custos ou ônus significativos para quem praticar a ação. E a última, que os benefícios a serem recebidos sejam superiores aos danos ou encargos a serem suportados.

Atendidas as cinco condições, no caso concreto, o médico entende que age em benefício do paciente. E desta mesma forma entendeu o juiz ao conceder a decisão liminar. Todos nós podemos concordar com esta visão benéfica se não fossem as demais circunstâncias dos fatos. É muito importante que sejam estabelecidos limites para a beneficência, a fim de que o desejo pelo bem-estar do outro não cerceie sua autonomia.

As circunstâncias do caso promovem a proximidade dos Princípios da autonomia e da beneficência. Devemos justificar a razão de aplicar um princípio em preponderância ao outro.

Conforme aumenta a exigência de respeito à autonomia, aumenta a preocupação com o paternalismo. Certo que a obrigação principal do médico é agir pelo resultado benéfico ao paciente, e não promover sua autonomia. Daí a importância de que estejam bem claras as razões para que não se cumpra a obrigação médica, sobretudo diante das obrigações previstas no Código de Ética Médica.

> [...] "o Código de Ética Médica, em seu art.46, dispõe que o profissional, em caso de iminente perigo de vida, efetuará qualquer procedimento médico sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente. O mesmo código define a medicina como 'profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa', tendo o médico o dever de agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional'. [...]" [177]

A solução se encontra quando se incorpora a autonomia do paciente, para que se determine qual é o verdadeiro benefício para ele. Os melhores interesses estão ligados aos interesses próprios de cada um e não ao que o médico acredita que seja do interesse do paciente. O referencial da beneficência é modificado e não mais conta como sendo o referencial de quem age, mas de quem sofre a ação.

> [...] "Quando o enfermo discorda por motivos religiosos do curso de tratamento proposto pelo médico, pode haver o conflito ético e moral entre as convicções do médico e as suas, sobretudo se o médico crê firmemente que o tratamento que está recomendando é melhor para o referido caso [...] O respeitar a pessoa autônoma pressupõe a aceitação do pluralismo social [...]" [178]

Contudo, do mesmo modo que não há um princípio preponderante, não há uma autoridade que detenha a prioridade para decidir. O que se deve ter é a meta propiciada pela beneficência e pelos fundamentos da área de saúde que receberão limites morais de ação dos profissionais através do princípio da autonomia. Contrariar as preferências de alguém e justificar sua ação com o objetivo de beneficiar a pessoa cuja vontade é contrariada para evitar que sofra danos é uma atitude paternalista, como analisaremos a seguir.

a) Paternalismo

O paternalismo representa a obrigação moral de agir em benefício do outro em qualquer forma de ação, como compaixão, bondade e caridade. Propõe prevenir e reparar

---

[177] decisão paradigmática.

[178] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162. Julgado em 22 de agosto de 2007. Site do TJRS.

danos e pesar e ponderar benefícios e custos, conforme Beauchamp & Childress. Mas há limites para as obrigações e, por vezes, a beneficência é opcional e não obrigatória. É difícil estabelecer a divisória entre a beneficência obrigatória e um ideal moral de beneficência.

O Princípio da beneficência não exige sacrifícios enormes e grande altruísmo moral e nem sempre temos que beneficiar as pessoas em todas as ocasiões. A proteção dos direitos dos outros pode ser exigida, mas não incondicionalmente. Se as circunstâncias apresentadas justificam que se aja para evitar que outro sofra, deve-se agir. Se a ação pode ser prejudicial para quem a exerce, não pode se tornar obrigatória. Nem sempre deixar de agir de modo beneficente é imoral.

Quando o médico decide que o melhor procedimento é a transfusão de sangue e o oferece para a paciente, ele cumpre seu papel profissional de apresentar o melhor tratamento disponível. Com a recusa da paciente, pelas razões apresentadas, o médico passa a acreditar que sua atuação deve obrigatoriamente acontecer como uma intervenção beneficente. Temos uma autonomia substancial sendo violada. Para Feinberg[179], a atuação é no sentido do "hard paternalism", ou o paternalismo forte, pois a intervenção se dá a despeito do fato de que a decisão da paciente, embora arriscada, foi uma decisão substancialmente autônoma sem que haja qualquer comprometimento de habilidade. Como na decisão em que a paciente está lúcida, mas internada no hospital.

> [...] Dúvidas não há de que a transfusão deve ser feita apenas quando haja risco de vida para o paciente, motivo pelo qual inexiste nulidade no julgado, que busca garantir a vida da paciente e resguardar o Hospital e sua equipe médica de possível responsabilidade pela não realização da transfusão. Logo, enquanto internada e sob os cuidados de sua equipe médica, o Hospital está autorizado a realizar o procedimento, caso haja necessidade e risco de vida para a paciente, independente da cirurgia já ter sido realizada, dependendo, da evolução do estado de saúde.[...] [180]

Já o "soft paternalism", ou paternalismo brando, ocorrerá quando se age em favor de alguém que tenha sua habilidade comprometida para escolha e ação livres. Como em um processo no qual a paciente não tinha curador nomeado e diante da sua impossibilidade de se manifestar, por ser idosa e estar debilitada, manifestou-se a sua família.

---

[179] FEINBERG, Joel. **Harm to self**: the moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3. p. 3-26.

[180] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0007768-02.2008.8.19.0063. Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 2011. Site do TJRJ.

"[...] não obstante o respeito à convicção religiosa de cada um, entre os dois bens jurídicos tutelados, prevalece a vida sobre a liberdade, até porque não foi a agravante que manifestou a recusa ao tratamento, mas seus familiares.[...]" [181]

A razão mais importante para não se agir paternalisticamente é que a autoridade legítima para decidir é o próprio indivíduo. Entretanto, os indivíduos podem ser protegidos contra danos causados por eles mesmos, quando sua capacidade está reduzida e a periculosidade para si mesmo é tão séria, admitindo-se que se interfira ou supervisione.

O paternalismo forte será justificado se o paciente estiver exposto a um dano significativo e evitável; se a ação evitar o dano; se os benefícios suplantarem os riscos para o paciente e se a alternativa escolhida para assegurar o benefício seja a menos restritiva de sua autonomia, sem a restringir substancialmente. Essas condições necessitam de análise profunda para avaliar se vale aplicar o paternalismo forte. Especialmente no conflito médico, o equilíbrio é difícil de ser alcançado.

No caso presente é importante verificar que a paciente está exposta ao risco que pode ser evitado, mas é de se questionar se os benefícios suplantam os riscos porque a crença religiosa assume tal importância em sua vida que desrespeitá-la pode ser tão grave quanto a morte, além da notória restrição à autonomia do indivíduo. Aplicar o paternalismo forte não compensa a possibilidade de abuso e de afronta substancial à autonomia pelo tipo de vida que terá em seguida ao tratamento, como na qualidade de vida benéfica de Keown. Esses limites devem ser considerados, ao se aplicar a beneficência, sem perder de vista o respeito à autonomia.

b) Decisões obrigando ao procedimento

O princípio da beneficência aparece em todas as decisões. Nas que obrigam ao procedimento aparece de forma forte, sem que sejam colocados limites. O benefício parte de quem está agindo e não de quem recebe a ação. Para o paciente, o benefício seria ter sua crença respeitada, mas médicos e julgadores entenderam, em quase todas as decisões, que prevalece o benefício de salvar vidas.

É correto entender que a vida deve ser preservada. O problema é que não se impõem limites à preservação. Beneficiar, na visão majoritária dos julgamentos apresentados, é manter o paciente vivo a qualquer custo, mesmo que sua vida, após o procedimento, se transforme em

[181] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2004.002.1329. Julgado em 5 de outubro de 2004. Site do TJRJ.

algo prejudicial no seu convívio comunitário ou que o indivíduo sinta que suas convicções e crenças foram seriamente violadas.

> [...] "Importa ao medico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em seria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida [...]" [182]

Esta ação, como já afirmado, é uma ação paternalista forte, por não aceitar a limitação, imposta pelo próprio indivíduo, com plena capacidade de decidir, sem perda desta condição em nenhum momento. O Estado, agindo de forma paternal, acredita agir em benefício do paciente, mas sem considerar as consequências para o futuro do indivíduo no âmbito da sua crença religiosa e convívio comunitário, após a transfusão indesejada. A interpretação do Princípio ocorre com ausência de limites à sua aplicação.

> [...] "a existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades, já que não haveria sentido proclamar qualquer outro direito se, antes, não se assegurasse o direito de estar vivo para usufruí-lo. Daí porque, conforme doutrina abalizada, o constituinte brasileiro coerentemente, no caput, do artigo 5º, após garantir a igualdade entre os cidadãos, inicia o rol dos bens invioláveis justamente pelo direito à vida".[...] [183]

Como a Constituição Brasileira protege o direito à liberdade de crença, da mesma forma que protege a vida, questiona-se que esta proteção seja concedida, exclusivamente, pela visão do Estado. Cabe a proteção a partir dos interesses do protegido, de seu entendimento sobre quais os direitos devem preponderar sobre outros, porque os direitos fundamentais pertencem aos indivíduos.

Para compreender um texto em sua verdadeira possibilidade, afirma Gadamer[184], é necessário que as opiniões prévias não sejam arbitrárias. As opiniões devem ser examinadas quanto à sua origem e à validez. Não se pode introduzir acriticamente, o caráter inconsciente dos próprios hábitos extraídos da linguagem, mas deve existir a abertura para a opinião do

---

[182] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 595000373. Julgado em 28 de março de 1995. Site do TJRS.

[183] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2004.002.1329. Julgado em 5 de outubro de 2004. Site do TJRJ.

[184] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008. p. 354-371.

outro e para a opinião do texto, buscando relacioná-la com a opinião própria. O intérprete deve estar disposto a deixar o texto lhe dizer algo. Essa receptividade não diz respeito à neutralidade, mas sim uma apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais.

Gadamer, com referência a Heidegger, descreve a hermenêutica na questão do ser, no sentido de tornar consciente as antecipações, a fim de controlá-las. Reconhecer o caráter preconceituoso da compreensão amplia a hermenêutica. O preconceito representa um juízo, como na jurisprudência, uma "pré-decisão jurídica".

Seguir a jurisprudência, com a aplicação da compreensão de que a vida é um bem superior a todos os demais, sem percepção crítica do texto constitucional, afasta a alteridade textual. O discurso da autoridade deve se submeter à razão. O alcance desta autoridade vem pelo conhecimento. Não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser compreendido por bons motivos validados pela razão.

Os motivos indicados não preenchem a razão. A Constituição Federal, ao elencar os direitos fundamentais e iniciar pelo direito à vida, não faz deste o direito mais importante. Este mesmo direito terá supremacia sobre todos os demais de acordo com o contexto em que se encontrar. Todavia, poderá, em outras circunstâncias, ser sobreposto pelo direito à liberdade.

O argumento de que "morto não pode lutar por liberdade", apresentado em uma das decisões, deixa de analisar a possibilidade de que alguém pode preferir a morte à perda de alguma liberdade, como o fato de que a mulher pode expor a própria vida a perigo ao defender sua liberdade sexual. Se "a vida antecede a liberdade" e "somente com ela são usufruídos os direitos às liberdades", não é menos verdade que uma vida sem liberdade não é uma vida completa.

Sen[185] argumenta que muitas das liberdades funcionam por processos diferentes do controle direto. Como o exemplo das preferências religiosas que serão satisfeitas se estiverem em conformidade com o que o Estado deseja impor. A liberdade religiosa ocorre, então, de acordo com a "boa sorte da pessoa". O indivíduo deve se encontrar numa situação favorável no lugar de ter efetividade do seu querer. Dessa forma, o direito à liberdade está restrito às decisões pessoais para exercer seus direitos do modo que desejar, mas não há garantias do resultado. O direito é de escolha da ação, tão-somente.

A liberdade possui duas boas razões para ser considerada valiosa, destaca Sen. Primeiro, mais liberdade confere mais oportunidade de buscar o que valorizamos. Segundo,

---

[185] SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 259-351.

podemos ter certeza de que o processo de escolha não é forçado por outros. A liberdade não pode ser considerada de forma isolada ao resultado que produza, pois o resultado garante as suas razões.

Mais uma vez, cabe ao indivíduo explicitar qual direito deve prevalecer em seu benefício, com plena liberdade, diante das circunstâncias que vive e das peculiaridades das suas tradições e na sua relação com os demais membros de seu convívio. De outra forma, o Princípio da beneficência sofre violação quando ou se ultrapassados os limites de sua aplicabilidade.

3.2.2.4 Princípio da Justiça

O Princípio da justiça é um tratamento equitativo e apropriado, levando em consideração o que é devido a cada um em razão de suas peculiaridades individuais, como conceituado no capítulo 1. Com base neste conceito, se há uma reivindicação válida, a ela corresponderá um direito. Ocorre a injustiça quando um ato ou uma omissão nega ao indivíduo um benefício ao qual tem direito ou deixa de distribuir os encargos de modo equitativo.

Não há regras quanto às circunstâncias específicas para a igualdade e, portanto, torna-se difícil estabelecer como se define a igualdade de tratamento e até que ponto deve existir. Mas é importante lembrar que a saúde não é o único objetivo ou valor preponderante e que a oportunidade de tratamento está sendo oferecida à paciente. Isso representa oportunidade equitativa, portanto justa, a ser aceita ou alcançada pela paciente por sua vontade e sua decisão. É a conjugação dos princípios da justiça e do respeito à autonomia.

Ao julgar o processo com respeito à autonomia, corrigindo o curso do atendimento médico e colocando o direito à liberdade de crença com a mesma importância do que o direito à vida, está sendo conferido um tratamento igualitário, não como imposição mas como oportunidade, com a compreensão da história de cada um e a aceitação das crenças e desejos pessoais.

Somente o indivíduo pode avaliar e dizer o que, de fato, deseja para sua vida, pois ele próprio terá que assumir as consequências. Além do que, a alocação de recursos, tão escassos na área de saúde, deve ocorrer para quem desejar. Certamente, outros pacientes necessitam do mesmo procedimento e o aceitam. Cabe alocar tal recurso para aquele que o aceita.

Ao afirmar que é justo que a paciente seja respeitada em sua crença, mesmo com risco de morrer, está se concedendo a possibilidade de uma vida satisfatória na medida da vontade

da paciente. Uma vida que vale a pena ser vivida pelas suas próprias motivações e razões e não pela razão do médico, do juiz ou do legislador. Não se deve impor a obrigação de viver, mas se deve oferecer as boas condições para que se viva bem. As condições são estabelecidas pelos costumes, tradições e crenças de cada um que serão diferentes de indivíduo para indivíduo. Ao respeitar essas escolhas, os direitos que são concedidos, em decorrência delas, recebem uma alocação justa, caracterizando o Princípio da justiça.

> [...] Não se vislumbram, portanto, razões pelas quais a vontade da agravante deva ser substituída pelo Poder Judiciário, uma vez que, sendo ela capaz, pode optar pelo tratamento que lhe convier e que lhe aprouver para manter-se, antes de tudo, com a autodeterminação derivada do princípio da dignidade da pessoa humana preservada.[...] [186]

Outro aspecto a ser considerado diz respeito ao médico no exercício de sua profissão e às consequências jurídicas advindas da sua prática. A sua atuação ao deixar de autorizar a transfusão em respeito à autonomia do paciente pode ser interpretada como omissão e se o paciente morrer o médico poderá responder a um processo crime. Por outro lado, a sua atuação positiva, realizando a transfusão sem considerar a recusa do paciente pode gerar um pedido de indenização por dano moral, como em um dos processos analisados.

> [...] Ementa: Indenizatória- Reparação de danos- Testemunha de Jeová – Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação – Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida – Conduta dos médicos, por outro lado, que pautou-se dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas apos esgotados todos os tratamentos alternativos – Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora – Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhida, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante – Recurso improvido. [...] [187]

Todavia, pelas características da nossa sociedade, no tocante a exigir o cumprimento de seus direitos civis, é mais provável que o médico tenha maior preocupação com possível ação penal do que com a ação civil de indenização. Isso pode ser verificado pelo reduzido número de processos encontrados sobre o tema e o resultado da ação que negou a indenização, bem como as três ações, que ficaram fora da análise, com relação à responsabilidade penal de quem impediu a transfusão.

---

[186] decisão paradigmática.

[187] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 123.430-4/4. Julgado em 7 de maio de 2002. Site do TJSP. A ementa é um resumo da decisão.

> [...] Omitir-se o médico em realizar uma transfusão de sangue ante o risco de vida, poderia estar cometendo crime de omissão de socorro, inclusive com contornos penais.[...] [188]
>
> [...] E os réus assim se conduziram, até para evitar que carregassem em suas consciências, a acusação de morte da autora, por omissão. [...] [189]

A pressão exercida sobre o profissional pode colocar em risco o cumprimento do Princípio da justiça. Por isso, é fundamental uma posição efetiva do Judiciário em questões dessa natureza para que profissionais da área de saúde possam ter um campo de atuação que permita adequar o procedimento e seus limites de acordo com a autonomia de cada paciente e as circunstâncias peculiares a cada caso, garantindo a aplicação do Princípio da justiça.

O argumento de que o Estado deve assumir a titularidade da vida do indivíduo quando ocorre perigo de dano à saúde, é uma visão equivocada quanto aos deveres do Estado para garantia do direito social à saúde.[190] O Estado tem o dever de garantir a redução do risco de doença e propiciar o acesso universal e igualitário para promoção da saúde, através de suas políticas públicas. [191] Todavia, esse dever não implica em obrigar ao exercício do direito, mas a disponibilizar o acesso para todos igualmente. Considera-se justo o ter para oferecer e não obrigar a ter o que é oferecido, cabendo a escolha ao próprio indivíduo.

"[...] A opção responsável é o exercício do direito inerente a todo ser humano de responder por si mesmo aos desafios da existência, isto é, de dominar, pela razão e pela vontade, o curso da própria história.[...]" [192]

a) Decisões obrigando ao procedimento

As decisões que obrigam ao procedimento são justificadas por expressões como "morto não pode lutar por liberdade" ou "Não é dado dispor da própria vida, de preferir a morte" e a tarefa de salvar vidas, imposta aos médicos e ao Judiciário, implica um dever de

---

[188] Ibidem.

[189] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 123.430-4/4. Julgado em 7 de maio de 2002. Site do TJSP. A ementa é um resumo da decisão.

[190] CF - Art. 6º –São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição;

[191]CF - 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.

[192] decisão paradigmática.

viver e não no direito de viver. O argumento da indisponibilidade da vida é reproduzido por ela pertencer ao Estado, como na decisão, afirmando que, embora a vida pertença ao homem "dela não pode dispor porque há outro titular que é o Estado". Seria um Princípio de justiça impositiva, no qual os direitos adquirem relevância, mas não de acordo com o interesse de cada um e sim de acordo com o interesse exclusivo do Estado.

> [...]Se com base em sólido entendimento médico-científico, ainda que divergências existam a respeito, para a preservação daquele direito seja necessária a realização de terapias que envolvam transfusão de sangue, mesmo que atinjam a crença religiosa do paciente, estas terão de ser ministradas, pois o direito à vida antecede o direito à liberdade de crença religiosa.[...] [193]

Para efetivação desse Princípio melhor seria o reconhecimento dos direitos e não imposição. A vida, como bem supremo, somente faz sentido por escolha do próprio titular da vida, pois ninguém possui a obrigação de viver. Esta titularidade não é substituível, exceto quando a autonomia do paciente não existe ou é incerta.

Não obstante para algumas decisões, a imposição de procedimento é a forma justa de atuação "mesmo contra a vontade da paciente, dos familiares, "de quem quer que seja". É o Estado no exercício de sua soberania.[194]

O Estado, apesar de criar normas constitucionais sem determinar direitos preponderantes, entende que "no choque entre direitos fundamentais a opção do legislador é a de prestigiar a vida que corre perigo" em detrimento da liberdade.[195]

Em decisão, que admite a possibilidade de consentimento informado, afirma que "O consentimento só é necessário quando não houver perigo de vida". [196]A determinação do Código Civil, art. 15 – "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a procedimento médico ou a intervenção cirúrgica" – passa a justificar a imposição de procedimento, sob o argumento de que, em sentido contrário, não havendo risco de vida do procedimento, pode-se obrigar ao paciente. Dessa forma, o julgador deixa de considerar outros direitos e garantias fundamentais.

---

[193] SAO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 132.720-4/9-00. Julgado em 26 de junho de 2003. Site do TJSP.

[194] Ibidem.

[195] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229. Julgado em 5 de outubro de 2004. Site do TJRJ.

[196] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162. Julgado em 22 de agosto de 2007. Site do TJRS.

Essa norma pode levar à errônea compreensão de que todo procedimento que não coloque a vida em risco é obrigatório. Mas, não podemos imaginar que um paciente seja obrigado a receber uma injeção ou tomar um comprimido sem entender para quê e por quê e com a sua concordância. As campanhas de vacinação dos idosos contra a gripe é um bom exemplo. Seria justo que todas as pessoas com mais de 60 anos fossem compelidas à vacinação da gripe, mesmo que não a desejassem? As explicações das razões da vacina contra a gripe são fornecidas e não há risco de vida. Os idosos decidem se desejam se vacinar. Não há uma imposição por parte do Estado, que soaria absurda. A interpretação deste artigo é incongruente sem que sejam considerados os demais direitos fundamentais. Senão todo procedimento que desse alguma sobrevida ao paciente, seria compulsório, em afronta à autonomia do indivíduo.

Em um dos julgados[197], destaca-se a deferência ao saber médico ao afirmar que sequer o Judiciário deveria ser procurado, pois "o judiciário não deve determinar tratamento médico. Essa relação médico-paciente não pode ter intervenção". A relação adquire contornos especiais que conduzem à beneficência obrigatória, mas dentro de limites e sob a vontade do paciente e não pela vontade do médico. Todavia, outra decisão[198] afirma que "o médico não possui autoridade, tampouco competência para substituir a vontade do paciente", o que sugere que o Judiciário teria essa autoridade na substituição da vontade do paciente em razão da "utilidade e o ponto de vista prático".

Em ambas, a decisão sobre a vida do paciente oscila entre responsabilidade médica ou judicial excluindo a participação do maior interessado, o paciente.

Uma decisão[199] sustenta que a medicina deve "cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa", com base na norma do Código de Ética Médica de que o médico somente pode intervir, sem o consentimento do paciente, em caso de iminente perigo de vida. Ocorre que a preocupação na solução destes casos não é diretamente com a religiosidade, mas com as liberdades individuais e a livre manifestação e decisão sobre a vida privada, sem interferência de terceiros. As liberdades de crença e de religião devem, obrigatoriamente, ser respeitadas, inclusive pela medicina e pelo Judiciário, pois são direitos morais e fundamentais garantidos ao ser humano livre.

---

[197] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 595000373. Porto Alegre, 28 de março de 1995. Site do TJRS.

[198] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162. Porto Alegre, 22 de agosto de 2007. Site do TJRS.

[199] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70032799041. Julgado em 11 de março de 2010. Site do TJRS.

São cerca de seis milhões de Testemunhas de Jeová ao redor do mundo [200] que merecem adequado cuidado profissional e o devido respeito às suas crenças. Uma decisão, destacada a seguir, ressalta que não há recusa a tratamento médico e que podem fazer uso de componentes sanguíneos, como a albumina e imunoglobulinas, mas cada um deve decidir se aceita ou não o procedimento oferecido, em respeito ao indivíduo e aos seus valores religiosos.

> [...] Quão importante é esse assunto para as Testemunhas de Jeová? Elas admitem que "a questão (...) envolve os princípios mais fundamentais sobre os quais [as Testemunhas] baseiam suas vidas. A relação com seu Criador e Deus está em jogo". As crenças das Testemunhas de Jeová – que recusam transfusões de sangue por motivos religiosos ou médicos – servem de fundamento para um sistema moral, para um conjunto de juízos deontológicos sobre o que se deve ou não fazer. **Segundo este sistema, a recusa às transfusões constitui uma regra de conduta a ser observada, ainda que a sociedade a ignore ou menospreze**.[...] [201]

De fato, a existência humana é pressuposto dos direitos e das liberdades e somente se pode usufruir de tais direitos havendo vida. Entretanto, a vida em sua completude só tem sentido se exercida com liberdade e respeito às diferenças. Por isso que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Pelo fato de o direito à inviolabilidade ter mencionado primeiro a vida não significa que suplanta a liberdade ou a igualdade. Uma vida preservada, mas não respeitada na igualdade para com os demais membros da sociedade, como nos tempos da escravidão, é uma vida diminuída, reduzida em sua dignidade, sendo compreensível que um escravo colocasse sua própria vida em risco para tentar ter sua liberdade de volta.

Portanto, todos os direitos fundamentais andam juntos nenhum se sobrepondo a outro. Quando o médico ou o juiz decide qual é o direito fundamental prioritário, com base nas suas próprias crenças, há violação do Princípio da justiça, por estar concedendo a alguém não o que lhe é devido de direito, mas o que acredita que lhe é devido, em afronta à autonomia do paciente. Para igualar os desiguais, há que se identificar, respeitar e atender às diferentes necessidades individuais.

Reconhecer as individualidades e respeitá-las, dando a cada um o que é de direito, é aplicar o Princípio da justiça.

---

[200] LINNARD-PALMER, Luanne. **When parents say no : religious and cultural influences on pediatric healthcare treatment**. Indianapolis, IN : Sigma Theta Tau International, ©2006. p. 68-76.

[201] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162/2007. Julgada em 22 de agosto de 2007. Site do TJRS.

Uma outra decisão, embora reconheça o direito ao respeito à liberdade religiosa e não determine o procedimento ao paciente, afirma, na sua ementa, que não cabe a intervenção judicial em razão do dever de agir do médico, em caso de perigo de vida.

> [...] Ementa: Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligencias necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. **Recurso desprovido**.[...] [202]

O conteúdo da decisão é no sentido de respeitar o consentimento informado, porém somente quando não existir perigo de vida. Esse entendimento retorna ao ponto de partida, pois confere a decisão final ao saber médico. Ao mencionar a autonomia, refere-se à autonomia médica que lhe permite não oferecer um tratamento do qual discorde.

> [...] **a condição de autonomia do médico lhe permite recusar a participação num tratamento do qual ele discorde profundamente – salvo na ausência de qualquer outro profissional, e, logicamente, em casos de iminente risco de vida.[..]** [203] (grifo do autor)

Prossegue prestigiando o consentimento informado.

> [...] **A doutrina do consentimento esclarecido é, na verdade uma doutrina jurídica que apoia muito dos nossos ideais sobre direitos individuais.** Mas a ênfase indevida nas suas origens e funções jurídicas pode eclipsar o fato de que o consentimento esclarecido não é meramente um conceito jurídico, mas também e sobretudo ético e moral. **Na tomada de decisão em conjunto quanto a que tipo de tratamento um paciente receberá, ou se é que receberá algum tratamento, o papel do médico será o de explicar as varias opções de diagnóstico ou tratamento que existem para aquele caso e os riscos e benefícios de cada uma delas.** Um 'padrão subjetivo' requer do médico uma abordagem informativa apropriada a cada indivíduo[...] **quando o processo de decisão é assim partilhado, o profissional de saúde age eticamente e demonstra respeito às crenças religiosas e demais valores de seu paciente.** [...] [204]

Embora ressalte a importância do consentimento/recusa informado conclui que não cabe interferência do Judiciário.

---

[202] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162/2007. Julgada em 22 de agosto de 2007. Site do TJRS.

[203] Ibidem.

[204] Ibidem.

> [...] uma vez seguidos os procedimentos adequados para a obtenção do consentimento/recusa informado (a), tem-se que foram cumpridas todas as formalidades jurídicas ao caso, **não cabendo ao judiciário interferir na relação médico-paciente.** [...] [205]

Tal afirmação destoa do restante do conteúdo decisório por não assegurar ao paciente a tomada da decisão sobre o procedimento a que deseja se submeter, mas ao médico. Há evidente correlação entre autonomia e conhecimento, como se somente as pessoas com vasto saber possuíssem a capacidade de tomada de decisão. Essa compreensão torna os *experts* como "juízes", o que contraria a própria lei que afirma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial e pode formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados.[206]

Caso o julgador declarasse, expressamente, o direito do paciente em não receber procedimento que não autoriza, estaria assegurando um direito fundamental do paciente, o direito à liberdade. O reconhecimento de alguns direitos individuais, deixando ao médico a decisão final, em razão da sua perícia médica, desloca a responsabilidade quanto à proteção e à concessão dos direitos constitucionais e reduz a decisão a uma questão técnica, sem considerar seus contornos morais e éticos. Curiosamente esta mesma decisão menciona duas vezes a bioética. Destaque-se uma passagem.

> [...] De resto, além da norma jurídica aplicável ao caso - o Código de Ética Médica – e da doutrina médica, também os bioeticistas apontam a conduta a ser adotada no caso sob exame: o respeito à autonomia, à liberdade, e, consequentemente, à dignidade do paciente; [...] [207]

A aplicação do Princípio da Justiça não se faz de forma plena quando se transfere o poder de decisão para um saber que se reputa superior, pois deve existir interdependência dos interesses. A compreensão quanto a não interferência do Judiciário, também viola o Princípio da justiça, pois sua função precípua é justamente assegurar a proteção contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Não obstante a argumentação imparcial e o respeito à pluralidade religiosa, faltou ao julgador assumir a tarefa de acomodar as diferentes razões reconduzindo os fatos ao que se espera como distribuição do que é justo. Este papel é o desempenhado pela bioética, no sentido de realizar a convergência de ideias plurais, como proposto por Maliandi.[208]

---

[205] Ibidem.

[206] Código de Processo Civil - Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

[207] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162/2007. Julgada em 22 de agosto de 2007. Site do TJRS

[208] Cf. nota 116

Sen[209] lembra que uma avaliação deve lidar com diferentes prioridades concorrendo entre si. Não é necessário que todos os valores se reduzam a apenas um para que tenhamos uma boa decisão. Uma teoria da justiça deve acomodar a pluralidade de razões porque estão vinculadas a valores e a considerações importantes. Esta tentativa de acomodação incluirá casos de solução mais fácil ou mais difícil, por isso as considerações não congruentes da teoria, a torna incoerente e pode ser utilizada até onde seja útil a sua aplicação. Como diz Sen, "Não vivemos no mundo do 'tudo ou nada'.

3.2.2.5 Conclusão da análise do segundo grupo

O que se extrai da presente análise, à luz dos princípios bioéticos, é que o julgamento judicial é também um julgamento moral em consonância com a moralidade atual da comunidade. Mesmo não sendo posição de todos os membros de uma sociedade plural, deve espelhar um pensamento moral convergente e preocupado com os reflexos na sociedade, mas principalmente com os reflexos na vida do indivíduo.

A necessidade de que a decisão moral tomada tenha base na legislação vigente, como garantia dos direitos das partes, de paz social e segurança jurídica, é suprida através da interpretação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais. Da mesma forma que a interpretação dos princípios bioéticos necessita de especificação, o juiz o fará diante das normas que concedem inúmeros direitos e garantias na mais alta classe de direitos civis como os garantidos pela legislação brasileira, em interpretação à luz de princípios éticos. Dada sua imensa subjetividade, devem, obrigatoriamente, ser justificados por boas e coerentes razões, ponderados e especificados até que o conflito, apresentado ao Judiciário, encontre solução. O conhecimento de conceitos filosóficos colabora na discussão ética sobre a moralidade, e a teoria Bioética, especialmente a teoria Principialista, estabelece um caminho metodológico para justa solução despida de moralismos e reduzindo a subjetividade e a aleatoriedade das decisões neste campo.

Como demonstrado, a teoria Principialista está em consonância com os direitos previstos nas leis brasileiras, pois sua base é a moralidade comum. A Constituição Federal deixa claro no seu preâmbulo o propósito de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, entre outros, como valores

[209] SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 423-450.

supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

O indivíduo que busca no Judiciário o reconhecimento de um direito que entende possuir terá respeitado o seu *modus vivendi* pelos demais membros da sociedade, que mesmo não concordando com essa escolha terá dificuldades em rechaçá-la, ao se confrontar com a coerência do raciocínio.

3.3 **Grupo 3 - Mudança de nome e de sexo de transexual**

Neste terceiro grupo de acórdãos, há diversas subcategorias encontradas, de acordo com o entendimento apresentado pelos Tribunais. O pedido de mudança de nome e de sexo, formulado por transexual, ocorre com ou sem cirurgia prévia de mudança da genitália. Em alguns pedidos, houve mudança de parte dos caracteres sexuais secundários, como retirada de mamas, por exemplo. Em outros, as características externas do sexo oposto estão presentes, porém a genitália do sexo biológico não foi extirpada. Esta tensão entre o aspecto físico e o sexo psíquico do indivíduo representa forte discussão neste núcleo.

Em razão desta tensão, a metodologia Principiológica é utilizada para equacionar o problema, ao especificar os quatro Princípios e aplicar resultados que os respeitem. A argumentação demonstra que o Judiciário, mesmo que indiretamente, colabora para imposição de riscos ao indivíduo quando não deseja realizar a cirurgia de mudança de genitália.

A conclusão é no sentido de que a imposição de cirurgia não deve ser o mais importante para o reconhecimento do sexo psíquico.

3.3.1 <u>Aplicação da Teoria Principialista aos dados coletados</u>

Passemos a examinar os quatro Princípios individualmente e sua aplicação nos dados coletados.

3.3.1.1 Princípio do respeito à autonomia

Nos casos judiciais em estudo aparecem os elementos da autonomia que permitem a tomada de decisão pelo próprio interessado. O respeito à escolha autônoma dos indivíduos exige consideração cuidadosa, sem priorizá-lo aos demais, indagando quanto à capacidade de quem pratica um ato de transformação física de seu corpo, muitas vezes, com a mutilação. A

autonomia implica na manifestação de vontade mediante informação material prévia, entendimento do que ocorre e conhecimento de um plano de ação, a fim de ser aceito ou recusado, com a manifestação de vontade completamente livre de influência de terceiros para a tomada da decisão.

O transexual rejeita seu sexo biológico por ter a compreensão psicológica de que pertence ao sexo oposto. A adequação do seu sexo biológico ao sexo psicológico vai sendo construída ao longo dos anos, com início na infância. Há diversos relatos nas decisões pesquisadas, esclarecendo que o requerente, desde a infância, sentia desconforto com seu sexo anatômico.

Em um dos casos o requerente esclareceu que "com 8 anos lembra-se que era diferente, só queria ser guria, só queria brincar de boneca". Em outro, disse que desde a infância "só gostava de brinquedos e de brincadeiras de menina" e na adolescência passou a tomar hormônios femininos. Em um terceiro caso, o requerente disse que

> [...] desde a infância já se destacava como uma pessoa diferente, uma vez que preferia brincar e conversar com as meninas na escola, descartando qualquer tentativa de inclusão em ambiente masculino, salientando que já aos sete anos de idade passou a apresentar sinais de tristeza, pois percebia algo de estranho em seu corpo e, principalmente, em sua personalidade, o que o afastava da convivência escolar e familiar, sendo motivo de chacota para a maioria dos alunos durante todos os seus anos de colégio[...]. [210]

A seguir começam a usar roupas próprias ao outro sexo e a fazer uso de hormônios. A cirurgia poderá ser realizada a partir dos 21 anos de idade,[211] após dois anos de tratamento psicológico, de acordo com as normas da ética médica.

Uma das decisões discute a autonomia da vontade, ao aceitar ser mutilado e ter seu corpo transformado. A sentença em primeiro grau deferiu a modificação do nome, porém não do sexo, considerando a interferência no corpo como crime de lesão corporal. O requerente apela e o Tribunal afirma que tanto a sentença como o parecer do Ministério Público "estão eivados de forte carga ideológica", ao considerarem a atuação sobre o próprio corpo como crime, pois "não tomou em consideração o consentimento do ofendido".

---

[210] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0003274-54.2008.8.19.0044. Julgado em 5 de setembro de 2011. Site do TJRJ.

[211] Resolução do CFM nº 1.955/2010- art. 4º, atualmente discute-se a redução desta idade para 18 anos e início do acompanhamento psicológico aos 16 anos, mas o Ministério Público é contrário à medida, conforme notícia publicada no Jornal O Globo de 23 de abril de 2013.

> [...] na verdade, em primeiro grau, a manifestação tanto da sentença como do parecer ministerial estão eivados de forte carga ideológica aspecto que talvez tenha feito com que houvesse alguma incongruência em ambos os textos" [...] ao referir-se aos cânones penais não tomou em consideração o consentimento do ofendido com respeito a determinadas atividades sociais como por exemplo os esportes de luta, como boxe, caratê, tae-kwon-do, ou futebol, nos quais as lesões que costumam ocorrer não estão tipificadas como crimes não só em razão do princípio do consentimento do ofendido mas também por serem atividades socialmente permitidas.[...] [212]

Aquele que se propõe a mudar seu sexo será capaz de tomar essa decisão a partir do recebimento da informação material sobre o que acontece com seu corpo e as consequências da mudança através de tratamento hormonal e cirurgia. Devidamente esclarecido, poderá concordar com o plano que lhe é oferecido, livre da influência de terceiros.

Contudo, o que normalmente ocorre é que a decisão já está tomada quando o transexual procura o médico[213]. Os esclarecimentos, e mesmo o consentimento antes da cirurgia, podem prevenir males maiores. É um caso que tem aspectos distintos dos demais casos estudados.

A transexualidade consta na Classificação Internacional de Doenças - CID, como um dos Transtornos mentais e comportamentais, no grupo de Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto, na categoria Transtornos da identidade sexual, considerada como patologia.[214] Uma das decisões judiciais informa que a França deixou de considerar a transexualidade como doença, propondo, o julgador, que seja reconhecida "como um fenômeno real, presente na sociedade". Desde 2012, a Associação Americana de Psiquiatria passou a considerar, no Manual de Desordens Mentais, como disforia de gênero.[215]

A competência para entender a situação jurídica e decidir voluntariamente é crucial no respeito à autonomia. A anterior Resolução do Conselho Federal de Medicina[216] exigia expressamente a "ausência de outros transtornos mentais" para realização da cirurgia. A Resolução mais recente[217] manteve a exigência, porém retirou a palavra "outros". Essa nova percepção da transexualidade, como disforia de gênero, passando a ser vista como um mal

---

[212] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2008.001.17016. Julgado em 22 de outubro de 2008. Site do TJRJ.

[213] BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignacão sexual**: um processo bioeticamente inadequado. 2010 174 f. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/xmlui/handle/icict/2545> Acesso em: mar. 2013.

[214] Disponível em: <http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo> Acesso em: jun. 2013.

[215] DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5*)*. Disponível em: <http://www.dsm5.org/Documents/Gender%20Dysphoria%20Fact%20Sheet.pdf> Acesso em: 17 jun. 2013.

[216] Resolução do CFM nº 1652, de 2002.

[217] Resolução do CFM nº 1955, de 2010.

estar psíquico acompanhado de sentimento de tristeza, afasta o estigma de desordem mental para considerar uma angústia associada a essa condição. Esse estigma traz a falsa ideia de redução de capacidade do indivíduo em tomar decisões, contudo a Resolução vem reforçar a plena capacidade do transexual, ao exigir expressamente em um de seus artigos que "deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido".

Dos dados coletados, a maior parte dos pedidos é formulada por transexuais que realizaram a cirurgia de redesignação de sexo. A tendência nos julgamentos é exigir a cirurgia para mudar o nome e o sexo. Para os homens implica na retirada do pênis e na criação de um órgão semelhante à vagina, através da neocolpovulvoplastia e para as mulheres na retirada de mamas, ovários, trompas e útero e implantação de um órgão semelhante ao pênis, através da neofaloplastia.

Os julgamentos que autorizam a mudança de nome e sexo com cirurgia de redesignação são justificados pelo sofrimento psíquico intenso, constrangimento no relacionamento social, ao se apresentar como sendo de um sexo e ter nome próprio de outro sexo e que, essa angústia e conflito atingem a dignidade humana, ao negar o direito à livre orientação sexual. Diversos julgados se referem ao direito à intimidade e à inviolabilidade da vida privada como suporte para conceder o direito postulado. A livre orientação sexual e a identificação pelo nome correspondente ao sexo pelo qual o transexual se sente identificado são compreendidos como um direito personalíssimo decorrente da existência humana e devem ser respeitados.

A seguir será abordado um aspecto em especial: a) liberdade de escolher a aparência

a) Liberdade de escolher a aparência

O juiz segue o Princípio do respeito à autonomia quando aceita a decisão pessoal do requerente independente de seu sexo biológico ou mesmo da aparência do sexo biológico. Quando alguém decide fazer a cirurgia para mudar de sexo sabe que biologicamente não está mudando de sexo. Está suprimindo caracteres do sexo que rejeita para criar uma situação que lhe seja mais confortável psicologicamente. Está ciente de que a cirurgia não cria uma nova realidade biológica completa, mas concede uma realidade física diferenciada que faz com que se aproxime do que desejaria ser biologicamente.

O juiz também sabe disso, mas, na maioria dos casos, considera que a cirurgia é essencial como um passo para concretizar a mudança física, pois a biológica, de fato, não acontece. A exigência judicial da cirurgia para a mudança de sexo é baseada em situação de

aparência artificial, com suporte em razões de fundo psicológico. Esta razão psicológica é a que leva o julgador a respeitar a manifestação de vontade do indivíduo e não a existência de órgão semelhante ao do sexo oposto, pois, se o órgão construído fosse o aspecto mais importante da decisão judicial, o juiz estaria tomando uma decisão amparada numa situação não verdadeira, apenas aparente e qualquer pessoa que tivesse sido mutilada, por outras razões, poderia ser enquadrada no sexo oposto. O juiz decide porque sabe que o sexo psicológico do transexual é a influência relevante para a mudança de sexo. A cirurgia é parte complementar do processo.

O que se tem de real é o desejo de alguém de ser tratado como do sexo oposto. Tanto que para alguns a transformação plena não acontece, ou por dificuldades físicas para se submeter à cirurgia, ou por dificuldades, para pagar os custos, ou pela demora na espera da realização da cirurgia de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde (SUS) que oferece este tipo de serviço como direito à saúde, mas não consegue atender à demanda existente.[218]

O real é o desejo, é o psicológico. A ideia de que o requerente tem a psique do sexo oposto ao seu sexo biológico é aceita pelos juízes em todas as decisões, sejam favoráveis ou não. Alguns expressam claramente que a transformação física pela cirurgia é apenas aparente. Contudo, são poucos os julgadores que se satisfazem com o argumento do sexo psicológico para julgar favoravelmente ao requerente.

Uma única decisão muda o nome e o sexo da requerente sem cirurgia de redesignação sexual. O pedido formulado por mulher foi negado em primeiro grau sob a justificativa de a lei não autorizar esta mudança. Na apelação o julgador considerou que

> [...] Quanto ao diagnóstico médico, psiquiatras ou psicólogos o fazem 'através de várias conversas com o paciente, para determinar corretamente os sentimentos dele', sendo que um tratamento psicológico se faz necessário para entender a alteração apresentada e apenas em alguns casos específicos será indicado a cirurgia de alteração de sexo, a qual só se faz após cuidadosa avaliação psicológica e física da pessoa [...] [219]

---

[218] Portaria do SUS Nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. Disponível em: <http://bioeticaebiodireito.blogspot.com.br/2013/11/portaria-redefine-e-amplia-processo.html> Acesso em: nov. 2013, que redefiniu e ampliou a Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008, que instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, empreendido em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde aos indivíduos e à a humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminação, inclusive pela sensibilização dos trabalhadores e dos demais usuários do estabelecimento de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana; regulamentada pela Portaria nº 457, de 19 de agosto de 2008.

[219] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70011691185. Julgado em 15 de setembro de 2005. Site do TJRS.

e que o requerente realizou cirurgia de extirpação dos órgãos femininos e sente-se como homem se ofendendo quando denominado de mulher. O juiz pergunta "O que faltaria para a procedência da ação?

> [...] sente-se como homem, ofendendo-se, mesmo, se denominado mulher [...], já fez cirurgias de extirpação dos órgãos femininos (e, portanto, ao menos anatomicamente, 'não seria mulher'). O que faltaria para a procedência da ação? A construção da genitália masculina (neopênis e escroto, além da realização da prótese peniana).[...] [220]

O julgador confere destaque ao depoimento do requerente sobre os riscos desta cirurgia afirmando que se não houve a construção da genitália masculina isso ocorreu pela complexidade da construção do órgão que exige um implante prévio, no braço, de músculos, veias e nervos, causando deformidade e podendo provocar graves danos físicos ao paciente.

> [...] Ora, por primeiro, diga-se que tal complemento advém de cirurgia que oferece riscos bastante elevados. No particular, cita-se o depoimento [...] 'Primeiro pega massa muscular do braço, se implanta 03 meses, é retirado o músculo do braço, fica uma cavidade horrível de feia, tira veias, tira nervos dali e está sujeito a perder movimento do bração e nos dedos. Depois de enxertado 03 meses no braço o membro vai para baixo e após é feito o implante da prótese peniana. Na colocação do implante pode acontecer o que aconteceu com o [...], ele teve várias contusões, teve que tirar uma veia nas pernas, teve retirado um pedaço da perna aqui, ele teve várias sequelas, nas duas pernas, sendo que ele quase morreu, não morreu por segundos'. Ainda assim, a dicotomia do sexo psicológico com o sexo registral é de tal forma que manifesta [...] firme intenção de realizá-la [...] [221]

Conclui pela ausência de dúvidas de que o "papel que desempenha na sociedade caracteriza-se como de cunho nitidamente masculino".

> [...] "[...] sente-se homem e desempenha tal papel na sociedade. [...] Embora não lhe tenha sido construída a genitália masculina, [a requerente] jamais foi mulher do ponto de vista psicológico, agora, anatomicamente não mais possui os órgãos femininos, os quais já foram extirpados. Assim, o 'sexo registral' não mais se justifica, nem psicologicamente (pois [a requerente] jamais foi, de fato, mulher), tampouco anatomicamente, pois [a requerente] não tem órgãos femininos). [...]" [222]

Não entende justificável a exigência da cirurgia completa e prévia. Admite que há intenção de realizá-la, mesmo diante de suas dificuldades e conclui não ser "razoável que se

---

[220] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2008.001.17016. Julgado em 22 de outubro de 2008. Site do TJRJ.

[221] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2008.001.17016. Julgado em 22 de outubro de 2008. Site do TJRJ.

[222] Ibidem.

protele um desfecho que, de fato, está fadado a acontecer" referindo-se à cirurgia que pretende realizar no futuro.

> [...] **O questionamento é, porque se deveria esperar para deferir-se o que está fadado a acontecer?** Note-se que não parece ser razoável que se protele um desfecho que , de fato, está fadado a acontecer [...] ainda que, em função do elevado grau de dificuldade que apresenta, possa vir a demorar mais do que o previsto. [...] [223]

O indivíduo manifesta sua vontade, desenvolvida ao longo dos anos, pois não é voluntariosa, com acompanhamento psicológico e transformações possíveis dentro da realidade de sua vida. Transforma sua aparência utilizando hormônios, assume o papel social do sexo oposto. Coloca silicone para ter seios de mulher e deixa os cabelos compridos, usa saias e vestidos, de tudo faz para parecer como uma mulher. Ou esvazia as mamas, usa cabelo curto e ingere hormônios para fazer a barba crescer, veste calças masculinas, age e vive como um homem. Tudo em busca do ideal físico do sexo oposto, nos exatos padrões ditados pela sociedade. Quando chega o momento da transformação do órgão sexual se depara com a necessidade da mutilação. Só que nem todos podem se submeter à cirurgia. Nenhuma das outras etapas é deixada de lado. O aspecto psicológico persiste, mas a cirurgia deixa de acontecer por medo da mutilação, por impossibilidade física ou por ausência de condições financeiras ou de oportunidade de atendimento gratuito. Qual a razão para o julgador não respeitar a vontade manifestada livremente, de acordo com o sexo psicológico?

Entender que o sexo é binário é uma compreensão muito limitada da sexualidade humana. Em uma das decisões o julgador indica a existência de onze formas diferentes de sexo.

> [...] É de se considerar, inicialmente, que a divisão da espécie humana em apenas dois sexos, ou gêneros, não é pacífica. Basta dizer que o professor Ronaldo Pamplona, docente da cadeira Sexualidade no curso de pós-graduação da Sociedade Brasileira da Sexualidade Humana e diretor do Departamento de Sexualidade da Associação Paulista de Medicina, faz alusão à existência de onze sexos, a saber: mulheres heterossexuais; homens heterossexuais; homens homossexuais; mulheres lésbicas; mulheres bissexuais; homens bissexuais; homens travestis; mulheres travestis; transexuais masculinos; transexuais femininas; hermafroditas." [...] [224]

Em outra decisão o julgador separa o sexo biológico do que denomina sexo jurídico por compreender a existência do sexo psíquico. O reconhecimento do sexo psíquico,

---

[223] Ibidem.

[224] RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 2009.001.679-49. Julgado em 18 de janeiro de 2010. Site do TJRJ.

encontrado em todas as decisões, embora nem sempre aceito como única razão para a autorização de mudança de nome e sexo, representa um avanço significativo para o respeito da autonomia.

"[...] a alteração do nome proporcionará ao requerente exercer de forma plena sua cidadania, fazendo cessar o sofrimento psísquico advindo da busca pela aceitação pessoal.[...]" [225]

Respeitar as diferenças de uma sociedade plural é uma preocupação da Bioética. Quatro decisões deste grupo, que utilizam precedentes do Superior Tribunal de Justiça, mencionam que o estimulo à prática da eugenia social é objeto de combate da Bioética. Um destes precedentes se reporta expressamente aos Princípios da teoria Principiológica para resguardo da dignidade da pessoa humana em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. Destaque-se parte da ementa

> EMENTA: Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.
> - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.
> - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que
> se reflete na sociedade.
> - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. [...] [226]

Ao invocar os princípios da bioética, o julgador os relaciona com a dignidade da pessoa humana. Ressalta a ausência de conteúdo jurídico para acompanhar a dinâmica social, e confere, aos Princípios, grande importância para trazer nova interpretação às normas jurídicas e para melhor compreensão do real significado da dignidade humana, para resolver, judicialmente, interesses de caráter existencial.

---

[225] RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 0014790-03.2008.8.19.0002. Julgado em 20 de julho de 2011. Site do TJRJ.

[226] REsp 1008398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 15 de outubro de 2009. Site do STJ.

O indivíduo que recebe a informação material, sobre o que pode ser feito para a transformação do seu corpo e as possibilidades que a cirurgia lhe oferece deve ter a oportunidade de aceitar ou de recusar o procedimento médico indicado. Caso não lhe seja dada a oportunidade de recusa não há consentimento informado pela falta de liberdade na escolha do plano, livre de influências de terceiros. No momento em que o Judiciário nega a mudança de sexo sem cirurgia prévia e completa de redesignação sexual, a liberdade de escolha sofre interferência, pois o desejo de adequação ao sexo psíquico inclui o reconhecimento social de sua condição sexual que é conferida pelo nome e sexo constantes do registro público. Ciente de que é grande a possibilidade de não ter a mudança no registro autorizada, o transexual se sentirá obrigado a realizar a cirurgia se quiser mudar o registro.

Esta pressão da jurisprudência construída viola, inclusive, a Resolução do CFM que exige o prévio consentimento informado. Na tomada de decisão pelo transexual é fundamental que se sinta livre para escolher se submeter aos riscos da cirurgia. Ao escolher a cirurgia para atender a exigência do Poder Judiciário e conseguir mudar o seu sexo junto ao registro civil, ocorre a violação da sua autonomia por sofrer influência externa.

O Judiciário já reconhece que o sexo psicológico tem papel relevante na sexualidade humana e compreende que as mudanças aparentes são para maior conforto do transexual que deseja ter o corpo do sexo oposto. A mudança física parcial ou total não muda a psique do transexual que vai buscando as adequações de acordo com seus gostos e suas possibilidades. A sociedade, que criou suas próprias regras de vestuário e tem seus costumes e tradições voltados para o sexo binário, conforme destacado nos acórdãos coletados, já reconhece a existência de outras sexualidades, mas não reconhece plenamente seus direitos civis.

Exigir a completa redesignação não é transformar um sexo em outro é transformar uma aparência física em outra. A aparência não deve ser o motivo para conceder ou negar o direito. Quando o juiz, para autorizar a mudança de sexo, se baseia na aparência do transexual, na existência ou não de órgão sexual masculino ou feminino, está exigindo uma mutilação ou violência ao corpo do outro, violando o direito à intimidade e o direito a não sofrer interferência no próprio corpo.

A posição de autoridade do juiz representa força na tomada de decisão do transexual para a cirurgia. Caso o transexual desista da mutilação, sabe que não terá seu pedido de mudança de sexo acolhido, o que é importante para ele. Irá se perguntar se deve se submeter a cirurgia, mesmo que não queira correr riscos, para poder realizar seu desejo de mudar de sexo no registro; ou se irá manter o sexo biológico, pois está satisfeito com as mudanças físicas já

alcançadas, deixando de ter o direito de se apresentar perante a sociedade com registro civil do sexo que entende pertencer.

Não se pode afirmar que tal escolha seja livre de influências de terceiros, quanto mais ao se tratar de imposição de um dos Poderes do Estado. A decisão de fazer a cirurgia de designação de sexo deixa de ser do transexual e passa a ser do juiz, em evidente violação do respeito à autonomia. Esta regra de autoridade aparece nos casos em estudo que autorizam mudança com cirurgia e negam as mudanças pela falta da cirurgia.

Um único julgamento, dentre os pesquisados, em 2005, não exigiu a cirurgia para mudança de nome e sexo, o já mencionado caso da mulher que extirpou os órgãos femininos, sem implantar o órgão masculino.

"[...] Assim, penso que, nessa situação, deve prevalecer o sexo psicológico (que, no caso, parece não ser anatômico apenas porque ainda não houve a implantação do órgão genital masculino), até por uma questão de dignidade da pessoa humana.[...]" [227]

Anos depois, em 2009, a mesma Câmara julgadora autoriza, em outro caso, a mudança de nome sem que tenha ocorrido a cirurgia, afirmando que deixou de determinar a mudança de sexo porque o transexual não fez este pedido, porque, se tivesse feito, teria autorizado.

> [...] o que se tem que evitar é, para o fim de superar a disforia sexual, afirmar que só é masculino e só é feminino quem atender a uma determinada, rígida, fixa e excludente combinação de características, impostas pelas convicções sociais da maioria ou pela pretensão de um saber médico neutro e objetivo. Tal percepção, intransigente e inflexível, gera violações de direitos fundamentais e é fruto do fechar dos olhos à realidade: a sexualidade e a vida humana não se deixam enquadrar em padrões historicamente definidos por profissionais da saúde ou por representantes da opinião da maioria. A vida humana e suas manifestações são um 'continuum', que não se deixam aprisionar em polaridades opostas e compartimentos estanques. [...] [228]

Nesse sentido, indaga Foucault[229] "Precisamos verdadeiramente de um verdadeiro sexo?". Há uma rejeição da sociedade em misturar dois sexos num só corpo ou transitar de um sexo para outro, em razão das teorias biológicas da sexualidade e das condições jurídicas impostas, de somente dois sexos distintos, pelo controle do Estado. Os elementos que surjam do outro sexo são elementos acidentais, superficiais ou ilusórios e cabe ao médico decifrar o verdadeiro sexo escondido sob aparências confusas.

---

[227] RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70011691185. Julgado em 15 de setembro de 2005. Site do TJRS.

[228] RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70030504070. Julgado em 29 de outubro de 2009. Site do TJRS.

[229] FOUCAULT, Michel. **Ética, Sexualidade, Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 82-91.

Mesmo admitindo-se que um indivíduo adote um sexo que não é o seu de origem biológica, o pensamento corrente é de que ocorre um erro, pois não se adequa à realidade. Pior do que a existência da mistura anatômica dos sexos, própria dos hermafroditas, é a ausência de definição de um sexo. Foucault[230] relata que, na Idade Média, a França condenava os hermafroditas que, depois de escolhido um sexo na vida adulta, desejavam mudar para o outro sexo. A escolha deveria ser para sempre. Conclui-se que as decisões coletadas apresentam o mesmo perfil ao exigirem que um sexo, e tão somente um sexo, seja definido. Por isso, a exigência judicial da cirurgia para que não deixe indefinido o "verdadeiro sexo", enquanto, na verdade, o indivíduo já sofreu severas alterações corporais e vive como uma pessoa do outro gênero.

A ausência de cirurgia, por vezes, não permite nem mesmo a mudança do nome, como em 4 decisões coletadas. Nestas decisões, é comum o fundamento de que há carência do direito de ação. Isto significa que o requerente não tem sequer o direito de ter o seu pedido apreciado pelo juiz, pois, para que o juiz examine casos, deveria ter ocorrido a cirurgia. A ausência de exame do pedido principal, para negar ou para autorizar a mudança do nome ou do sexo, na prática, é uma decisão negando qualquer mudança sem cirurgia.

Para o julgador o registro é o "espelho jurídico da realidade naturalística" e se não houve a cirurgia para alterar a realidade não cabe examinar o pedido. Em um dos casos, inclusive, condena o requerente a pagar as custas do processo de quinhentos reais. Em outra decisão argumenta que sem a cirurgia, a exclusiva mudança de nome e não do sexo "não o livra de constrangimentos", e o processo é extinto sem apreciar o mérito. Este resultado, na verdade, nega a mudança de nome pela falta de cirurgia.

> [...] Os registros públicos têm caráter de definitividade, e não transitoriedade, sendo espelhos jurídicos da realidade naturalística. Não há interesse de agir para retificar nome, pedindo a mudança de sexo civil se o autor, ainda não submetido à cirurgia de transgenitalização, continua como homem para os efeitos de registro. [...] [231]

Não é porque um homem pinta as unhas ou usa vestidos que o seu sexo passa a ser feminino. É porque sua psique, seu comportamento, a compreensão que tem de si mesmo é de pertencimento ao sexo feminino. A mutilação do órgão sexual masculino, exigida pela Judiciário, soa mais como punição à recusa a se pertencer ao sexo dominante, o masculino,

---

[230] Ibidem.

[231] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0003073-19.2009.8.26.0663. Julgado em 16 de março de 2011. Site do TJSP.

como será abordado a seguir, pois de toda forma nunca terá um verdadeiro órgão sexual feminino, com a tecnologia desenvolvida até o momento.

Uma decisão, mencionando o voto de um juiz em outro processo, critica o binarismo sexual, tratando como inútil e indigna a categorização de pessoas pelo sexo, para conferir conformação social.

> [...] De fato, **para os direitos das mulheres**, uma solução orientada por tal binarismo rígido reforça dinâmicas históricas de subordinação feminina, reproduzindo situações e ideologias onde às mulheres são reservados o domínio do lar e um papel secundário na vida pública, social e econômica. Isto porque o reforço do binarismo de gênero tende a compactuar com diferencialismos sexuais que diminuem o espaço de construção de novas relações ente homens e mulheres, capazes de romper com privilégios e dominação masculinos [...] [232]

Bourdieu[233] afirma que as estruturas de dominação masculina são produto de incessante reprodução histórica, com a contribuição específica dos homens, através da violência física e simbólica, e da família, Igreja, Escola e Estado. As categorias são instituídas do ponto de vista do dominante e passam a ser vistas como naturais. Esta força simbólica é exercida sobre os corpos, porém sem qualquer coação física, apoiada na familiarização com um mundo simbolicamente estruturado. As paixões do *habitus* dominado, do ponto de vista do gênero, que é uma lei incorporada, não são interrompidas apenas pela vontade ou pela conscientização libertadora. É necessário ocorrer uma ruptura da relação de cumplicidade estabelecida, entre os dominantes e os dominados simbolicamente, para que as condições sociais que produzem as tendências adotadas sejam rompidas.

Para os transexuais, a recusa à mutilação masculina, para transformação na genitália feminina, e o consequente afastamento desta exigência pelos juízes, representaria a ruptura deste ciclo de transformação criado pela jurisprudência. Como diz Bourdieu, "os *habitus* são inseparáveis das estruturas que as produzem e as reproduzem" e os dominados possuem papel relevante ao exigirem a solução do caso com base nas características que possuem e apresentam, por sua própria e exclusiva determinação, nunca pela de terceiros, mesmo que estes sejam os juízes de sua causa, especialmente quando não há lei impositiva. As convenções da sociedade, quanto ao binarismo sexual, devem ser modificadas para atender aos diferentes cidadãos de uma sociedade plural.

---

[232] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70030504070. Julgado em 29 de outubro de 2009. Site do TJRS.

[233] BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertran Brasil, 2003. p. 13-67.

Observa-se que as situações são distintas quando se trata de pedido formulado por homem ou por mulher.

No tocante ao pedido formulado por mulher, que deseja ser reconhecida como pertencente ao sexo masculino, a exigência torna-se muito pesada por ser mais difícil a implantação de um órgão semelhante ao pênis do que sua extirpação. Tanto que as mulheres extraem todos os órgãos possíveis. Dada a dificuldade maior da cirurgia completa para transformação da mulher no que seria a figura do homem, esse tipo de exigência cria discriminação vedada pela Constituição Federal, quanto à igualdade de gêneros, e que se reflete no baixo número de mulheres que procuram o Judiciário para postular o direito à troca de nome e de sexo. Dos 44 casos coletados, apenas 3 são requeridos por mulheres que desejam ser reconhecidas como homens.

Para o pleno cumprimento do Princípio do respeito à autonomia, o Judiciário deve reconhecer o sexo como psicológico tão-somente, deixando de exigir uma nova sexualidade física. A definição do sexo deve ser de construção livre do transexual, na esfera de sua privacidade, sem qualquer imposição durante o processo, seja da sociedade, seja do juiz. As transformações físicas são escolhas privadas do transexual e não devem influenciar negativamente os seus direitos civis.

3.3.1.2 Princípio da não maleficência

A não maleficência implica em não infligir dano ou prejuízo intencionalmente. É uma obrigação comum a todas as pessoas. Todos nós somos obrigados a não causar mal a outra pessoa e nos é moralmente exigida a abstenção de executar alguma ação que cause dano desnecessário. No julgamento de pedido de mudança e sexo de transexual, o que pode ser feito pelo juiz para se abster de causar dano ao requerente? Quais seriam os possíveis danos causados à sociedade, conforme a decisão tomada pelo juiz?

O juiz não deve prejudicar o transexual, como também não deve impor riscos de dano. Para alcançar determinado propósito, algumas condutas arriscadas podem ser exigidas, mas a gravidade desses riscos deve ser proporcional ao que se busca atingir. Riscos que não sejam necessários ou evitáveis não são exigíveis e devem mesmo ser rejeitados. Mas como fixar limites do que é razoável exigir e ao mesmo tempo atender à manifestação de vontade do transexual?

O médico tem a obrigação de cuidar do paciente transexual fornecendo o melhor procedimento disponível, de acordo com os interesses e desejos do transexual. Ao se tratar do direito de mudar o sexo através de cirurgia, de escolha íntima de cada um, não é relevante a opinião da maioria da sociedade. Importa o desejo do indivíduo de mudar o seu próprio corpo. Questões relativas aos direitos fundamentais são de decisão privada. A vontade individual não pode ser orientada pelo desejo da maioria da sociedade ou de um de seus segmentos. Direitos fundamentais são inegociáveis pelo consenso da opinião majoritária, cabendo ao Estado criar a proteção adequada ao indivíduo.

O melhor procedimento poderá variar de um paciente para outro. Nem sempre o procedimento mais adequado para um transexual implica mutilação ou implantação. Cada caso será avaliado e o profissional da saúde apresentará o melhor caminho, sem impor riscos. Todavia, mesmo que o médico e o psicólogo considerem o transexual como habilitado à cirurgia de redesignação sexual, a recusa do paciente em se submeter à cirurgia não significa a recusa de mudar de sexo. O procedimento de redesignação começa muito antes da cirurgia, esta é somente o ápice do processo de transição de um sexo para o outro.

Da mesma forma que o médico, o juiz deve se abster de causar mal ao requerente ou impor riscos mesmo que reduzidos. Ao respeitar a autonomia do transexual e compreender o processo de transexualização como a adequação possível ao modelo de sexo oposto, representado através do reconhecimento da identidade de gênero por ele construída, o julgador se abstém de causar mal ao transexual.

A "realidade naturalística", mencionada em alguns acórdãos, se refere à aparência visual do corpo do ser humano pelos seus órgãos externos e não à criação biológica. De fato, a realidade existente é a que está dentro de consciência ou inconsciência do transexual, que lhe confere a percepção do que, verdadeiramente, é, aprisionado num corpo do qual não se sente parte, por isso passível de ser modificado. Mas, não o sendo, sua percepção como de outro sexo não muda, por ser mais profunda. De acordo com Barboza, [234] quando o transexual tem um corpo não condizente com sua identidade civil, ele é relegado ao campo do "não direito".

A mudança do corpo pode não ocorrer por diversas razões. Há casos em que a parte deseja submeter-se à cirurgia, porém não dispõe de recursos financeiros para arcar com seus custos. O SUS, de forma avançada, disponibiliza a realização do procedimento integral, mas a procura é superior à demanda e a cirurgia de transexualização de mulher para homem, por ser

---

[234] BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignacão sexual**: um processo bioeticamente inadequado. 2010 174 f. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/xmlui/handle/icict/2545> Acesso em: mar. 2013.

mais complexa, continua sendo uma cirurgia experimental.[235] A pesquisa, referenciada nos dados coletados em 2008, ressalta a diferença entre o número de transexuais atendidos – 700 mulheres transexuais e 120 homens transexuais. Ressalta que das 30 cirurgias realizadas em homens transexuais, a maioria são de modificações de caracteres sexuais secundários, em razão do caráter experimental. Conforme noticiado pelos jornais, não obstante tenham sido realizadas mais de 700 cirurgias pelo SUS, mais de 2000 pessoas aguardam a cirurgia gratuita.[236]

Ao vincular a análise do processo à realização da cirurgia, o juiz causa mal ao requerente por impor uma visão de sexualidade que repete o modelo existente do reconhecimento do sexo pelo aspecto biológico, com a agravante, em alguns casos, de ser exigida a construção para satisfazer os determinismos judiciais e não a própria vontade do transexual.

> [...] sempre considerada a ausência da realização da cirurgia de transgenitalização, a falta de interesse processual do autor-apelante resulta manifesta, eis que pretende a alteração de seu prenome para prenome feminino, mas continua sendo do sexo masculino, na medida que não houve alteração nesse mister, nem pela via médica, nem pela judicial. [...] não era mesmo conhecer-se do mérito de sua pretensão de alterar o nome masculino para feminino, considerando-se, sobretudo, que no seu assento de nascimento continuaria constando sexo masculino, disparidade que não pode ser admitida legalmente. [...] uma vez realizada a cirurgia, o pedido do autor-apelante poderá ser objeto de ação nova, quando então será possível o seu exame de mérito. [...] [237]

A justificativa tem como argumento a ausência de alteração da genitália pela via médica ou judicial. A alteração judicial do prenome é justamente o objeto do pedido, que depende da decisão do Judiciário. A via médica é mencionada como a intervenção necessária e imprescindível, para a "definitiva identidade", como no texto mencionado de Foucault. A "imperfeição da natureza", no campo da transexualidade, é o desvio do comportamento, que constitui o monstro jurídico-moral, fruto de um desejo pervertido, que deve ser refutado e reprimido pelo discurso jurídico e médico que deve ser contrário à depravação.

---

[235] ARÁN, Marcia (Coord.). **Relatório Preliminar dos serviços que prestam assistência a transexuais na rede de saúde pública no Brasil**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/Relatorio_Preliminar_set_20092.pdf> Acesso em: jul. 2013.

[236] Disponível em< http://bonfimnoticias.com/site/2013/03/atraves-do-sus-brasil-realiza-duas-cirurgias-para-mudanca-de-sexo-por-dia/> Acesso em: 19 jul. 2013.

[237] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 668.232-4/5-00. Julgado em 26 de novembro de 2009. Site do TJSP.

Contudo, não se trata de somente conceder o direito quando a parte está habilitada clinicamente a fazer a cirurgia, mas da compreensão de que o sexo do requerente é o sexo psicológico que se definiu ao longo do tempo, com a determinação de viver como pessoa do sexo oposto. Adiar a mudança no registro civil, à espera de cirurgia, causa mal ao requerente que se vê privado de usufruir direitos civis como qualquer outro cidadão.

Outra razão utilizada para negativa da autorização de mudança de sexo no registro diz respeito a não causar mal a terceiros que eventualmente venham a se relacionar afetivamente com o transexual. Esta justificativa aparece como a maior preocupação do julgador que se considera responsável em conferir proteção a terceiros que não são determináveis e que podem até nem vir a existir.

> [...] tal alteração representa potencial risco a direitos de terceiros, já que o indivíduo que muda o seu sexo se relaciona na sociedade com outras pessoas, traçando relacionamentos afetivos que seriam prejudicados pelo desconhecimento acerca da realidade fática que envolve o transexual. [...] [238]

Neste acórdão, o requerente afirma em juízo que deseja alterar o sexo porque não quer se casar sem que os familiares de seu noivo tenham conhecimento de que é um transexual. A decisão entende que esconder a transexualidade da família do noivo "afronta à boa-fé de terceiros" merecedora de proteção do Estado. Se autorizada a mudança pelo Judiciário, o transexual, além de enganar aos familiares do noivo, poderia se casar, o que violaria a norma jurídica. Ao final, é sugerido que se case na Espanha, onde já se admitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo "o que não impedirá de realizar seu sonho matrimonial". [239]

> [...] A própria apelante confessa que pretende alterar o seu registro para se casar sem que os familiares do noivo tenham conhecimento acerca da sua situação especial, o que afronta a boa-fé de terceiros. [...] Além disso, a procedência do pedido poderia levar ao casamento da apelante, o que não é permitido pelo nosso ordenamento jurídico, o que transformaria o julgador em verdadeiro legislador, violando a própria ordem constitucional. [...] como bem destacado pela douta Procurador de Justiça, a Espanha admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que não impedirá a apelante de realizar seu sonho matrimonial. [240]

---

[238] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 14.071/2007. Julgado em 5 de setembro de 2007. Site do TJRJ.

[239] Ressalte-se que a construção jurisprudencial brasileira, atualmente, realiza casamentos entre pessoas do mesmo sexo e transexuais, embora não haja lei específica. Não obstante, alguns juízes se recusam a autorizar estes casamentos.

[240] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 668.232-4/5-00. Julgado em 26 de novembro de 2009. Site do TJSP.

A defesa ilimitada da boa-fé ultrapassa a fronteira da vida privada, sem permitir que os envolvidos na relação afetiva decidam o que é melhor para eles próprios e suas respectivas famílias, como se o Estado tivesse o dever e o direito de tornar pública a história sexual de uma pessoa para que alguém que se apaixone por um transexual possa se dirigir ao cartório e ter a certeza de que está se relacionando com pessoa que pertenceu ao sexo oposto. É uma atitude paternalista do Estado que acredita proteger a sociedade, mas está, de fato, deixando de conferir proteção à intimidade e à vida privada do transexual.

Tal preocupação em proteger terceiros de um relacionamento amoroso com um transexual, sem que possa conhecer essa informação pelo registro público está acima da realidade em que vivemos. Ninguém vai ao cartório buscar informações sobre a pessoa amada e quando se precisa de tais informações para o casamento não significa que seja dever absoluto do Estado proteger eventuais cônjuges nestas circunstâncias. Esta interferência é demasiada e desnecessária, cabendo a cada casal se preocupar com esta informação, se é que possa ser relevante para sua vida.

O Estado não invoca para si inúmeras tarefas de proteção de um cônjuge em relação ao outro, como por exemplo, sobre fertilidade ou saúde dos cônjuges ou informações sobre seu caráter ou personalidade. Acreditar que é obrigação do Estado proteger os familiares do noivo do transexual, conforme argumento no acórdão mencionado anteriormente, é interferir na vida privada da família, o que é vedado, inclusive, por lei.[241]

A sociedade nada tem de prejuízo com esta mudança. Talvez antigos valores e tradições de alguns membros da sociedade sejam abalados, mas nenhuma ofensa que traga dano à sociedade. Sem dúvida, o prejuízo, ao se negar o direito de mudança, será do transexual que continuará sem alcançar o que considera importante pessoalmente e continuará a sofrer discriminação. A sociedade não se altera negativamente com uma ou com centenas de pessoas que tenham seu sexo modificado, mas cada um dos que tiver seu sexo modificado pela ordem judicial será poupado de um grande mal.

A decisão acima destacada exemplifica a relação negativa entre o poder e o sexo, analisada por Foucault[242], na qual o poder jamais estabelece relação a não ser de modo negativo. Ou rejeita, ou exclui, ou recusa, ou oculta. O poder somente pode dizer não. O que poderia fazer contra o sexo, além de delimitar fronteiras? Aqui se apresenta o regime binário do que é permitido e proibido. Então, o poder age no modo jurídico-discursivo, através da

---

[241] Código Civil - Art. 1513 -É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

[242] FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1 a vontade de saber**. São Paulo: Graal, 2010. p. 84-143.

função pura do legislador. A forma geral é o direito, o lícito e o ilícito, a transgressão e o castigo, em um ciclo de interdição reduzido a negativas, interdições e proibições, como "não tenhas prazer" e "não apareças", pois só deve existir na sombra e no segredo. Na nossa sociedade, o exercício do poder se formula através do direito.

Por esta razão, Foucault propõe que se pense "o sexo sem a lei e o poder sem o rei", em busca de outra concepção de poder, um modelo estratégico no lugar do modelo de direito. No qual a lei, a interdição e a soberania seriam substituídos pelo objetivo, pela eficácia tática e pela análise de um campo múltiplo e móvel de correlações de força. Não por preferência teórica, mas porque, nas sociedades ocidentais, as correlações de força, antes expressadas pela guerra, se investiram na ordem do poder político.

Outra decisão, destacada abaixo, considera o "aspecto humanitário" de precedentes que autorizaram a mudança de sexo, mas entende que "em nome da segurança jurídica que deve permear as relações humanas" não pode ultrapassar os limites legais e constitucionais que vedam a mudança de sexo. E indica normas que somente permitem que se mude o registro de nascimento quando houver erro ou falsidade do registro e que o casamento e a união civil somente ocorrem entre homem e mulher[243]. A interpretação literal da lei ratifica o critério visual do registro de sexo no nascimento e não considera que o pedido judicial se fundamenta no sexo psicológico. O sexo psicológico poderá ser considerado após a expressão de vontade do requerente e somente quando se tivesse tal conhecimento estaria caracterizado o erro no registro de nascimento, merecendo a retificação por ordem judicial.

> [...] Inobstante existirem decisões favoráveis à mudança de sexo [...] em nome da segurança jurídica que deve permear as relações humanas, elas não podem ultrapassar os limites legais e constitucionais [...]. A mudança de nome do apelado se nos afigura possível, diante da situação de fato existente, visto que tal alteração amenizaria os constrangimentos que o Apelante sofre, sendo certo que a legislação permite essa alteração.[...] Contudo, quanto à mudança de sexo, essa pretensão deve ser rejeitada, visto que impossível de ser realizada [...] apesar de possuir aparência feminina, inclusive com constituição por cirurgia, continua ostentando cromossomos XY [...] [244]

Mais uma vez, depreende-se a importância conferida à lei e à biologia, no constante discurso jurídico-médico, sem a preocupação com os danos efetivos e reais.

Ao comparar a extensão dos possíveis danos a serem sofridos por pessoa indeterminada, que mantenha eventual relacionamento afetivo com o transexual, e os reais

---

[243] Código Civil - Art. 1604 e CF - Art. 226 § 3º

[244] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 668.232-4/5-00. Julgado em 26 de novembro de 2009. Site do TJSP.

danos que o transexual sofrerá por não ter seu sexo modificado no registro é perceptível que o dano ao indivíduo certo e determinado é superior. Para ele os danos serão mais nocivos porque afetarão sua vida cotidiana, sua participação diária na sociedade e o exercício dos direitos fundamentais. Eventual pessoa que se relacione com o transexual dificilmente irá ao cartório buscar informações. Para o caso de casamento, se o interessado não perceber que se trata de um transexual, sempre poderá alegar que foi induzido a erro, para declarar a nulidade do casamento, o que para os tempos de hoje não é uma hipótese provável em razão das informações disponibilizadas.

As relações amorosas com o transexual não são impedidas ou protegidas por uma modificação no sexo registral, a mudança no registro é para proteger o transexual de situações de constrangimento no dia a dia, nos momentos em que precisar utilizar sua certidão de nascimento, documento imprescindível para obter identidade civil, ou preencher algum documento com o seu sexo, quando precisar se apresentar no seu emprego e poder exigir o tratamento de acordo com o seu sexo modificado no registro. Fatos da vida cotidiana que são da maior importância e devem ser preocupação central do Judiciário. As relações amorosas acontecerão independentemente do que constar no registro. Nos casos em estudo, alguns dos requerentes já conviviam em união estável com seus companheiros durante anos e pediam a mudança de sexo para atenderem ao seu anseio pessoal.

De acordo com o Princípio da não maleficência, exigir a mudança física completa com a cirurgia é repetir o modelo de concepção biológica de sexo e impor riscos, decorrentes da cirurgia, ao transexual, sem ampliar a compreensão para além do aspecto físico e de como cada um se vê no mundo. O juiz tem o poder e o dever moral de evitar esse dano ao requerente.

3.3.1.3 Princípio da beneficência

O que é beneficiar o requerente em casos como os coletados na pesquisa e quais os limites para o benefício? A regra da beneficência é no sentido de se tomar atitudes positivas em favor dos outros. Não basta se abster de realizar atos que causem prejuízo, mas agir proporcionando vantagens para alguém. Deixar de conceder benefícios a alguém e beneficiar a sociedade como um todo pode ser uma escolha moralmente correta, mas é necessário verificar as circunstâncias. Deve-se examinar se ocorre atitude paternalista do Estado e a comparar a relevância dos benefícios recebidos pela sociedade com os possíveis benefícios do requerente.

Promover os interesses legítimos e importantes do requerente é aplicar o Princípio da beneficência. É comum que os benefícios gerem riscos e custos e cabe comparar os dois, sopesando os possíveis resultados da ação. Embora a beneficência não seja obrigatória para o juiz, ela adquire este caráter em razão da relação criada entre o requerente e o dever do juiz em promover o bem de todos, quando devido, sem discriminação e seguindo as regras legais de forma justificada.

O juiz, ao entender que deve beneficiar o requerente, deve fazê-lo sem perder de vista o cuidado com a sociedade e a repercussão de sua decisão na dinâmica dos membros desta sociedade, especificando o Princípio para saber exatamente quais os efeitos negativos e se, e como, poderão ser superados. Caso haja razões preponderantes e relevantes para a proteção da sociedade, deverá negar o direito individual, deixando de beneficiar uma pessoa em prol de toda a sociedade por justas razões. A justificativa biológica, utilizada em alguns acórdãos, deve ter análise aprofundada, como veremos a seguir.

O requerente transexual quando ingressa com a ação judicial manifesta seu constrangimento e abalo psicológico, afirmando que sofre profundamente com o fato de se sentir aprisionado num corpo diferente de seu sexo psicológico, além de sofrer a discriminação da sociedade que não o aceita, que ri do seu nome por destoar de sua aparência e que não o respeita como sendo do sexo oposto diante de documentos que revelam outra realidade que não a desejada. Das 7 decisões que mudaram somente o nome, com ou sem cirurgia, o argumento que justifica a negativa de mudança de sexo é de que essa prova se faz pela análise citogenética, como se somente a ciência pudesse indicar precisamente o sexo de alguém.

Para responder à pergunta inicial da análise do Princípio, é importante que se reflita sobre o que deve ser considerado normal e o que pode ser considerado patológico, a fim de que se avalie a interferência do Judiciário e seus limites de interferência na vida privada, como apresentado por Canguilhem.

Para aprofundar o debate sobre a aplicação do Princípio da beneficência neste grupo, serão abordados os aspectos seguintes; a) o normal e o patológico, b) dignidade humana, c) consequências para o transexual e para a sociedade, d) averbação das mudanças e seu sigilo,

a) O normal e o patológico

Para Canguilhem[245], a normalidade deve ser referência do próprio indivíduo e não do médico. Podemos acrescentar que nem mesmo do juiz. Quando o indivíduo se depara com um estado diferenciado de saúde, considerado negativo, reage criando novas normas. A patologia somente se instaura quando não há criação de uma nova normatividade frente à polaridade da vida. A fisiologia e a patologia, próprios da biologia, diferem do tratamento conferido às ciências física e química, onde não há patologia ou erros, mas acontecimentos que não necessitam de tratamento terapêutico e todos os fenômenos são considerados normais.[246]

Nem sempre o anormal será patológico quando se considerar que o diverso não é doença. Faz parte da vida a descontinuidade da saúde, contudo somente será considerada doença a situação que impuser limites ao indivíduo, limites que não consiga superar. Caso a mudança ocorrida represente outra possibilidade de vida, é uma forma normal e não patológica. A comparação demonstra quais os limites.

Assim, o transexual que é capaz de criar para si uma nova normatividade e de transformar as circunstâncias de sua vida, não obstante seu sexo biológico, inova e institui nova normalidade e não pode ser considerado um doente, pois é normal por ser normativo, atuando dentro da margem de tolerância às infidelidades do meio, num mundo real.

A norma dita que o normal é ser homem ou mulher na exata correspondência do sexo biológico. Para alguns, há coincidência entre a dimensão psicológica e a biológica. Para outros não. O transexual, em sua diferenciada situação de vida, passa a ser normativo, e vai além, criando uma nova norma para a sua diferente situação. Na experiência concreta, de forma tolerante, não apenas se adaptando às exigências do meio, mas sentindo-se normal e normativo, portanto, plenamente saudável. A transexualidade somente será transformada em patologia quando impostas limitações à vida, como através da incompreensão do julgador que poderia modificar a realidade fática reconhecendo os direitos fundamentais postulados.

Entretanto, a cirurgia não pode ser considerada a "cura" porque a nova normatividade deve ser ditada pelo próprio transexual, jamais pelo Judiciário. O acórdão que indica sentido conceitual de enfermidade para o transexualismo, concedendo autorização para mudança do sexo, além do nome, menciona este aspecto da cura.

> [...] A 'cura' da patologia, se assim se pode dizer, só ocorre através da cirurgia de mudança de sexo, feita para ajustar o sexo psicológico. Impedir o apelante de complementar sua '**cura'**, pela adequação, também, do sexo jurídico, será desumano. Forçar que conste de seus documentos a expressão 'transexual', como

[245] CANGUILHEM, Georges. **O Normal e o Patológico**. Rio de janeiro: Forense, 2009. p. 44-47.

[246] Ibidem. p. 48-58 e 71-82.

> indicativo de sexo, será [...] **'lançá-lo num abismo profundo, estigmatizá-lo para sempre, mantê-lo alvo de escárnio, não deixar que colha frutos do sacrifício que fez ao se submeter à cirurgia de modificação sexual'.** [...] (grifo do autor)[247]

Deve ser considerada a cirurgia quando de iniciativa do próprio interessado, como criação normativa sua. No exercício da nova normatividade, o transexual tenta alcançar o corpo idealizado. Utiliza hormônios, muda seu comportamento e autoriza a mutilação de seu corpo. Todas estas atividades não são impedidas pelo Estado ou pela Sociedade. Ao contrário, o Estado oferece gratuitamente serviços de saúde para propiciar ao transexual a mudança desejada de forma segura, com perspectiva humanitária e prevendo acompanhamento psicológico e de saúde por longo período.

O transexual necessita se dirigir ao Judiciário não para pedir autorização para realizar o processo transformador, pois é um procedimento médico, mas para consolidar civilmente as transformações a que se submeteu. É um processo de regularização das mudanças física e psicológica pretendidas e incentivadas pelo Sistema de Saúde e que exige coerência do Estado.

Recente Portaria[248] do SUS redefine e amplia o processo Transexualizador tendo como justificativa uma decisão judicial[249] que determinou ao Ministério da Saúde o cumprimento das medidas necessárias para possibilitar a realização no SUS de todos os procedimentos médicos para garantir a cirurgia de transgenitalização e a readequação sexual no Processo Transexualizador. Embora se refira aos critérios da Resolução nº 1.652 de 2002 do Conselho Federal de Medicina, esta foi revogada e substituída pela Resolução nº 1955, de 2010. O tratamento da transgenitalismo é estabelecido com cuidados especificados, portanto, plenamente aceito e com base em normas éticas de conduta, em especial ao consentimento livre e esclarecido, o que pode ser considerado como respeito à dignidade humana.

b) Dignidade Humana

Mais de 60% das decisões examinadas utiliza o conceito de dignidade da pessoa humana no exame do caso. A seguir são analisadas duas decisões de resultados distintos em

---

[247] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 16.591/2002. Julgado em 25 de março de 2003. Site do TJRJ.

[248] Portaria do SUS Nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. Disponível em: <http://bioeticaebiodireito.blogspot.com.br/2013/11/portaria-redefine-e-amplia-processo.html> Acesso em: nov. 2013.

[249] Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9/Rio Grande do Sul, que versa sobre a implantação no SUS de cirurgias de readequação sexual, decisão de 13 de setembro de 2013 na fase de execução. Site do TJRS.

face da realização da cirurgia ou não. A primeira decisão[250] concede a mudança de nome e sexo, pois o primeiro grau somente tinha autorizado a mudança de nome, mesmo tendo sido realizada cirurgia. Na segunda[251], o requerente pediu apenas a mudança de nome e não de sexo. A sentença havia julgado improcedente o pedido pela ausência de traços femininos e a não realização de cirurgia de transgenitalização. A apelação autoriza a mudança de nome, respeitando a vontade do transexual que não requereu a mudança de sexo.

Na primeira, o julgador afirma que ser digno "é ter direito ao livre desenvolvimento da personalidade, é o direito de ser único" e completa o conceito com o artigo de lei do Código Civil sobre o direito ao nome corresponder ao gênero da pessoa. Para o julgador "se o nome não corresponder ao gênero/sexo da pessoa, à evidência que ela terá sua dignidade aviltada, desprezada violada". Para o juiz da apelação, se a medicina está tão avançada que permite a "redesignação sexual" e o laudo médico confere suporte "Não há qualquer resquício de genitália masculina no seu corpo", deve ser concedida a mudança de sexo no registro, pois "Seu corpo é de mulher, psicologicamente é uma mulher, na sociedade desempenha papel feminino, e seu fenótipo é totalmente feminino".

O juiz entende que, ao se transformar em mulher, eventuais direitos de terceiros sucumbem ante a dignidade da pessoa humana. O laudo médico descreve minuciosamente a paciente em todos os aspectos da "genitália externa feminina". O acompanhamento por equipe multidisciplinar também foi realizado pelo período de dois anos antes da cirurgia. Então o julgador pergunta: "Como impor ao apelante que permaneça no gênero masculino, se seu corpo é de mulher, psicologicamente é uma mulher...?" A resposta é a concessão da mudança de sexo no registro como compreensão da dignidade humana.

> [...] "Como impor ao apelante que permaneça no gênero masculino, se seu corpo é de mulher, psicologicamente é uma mulher, na sociedade desempenha papel feminino, e seu fenótipo é totalmente feminino? A verdade é que a cirurgia de redesignação sexual realizada no recorrente transformo-o em mulher, e qualquer discussão a respeito da preservação de eventuais 'direitos de terceiros' sucumbe ante o princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana. [...] O Direito da Personalidade serve para proteger e promover a dignidade da pessoa, considerando a dignidade no sentido mais amplo, qual seja, como um valor que não tem preço, que não pode ser substituído, que é único, que é individual." [...] [252]

---

[250] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70022952261/2008, Julgado em 17 de abril de 2008. Site do TJRS.

[251] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70030504070/2009, Julgado em 29 de outubro de 2009. Site do TJRS.

[252] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70022952261/2008, Julgado em 17 de abril de 2008. Site do TJRS.

Na segunda decisão, a compreensão da dignidade ocorre independente da cirurgia, sob o argumento de que a abordagem social da transexualidade se dá pelo direito da saúde e pelos direitos fundamentais que permitem a autodeterminação. A solução apresentada é

> [...] "adotar a compreensão que maior eficácia empreste aos direitos fundamentais que concretize o direito à saúde a partir da perspectiva da liberdade, da igualdade e da proteção da dignidade humana.[...] O que está em jogo é como dar concretude à noção da indivisibilidade e da interdependência entre os vários direitos humanos fundamentais, de modo a alcançar a maior eficácia jurídica de todos os direitos fundamentais"[...]. [253]

Critica a abordagem biomédica que considera a medicalização como predominante, pois "o direito à intervenção cirúrgica, [é o] instrumento apto a reparar o 'erro da natureza' ", e nela subjaz o "binarismo de gênero". Nesse sentido, ressalta "o poder que detêm os profissionais da saúde (vistos como guardiões do saber médico) de definir 'cientificamente' quem é homem e quem é mulher e, ao seu lado, a prevalência de determinadas percepções, socialmente dominantes, sobre o que é ser masculino e o que é ser feminino".

Há inúmeras combinações possíveis entre os três elementos "sexo, gênero e orientação", não cabendo ao direito definir os conceitos, mas permitir o "pleno exercício da condição de pessoa humana". É necessário que se busque a "qualidade de vida", com a satisfação dos anseios colocando um fim no "descompasso entre o que se é de fato e o que vem representado através do nome".

A proposta para superar a "disforia sexual", fazendo uso, em 2009, de expressão recentemente adotada pela Associação Americana de Psiquiatria[254], é evitar a interpretação excludente de combinação de características impostas pelo saber médico ou pela convicção da maioria, pois a sexualidade e a vida humana fogem do enquadramento dos profissionais de saúde ou dos representantes das maiorias. Para o julgador, o motivo pelo qual o pedido deve ser atendido "não está voltado ao reconhecimento de sua condição de transexual ou de travesti". Não é importante a apuração do gênero, mas um modo de vida de cada indivíduo que justifica a identidade sem necessidade de que outro a ateste. Por isso, afirma, no acórdão, que: "[...] deve-se olhar não para critérios diferenciadores, mas para aqueles que igualam a

---

[253] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70030504070/2009, Julgado em 29 de outubro de 2009. Site do TJRS.

[254] Cf. nota 215.

todos e permitem o pleno exercício da sua condição de pessoa humana. E esses critérios estão no reconhecimento do direito à liberdade e à dignidade humanas [...].” [255]

Ressalta a importância de não se reforçar o binarismo de gênero por “compactuar com diferencialismos sexuais que diminuem o espaço de construção de novas relações entre homens e mulheres, capazes de romper com privilégios e dominação masculinos” e autoriza a mudança do nome sem mudança de sexo, como da vontade do requerente.

As duas diferentes abordagens possuem um ponto em comum. Ambas respeitam a decisão escolhida pelo indivíduo capaz e autônomo e concedem o benefício na medida do que foi pedido. A dignidade humana é evocada como proteção a ser conferida a partir da autonomia do sujeito e em prol do que ele entende como o que é melhor para sua vida, na sua perspectiva.

Na decisão em que ocorreu a cirurgia, a ação do requerente foi de transformação total do corpo e, mesmo que todos nós saibamos que a cirurgia lhe confere um construído órgão feminino, o que importa ao julgador, é o livre exercício do direito da personalidade para promover a sua dignidade. Na decisão na qual somente o nome é modificado, o julgador analisa o caso a partir de quem vivencia a condição e considera relevante a forma como o próprio sujeito “se vê e é visto por todos. Como uma mulher” respeitando o que o próprio envolvido na situação considera como benéfico.

Dessa forma, ambos os julgadores promovem a dignidade humana pela perspectiva do próprio indivíduo e não pela visão do julgador ou do médico. Para os julgadores, nos dois casos, a dignidade humana reside na tomada de decisão na medida do que interessa como benefício ao transexual, nem mais nem menos.

c) Consequências para o transexual e para a sociedade

A inadequação entre a identificação civil do transexual e a sua aparência causa desconforto e constrangimento nas situações cotidianas e no relacionamento com os outros membros da sociedade em que vive, cerceado em seus direitos, na medida em que não pode exercê-los. Quando o Judiciário defere a adequação no registro está conferindo segurança e reconhecimento dos direitos fundamentais ao transexual que passa a ter identificação civil em consonância com seu sexo psicológico e sua aparência física. A modificação no registro traz

[255] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70030504070/2009, Julgado em 29 de outubro de 2009. Site do TJRS.

consequências benéficas ao transexual respaldando a sua imagem e reconhecendo sua plena cidadania.

A sociedade não sofre efeitos negativos pela adequação civil do transexual. Alguns de seus membros podem considerar seus valores tradicionais afrontados, mas não se pode indicar algum tipo de prejuízo ou dano. A alegada insegurança dos relacionamentos afetivos com o transexual não deve ser preocupação do Estado, mas de responsabilidade exclusiva e privada dos envolvidos. Se acontecer o envolvimento e a situação da transexualidade for desconhecida, deve ser encarada como qualquer outro desconhecimento possível de ocorrer na esfera afetiva.

A prevalência dos direitos individuais invocados favorece o convívio entre os membros da sociedade. Ao contrário do que se encontrou em uma das decisões.

"[...] Direito à intimidade e à honra invocados pela autora-apelante, que não são suficientes para afastar o princípio da veracidade do registro público e preservar a intimidade e a honra de terceiros que com ela travem relações [...]" [256]

A alteração positiva que poderá advir é maior tolerância dos membros da sociedade no relacionamento com o transexual. A alegação de que o sexo no documento apresentado não confere com a aparência visual da pessoa que se apresenta, causadora de constrangimento nos lugares públicos e no trabalho do transexual, não poderá ser utilizada, como exemplificado em um dos casos

"[...] 'toda a interpretação jurídica (...) deve propiciar o bem estar social do indivíduo, de modo a não lhe causar constrangimento público. Preserva-se, assim o direito à intimidade, em detrimento àquele genérico da sociedade'.[...]" [257]

Certo que a discriminação poderá continuar a existir, o transexual se sentirá mais confiante ao ter um documento, retratando o que acredita ser, e a sociedade será beneficiada com a redução de atos discriminatórios.

d) Averbação das mudanças e seu sigilo

Alterado o nome e o sexo, o juiz determina seja averbada a decisão judicial no cartório em que consta o registro de nascimento do requerente. Das decisões coletadas, 12

[256] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 14071. Julgada em 5 de setembro de 2007. Site do TJRJ.

[257] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0013923-23.2008.8.26.0161. Julgada em 28 de abril de 2011. Site do TJSP.

determinaram expressamente o sigilo da averbação e o mesmo número decidiu pela publicidade. As demais não fizeram nenhuma observação específica.

O sigilo significa a alteração do registro sem qualquer referência de que se trata de transexual. Em caso contrário haverá publicidade, que é de regra nos registros, e constará que a alteração ocorreu, por se tratar de transexual. Neste último caso, para o transexual, ocorre violação de sua intimidade e vida privada, pois todos podem tomar conhecimento da modificação de seu nome e/ou sexo, permitindo que a discriminação pelo sexo continue.

Os argumentos encontrados nos julgamentos analisados são que o sigilo protege a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a publicidade garante a continuidade dos registros públicos e a segurança jurídica, na medida em que permite a terceiros que, eventualmente queiram se casar com o transexual, tenham conhecimento da transexualidade.

> [...] Para a preservação de direitos de terceiros pretéritos e futuros, deve ser procedida averbação por ordem judicial à margem do novo registro civil do autor de seu anterior registro de nascimento. A providência não afetará direito do autor, por ser a certidão de nascimento exigida usualmente tão-só em circunstâncias solenes, em que o conhecimento do real estado é necessário exatamente para a preservação de direito de terceiros. Normalmente, a mera exibição da carteira de identidade, na qual nenhuma menção ao registro de nascimento anterior constará, será suficiente, o que evita qualquer constrangimento à pessoa do autor nas situações quotidianas. [...] [258]

A probabilidade do relacionamento sem a percepção da transexualidade, mesmo em pequena escala, é possível. Se acontecer, tratar de forma diferente indica discriminação em razão do sexo o que, além de ser vedado pela Constituição, deve ser repudiado por todos. O Judiciário, ao criar especial proteção para quem se envolve afetivamente com o transexual, está criando uma seleção de sexualidade. No fundo, está afirmando que a transexualidade é uma anormalidade e que todos devem ser alertados disso. Esta pretensão está distante da realidade dos relacionamentos amorosos.

Um acórdão apresenta argumentos para preservar o direito à intimidade do indivíduo.

> [...] Quanto à exteriorização ou não da condição de transexual do apelado, a questão é mais complexa, pois, ao mesmo tempo que se imagina possa haver certo prejuízo aos terceiros de boa-fé que venham a se relacionar com o recorrido, tem-se também o entendimento de que essa condição, na qual se encontra, não pode ser exposta da maneira como pretende o recorrente. [...] Discriminar um homem ou uma mulher é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um

[258] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 994.04.072967-8. Julgado em 17 de novembro de 2010. Site do TJSP.

> homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros. [...] [259]

O julgador passa a argumentar sobre o mal real e o que poderia haver de prejuízo efetivo, fazendo a analogia com o caso de uma mulher ser estéril, para concluir pela ausência de justificativa de exposição do transexual.

> [...] Mas que mal seria esse? Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher "de nascimento". Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril. Será que deveriam essas mulheres ter em seus documentos e no registro civil contida esta condição? Ou seria uma humilhação para elas? Sofreriam algum tipo de discriminação? E se os seus possíveis companheiros aceitassem essa condição por entenderem ser o amor o bem maior? As respostas são conhecidas. Os casos são assemelhados, e por não ter a mulher estéril que expor sua condição perante a sociedade, não terá [...] que expor a sua [...]. [260]

A decisão prossegue expondo a preocupação real e imediata, no caso concreto e não hipotético.

> [...] Cabe ressaltar que essas suposições de eventuais prejuízos que possam sofrer terceiros, são hipóteses, não havendo certeza quanto ao caso concreto. Poderia acontecer ou não. Por isso, não seria plausível a exposição da condição de transexual feminino do recorrido em virtude de projeções, e, como tais, aleatórias. Se houver, no futuro, alguém que se sinta ameaçado, ou até mesmo prejudicado moralmente em razão da alteração de vida pela qual optou o apelado, que procure o remédio jurídico cabível. O Direito não pode ficar atrelado ao que dispõem as normas vigentes no país. O Direito é realidade, é fato social. É o excepcional. Deve, portanto, o Direito, não fechar os olhos à realidade, e se inserir nos tempos modernos, evitando qualquer situação constrangedora para as partes que litigam perante a justiça, contribuindo sempre para a paz social. [...] [261]

O papel do Judiciário ao conceder a proteção imediata ao transexual e ao tratar do caso de forma discreta é mais importante do que a preocupação de prevenir a todos de que há um transexual no mundo, como examinaremos.

A Lei de Registros Públicos, de 1973[262], determina que as alterações de registro devem ser mencionadas, contudo, o Estatuto da Criança e Adolescente, posterior à

---

[259] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70006828321. Julgado em 11 de dezembro de 2003. Site do TJRS.

[260] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70006828321. Julgado em 11 de dezembro de 2003. Site do TJRS.

[261] Ibidem.

[262] Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973.

Constituição de 1988, proíbe a publicidade da adoção visando à proteção da intimidade e vida privada da criança adotada. O transexual merece o mesmo tipo de proteção, pois não se pode deixar de conceder um direito constitucional fundamental, de tamanha importância, aos adultos. A Constituição veda qualquer forma de discriminação.

Não há razão para aplicar a obsoleta lei de registros e desproteger a privacidade do transexual. A mudança de vida do transexual sofre grande carga de preconceito da sociedade e evitar novos constrangimentos é beneficiar o requerente. Mais de metade das decisões ressalta o constrangimento pelo qual o transexual passa antes de mudar seu nome e sexo e não se justifica que não se previnam novos constrangimentos a que estaria sujeito com a ampla exposição.

Deve ser vedada a expedição de certidão sobre os motivos da averbação e nenhuma informação sobre a origem da mudança poderá ser dada a terceiros. Apenas o próprio registrado poderá solicitar informações ou o juiz determinará que sejam fornecidas. Assim, nos mesmos moldes da adoção, há preservação da intimidade do transexual e garantia da continuidade dos registros, mas com acesso permitido somente ao registrado e por razões que justifiquem a violação da privacidade.

A publicidade irrestrita causa dano ao transexual que pode ser evitado pela aplicação do Princípio da não maleficência e o sigilo é evidente bem que a ele se pode fazer, por meio de atitude positiva do julgador, garantindo a segurança dos registros públicos sem expor a vida privada. Terceiros que pretendam se casar com o transexual ou tenham alguma dúvida fundada quanto a sua identidade, poderão requerer ao juiz esclarecimentos, desde que apresentem justo e fortes motivos para tanto, como, por exemplo, a preservação dos laços de filiação previamente existentes. Essa possibilidade pode parecer absurda diante da realidade da vida, mas soa menos absurdo propor que uma única pessoa ingresse em juízo para tomar conhecimento de algum registro do que deixar o transexual exposto em sua intimidade para todas as pessoas irrestritamente.

A inviolabilidade da intimidade e da vida privada é garantia constitucional e os limites impostos competem, *prima facie,* exclusivamente ao indivíduo que tem o direito de autorizar ou negar o acesso de terceiros à sua vida, de acordo com sua autonomia. O respeito à autonomia terá como consequência o benefício para o transexual de não se ver exposto em sua intimidade. O sigilo no registro atende o limite imposto pelo interessado. A garantia da segurança jurídica pela continuidade dos registros não é afetada, pois se permite o acesso, para casos justificados, através de ordem judicial.

O benefício a ser proporcionado ao transexual, reconhecendo seus direitos civis de identificação, é imenso e o sigilo é complemento desse reconhecimento, ao respeitar os direitos fundamentais à inviolabilidade da intimidade e vida privada. O transexual participa da sociedade e contribui para sua evolução na mesma medida que qualquer outro cidadão e é merecedor de direitos e garantias como todos.

3.3.1.4 Princípio da Justiça

O acesso ao cuidado na saúde é direito de todos os cidadãos e não é diferente para o transexual. O SUS regulamenta o atendimento gratuito do cidadão transexual, prevendo serviço de atendimento integral, cuidando do bem estar psicológico e físico, através de atendimento humanizado. Os custos para atendimento de todos os que procuram este serviço, de acesso universal, são altos e a disponibilidade tende a ser restrita a determinado número de pessoas, devendo os demais aguardar a oportunidade de realizar a cirurgia, o que pode demorar anos.

Os recursos disponibilizados, portanto, não são imediatos para todos. Atendimentos mais simples, como o acompanhamento médico para utilização de hormônios são mais fáceis de alcançar um grande número de pessoas, já o atendimento cirúrgico tem número reduzido de pessoas.

Além da dificuldade financeira para realização da cirurgia, há outras situações que a impedem, como a falta de interesse em ver seu órgão sexual extirpado ou ausência de indicação médica por motivos de saúde. A cirurgia de redesignação de sexo permanece fora do alcance para grande maioria dos transexuais, apesar de muitos a desejarem. Exigir sua realização para somente assim configurar a possibilidade de mudança de nome e gênero é discriminatório e, portanto, injusto. Muitos transexuais que usam hormônios e mudam seus aspectos físicos mais aparentes estão excluídos pela falta de recursos financeiros ou impossibilidade física.

Quase a totalidade das decisões analisadas têm como pressuposto a realização de cirurgia de redesignação completa. Um único processo, dentre os pesquisados, mudou o sexo sem cirurgia. Apesar do reconhecimento do sexo psicológico e da aparência do outro sexo, a cirurgia é compreendida pelos juízes como etapa fundamental para redesignação de sexo.

Nos 6 casos, sem realização de cirurgia e deferida a modificação do nome, a justificativa foi adequar este à aparência do transexual. A cirurgia era aguardada em um dos

casos e, em outro, o julgador entende que a verdade genética deveria prevalecer para designação do sexo.

Em 2 casos, o pedido é só para mudança do nome e não houve mudança de sexo. Em outro caso, pedido feito por mulher, o julgador, embora tenha reconhecido a aparência masculina da requerente, considerou necessária a submissão a todas as etapas cirúrgicas com base nos precedentes julgados.

Em outro caso, o julgador autorizou a mudança do nome e fez constar como sexo a indicação de transexual sob a justificativa de que não tendo sido realizada a extirpação do órgão sexual o requerente poderia reproduzir e "gerar a situação Kafkiana de virar mulher-pai!". Mesmo após ter sido esclarecido que sua função reprodutora não existia mais em razão do tratamento hormonal não houve concordância de dois julgadores para o reconhecimento como do sexo feminino. A proposta conciliadora do juiz relator sugeriu a mudança para constar como referência a transexual no registro e os demais julgadores concordaram. Não há informação se o requerente foi consultado sobre a alteração.

> [...] fisiologicamente o requerente ainda é homem, embora psicologicamente se perceba como mulher. [...] É preciso reconhecer que mesmo nos casos em que ocorre a completa transgenitalização, a mudança de sexo será sempre apenas aparente, pois os órgãos sexuais cirurgicamente criados são inteiramente desprovidos de funcionalidade. [...] No entanto, enquanto não extirpados os órgãos sexuais masculinos do requerente este estará, em tese, apto a reproduzir como home, Logo, deferir-se a modificação do registro, desde já, para que conste que é mulher, poderá ensejar situação verdadeiramente Kafkiana, pois, podendo potencialmente vir a fecundar uma mulher, será pai. E teríamos então uma mulher pai! [...] [263]

Não obstante, o julgador tinha alertado que "em face do tratamento hormonal a que se submeteu o recorrente, não dispõe ele mais da capacidade procriativa" e proposto a averbação da condição de transexual até que se realizasse a cirurgia, quando passaria a ser identificado como do sexo feminino.

Em 2006, quando a controvérsia sobre o tema era ainda maior do que nos dias atuais, a estratégia utilizada pelo julgador pode ser vista como um avanço, por ultrapassar o binarismo sexual. Por outro lado, pode ser considerada uma violação ao direito do indivíduo, que não foi ouvido sobre esta condição.

No caso mencionado, o julgador, notoriamente, busca construir uma justificação coerente a ser aplicada em todos os casos semelhantes. Avança no aspecto de deixar claro que, havendo descompasso entre o sexo anatômico e o psicológico, deve ser reconhecido que,

---

[263] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013909874. Julgado em 5 de abril de 2006. Site do TJRS.

ao menos, a pessoa deixou de pertencer ao sexo biológico. Como os outros dois julgadores não acompanharam seu voto, integralmente, entendeu que um precedente desta natureza seria um avanço. Sua argumentação é voltada para os princípios. Este caso é um exemplo do "juiz Hércules" de Dworkin[264], que constrói um esquema de princípios para justificar o precedente criado, de forma coerente. Então, o julgador deixa de aplicar a classificação sexual binária, para que futuras decisões sejam tomadas a partir desta compreensão. É uma decisão política e não só judicial. Mas ainda na linha da imposição de riscos por exigir a cirurgia, o que ocorre até hoje.

A exigência da cirurgia, além de ser imposição de riscos, exclui a possibilidade de que transexuais sem recursos econômicos ou possibilidade física entrem em juízo para pedir a mudança do sexo.

Em pesquisa feita nos Estados Unidos, em 2011[265], realizada com 7500 transexuais e pessoas desconformes com seu gênero, foram respondidas 70 questões que revelaram número reduzido de transexuais submetidos à cirurgia de redesignação. A cirurgia de vaginoplastia foi realizada por 23% dos homens que desejavam se tornar mulher. Na mesma proporção, estavam os que utilizavam próteses mamárias e retiraram os testículos. Dos entrevistados, 14% não queriam fazer a cirurgia.

Para as mulheres, o número de cirurgias era bem reduzido. Apenas 2% das mulheres entrevistadas fez cirurgia de faloplastia, mas 72% não queria realizar a cirurgia em momento algum. As cirurgias de retirada de mamas têm maior número de adeptas, 43%.

Um dado grave da pesquisa é o número de tentativas de suicídio, pois 41% dos entrevistados, na faixa etária entre 18 e 44 anos de idade, declararam terem tentado o suicídio.

Os entrevistados revelaram as sérias barreiras enfrentadas para os cuidados de sua saúde, o desrespeito e recusa a atendimento, o assédio e abuso físico e sexual, narrando eventos discriminatórios cotidianos e alto índice de violência. A pesquisa indica a facilidade para o acesso a outros procedimentos como o aconselhamento recebido por 75% dos participantes e fornecimento de hormônios para 62%. A cirurgia, embora desejada por 64% dos homens e 27% das mulheres que pretendem realizá-la algum dia, continua de difícil acesso.

---

[264] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 164-203.

[265] GRANT, Jaime M.; et al. **Injustice at Every Turn**: a report of the national transgender discrimination survey. Washington: National Center for Transgender Equality, 2011 Disponível em: <http://www.thetaskforce.org/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf> Acesso em: 24 jul. 2013.

Estes números corroboram o argumento da discriminação gerada a partir da exigência de cirurgia. No Brasil, apenas um seleto grupo de transexuais, com condição financeira e desejo de realizar a cirurgia ou selecionado pelo serviço púbico para ser operado, está habilitado a trocar o sexo no registro civil. Uma parte tem o ideal de realizar a cirurgia e outra parte sequer deseja ou tem esta expectativa, conforme se depreende dos acórdãos pesquisados. Esse aspecto deve ser considerado quando decidir sobre a questão do transexual.[266]

Nos dados coletados para a presente tese, o número de casos decididos favoravelmente à mudança de sexo é reflexo da exigência de realização da cirurgia. Tanto para autorizar, como para negar. São 28 decisões autorizando a mudança de sexo com cirurgia e 4 decisões negando a apreciação do caso pela ausência de cirurgia prévia. Dos 11 casos julgados em que os requerentes ousaram pedir a mudança de sexo sem cirurgia, 4 foram negados e 7 tiveram apenas o nome modificado.

O padrão encontrado nos casos que negam a mudança de sexo diz respeito ao que Barboza[267] denominou de "falta grave cometida pelo transexual", que, ao se afastar das convenções de gênero, merece punição. A decisão judicial se torna uma "pena perpétua de negação da identidade" com vários outros direitos não concedidos. Seguida das sanções impostas pela sociedade como o constrangimento, a humilhação e o confinamento em guetos. O processo transexualizador, proposto para resolver os problemas dos transexuais, os torna mais graves gerando efeitos bioeticamente inadequados no desencontro do corpo, da psique e da identificação do transexual.

Como no trecho que segue.

> [...] fotografias que não deixam dúvidas quanto ao propósito de adequar seu corpo às formas femininas [...] Contudo, ele ainda não efetuou a cirurgia de transgenitalização que conformaria seus órgãos genitais de maneira definitiva ao sexo feminino. [...] Finalmente, só o acréscimo do prenome, como pretende, o apelante, não o livrará dos constrangimentos que alega sofrer 'quando tem que apresentar os seus documentos, pois neles ainda constará que se trata de indivíduo do sexo masculino. Portanto, bem andou o MM. Juiz em decretar a extinção do processo sem resolução do mérito em razão da carência da ação .[...] [268]

---

[266] A Procuradoria Geral da República ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade para decisão de interpretação reconhecendo aos transexuais a substituição de prenome e sexo no registro civil, independente de cirurgia de transgenitalização. ADI 4275-1 Divulgado em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691371> Acesso em: 11 jun. 2013.

[267] BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignacão sexual**: um processo bioeticamente inadequado. 2010 174 f. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/xmlui/handle/icict/2545> Acesso em: mar. 2013.

[268] SÃO PAULO. Apelação Cível nº 00033051-03.2006.8.26.0451. Julgado em 19 de outubro de 2011.

O julgador se abstém, até mesmo, de negar os pedidos, justificando que não concede a mudança de nome para adequação à imagem feminina, porque o requerente permanece como do sexo masculino. Sua justificativa se origina de sua própria omissão em decidir, em clara e histórica dificuldade da dogmática jurídica com relação aos fenômenos sociais, segundo Streck[269]. A decisão se torna rotineira, neutralizando a ação do receptor mediante o controle do juiz, através da "violência simbólica" da decisão que busca a aplicação correta da lei escrita, que tudo sabe e tudo diz. Se o receptor/requerente quiser uma resposta, deverá mudar completamente sua aparência física, pois a lei deve ser seguida.

Alguns aspectos serão destacados para a análise deste Princípio, quais sejam: a) a cirurgia como oferecimento e não como imposição, b) a justiça no sigilo da averbação de mudança de sexo, c) a comprovação da transexualidade, e) consequências do reconhecimento de novo sexo.

a) A cirurgia como oferecimento e não como imposição

O Princípio da justiça tem o propósito de conceder o direito a quem deve recebê-lo, tratando de forma igual a todos e buscando igualar os desiguais. O Estado oferece a cirurgia de redesignação de sexo, devendo atender a todos os interessados. Contudo, é fato a dificuldade em distribuir benefícios, direitos e encargos de forma equitativa.

Ciente da dificuldade de oferecer a cirurgia para todos e de que nem todos a desejam por razões respeitáveis, e não por não querer pertencer ao sexo oposto, cabe ao Estado oferecer um caminho intermediário para alcançar o objetivo a que se propôs, ao instituir o processo transexualizador com atendimento humanizado e livre de discriminação.

O dever do Estado é promover a saúde integral do transexual e não implementar nova fonte de discriminação o que ocorre quando condiciona o processo à cirurgia. O Ministério da Saúde, quando oferece a cirurgia gratuita, visa a eliminar a discriminação e o preconceito, contribuindo para redução das desigualdades, como consta expressamente em sua política nacional de integração.[270] Para alcançar sua meta, a cirurgia é mais um dos instrumentos de busca da equidade, mas não o único.

Se a realização da cirurgia de transexualização for o único instrumento reconhecido

---

[269] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77-87.

[270] Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, que institui a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais no âmbito do SUS.

para mudança de nome e/ou de sexo do transexual, o âmbito de atuação do Estado fica reduzido às práticas médicas, admitindo que a ciência biológica prevalece sobre as demais, em evidente retrocesso. Todos os aspectos do ser humano, sua psique, sua vontade e o sentido que atribui a sua identificação, como membro da sociedade a que pertence, são importantes na mesma proporção.

O Estado deve zelar para que todos esses aspectos recebam a mesma proteção que pretende oferecer ao institucionalizar o tratamento cirúrgico. Ao fazer isso, está ampliando o leque de oportunidades para cada um com tendência a abranger maior número de pessoas e, de formas diferentes, proporcionar o tratamento equânime. A justiça se realiza com o resultado buscado, mesmo que por vias diferentes. Ao Estado cabe oferecer a transexualização, de acordo com os interesses manifestados pelos indivíduos e disponibilizar os diversos serviços para serem aceitos, ou não, mediante a prévia garantia do reconhecimento do sexo psicológico.

"[...] penso que, nessa situação, deve prevalecer o sexo psicológico (que, no caso, parece não ser anatômico apenas porque ainda não houve a implantação do órgão genital masculino), até por uma questão de dignidade da pessoa humana .[...]" [271]

A tranquilidade proporcionada pelo reconhecimento do sexo psicológico, independente de cirurgia, não gera danos à sociedade. O transexual assume comportamento e aspecto do sexo oposto e requer a identificação civil neste mesmo sentido. A genitália não fica exposta publicamente para que toda a sociedade confirme que ocorreu a redesignação. A retirada ou a implantação de órgão sexual é uma exigência conservadora do Estado que será o único agente com poder de exigir e checar a existência da genitália construída e confrontá-la com os documentos de identificação.

b) A justiça no sigilo da averbação de mudança de sexo

Um dos argumentos que justifica a publicidade da averbação em cartório da mudança de sexo é a preservação da boa fé de quem venha a se relacionar afetivamente com o transexual. É um argumento frágil, pois nenhum registro em cartório é verificado antes de alguém se apaixonar por outra pessoa ou antes de um relacionamento sexual.

Proteger terceiros que desejarem se casar com transexual não é argumento suficiente para justificar que o Estado descuide dos direitos do transexuais, pois se imiscui na vida

[271] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70011691185. Julgado em 15 de setembro de 2005. Site do TJRS.

privada, discriminando em razão do sexo, atitude que não assume quando se trata de outras questões próprias do relacionamento entre duas pessoas como por exemplo a infertilidade, a impotência sexual ou características da personalidade que são descobertas somente com o convívio ao longo do tempo

Essas situações, que podem gerar insatisfação para o cônjuge que as desconhecia, não são obrigatoriamente tornadas públicas. Aquele que se sentir prejudicado poderá pedir a anulação do casamento ou o divórcio, conforme as especificações de cada caso ou ainda pedir indenização civil, se preenchidos os requisitos que a configurem. O Estado possui instrumentos para agir em caso de desequilíbrio de direitos posteriormente à ocorrência dos fatos, sem necessidade de antecipar situações que não são tão prováveis de acontecer, mas garantindo o retorno ao *status quo ante* ou reparando eventuais danos. Antecipar sua atuação, exclusivamente para o casamento com transexual é evidentemente discriminatório.

O cumprimento do Princípio da justiça se dá não apenas ao ser propiciada a oportunidade de cirurgia gratuita, mas também ao serem oferecidos os demais procedimentos como o aconselhamento prévio, o acompanhamento psicológico e o tratamento hormonal. Todos estes procedimentos visam ao bem estar do transexual, ao adquirir a aparência do sexo que compreende pertencer. Mas se forem realizados sem que a identificação civil acompanhe o sexo psicológico, não atinge o objetivo do completo bem estar e da saúde integral que inclui a possibilidade do indivíduo se apresentar perante a sociedade e ser reconhecido como sendo do sexo com o qual se reconhece pessoalmente.

Esse direito compõe o conteúdo da saúde do transexual porque está relacionado a como se vê e como quer ser visto pela sociedade. A transformação do corpo é realizada dentro do possível, assim como o que é oferecido pelo Estado para auxiliar nesta transformação. Toda colaboração será benéfica sem que necessariamente tenham que ser cumpridas todas as etapas.

Certamente, o sexo psicológico terá por consequência modificações físicas, o que ocorrerá naturalmente pela aceitação desta condição. Os limites da transformação serão estabelecidos pela vontade do indivíduo, por suas condições físicas e de saúde, por sua capacidade financeira e pelas oportunidades dadas pelo Estado. Para alguns será relevante chegar ao máximo da transformação com extirpação de órgãos e de construção de um novo órgão semelhante ao do sexo oposto; para outros, pequenas mudanças como a do vestuário e de alguns caracteres físicos, como o tipo de cabelo e a tonalidade da voz serão satisfatórias.

O estabelecimento dos limites deve ser de exclusividade do indivíduo autônomo. O papel do Estado será distribuir os recursos para auxiliar na transformação e considerar a

identificação civil como prioridade ao ser constatado o sexo psicológico independente de criação de nova genitália através de cirurgia.

c) A comprovação da transexualidade

O Estado deve avançar sua compreensão e aceitar a auto-declaração de sexo. O indivíduo, a partir de sua maioridade civil, poderia requerer ao juiz o reconhecimento de seu sexo sem precisar comprovar seu sexo biológico ou realizar perícia médica. A sua declaração é sobre o seu sexo psicológico e o nome se adequaria ao sexo declarado. O processo se iniciaria com a afirmação do interessado, perante o juiz, de que pertence ao sexo oposto. A partir desta declaração caberia ao juiz verificar as circunstâncias psicológicas que permitem ao requerente fazer tal declaração. A transformação da aparência é importante, mas a cirurgia seria apenas uma parte do processo transexualizador.

Da mesma forma que o estado civil muda de solteiro para casado e para divorciado ou viúvo sem ferir a segurança das relações jurídicas, a sociedade tem condições de absorver a mudança de sexo como absorveu a mudança do estado civil de casado para separado e divorciado. Observe-se que o estado de fato da união estável influencia os negócios jurídicos como a partilha de bens entre companheiros ou a sucessão hereditária, sem que haja obrigatoriedade de registro prévio e mesmo assim o seu reconhecimento posterior não gera insegurança jurídica para a sociedade.

Quando há mudança de nome e/ou de sexo por ordem judicial os demais dados não são alterados, permanecendo o sobrenome, a filiação, a data e o local de nascimento, o número de identidade e Cadastro de Pessoa Física-CPF, além de preservada a identificação datiloscópica. Todos os recursos para sua localização e identificação continuarão a existir. Ao mudar o sexo - do biológico para o psicológico - o juiz deixa de ter a incumbência de verificar o sexo biológico do requerente através da determinação de perícia médica e análise do órgão sexual do requerente exposto nas fotografias juntadas ao processo judicial para provar que mudou de sexo. Nenhuma destas provas se torna necessária, quando o juiz acata o sexo psicológico.

Com relação à capacidade da parte é sempre presumida. Somente se existente interdição judicial, ou se o juiz desconfiar de que o requerente tem problemas psiquiátricos, é que o processo será suspenso para verificar sua capacidade. O procedimento não pode ser outro com o transexual que deve ser presumidamente capaz. Se o juiz tiver dúvidas quanto à existência de transtorno psiquiátrico determinará a suspensão para verificação da capacidade

do requerente, caso contrário deverá reconhecer a sua declaração. É uma nova percepção quanto à sexualidade, afastando o sexo biológico e reconhecendo o sexo psicológico, a partir da declaração do próprio indivíduo.

Argumentar que qualquer um poderia criar confusão no registro, requerendo mudança de sexo e depois requerendo o retorno ao sexo anterior, deve ser uma preocupação semelhante a que se tem quanto a um casamento descompromissado que leva ao divórcio em poucos dias. Em casos justificados, eventuais prejudicados pela alteração de sexo poderão requerer em juízo o esclarecimento necessário e o juiz, avaliando os motivos alegados, poderá autorizar a informação do que consta na averbação ou não. Serão casos pontuais a serem resolvidos individualmente.

Num país que preza a liberdade e os direitos civis de seus cidadãos nada mais justo do que aceitar a verdade vinda do próprio cidadão. A sociedade, ciente desta nova conduta, saberá superar preconceitos e discriminações, adequando-se à nova realidade. O Princípio da justiça é aplicado em concepção baseada no direito elementar à credibilidade, à boa-fé e ao reconhecimento da identidade de cada um.

d) Consequências do reconhecimento de novo sexo

Após o reconhecimento como pertencendo ao sexo oposto, o indivíduo deve ter todos os direitos e deveres decorrentes do sexo que passa a pertencer. Os direitos trabalhistas, como a aposentadoria, as licenças, especialmente as concedidas a um sexo ou outro, como a licença maternidade ou paternidade, as participações em concursos ou competições de acordo com o gênero. Isso ocorre por conta do binarismo de sexo vigente na sociedade. Ou se é homem ou se é mulher. Quem não se enquadra nestas duas categorias sofre a exclusão.

O mesmo serve para os esportes, no qual é comum ver atletas submetidos a exames médicos para elegibilidade para competição em evento esportivo feminino.[272] Esses exames e os julgamentos realizados a partir deles refletem preconceito cultural e social. Os testes específicos utilizados indicam um limite para a performance das mulheres e a partir de determinado limite são consideradas muito masculinas e desqualificadas da competição a despeito de sua identidade de gênero.

Isso não ocorre para os homens porque não há limites para o que se considera

[272] HEGGIE, Vanessa. Testing sex and gender in sports; reinventing, reimagining and reconstructing histories. **Endeavour**, Amsterdam, v. 34, n. 4, p. 157-163, Dec. 2010. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3007680/> Acesso em: 20 jun. 2013.

masculino, não existindo o super-masculino. Na metade do século passado, constrangedores exames manuais e visuais foram utilizados para classificar as mulheres como hábeis a participar de importantes competições internacionais. Posteriormente, foi usado exame de cromossomos, causando muita confusão pelas possibilidades de combinações cromossômicas. No final do século, ainda utilizavam testes para detectar, apenas, o cromossomo "y" e muitos com resultado falso-positivo geraram problemas nas olimpíadas de Atlanta. Somente nas olimpíadas de 2000, em Sidney, o sexo deixou de ser testado obrigatoriamente, ocorrendo os testes, ainda assim, quando há dúvidas, como afirma Heggie. [273]

Todo este procedimento de testagem enseja discriminação de sexo. O critério prevalente do binarismo sexual para a equidade nos esportes deve ser questionado quando se estimulam mulheres a praticar esporte com intensidade e a superar seus limites físicos, mas impõe limites à virilidade adquirida pela mulher, fato que não ocorre para o sexo masculino.

O ideal é que as diversas situações que possam surgir sejam adaptadas não ao sexo, mas às responsabilidades, como no caso de uma licença para um homem que adota individualmente uma criança e recebe um período de licença de dias, diferente de uma mulher que recebe licença de meses. O Judiciário já reconheceu períodos maiores para o homem quando exerce o papel reservado às mulheres pela sociedade, assumindo a "maternidade" mesmo sendo homem. Essa deve ser a postura do Judiciário, reconhecer direitos independentemente do sexo e proteger o indivíduo não por ser homem ou mulher, mas porque é um ser humano.

3.3.1.5 Conclusão à análise do terceiro grupo

Os Princípios analisados e aplicados à interpretação de casos judiciais para mudança de nome e de sexo de transexual são úteis para a construção de um novo caminho ético para melhorar as condições de vida do transexual na sociedade em que vive. A inclusão do transexual para participar plenamente da vida social e deixar de ser sujeito de tanta discriminação em razão das suas diferenças tem início no reconhecimento de que não se cuida de erros ou defeitos da personalidade ou de caso patológico, mas de uma enorme capacidade de renovação por parte do indivíduo, criando uma nova normalidade para si próprio.

A transexualidade tem que ser vista como um acontecimento e esta nova possibilidade não pode ser considerada inferior porque, aí sim, seria patológica, pois a vida passaria a ter

[273] Ibidem.

limitações insuportáveis, mediante as restrições de direitos fundamentais. Quanto maior a capacidade de renovação, maior a possibilidade de uma nova normalidade ser instituída. O que parece ser patológico é normal por fazer parte da vida. No momento que a norma quer fazer crer que o transexual é anormal, novas normas são criadas na mencionada "margem de tolerância às infidelidades do meio num mundo de possíveis acidentes" e o transexual passa a ser normativo e dita novas normas para se sentir pertencendo ao mundo.

> [...] 'Como a função política do Juiz é de buscar soluções satisfatórias para o usuário da jurisdição – sem prejuízo do grupo em que vive – a sua resposta deve chegar o mais próximo permitido da fruição dos direitos básicos do cidadão (art. 5º da Constituição da Republica), eliminando proposições discriminatórias, como a de manter, contra as evidências admitidas até por crianças inocentes, erro na conceituação do sexo predominante do transexual'. [...] [274]

O papel do juiz somente pode ser de, junto com o transexual, criar uma nova normatividade, reconhecendo não uma doença que precisa ser tratada por meio de cirurgia, mas um fato da vida. Ao juiz cabe acolher a inovação proposta pelo indivíduo para lidar com o fenômeno vivenciado.

Tanto para um juiz quanto para um pesquisador só há sentido na tarefa realizada quando pode melhorar a vida das pessoas apresentando razões para superar antigas afirmações e desenvolvendo ideias éticos na perspectiva do respeito à autonomia do indivíduo e na proposta de não maleficência e beneficência aplicando o ideal de justiça em que a presunção é de credibilidade do sujeito de direitos e a sua expressão de vontade é considerada suficiente para adequar seu sexo e seu nome.

3.4 **O que revela o conjunto das decisões à luz da Teoria Principiológica**

Para a comparação entre os dados obtidos em cada grupo, os acórdãos são unificados em um grande grupo de casos com decisões judiciais no campo da bioética clínica.

Com o cruzamento dos dados obtidos em cada grupo, são informadas as conclusões a que o julgador chegou, destacando a aplicação ou violação de cada um dos Princípios. As decisões são classificadas como de caráter conservador ou liberal, a partir da constatação do caminho utilizado para a tomada da decisão judicial, com aplicação dos quatro Princípios ou violação ou ausência de limites em sua aplicação.

---

[274] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013580055. Julgado em 17 de agosto de 2006. Site do TJRS.

Destaca-se o fio comum aos julgamentos dos casos de bioética clínica, de acordo com o resultado dos julgados, para apontar o caminho percorrido pelo julgador para chegar a sua conclusão e avaliar os critérios de julgamento em sua moralidade.

Ao juntarmos os três grupos, temos o total de 81 decisões judiciais analisadas quantitativamente e qualitativamente, além das decisões do STF e STJ, que foram trazidas para colaborar na análise qualitativa.

As decisões liberais têm especial consideração com os direitos fundamentais e buscam minimizar o sofrimento do indivíduo ao sopesar eventual dano à sociedade, interpretando a legislação de forma a garantir os direitos fundamentais. As decisões conservadoras preservam os costumes e as tradições existentes, baseadas em interpretação da lei que não permite mudanças dos valores impostos ao longo dos anos e/ou repetindo o conteúdo legal de forma literal. Ambas foram encontradas nos três diferentes grupos analisados.

Observa-se que as decisões de caráter liberal utilizam os quatro Princípios bioéticos na construção das razões para a solução do caso, realizando a ponderação e a especificação dos Princípios para concluir pela prevalência do direito individual postulado. A lei é aplicada, após interpretação cuidadosa dos propósitos constitucionais com respeito efetivo aos direitos individuais e não apenas com base em valores herméticos estabelecidos por normas legais.

Assim ocorre com as decisões que autorizam a interrupção de gestação de feto anencéfalo, que a partir do Princípio do respeito à autonomia, analisam as razões apresentadas pela gestante para fazer um pedido tão gravoso, considerando a manifestação de vontade livre e consciente, aplicando os Princípios da não maleficência e da beneficência para não causar dano maior à mulher gestante que já estava sofrendo e proporcionar-lhe o bem estar integral atendendo à sua saúde física e psicológica. Ao ponderar quanto ao *status* moral do feto e o da gestante, o julgador conclui que o dano provocado à gestante, ao continuar a gestação com a perspectiva de morte certa do feto, é muito maior que o dano de interromper o futuro do feto anencéfalo, face absoluta ausência de futuro para este.

Da mesma forma, nas decisões que não impuseram o procedimento de transfusão de sangue ao paciente Testemunha de Jeová quando, seguindo o Princípio do respeito à autonomia, o juiz ouve a recusa informada do paciente que considera sua liberdade religiosa um bem de grande valor e passível de suplantar a própria vida. O julgador aplica os Princípios da não maleficência e da beneficência, não pela verdade do conhecimento médico ou pela verdade do juiz, mas em razão da crença do próprio paciente que vive a situação e escolhe de forma consciente o que deseja.

Já nas decisões que autorizam a mudança de nome e de sexo do transexual, respeitando sua autonomia, o juiz aceita a escolha consciente em transformar o corpo em busca da adequação ao sexo que acredita pertencer de acordo com sua psique. O juiz aplica o Princípio da não maleficência, quando, para não causar mal ao transexual, declara sua nova identificação civil para que não se sinta constrangido no descompasso entre seu sexo psicológico e seus documentos de identificação e possa exercer seus direitos plenamente.

Segue o Princípio da beneficência, propiciando a concessão, ao transexual, do direito a mudar o sexo, para quem realiza a cirurgia completa, com extirpação de órgãos e construção de nova genitália, concedendo o direito de identificação diante da aparência construída. Os dois Princípios, da não maleficência e da beneficência, podem ter sua aplicação ampliada para permitir que a alteração de sexo ocorra a partir da manifestação informada do transexual, por sua livre vontade, sem que sejam impostos riscos que não transformam a realidade biológica, cabendo ao julgador compreender que deve se considerado o sexo psicológico.

Essa abordagem amplia o Princípio da não maleficência ao não impor riscos ao transexual sem que este deseje correr estes riscos de proceder ao ato cirúrgico. Incrementa a aplicação do Princípio da beneficência, ao conceder o bem-estar na medida das transformações do corpo do transexual até o momento em que se dá por satisfeito e não pela visão de terceiros sobre o que é ser feminino ou masculino.

Nestas decisões de caráter liberal, é evidenciado o cumprimento do Princípio da justiça quando o julgamento é realizado concedendo o direito fundamental requerido. O juiz distribui o direito social à saúde com a compreensão do sentido amplo deste conceito e de acordo com a visão de quem o usufrui. Para casos difíceis como estes, poderá haver algum dano a ser suportado por alguém, mas quando as vantagens obtidas e os danos e custos a serem suportados são balanceados um caminho é escolhido com maior razão e menor custo. Como no caso da gestante de feto anencéfalo em que a ausência de futuro de vida do feto e o sofrimento da gestante são sopesados e o juiz conclui por autorizar a interrupção.

No caso da não obrigatoriedade da transfusão de sangue em que pode gerar a perda de uma vida, o juiz pesa as consequências da vida sem liberdade religiosa e defere o direito a viver dentro de suas crenças. Não há obrigação de viver a qualquer custo. Em paralelo, o juiz, ao reconhecer o direito do transexual interferir em seu próprio corpo, está preservando a inviolabilidade da vida privada e reconhecendo seus direitos fundamentais.

Os Princípios ajudam o juiz na escolha do caminho para que não seja feita de forma aleatória ou tome por base a moralidade pessoal do julgador. O julgamento seguirá as normas Constitucionais a serem interpretadas na perspectiva do método da filosofia, baseado em

Princípios, porque o julgamento necessita da avaliação dos conceitos morais e não só dos jurídicos. A leitura da legislação ordinária é realizada ciente de que a rigidez legislativa não acompanha a dinâmica das transformações da sociedade e da importância em seguir um caminho metodológico próprio, para que as decisões tomadas não sejam discriminadoras e injustas.

Os quatro Princípios da teoria Principialista aparecem com relevância na construção das decisões liberais de cada um dos três grupos de decisões. Ao analisar um por um dos Princípios, aplicando no caso concreto e especificando-os, o juiz consegue formar um raciocínio despido de moralismos ou de conceitos pré-estabelecidos, para pensar de forma diferente sobre o que representa a vontade do requerente e o que pode fazer para atender ao seu bem estar. Analisa a repercussão de sua decisão para a sociedade e reflete quanto ao peso entre as vantagens e os eventuais danos. Deixa de ser o juiz "boca da lei"[275] para ser o intérprete da lei, de acordo com a evolução do tempo e da moral.

É certa a necessidade de aperfeiçoamento da aplicação dos Princípios por meio da especificação e da ponderação, permitindo que o Judiciário cumpra o seu principal papel de distribuir justiça. O subjetivismo que esses tipos de julgamento permitem se estreita quando o juiz segue os Princípios propostos para interpretação da lei vigente. A cada ponderação e argumentação, com base em cada um dos Princípios, o juiz assegura a oportunidade de contra-argumentação e novo debate sobre suas razões, o que restringe sobremaneira as arbitrariedades.

Quando são prolatadas decisões conservadoras e deixam de ser utilizados os Princípios, a construção do julgamento utiliza a letra da lei como justificativa ou realiza uma interpretação restritiva da lei, sob o argumento de que não prevê determinado direito ou é impositiva. Não há apresentação de razões fortes o suficiente para justificar o cumprimento estrito da norma. Neste tipo de decisão, os Princípios da teoria Principialista estão violados ou extrapolados em seus limites, através de decisões paternalistas ou que geram um desequilíbrio extremo na distribuição da justiça.

Essas características foram observadas nos casos em que se nega a interrupção da gestação de feto anencéfalo em que o juiz afirma que a lei prevê o aborto como crime, não sendo função do juiz criar novas exceções. Aqui ocorre a violação dos Princípios da não maleficência e da beneficência, por prolongar o sofrimento da gestante, sem considerar que não há vantagens advindas deste sofrimento face à morte certa do feto, tomando a decisão que

---

[275] MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis** – in Coleção Os Pensadores - Montesquieu. São Paulo, Abril Cultural, 1973

está ao alcance exclusivo do juiz, naquele momento, para fazer cessar o mal que aflige a gestante.

Para as decisões de imposição de transfusão de sangue contra a vontade do paciente é aplicado o Princípio da beneficência de forma paternalista, ao considerar a vida como valor superior à liberdade religiosa. O julgador chega a esta conclusão a partir do seu ponto de vista, desconsiderando as razões do paciente e o tipo de vida que terá após a transfusão obrigatória em que arcará com as consequências de um procedimento médico reprovado pela comunidade religiosa onde vive. O Princípio da não maleficência é claramente violado e o da beneficência é aplicado sem limites e sem respeitar a escolha autônoma do envolvido que prefere a liberdade religiosa à vida sem esta.

Nas decisões que negam aos transexuais o direito de mudar o nome e o sexo são violados os Princípios do respeito à autonomia e da beneficência, ao impedir que o transexual usufrua de sua vida e seu corpo sem interferência do Estado. A violação do Princípio da não maleficência é evidenciada quando o transexual se vê condenado a manter por toda vida o sexo do registro, em desacordo com seu sexo psicológico ou se vê obrigado a realizar a cirurgia de redesignação para obter sua nova identificação mesmo que não queira realizá-la, violando também a sua autonomia.

Nas decisões conservadoras há em comum a violação do Princípio da Justiça, ao serem negados direitos fundamentais de alguma forma, como o direito fundamental a não ser torturado, na proibição de interrupção da gestação de anencéfalo que impõe sofrimento atroz à gestante; ou a violação do direito à liberdade religiosa quando o juiz impõe a transfusão de sangue; ou, ainda, a violação à igualdade, quando há proibição de identificação do transexual de acordo com seu sexo psicológico, caso não tenha sido realizada a extirpação de órgãos sexuais, tendo como consequência a exclusão de considerável parcela de transexuais interessados em mudar o sexo sem realizar a cirurgia. Ao repetir o determinado pelo conceito de legalidade dominante, o Judiciário deixa de assegurar o direito que cada indivíduo merece, sem que seja acrescentado nada de valoroso para a sociedade e contribuindo para disseminar discriminação e atitudes preconceituosas contra os diferentes numa sociedade plural, portanto necessariamente composta pelos diferentes.

Analisadas as decisões como liberais ou conservadoras, é nítido que a utilização dos quatro Princípios disponibiliza ao julgador ferramentas úteis para chegar a uma conclusão mais bem fundamentada. Os argumentos fortes são mais difíceis de serem refutados, por conterem bases sólidas, o que permite a convergência de ideias na sociedade plural. O método oferecido confere maior segurança ao julgador e ao requerente e poderá ser utilizado em casos

diferentes, no âmbito da bioética clínica, o que permitirá sua utilização não somente para os três tipos de casos apontados. O que estes casos têm em comum é o fato de que são postulados direitos individuais, garantidos pela Constituição Federal, que estão sendo violados.

Cabe ao juiz garantir estes direitos realizando análise e interpretação detalhada, utilizando Princípios emergentes da moralidade comum, a fim de chegar a uma conclusão coerente e não dogmática. O argumento de que deve prevalecer o interesse social sobre o individual, por si só, não se sustenta. É preciso que sejam indicados os motivos superiores que devem ser preservados para a sociedade com a violação de um direito individual. Essa é uma premissa do Estado Democrático de Direito.

A comparação das informações obtidas com a análise demonstra que os casos da bioética clínica podem ser solucionados, seguindo uma teoria da ética biomédica porque o julgamento judicial não diz respeito somente a um julgamento jurídico. A questão de fundo pertence às moralidades vigentes da sociedade. Anos atrás casos semelhantes receberam abordagem diferente e futuramente outros casos neste campo, poderão ser avaliados com maior liberalidade. É isso que se propõe com a utilização dos quatro Princípios. O julgador os seguirá, mas não fará uma interpretação estanque. A partir de cada Princípio e de sua especificação e ponderação com os demais, terá a oportunidade de aplicar a dose mais adequada ao problema moral apontado e, no caso, de extrapolar os limites de algum Princípio ou de aplicar o Princípio de forma reduzida, estará dando a oportunidade de que a parte interessada requeira a adequada aplicação, com o debate de ideias e razões, garantindo o equilíbrio e a segurança do julgamento e preservando os direitos individuais.

CONCLUSÃO

Ao fim da pesquisa, depreende-se que as decisões judiciais no campo da bioética clínica podem ser justificadas com o auxílio de teorias bioéticas. A proposta metodológica apresentada é no sentido da utilização da teoria Principiológica de Beauchamp & Childress como caminho a ser percorrido para que o direito seja aplicado de forma justa.

As hipóteses defendidas e confirmadas pela análise dos dados coletados, indicam que o juiz, ao utilizar os quatro Princípios da teoria Principialista, conta com metodologia coerente e segura para a decisão judicial em casos da bioética clínica, proferindo decisão de caráter liberal com a garantia dos direitos fundamentais do requerente, sem descuidar da repercussão social do que for decidido.

Ao analisar o caso concreto e aplicar o caminho metodológico dos quatro Princípios – respeito à autonomia, não maleficência, beneficência e justiça - o julgador realiza a análise de todas as circunstâncias dos fatos. O exame do caso se inicia pelos fatos apresentados ao juiz, com as razões que o requerente entende possuir. A justificativa a ser apresentada no julgamento de casos da bioética clínica, certamente transcendem a lei, pois, se previstas legalmente, os direitos previstos seriam concedidos imediatamente.

Como em dois dos grupos pesquisados, interrupção de gestação de feto anencéfalo e mudança de nome e de sexo de transexual, sequer existe formalmente um réu compondo o polo passivo do processo judicial, cabendo a intervenção do Ministério Público, em defesa da sociedade e dos interesses indisponíveis. Então, o juiz não poderá, nem mesmo, conferir prazo para apresentação da contestação ao pedido. Deverá, de pronto, iniciar o estudo do caso podendo determinar esclarecimentos e provas para o julgamento. No outro grupo, de imposição de procedimento de transfusão de sangue, em regra o hospital requer que o juiz obrigue o paciente ao procedimento e o próprio paciente deverá se defender e esclarecer os motivos para a recusa.

O início deste processamento - o caminhar para o julgamento - exige a aplicação de método que torne seguro o exame das circunstâncias. Por meio da proposta, ora defendida, o juiz realizará o exame dos quatro Princípios, um por vez. Desta forma, o juiz terá a certeza de ter examinado o caso em seus múltiplos aspectos, sem descuidar das diversas verdades apresentadas e das tradições e valores da comunidade em que o requerente vive.

Ao iniciar a análise, não há prevalência de um Princípio sobre o outro. Todos têm o mesmo peso e irão se amoldando ao caso concreto à medida que forem aplicados. A

interpretação, especificação e ponderação dos Princípios demonstrarão quando um Princípio deve prevalecer sobre o outro. Todavia, os Princípios jamais se relativizam, pois são diretrizes gerais a serem seguidas, com largo espaço para julgamentos práticos, nos quais regras detalhadas serão desenvolvidas. Os Princípios orientam os nossos comportamentos, mas não solucionam, por si só, os conflitos vivenciados. Por isso, há necessidade da especificação para desenvolver o significado das normas, como também, a ponderação, que atribuirá os pesos relativos a cada norma. A especificação é muito útil para o desenvolvimento de políticas de ação e a ponderação é útil na análise dos casos.

Não há intuição ou vagueza da ponderação dos quatro Princípios, crítica que lhe é comum, pois boas razões podem ser oferecidas para agir de acordo com a norma prioritária ao invés da norma que deixa de prevalecer. Há um objetivo moral real a ser alcançado, buscando-se minimizar as consequências negativas não havendo uma boa alternativa moral que substitua o ato, de forma a preservar os valores morais defendidos. Essas regras, aplicadas de forma coerente, criam uma proteção contra os julgamentos puramente arbitrários ou intuitivos.

Para tanto, o juiz examina cada Princípio, como demonstrado de forma detalhada na análise dos dados. Quando inicia pela análise do Princípio do respeito à autonomia, verifica-se a capacidade do indivíduo em compreender a situação, após recebida a informação material. Observa a ausência de influências de terceiros para a tomada da decisão e conclui se ocorreu, ou não, o consentimento ou a recusa informados.

Ao apreciar o Princípio da não maleficência cumpre a obrigação ética de não permitir que seja causado mal a alguém. A moralidade está além da mera responsabilização sobre o que ocorre, mas em evitar que ocorram danos ou sejam impostos riscos desnecessários.

Ao avaliar o Princípio da beneficência, assume a obrigatoriedade de sua aplicação pelo Judiciário, que justifica, por vezes, a aplicação do paternalismo estatal. Porém, com a consciência da importância de imposição de limites, referenciados pelos Princípios do respeito à autonomia e da justiça.

Ao compreender o Princípio da justiça, de forma abrangente, o juiz realiza reflexão fundamental para a construção de políticas sérias de atendimento ao jurisdicionado. Sua perspectiva do que é justo passa a abranger a diversidade e pluralidade moral dos membros da sociedade. O questionamento que se impõe, ultrapassa sua moralidade pessoal, o que faz com que o sistema deixe de ser mero reprodutor de costumes e cuide, de fato, da prestação do direito numa perspectiva voltada para a aceitação da diversidade e concedendo oportunidades para reduzir os desequilíbrios entre os membros de uma comunidade.

Ao reconhecer e conceder direitos não previstos em lei específica ou sem atualização de seu conteúdo, o Judiciário exerce sua função constitucional de forma relevante e, permite que, por instrumento legítimo, ocorram mudanças sociais e, a reiteração destas decisões, respalde a criação de normas menos preconceituosas e despidas de influências puramente políticas, religiosas e moralistas colaborando no desenvolvimento moral do Estado democrático de direito.

Verificando o passado recente da dinâmica legislativa no Brasil, podemos comprovar que as decisões judiciais, assim estruturadas, mudam o cenário social. Como exemplo, temos as decisões do STF que autorizaram a interrupção da gestação de feto anencéfalo e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e, logo a seguir, o reconhecimento do casamento entre estes. Também, as normas do Ministério da Saúde para regulamentar o processo transexualizador e a relevância conferida ao consentimento informado. Da mesma forma, as resoluções do CFM que tomam por base a jurisprudência criada na área de saúde, como na Resolução nº 1989/2012, que faz referência expressa ao processo julgado pelo STF para a antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo.

Embora as leis sobre os temas polêmicos ainda não estejam claras o suficiente, há evidente avanço da interpretação das leis vigentes, com base na estrutura dos Princípios. Certo que é preciso avançar nos pensamentos e ideais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os casos de interrupção de gestação de feto anencéfalo, hoje com solução apresentada pelo Judiciário, faz lembrar que outras situações, na área da saúde do feto e da gestante, ainda terão que ser enfrentadas. O auxílio do método proposto indica que o julgador terá, necessariamente, que fazer uso de seu conhecimento jurídico e cultural sob a perspectiva de sua moralidade construída. As novas tecnologias ampliarão o conhecimento de situações que propiciarão ao ser humano questionar, mais uma vez, seu papel e a colocação de novos seres humanos no mundo diante da sacralidade e da qualidade da vida. As perguntas são inúmeras e as respostas são difíceis de serem encontradas, mas, enquanto houver perguntas, o Judiciário, certamente, será chamado a respondê-las. E o melhor é que o faça com sabedoria.

A religião e o pensamento transcendentes continuam a permear as decisões da vida. Os limites são antagônicos. Por vezes, tais ideais impedem seja amenizada uma dor, como no caso de algumas gestantes de feto portador de anencefalia. Em outras situações, a questão é saber porque não permitimos que seja recusado um procedimento que afronta a liberdade religiosa de alguém. Duas situações em que a liberdade religiosa se vê em prova. O caminho proposto é o do respeito à autonomia de quem professa a religião. Jamais impor a uma

gestante que interrompa a sua gestação, seja por qualquer razão. Jamais impor a um paciente que seu corpo receba um tratamento que não concorde submeter-se, mesmo que para salvar sua vida.

A coragem de assumir um papel, para o qual se sente compelido, mesmo que contrarie as regras sociais, como no caso dos transexuais, exige um entendimento libertador. Impõe que se tenha o cuidado com o outro, com o seu Ser, de forma integral. Não pelo ponto de vista ou verdade do julgador ou do médico, mas pela história de vida construída pela própria pessoa, em sua criativa normatividade. Afastar ou controlar os "anormais" ou os "monstros" não é tarefa do juiz. Sua função precípua é aceitar os diferentes e propiciar meios para assegurar o respeito às diferenças até que haja aceitação pela sociedade. O Poder Judiciário deve deixar de ser uma reprodução do poder de controle para exercer o papel de facilitador das relações, de acolhimento das pessoas, de *locus* adequado a se buscar a justiça, de fato e não só de direito.

A bioética tem se demonstrado uma ponte segura para a busca do progresso de forma legítima, na proporção que seus argumentos, experimentados e testados na ética aplicada, se demonstram coerentes e de difícil desestruturação quando profundamente especificados moralmente. As críticas não são desconhecidas, mas fortalecer o juiz com o conhecimento bioético, confere oportunidade de uma atuação despida de conceitos moralistas prévios.

A pesquisa permitiu constatar que no exercício da função judicante a metodologia Principiológica é extremamente útil para a função julgadora. Não só em casos da bioética clínica, como também, em outros casos jurídicos de fundo moral não analisados nesta tese. Tornou-se perceptível que a interpretação da legislação vigente, à luz dos quatro Princípios bioéticos, confere maior consistência à decisão final.

Progredir, através dos avanços da biotecnociência, somente faz sentido acompanhado da progressão moral, buscando-se algo maior do que somente as inovações nas ciências biológicas e na tecnologia. Nesse aspecto, a ideia de Potter[276] deve ser compartilhada, quando defende o uso de um método científico na busca de sabedoria, partindo do princípio de que a sabedoria pode ser encontrada da mesma forma que outros conhecimentos podem ser encontrados.

Somente com sabedoria se distribui justiça e esse saber não está somente no interior do julgador, mas dentro dos membros de uma sociedade plural, que se irmanam e interagem e auxiliam o julgador na difícil tarefa de distribuir justiça.

---

[276] POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. New Jersey: Prentice-Hall [1971]. p. 42-53.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARÁN, Marcia (Coord.). **Relatório Preliminar dos serviços que prestam assistência a transexuais na rede de saúde pública no Brasil**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/Relatorio_Preliminar_set_20092.pdf> Acesso em: jul. 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignacão sexual**: um processo bioeticamente inadequado. 2010 174 f. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/xmlui/handle/icict/2545> Acesso em: mar. 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética X Biodireito: Insuficiência dos Conceitos Jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena (Org.); BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7. ed. London: Oxford University Press, 2013.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios da ética biomédica**. 4. ed., São Paulo: Loyola, 2002.

BELLER, Fritz K.; ZLATNIK, Gail P. Medical Aspects of the Beginning of Individual Lives. In: BELLER, Fritz K. ; WEIR, Robert F. **The Beginning of Human Life**. Boston: Kluwer Academic, 1994.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertran Brasil, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: maio 2013.

CANGUILHEM, Georges. **O Normal e o Patológico**. Rio de janeiro: Forense, 2009.

CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. **Bioética e crença religiosa**: estudo da relação médico-paciente testemunha de Jeová com potencial risco de transfusão de sangue. 2010. 167 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. 1 ed. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAGNOSTIC and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5). Disponível em: <http://www.dsm5.org/Documents/Gender%20Dysphoria%20Fact%20Sheet.pdf> Acesso em: 17 jun. 2013.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf> Acesso em; 28 maio 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. 1. ed. Cambridge: Harvard university press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELHARDT Jr., H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 2008.

FEINBERG, Joel. Abortion: the status of the fetus. In: REGAN, Tom; et al. **Matters of Life and Death**. 2. ed. Philadelphia : Temple University Press, [1986?].

FEINBERG, Joel. **Harm to self**: the moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1986. v. 3.

FOUCAULT, Michel. **Ética, Sexualidade, Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1 a vontade de saber**. São Paulo: Graal, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. 5. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.

GRANT, Jaime M.; et al. **Injustice at Every Turn**: a report of the national transgender discrimination survey. Washington: National Center for Transgender Equality, 2011 Disponível em: <http://www.thetaskforce.org/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf> Acesso em: 24 jul. 2013.

HEGGIE, Vanessa. Testing sex and gender in sports; reinventing, reimagining and reconstructing histories. **Endeavour**, Amsterdam, v. 34, n. 4, p. 157-163, Dec. 2010. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3007680/> Acesso em: 20 jun. 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 1.

KANT, lmmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret. 2002.

KANT, lmmanuel. **On the old saw**: that may be right in theory but it won't work in practice. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEOWN, John. **The Law and ethics of medicine**: essays on the inviolability of human life. United Kingdom, Oxford University Press, 2012.

LINNARD-PALMER, Luanne. **When parents say no : religious and cultural influences on pediatric healthcare treatment**. Indianapolis, IN : Sigma Theta Tau International, ©2006.

LOUX, Michael J. (ed.) **Metaphysics**: contemporary readings. 2. ed. New York: Routledge, 2008.

MACPHERSON, Colin R.; DOMEN, Ronald E.; PERLIN, Terry M. **Ethical Issues in Transfusion Medicine**. Bethesda: AABB Press, 2001.

MALIANDI, Ricardo. **Ética, dilemas Y convergências**: cuestiones éticas de la identidade, la globalización y la tecnologia. 1. ed. Buenos Aires: Biblos-Universidad Nacional de Lanús, 2006.

MARQUIS, Don. Why Abortion is Immoral. **The Journal of Philosophy**, [United States], v. 86, n. 4, p. 183-202, Apr. 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2026961?uid=3739936&uid=2&uid=4&uid=3739256&sid=21102030442873> Acesso em: 21 maio 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORI, M. A bioética: sua natureza e história. **Humanidades** (UnB), Brasília, v. 9, n. 4, p. 332-341, 1994.

NATIONAL Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, The. Disponível em: <http://videocast.nih.gov/pdf/ohrp_belmont_report.pdf> Acesso em: fev. 2014.

PEGORARO, Olinto. **Ética e Bioética**: da subsistência à existência. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

PEGORARO, Olinto. **Introdução à Ética Contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

PERCIVAL, Thomas. **Medical Ethics**. 3. ed. London: Oxford, 1849. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=yVUEAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=Thomas+Percival.+Medical+Ethics&hl=pt-BR&sa=X&ei=RSIfU8qUCJDzoASNkAI&redir_esc=y#v=onepage&q=Thomas%20Percival.%20Medical%20Ethics&f=false> Acesso em: 31 ago. 2013.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POTTER, Van Rensselaer. Bioethics, the science of survival. **Perspectives in biology and medicine**, Chicago. n. 14, p. 127-153, 1970.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics**: **bridge to the future**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. New Jersey: Prentice-Hall [1971].

POWERS, Madison; FADEN, Ruth. **Social justice**: the moral foundations of public health and health policy**.** New York: Oxford University Press, 2006.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2013. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest> Acesso em: maio 2013.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site>. Acesso em: maio 2013.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. 2013. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/> Acesso em: maio 2013.

SAVULESCU, Julian. Abortion, embryo destruction and the future of value argument. **Journal of medical ethics**, London, v. 28, p. 133-135, 2002. Disponível em: <http://jme.bmj.com/content/28/3/133.full?sid=e4a6bff5-1f9e-4117-bd22-dca00b21e102> Acesso em: 21 maio 2013.

SCHRAMM, Fermin Roland. A Saúde é um Direito ou um Dever? autocrítica da saúde pública. **Revista Brasileira de Bioética**,[S.l.], v. 2, n. 2, p. 187-200, 2006.

SCHRAMM, Fermin Roland. **A terceira margem da saúde**: a ética natural, complexidade, crise e responsabilidade no saber-fazer sanitário. 378 f. 1993. Tese de doutoramento. Rio de Janeiro. Escola Nacional de Saúde Pública ENSP/FIOCRUZ, 1993.

SCHRAMM, Fermin Roland. Os princípios da bioética. In: SEGRE, Marco. **A questão ética e a saúde humana**. São Paulo: Atheneu, 2006.

SCHRAMM, Fermin Roland. Vida: Sacralidade e ou Qualidade? **Atualidades em Debate**, Rio de Janeiro, abr./maio 1995. Caderno 34, p. 44-69.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS**: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf> Acesso em: fev. 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SGRECCIA, Elio. **Manuale di Bioetica**: Fondamenti ed ética biomédica. Milano: Vita& pensiero, 2007. v. 1.

SHOSTAK, Arthur B.; MCLOUTH; Gary; SENG, Lynn. **Men and abortion**: lessons, losses and love. New York: Praeger, 1984.

STEINBOCK, Bonnie. **Life Before Birth**: the Moral and Legal Status of Embryos and fetuses. 2. ed, New York: Oxford University Press, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRONG, Carson. Moral Status and the Fetus: Continuation of a Dialogue. **The American Journal of Bioethics**, Cambridge, v. 11, n. 5, .p. 52-54, Apr. 2011.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> Acesso em: maio. 2013.