

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro Biomédico

Instituto de Medicina Social

Marcelo Kolblinger de Godoy

O princípio da proporcionalidade como ferramenta no processo de tomada de decisão pelo método principialista, frente a conflitos bioéticos na relação do médico com o paciente

Rio de Janeiro
2015

Marcelo Kolblinger de Godoy

O princípio da proporcionalidade como ferramenta no processo de tomada de decisão pelo método principialista, frente a conflitos bioéticos na relação do médico com o paciente

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva - PPGBIOS, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em regime de associação com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, a Fundação Oswaldo Cruz e a Universidade Federal Fluminense. Área de concentração: Bioética e Ética Aplicada. Linha de pesquisa: Biotecnologia, Biopolítica e Biodireito.

Orientadora: Profa. Dra. Heloisa Helena Barboza

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CB/C

G589 Godoy, Marcelo Kolblinger de.
O princípio da Proporcionalidade como ferramenta no processo de tomada de decisão pelo método Principlista, frente a conflitos bioéticos na relação do médico com o paciente/
Marcelo Kolblinger de Godoy. – 2015.
71 f.

Orientadora: Heloisa Helena Barboza.

Dissertação (Mestrado) 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. Relação médico-paciente - Teses. 3. Tomada de decisões – Ética - Teses. I. Barboza, Heloisa Helena. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social. III. Título.

CDU 614.253:342.7

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

Assinatura

Data

Marcelo Kolblinger de Godoy

O princípio da proporcionalidade como ferramenta no processo de tomada de decisão pelo método principialista, frente a conflitos bioéticos na relação do médico com o paciente

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

Aprovado em 30 de setembro de 2015.

Banca Examinadora:

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

Prof.^a Dra. Marisa Palácios
Faculdade de Medicina - UFRJ

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder
Faculdade de Direito- UERJ

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa, amiga e companheira Sandra Godoy e aos meus filhos Lucas, João Pedro e Luíza pelo amor dispensado a mim e pelo apoio incondicional a esta minha empreitada, sem os quais, talvez, não estivesse chegado a este glorificante momento.

AGRADECIMENTOS

Deixo aqui meus eternos agradecimentos às pessoas que sobremaneira contribuíram para este momento de intensa realização profissional que vivo.

Inicialmente, estes vão aos meus pais - Fernando (*in memoriam*) e Marilena - e irmãos - Denise, Cláudio e Daniela (*in memoriam*), que contribuíram na minha formação técnico - científica, retidão de caráter e que me ensinaram, antes de tudo, que sem sacrifícios não há vitórias.

Aos meus professores da pós-graduação *stricto sensu* por todo profissionalismo na condução do curso e na generosidade da divisão de vossos conhecimentos que, certamente, contribuíram para minha formação profissional nessa área.

Ao Prof. Alexandre Costa pelo incentivo em iniciar e perseverar nesse caminho que aqui se finda, além de toda compreensão e amizade dispensada.

Ao Prof. José Roberto Goldim e equipe, especialmente a Dr.^a Bruna Genro, pelo acolhimento e conhecimentos passados no Serviço de Bioética Clínica do Hospital de Clínica de Porto Alegre (HCPA-UFRGS), onde passei momentos dignificantes.

Especial deferência à minha orientadora, Professora Dr.^a Heloisa Helena Barboza, pelo aceite na condução acadêmica deste trabalho, principalmente por se tratar da orientação de aluno com área de conhecimento não relacionado ao Direito, que certamente demandou um grau acrescido de dedicação, paciência e amor à profissão.

“A definição mais perfeita de saúde é o completo bem estar físico, mental e social. Nós médicos nos preocupamos muito com o primeiro aspecto, pouco com o segundo e nada com o terceiro.”

Prof. Dr. Mário Rigatto

RESUMO

GODOY, Marcelo Kolblinger de. *O princípio da Proporcionalidade como ferramenta no processo de tomada de decisão pelo método Princípalista, frente a conflitos bioéticos na relação do médico com o paciente*. Brasil. 2015. 71f. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação em regime de associação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal Fluminense e da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2015.

A presente dissertação tem por finalidade analisar e comparar os elementos teórico-práticos da solução jurídica frente a colisão de direitos fundamentais e médica diante conflitos bioéticos pelo modelo princípalista, procurando identificar os pontos convergentes e divergentes entre ambos objetivando propor a transposição dos saberes na Medicina e no Direito. O modelo princípalista foi o escolhido por utilizar a ponderação de princípios especificados para solução de conflitos da mesma forma que a solução jurídica, além de ser a corrente bioética mais difundida e utilizada para este fim. Trata-se de estudo teórico realizado mediante pesquisa bibliográfica das publicações nacionais e internacionais sobre os principais conceitos do princípalismo e seu modelo de tomada de decisão, além dos modelos Diego Gracia e dos quatro tópicos de Albert Jonsen, Mark Siegler e William Wilsade. Através da análise comparativa entre o princípio jurídico da proporcionalidade e as “condições que restringem a ponderação” do princípalismo, pode-se observar uma nítida correspondência entre os conceitos e para sedimentar esta observação foram apresentados dois dilemas publicados e devidamente referenciados, com suas soluções buscando as convergências entre os métodos. O resultado revelou que houve transposição das decisões pelos métodos e a conclusão de que as bases conceituais do princípio da proporcionalidade podem ser aplicadas como ferramenta no processo de tomada de decisão do médico em sua relação com o paciente sem conflitos metodológicos, principalmente frente a demandas judiciais.

Palavras-chave: Bioética Clínica. Princípalismo. Métodos de tomada de decisão. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

GODOY, Marcelo Kolblinger de. *The Principle of Proportionality as a tool in the decision-making process by the Principlist Method compared to bioethical conflicts in the physician's relationship with the patient*. Brazil. 2015. 71 f. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação em regime de associação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal Fluminense e da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2015.

This dissertation aims to analyze and compare the theoretical and practical elements of the legal solution against fundamental rights and the medical issues facing bioethical conflicts by using the Principlist model. Thus, by approaching this topic we intend to identify the common similarities and divergences by transposing of knowledge in Medicine and Law fields. The Principlist model was chosen because it is widespread in Bioethics field and is based on the weighting principles for conflict resolution, as well as the legal solution. This work is a theoretical study performed by a literature review of national and international scientific literature on the key concepts of Principlism and the decision-making model, in addition to the models from Diego Gracia and the Four Topics from Albert Jonsen, Mark Siegler and William Wlislade. Through comparative analysis of the Legal Principle of Proportionality and the "conditions that restrict the weighting" from Principlism, was observed a clear correlation between them. Also, two published dilemmas were presented and properly referenced, supporting this observation. The results showed that there was a transposition of decisions by the methods presented. It was concluded then that the conceptual basis from the Principle of Proportionality may be applied as a tool in the physician's decision-making process during his relationship with the patient, with no methodological conflicts, and especially against lawsuits.

Keywords: Clinical Bioethics. Principlism. Decision-making methods. Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	09
1	A BIOÉTICA NO CONTEXTO BIOMÉDICO	12
1.1	Princípioalismo	12
1.2	Bioética Clínica	20
1.3	Métodos de tomada de decisão	24
2	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	36
2.1	Colisão de normas constitucionais	36
2.2	Solução no caso dos direitos fundamentais	41
2.3	Proporcionalidade como princípio	44
3	RESULTADO DA ANÁLISE COMPARATIVA E DISCUSSÃO DE CASOS	50
	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Como ensina Débora Diniz, a partir da década de 60, um grande desenvolvimento tecnológico fez surgir dilemas morais inesperados relacionados à prática biomédica. Por outro lado, nessa mesma época, iniciou-se a era da conquista dos direitos civis, o que fortaleceu o ressurgimento de movimentos sociais organizados que trouxeram à tona questões relacionadas à diversidade de opiniões, ao respeito pela diferença e ao pluralismo moral (DINIZ, 2005, p. 13).

Com a formação dessa nova sociedade globalizada e pluralista, o grande desenvolvimento da medicina, a morte instrumentalizada nos hospitais e a influência de fatores econômicos e legais nas decisões médicas transformaram-se nos grandes responsáveis por tornar a bioética um dos campos mais emergentes e dinâmicos da reflexão filosófica atual. Apesar de pouco mais de três décadas de existência, a rapidez de sua expansão e de seu amadurecimento fez com que assumisse uma influência direta, progressiva e irreversível na medicina e no direito (URBAN, 2003, p.275).

A aplicação dos conceitos bioéticos na prática clínica criou um novo e emergente campo do conhecimento, a Bioética Clínica. Definida como ramo da bioética ou da ética aplicada, procura estabelecer conceitos e metodologias práticas para abordagem dos dilemas éticos e morais que surgem da prática e dos procedimentos realizados no âmbito da assistência à saúde. Tem por objetivo a identificação, análise e proposição de soluções para estes problemas, buscando a melhor solução possível que guarde simultaneamente relação entre moralidade e legalidade, ou seja, que se constitua ao mesmo tempo em um ato bom, justo e lícito.

No Direito, a presença da Ética é observável pela exposição do Ex.º Ministro do STF, como declara Professor Luís Roberto Barroso (20--?):

a dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rótulo genérico de pós – positivismo ou Princípioalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

É sabido que a denominada “judicialização da vida” tem colocado estes dois campos do saber frente a frente, havendo, por isso a necessidade de “fazê-los dialogar entre si”, para que cumpram fielmente seus propósitos.

Este estudo destina-se exatamente a avaliar esta interseção entre a Medicina e Direito e de que forma ambos vem buscando na Bioética respostas para tomadas de decisão frente a situações de conflito entre fatos, valores e obrigações, que sejam ao mesmo tempo práticas, eficientes e éticamente adequadas.

O objetivo é identificar como são tomadas as decisões médicas e jurídicas, procurando eventuais pontos de contato e, ao final, caso constatado alguma semelhança, analisar até que ponto o conhecimento do método utilizado pelo Direito pode ser incorporado ao processo de tomada de decisão do médico junto ao paciente, sem prejuízo dos respectivos conceitos ou métodos, principalmente quando a fundamentação da decisão médica possa gerar algum tipo de demanda jurídica.

No primeiro capítulo deste trabalho são apresentadas as definições e os referenciais teóricos da corrente bioética do Principlismo de Tom L. Beauchamp e James F. Childress e da Bioética Clínica, além da abordagem de alguns modelos bioéticos usados para tomada de decisão frente a conflitos morais, especificamente o método Deliberativo de Diego Gracia, dos Quatro Tópicos de Albert Jonsen, Mark Siegler e William Wislade e Principlista dos mesmos autores supracitados, com especial ênfase neste último, por fazer parte da corrente bioéticamais difundida no campo da Ética e objeto deste estudo.

No segundo capítulo é apresentada a vigente orientação constitucional brasileira, especialmente a solução jurídica utilizada quando ocorre a colisão entre direitos fundamentais, com apresentação detalhada do princípio da proporcionalidade, que goza de grande destaque e vem sendo aplicado nas fundamentações das decisões judiciais em casos onde ocorre colisão de princípios jurídicos.

No terceiro capítulo são apresentados os resultados da análise comparativa dos métodos acima referidos e sua aplicação a dois dilemas com envolvimento de questões médicas, já publicados. O primeiro dilema faz parte do teste de competência moral do Professor Georg Lind e o segundo foi extraído do livro “100 cases in Clinical Ethics and Law”, oportunamente referenciados.

Na conclusão, é feita a comparação dos modelos jurídico e bioético pelo método principialista, para avaliar se é exequível a aplicação do princípio da proporcionalidade utilizado no primeiro, no processo de tomada de decisão do médico frente a conflitos morais na relação com o paciente.

1 A BIOÉTICA NO CONTEXTO BIOMÉDICO

1.1 Princípioalismo

Ao longo do séc. XX, a ética biomédica sofreu alterações em virtude das modificações relacionadas ao desenvolvimento científico, tecnológico e social. Estes fatos relacionados ao modelo de sociedade secular e pluralista foram determinantes para o surgimento de novas exigências e necessidades sociais. As antigas verdades médicas e científicas foram desafiadas. Os princípios que norteavam o ato médico, a beneficência e não maleficências, de herança hipocrática, já não podiam ser consideradas suficientes para responder as novas demandas contemporâneas da sociedade científica e tecnológica.

Foi a partir do Relatório de Belmont¹, que teve sua elaboração iniciada por uma Comissão formada em 1974 nos EUA, no contexto de uma sucessão de inadequações éticas verificadas em pesquisas com seres humanos, que pela primeira vez foi estabelecido o uso sistemático de princípios na abordagem de dilemas bioéticos. Os autores utilizaram como referencial para as suas considerações éticas três princípios básicos: o respeito às pessoas, a beneficência e a justiça. O Relatório estabeleceu que duas regras gerais que podem ser formuladas como expressões complementares de uma ação benéfica: primeiro não causar mal, e segundo, minimizar todos os danos possíveis (GENRO, 2013, p. 48).

Na perspectiva do Relatório Belmont foi incluído o princípio do Respeito às Pessoas, sugerindo que a autonomia

Incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: a primeira que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas. Desta forma, divide-se em duas exigências morais separadas: a exigência do reconhecimento da autonomia e a exigência de proteger aqueles com autonomia reduzida. (GENRO, 2013, p. 49).

¹Relatório apresentado pelos membros da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, em 1978, apresentando os princípios éticos que deviam guiar todas as experiências com seres humanos, isto, é a beneficência, o respeito pela pessoa e a justiça. Essa comissão foi estabelecida pelo Congresso americano, em 1974, e tinha a função de aconselhar o governo sobre os problemas gerais encontrados em pesquisa, assim como sobre os problemas mais específicos suscitados em pesquisa com crianças, prisioneiros ou outras populações vulneráveis (DURAND, 2012, p.42).

Baseado neste relatório, Tom L. Beauchamp e James F. Childress propuseram uma nova teoria ética fundamentada em princípios e regras, que devem orientar situações conflituosas do cotidiano da prática médica e das relações dos profissionais da saúde com seus pacientes, que derivam de juízos ponderados no interior da moralidade comum e da tradição médica. Tanto o conjunto de princípios como o conteúdo conferido a eles, estão baseados na tentativa de encaixar a moralidade comum como um todo em uma estrutura coerente (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 54).

Importa aqui esclarecer o que se entende então por “normas morais”, “princípios” e “regras”:

Tanto os “princípios” como as “regras” referem-se ao *dever ser* e como tal podem ser entendidos como duas espécies de normas, uma mais genérica que comporta uma série indefinida de aplicações, outra mais circunscrita à situação concreta. Enquanto os “princípios” estabelecem os fins a serem atingidos, as “regras” são os instrumentos específicos para atingir esses fins. Assim, enquanto os “princípios” são mais abrangentes, pois especificam critérios de estatuto moral (*moral status*), as “regras” especificam princípios e centram-se normalmente em casos concretos (MARTINS, 2013, p. 13).

A proposta principialista baseia-se na apresentação de princípios (beneficência, autonomia, não maleficência e justiça) que devem orientar as decisões morais, tomando como linhas orientadoras algumas teorias éticas, ao mesmo tempo em que partem da análise de situações clínicas particulares para avaliarem a aplicabilidade destes princípios. Quanto às teorias éticas que estão na base das suas reflexões, observa-se que os autores optam pela perspectiva utilitarista de maximização da utilidade, e pela perspectiva deontológica de influência kantiana, fundada no respeito pela pessoa, sem se identificarem na totalidade com nenhuma dessas perspectivas (MARTINS, 2013, p.3,4).

Esses autores conceberam a bioética como uma parte da ética aplicada, que se ocupa, principalmente, com as questões morais que surgem no âmbito da investigação biomédica e no cuidado em saúde. A bioética principialista refere-se a um conjunto de princípios, considerados *prima facie*, ou seja, não absolutos, que não guardam grau de hierarquia entre si e admitem exceções se houver boas razões para tal (FREITAS, 2014, p.12,13).

Segundo Débora Diniz e Dirce Guilhem, somente com a publicação do livro “*Princípios da Ética Biomédica*”, dos autores acima referidos, em 1979, que a bioética consolidou sua força teórica, especialmente nas universidades estadunidenses. Esta foi a primeira tentativa bem sucedida de instrumentalizar a solução dos dilemas relacionados às opções morais das pessoas no campo da saúde e da doença. Esta teoria, também conhecida como a teoria dos quatro princípios, transformou-se na teoria dominante por cerca de duas décadas, confundindo-se inclusive, com a própria disciplina (DINIZ; GUILHEM, 2005, p. 25-26).

A teoria principialista, no presente trabalho também denominado apenas por “principialismo”, segundo explicado pelo Leo Pessini, passou a ser aplicada na área biomédica, procurando assim livrá-la do velho enfoque ético característico dos códigos e juramentos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2011, p. 11). Para este, a linguagem dos princípios mais de que complexificar, na verdade ajudou a entender, clarear e chegar a acordos procedurais em questões extremamente difíceis e polêmicas trazidas pela tecnociência. O sucesso dessa corrente deve-se a sua adoção pelos clínicos, pois os princípios deram a eles um vocabulário, categorias lógicas para percepção e sentimentos morais não verbalizados anteriormente, bem como meios para resolver os dilemas morais em determinado caso, no processo de compreensão das razões e na tomada de decisão (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.12).

Para Tom L. Beauchamp e James F. Childress, o objetivo do principialismo é o oferecimento de uma estrutura para o julgamento moral e tomada de decisão que acompanhe o desenvolvimento científico, tecnológico e social que provocam mudanças nas ciências biológicas e nos cuidados com a saúde. É mostrar como a teoria ética pode iluminar problemas referentes à saúde e como ele pode ajudar a superar algumas limitações das formulações anteriores da responsabilidade ética (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.17).

Para os autores Sérgio Rego, Marisa Palácios e Rodrigo Siqueira-Batista, o principialismo foi a primeira corrente bioética a se estruturar, caracterizada pelo reconhecimento de um mínimo de normas morais centrais, com base nas quais se procede ao julgamento da eticidade da ação. O foco central da abordagem são os princípios morais que orientam a ação. Na abordagem principialista a ação

eticamente adequada é aquela que se orienta por princípios morais universalmente aceitos. São considerados princípios fundamentais a beneficência, a não maleficência, o respeito a autonomia e a justiça. (REGO; PALACIOS; SIQUEIRA-BATISTA, 2009, p.42)

Para Adela Cortina, o princípalismo trata de princípios *prima facie*, isto é, que precisam ser seguidos sempre que não entrem em conflito, e que nos obrigam a refletir e ponderar quando entram em conflito entre si, de modo que a decisão última nos casos concretos deve ficar a cargo dos afetados por ela (CORTINA, 2013, p. 161).

Para Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2002), o princípio do respeito à autonomia é a obrigação moral de reconhecer o direito das pessoas de ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais. É o ato de autogoverno efetivo e de assumir as responsabilidades por este. É o indivíduo livre de interferências externas e das próprias limitações pessoais. O consentimento informado e escrito é o padrão paradigmático da autonomia, especialmente, na ética médica, por ser o instrumento que valida e dá legitimidade às ações propostas.

Autonomia é termo introduzido por Immanuel Kant na ética, definida como a capacidade de tomar decisões e gerenciar seu próprio corpo, e, portanto, a vida e a morte, por seres humanos (GRACIA, 2001, p. 22). Para Pablo Hernando e Mabel Marijuán, o princípio da autonomia é o das preferências dos pacientes. Este princípio emerge nas relações de saúde e, provavelmente, o que provoca a maioria dos problemas. O respeito à autonomia do paciente afetado implica a consideração de três aspectos: capacidade, informação e voluntariedade, ou seja, na capacidade de entendimento da informação completa e adequadamente transmitida e a liberdade de escolha de suas preferências, sem qualquer tipo de coação (HERNANDO; MARIJUÁN, 2006, p. 91).

O princípio da não maleficência determina a obrigação de não infligir dano intencionalmente. Se traduz no dever de não prejudicar e de não impor danos ou riscos de danos. Na ética médica ele representa “acima de tudo (ou antes de tudo), não causar dano” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 209). O termo não maleficência é usado para a prevenção de danos e a eliminação de condições prejudiciais. É, dentre os quatro princípios da Bioética princípalista, o que de algum modo se refere a clássica máxima da ética médica *primum non nocere*, em principio

não causar dano. Este princípio obriga a não fazer nada que seja prejudicial ao paciente ou que a relação risco/benefício não seja adequada. Seu conteúdo é definido em grande parte pelos critérios da *lex artis* e os critérios de indicação, não indicação e contraindicação. Isto permite entender que o conteúdo deste princípio não é atemporal ou absoluto, e que tem que ser definido a cada momento, de acordo, entre outras coisas, com o desenvolvimento da medicina (GRACIA, 2001, p. 23).

O princípio da beneficência, não é, apenas, o de não promover malefícios contra riscos e custos, mas impõe também, a necessidade do indivíduo promover atos positivos com vistas a beneficiar o outro, “promovendo seus interesses legítimos e importantes” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 282). “As preferências do paciente ajudam ao profissional determinar o que é um benefício médico” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 296). É essencial para ética biomédica, a finalidade de beneficiar, prevenir, e no caso de ocorrer o dano, a reparação deste, a ponderação dos possíveis benefícios contra os custos e os possíveis danos causados por uma ação. A intenção do ato de beneficiar é mais uma condição ideal do que obrigatória. Para Pablo Hernando e Mabel Marijuán é o de promover o bem, ajudar e curar doenças, promover e manter a saúde, aliviar a dor e o sofrimento, evitar a morte prematura e assegurar uma morte em paz (HERNANDO; MARIJUÁN, 2006, p. 91).

Por fim, o princípio de justiça (ou princípio da equidade) na ética médica, se refere à necessidade de uma justa distribuição equitativa dos riscos, custos e benefícios, entendendo-se o direito a assistência médica, como um “bem primário”. Na vertente da obrigação de oferecer tratamento justo, equitativo e apropriado, este princípio foi inserido nas reflexões bioéticas, principalmente, devido à necessidade de alocação de recursos e a impossibilidade de atender a sociedade em todas as suas carências médicas. Tem como foco o “mínimo” para garantir a dignidade humana, definindo os bens e para quem estes devem ser priorizados. Sua reflexão é obrigatória a fim de proporcionar ações que busquem meios de equilibrar a assistência executada pela medicina reconhecendo o direito obrigatório a um mínimo digno de assistência à saúde, procurando contrabalançar a falta de oportunidade causada pelas “loterias” naturais e sociais, sobre as quais os indivíduos não tem controle substancial (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 423).

A despeito de toda a difusão da teoria principialista, especialmente na ética em pesquisa, críticas a esta não faltaram. Danner Clouser e Bernard Gert apontaram dois grandes problemas. O primeiro deles de cunho epistemológico, pois o principialismo desrespeita o pensamento argumentativo de qualquer teoria moral e o ciclo realidade/conflito moral/resolução ética, que exige uma teoria moral, sendo o principialismo uma espécie de bricolagem da história da filosofia. Para os citados autores, seria uma teoria no sentido acadêmico do termo, mas na verdade consistiria numa compilação grosseira e reduzida de quatro grandes teorias da filosofia moral em quatro princípios: a autonomia de Immanuel Kant; a beneficência de John Stuart Mill, a não maleficência da tradição hipocrática e a justiça de John Rawls. O segundo problema é que a categoria de “princípio” teria sido inadequadamente utilizada visto que os princípios da teoria principialista seriam, antes de tudo, um *checklist* normativo, não assumindo o papel de guias para a ação (DINIZ; GUILHEM, 2005, p.35).

Por ter como critério e ponto de partida o princípio na sua universalidade abstrata aplicada ao caso concreto, outras críticas foram levantadas pelos casuístas Albert Jonsen e Stephen Toulmin acusando a teoria de não dar primazia à particularidade do caso e ser insuficiente na atenção às circunstâncias concretas. Para estes autores a casuística é um método tradicional de interpretação e resolução moral de problemas. Seu foco principal está nas circunstâncias de casos particulares em vez da aplicação das teorias éticas e princípios (JONSEN; TOULMIN, 1988).

Volnei Garrafa faz críticas à universalidade dos princípios e às suas limitações frente aos macroproblemas coletivos. Entre outros motivos, defende que o principialismo seria uma espécie de instrumento simplificado para uma análise prática dos conflitos que ocorrem no campo bioético; o princípio da autonomia foi maximizado hierarquicamente em relação aos outros três, tornando-se uma espécie de superprincípio; esse superdimensionamento do princípio da autonomia tornou o princípio da justiça um mero coadjuvante da teoria principialista, o que fortaleceu o direito individual frente o interesse coletivo; o processo de globalização econômica mundial, ao invés de amenizar, aprofundou ainda mais as desigualdades verificadas entre as nações ricas do hemisfério norte e as pobres do sul, o que tornaria o principialismo insuficiente e/ou impotente para analisar os macroproblemas éticos

persistentes nas nações menos favorecidas economicamente; categorias como responsabilidade, cuidado, solidariedade, comprometimento, alteridade e tolerância ficariam de fora, além dos “4pês”: prudência (diante dos avanços), prevenção (de possíveis danos), precaução (frente ao desconhecido) e proteção (dos excluídos e dos mais vulneráveis) também não seriam contemplados pela teoria (GARRAFA, 2005).

Danner Clouser e Bernard Gert entendem que, como pessoas ou grupos diferentes podem oferecer distintas motivações para a tomada de decisão, surgindo assim múltiplas moralidades particulares divergentes, o principialismo, devido ao uso de diversos princípios que se adequam ao contexto, também pode implicar relativismo moral (CLOUSER; GERT, 1990).

Para Alastair Campbell, as vantagens do principialismo são clareza, simplicidade e (até certo ponto) universalidade. Mas os vícios dessa abordagem são o inverso de suas virtudes: negligência dos fatores emocionais e pessoais, simplificação das questões e reclamações excessivas quanto à universalidade. Para este, a ética das virtudes, por compor melhor a razão com a emoção, oferece uma abordagem complementar sobre o caráter moral e propõem que os casos previstos podem ser mais adequadamente compreendidos se combinar as abordagens (CAMPBELL, 2003).

Para Fermim Roland Schramm, Marisa Palácios e Sérgio Rego, pode-se razoavelmente sustentar a pertinência do modelo principialista para a análise e solução dos principais problemas morais que surgem na pesquisa envolvendo seres humanos, segundo a qual qualquer pesquisa neste âmbito só pode ser considerada eticamente legítima se o pesquisador obtiver o consentimento livre e esclarecido dos sujeitos competentes pesquisados, ou de seus representantes competentes, se ponderar corretamente riscos e benefícios e se proteger suficientemente indivíduos e populações particularmente vulneráveis ou vulneradas. Tais preocupações se inscrevem, na ordem, nos princípios do respeito da autonomia pessoal, da não maleficência, beneficência e da justiça entendida como equidade, isto é, em substância, nos princípios éticos que formam o modelo principialista padrão. Mas, quando se pensa nas questões morais da saúde pública, o modelo principialista não parece ser o mais apropriado, pois não foi pensado para ser aplicado ao objeto “populações”, sendo mais empregado em nível individual. Esta observação decorre

de que os direitos sociais não são necessariamente do mesmo tipo dos direitos individuais, de acordo com a antiga distinção entre bem comum e bens privados, e, sobretudo, podem existir desigualdades relevantes entre cidadãos e entre populações, nações e regiões (SCHRAMM; PALÁCIOS; REGO, 2008, p. 368, 369).

A despeito de todas as críticas que de forma alguma desmerecem ou desqualificam a teoria principialista, os próprios Tom L. Beauchamp e James F. Childress reconhecem que o principialismo não é uma teoria absoluta, quando afirmam que “No entanto, não é razoável esperar que uma teoria supere todas as limitações de tempo e espaço e alcance uma perspectiva universalmente aceita” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 17).

É certo que a proposta de Tom L. Beauchamp e James F. Childress dos quatro princípios de ética biomédica (princípio da beneficência, da não maleficência, da justiça e da autonomia) não tem a pretensão de ser uma teoria moral no sentido forte. Isso ocorre porque justamente desacreditam que uma única teoria moral possa dar conta das demandas da sociedade contemporânea, de modo que se apropriam do que consideram o melhor de cada teoria e propõe um conjunto de princípios, tendo em vista principalmente a função desses princípios como guias práticos para a solução de conflitos e tomadas de decisão no cotidiano da prática biomédica (DEJEANNE, 201, p. 36).

Em suma,

De fato o termo “*principlism*”, traduzido como “principialismo”, foi cunhado pelos críticos do modelo bioético baseado nos princípios e teve, no início, um certo tom pejorativo, embora hoje usem os próprios “principialistas”. Seus críticos apresentaram vários modelos alternativos, como a casuística (Jonsen e Tolmin), a moralidade comum (Closer, Culver e Gert) ou o paradigma das virtudes (Pellegrino e Thomasma). Na realidade, a maior parte desses paradigmas são modelos complementares do principialismo, mais do que genuínas alternativas. Assim sugere o título de um artigo do mesmo Albert Jonsen: *Casuistry: An Alternative or a Complement to Principle?* Em todo caso, ninguém poderá negar que o principialismo, em geral, e a obra de Beauchamp e Childress, em particular, exerceram - e, em boa parte, continuam exercendo - um papel-chave no desenvolvimento da bioética e terá sempre um lugar de honra em sua história (FERRER; ALVAREZ, 2005, p. 121).

1.2 Bioética Clínica

Todos os médicos estão expostos a litígios judiciais por uma suposta má prática médica. Mais do que uma negligência, a maior parte das reclamações são devidas a um mau resultado ou a uma complicação imprevisível e/ou inevitável de uma enfermidade, do procedimento diagnóstico utilizado ou do tratamento (BRUGERA, 2012, p.199).

Nos últimos anos tem se observado uma tendência ao aumento de litígios contra médicos, o que pode atribuir-se às seguintes razões: 1) expectativa demasiada dos pacientes frente aos avanços técnicos da medicina que fazem pensar que se pode resolver tudo; 2) pacientes mais informados através da internet ou por outros meios de comunicação; 3) maior consciência de seus direitos, o que justifica que os pacientes exijam relações mais igualitárias com seus médicos e maior respeito ao seu direito e a sua autonomia; 4) informações insuficientes sobre os riscos inerentes sobre a exploração ou procedimento terapêutico que se propõe ao paciente, e; 5) exagerada pressão assistencial, com excessiva carga de trabalho para o médico, que limitam o tempo disponível para cada paciente (BRUGERA, 2012, p.199).

Mas, apesar desse cenário realístico, certo é que a Medicina é uma ciência imperfeita, em estado de mutação constante, com informações incertas, indivíduos falíveis e, ao mesmo tempo, lidando com vidas em risco. A ciência médica é ambígua, a informação é limitada, os riscos são altos, ainda assim, é preciso tomar decisões com segurança e rapidez (GAWANDE, 2002, p.16).

É nesse ambiente de incertezas que o médico exerce a sua arte, tendo que a todo momento, tomar decisões baseadas em juízos sobre fatos e valores científicos e morais, procurando a melhor adequação possível entre os interesses envolvidos, muitas vezes gerando conflitos ou enfrentando dilemas no cumprimento de todas obrigações que lhe cabem, além de tentar evitar prejuízos.

Para Carlos Fernando Francisconi, José Roberto Goldim e Maria Helena Itaquí Lopes os profissionais da área de saúde devem conciliar, além de ciência e tecnologia no seu exercício profissional, um sólido embasamento ético-moral, defendendo a idéia de que um profissional competente é aquele que reúne

qualificações científica, tecnológica e ética (FRANCESCONI; GOLDIM, LOPES, 2002, p.155).

A ocorrência de dilemas na atividade dos profissionais de saúde ao atenderem pacientes tem provocado inúmeras reflexões na área da Bioética Clínica. Estas situações se verificam quando duas abordagens são possíveis e defensáveis tecnicamente, existindo dúvidas quanto à adequação moral de cada escolha (GOLDIM, 2002). Refere-se Goldim ao entendimento de Walter Sinnott-Armstrong, para quem, dilema moral é qualquer situação na qual simultaneamente: a) há para o agente o dever moral de adotar cada uma das duas alternativas; b) nenhum dever moral é preterido em termos moralmente relevantes; c) o agente não pode adotar conjuntamente as duas alternativas; d) o agente pode adotar separadamente qualquer das duas alternativas (GOLDIM, 2002).

Bioética Clínica é a aplicação dos conceitos da bioética à prática clínica. É a identificação, análise e resolução de problemas ou dilemas morais que surgem no cuidado individual de pacientes (BIOETHICS THESAURUS, 2013 *apud* GENRO, 2013, p. 35), onde o objetivo não é identificar um ideal moral, mas procurar a melhor solução disponível nas circunstâncias reais. É oferecer contribuições significativas para a resolução prática de problemas morais no ambiente clínico. (MORREIM, 1986, p. 48).

Para Tom L. Beauchamp e James F. Childress, “enfrentar dilemas e ponderar até chegar às conclusões e escolhas é uma característica habitual da condição humana”, sendo que esses dilemas podem surgir de conflitos entre princípios e regras morais (dilema moral) ou de conflitos entre exigências morais e interesses pessoais (dilema prático) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2011, p.25).

Para Elma Zoboli, os conflitos morais podem ser divididos em dilema e problema moral, com abordagens distintas. A abordagem dilemática ocorre quando do enfrentamento de situação que ocorre entre duas alternativas opostas e irreduzíveis. Baseia-se esta abordagem na teoria da eleição racional e objetiva da escolha entre os argumentos “pró” e “contra” com o equilíbrio considerado impossível. Prevalece desse modo a “lei do tudo ou nada”, visto que o acolhimento de um dever moral anula completamente o outro dever em conflito. Neste caso, a decisão eticamente correta é a que possui o curso de mais alta probabilidade, e as alternativas da decisão tomada são comparáveis entre si por meio de uma unidade

de medida comum e formal: a utilidade, para a qual não importa o conteúdo, mas a forma, que é a maximização dos resultados. Diferentemente da dilemática, a abordagem problemática parte do suposto que a realidade é rica, complexa e, por isso, é impossível apreendê-la totalmente, havendo uma inadequação inevitável entre o raciocínio e a realidade. Na bioética clínica, o “problema moral” é um caso clínico ou biomédico para o qual se descobrem várias saídas possíveis suscitando uma aproximação deliberativa dos conflitos a fim de alcançar a decisão que melhor satisfaça os valores em questão (ZOBOLI, 2013, p.50). Neste tipo de abordagem encontramos muitas vezes os profissionais de saúde e seus pacientes estabelecendo uma negociação na qual se busca a melhor decisão, isto é, aque satisfaça tanto os fatos quanto os valores dos atores envolvidos, criando, conforme Pellegrino, a ideia do “bem negociado” (PELLEGRINO, 1988 *apud* GENRO, 2013, p. 44).

Para estes momentos, a Bioética tem procurado desenvolver métodos adequados para analisar, discutir e solucionar os conflitos morais, que variam segundo suas diferentes correntes teóricas. Entre as teorias bioéticas mais utilizadas para guiar a tomada de decisão, podem ser citadas: a teoria dos princípios ou principlalismo, o utilitarismo, a teoria dos direitos, a ética das virtudes, a ética dos cuidados e o casuísmo. Sendo assim, as teorias bioéticas referidas servem de base para a construção de modelos que podem utilizados nos processos de análise de conflitos de valores da área médica, sendo o modelo principlalista de Beauchamp e Childress, baseado em quatro princípios – não maleficência, beneficência, autonomia e justiça – o mais utilizado na tomada de decisão bioética relacionada à prática clínica (FREITAS, 2014, p. 12-13).

Para José Roberto Goldim, o processo de tomada de decisão pode ter três características: envolvimento, reversibilidade e realimentação. No critério “envolvimento”, o processo pode ser classificado como sendo de baixo, médio e alto envolvimento. O primeiro ocorre quando o médico ou outro profissional responsável pela condução do processo decide sozinho, sem consultar qualquer outra pessoa relacionada a situação, inclusive o paciente. Este processo é adequado em situações de urgência médica, ou em situações de divisão de opinião da equipe prestadora de cuidado e paciente/familiares entre duas ou mais opções possíveis. No de médio envolvimento, o médico assistente ou profissional responsável

compartilha suas opções com o paciente e outros membros da equipe ou familiares, preservando a sua autoridade técnica. Neste a decisão leva em conta diferentes opiniões levantadas após processo de discussão. Este é o processo de tomada de decisão adequado às situações usuais de atendimento em saúde, com participação ativa do paciente, sem perda do reconhecimento da autoridade do profissional. O processo de alto envolvimento é aquele que ocorre quando todos os envolvidos participam de forma ativa e democrática. O médico assistente ou outro profissional responsável estabelece os parâmetros, mas a responsabilidade pela decisão é compartilhada entre todos os envolvidos. O ideal é quando a decisão é tomada por consenso. Este processo pode ser útil no estabelecimento de alternativas de tratamentos de longo prazo ou em situações limites, quando o paciente ou seus familiares, estão incapacitados para tomar decisões, solicitam a interrupção ou a não adoção de novas medidas (GOLDIM, 2007).

O processo de tomada de decisão também pode ser classificado quanto a reversibilidade, podendo ser reversível ou não. Um exemplo de decisão irreversível seria atender ou não uma solicitação de parada cardiorrespiratória (GOLDIM, 2007).

Essas decisões geralmente são difíceis, complexas e frequentemente não facultam tempo suficiente para compartilhamento das hipóteses. Normalmente, em ambiente hospitalar, as decisões são de caráter reversível e podem mudar conforme alterações do cenário realístico, tendo, por isso, relação de temporalidade aos fatos e valores perquiridos a cada momento.

A outra característica é a possibilidade de realimentação do próprio processo de tomada de decisão, permitindo que o mesmo seja subdividido em etapas ou não. Muitas vezes uma decisão implica em executar um processo ininterrupto, sem a possibilidade de correções durante a sua execução. Nesta abordagem, não existe a possibilidade de realimentação, isto é, as ações tomadas não influenciam as seguintes. Outras vezes, ao contrário, as decisões podem ir sendo tomadas etapa por etapa, sendo os resultados reavaliados e incorporados ao próprio processo de tomada de decisão atual e futura (GOLDIM, 2007).

1.3 Métodos de tomada de decisão

Tomada de decisão, é aqui definida como o processo de escolher o caminho mais adequado quando estamos diante de um problema que apresenta mais de uma alternativa de solução, e que temos que escolher somente uma única hipótese a seguir.

Para Sérgio Rego, Marisa Palácios e Rodrigo Siqueira-Batista, a avaliação de um problema moral é um aspecto fundamental para todos os envolvidos no cuidado da saúde e a tomada de decisão é um dos aspectos centrais na prática clínica (REGO, PALÁCIOS SIQUEIRA-BATISTA, 2009, p. 63). Problemas de conflitos de valores morais com os pacientes, eventualmente com a participação de suas famílias, podem surgir dentro do cenário de cuidado à saúde e para tentar solucionar problemas, o profissional conta com dois tipos de recursos. O primeiro de ordem pessoal, no qual o indivíduo reflete moralmente sobre o seu ato e conclui a respeito da melhor conduta a ser seguida valendo – se de recursos cognitivos que consistem nos conhecimentos dos elementos que integram a bioética e dos valores que fazem parte de sua personalidade, criados ao longo de sua vida em função das experiências transmitidas por sua família, escola, religião e a cultura de seu meio. O segundo recurso é recorrer ao auxílio de um Comitê de Bioética, criados com a finalidade de refletir e avaliar questões e dilemas morais oriundos da prática e dos procedimentos realizados no âmbito das instituições (FRANCESCONI; GOLDIM, LOPES 2002, p.147-148).

Diversos métodos têm sido publicados nas últimas duas décadas para se discutir e tomar decisões na área da bioética clínica. Todos os modelos procuram desenvolver metodologias adequadas para discutir e tentar solucionar conflitos que surgem na prática assistencial. A questão fundamental é encontrar e utilizar métodos que possibilitem um estudo racional, sistemático e objetivo desses problemas, a fim de que a tomada de decisão se constitua em um ato prudente e seguro. Os métodos mais utilizados para análise de um conflito são os de Thomas, Drane, Jonsen e Diego Gracia (MARQUES FILHO, 2008, p. 32).

O objetivo dos modelos de análise de casos em Bioética é articular dimensões técnica e ética do ato médico, possibilitando um estudo racional,

sistemático e objetivo dos problemas surgidos da prática assistencial, com finalidade de tomar uma decisão prática que seja eticamente adequada (LOCH, 2005, p.129).

A tomada de decisão deve ser um processo compartilhado, construído com mútua participação e respeito entre os médicos/equipe que contribuem com seu treinamento, conhecimento e habilidade para o diagnóstico da condição do doente e com as alternativas técnicas indicadas e disponíveis, e o paciente/representante que contribui com o esclarecimento de seus legítimos valores e necessidades, através dos quais, os riscos e benefícios de um determinado tratamento podem ser analisados. Neste tipo de processo a seleção da melhor alternativa terapêutica para um paciente em particular requer a contribuição de ambas as partes, que devem levar em consideração a indicação técnica, os valores, os princípios e as consequências da decisão, e optar por uma conduta que respeite o maior número destes requisitos, para diminuir as chances de se praticar um ato eticamente incorreto ou injusto (LOCH, 2003).

Para Fermin Roland Schramm (2003 apud REGO, PALÁCIOS SIQUEIRA-BATISTA, 2009, p. 73), falar sobre métodos de bioética envolve uma referência à natureza da ética e seus instrumentos, utilizados para esclarecer e procurar resolver conflitos de interesses e valores, buscando argumentos que sejam ao mesmo tempo racionais e pragmáticos.

As principais ferramentas da bioética são racionalidade e a razoabilidade, ou seja, a inteligência teórica para iluminar o argumento de que apoia uma ação e a inteligência prática, capaz de tornar possível e aceitável (isto é "razoável") a ação.

Para ser classificado como racional, um argumento deve: 1) especificar os termos que serão utilizados, o seu âmbito e limites. Isso permite que um argumento para ser claro e relevante para o assunto em pauta; 2) deve ser encadeado de forma compreensível e consistente, estabelecendo a devida relação entre o raciocínio e a conclusão da argumentação; 3) ser capaz de garantir o acesso e a comunicação de todos os participantes na disputa moral; 4) satisfazer o requisito formal em aceitar o principal axioma do pensamento racional: "princípio de contradição", no qual duas proposições contraditórias no mesmo discurso, que referem a mesma realidade, não podem ser ambos válidos. O respeito destas quatro condições que garantem o princípio da racionalidade argumentativa, ou seja, sua consistência do ponto de vista

da razão teórica (SCHRAMM, 2003, *apud* REGO, PALÁCIOS SIQUEIRA-BATISTA, 2009, p. 74).

No entanto, por também ser uma atividade prática, a bioética tem que utilizar ferramentas exigidas pela racionalidade prática, que são: 1) intuição - permite identificar conclusões contraintuitivas, ou seja, situações que não são imediatamente cogentes; 2) analogias – consiste em reagrupar casos decididos se não idênticos, semelhantes e construir ou inventar situações capazes de aclarar um caso, facilitando a investigação dos argumentos em questão; 3) argumento da “ladeira escorregadia” – preocupa-se essencialmente com as possíveis consequências e os potenciais abusos resultantes da ação; usado para identificar as possíveis consequências da decisão; 4) ocupação da posição de “advogado do diabo” da argumentação – consiste em buscar argumentos válidos contrários aos que são apresentados; 5) busca do compromisso – ferramenta mais pragmática que consiste em encontrar uma solução pacífica e, na medida do possível, diplomática (SCHRAMM, 2003 *apud* REGO, PALÁCIOS SIQUEIRA-BATISTA, 2009, p. 74).

Em toda relação clínica decisões têm de ser tomadas em contexto de incerteza, o que exige razoabilidade e prudência. Como fazer isso da melhor possível? Deliberando. As duas propostas metodológicas de maior sucesso na aplicação da bioética foram casuísta e principialista, com conteúdo semelhante, mas bases diferentes (HERNANDO; MARIJUAN, 2006, p.91).

Aqui, neste trabalho, iremos apresentar os seguintes métodos: deliberativo de Diego Gracia, dos Quatro Tópicos de Albert Jonsen, Mark Siegler e William Winslade e mais profundamente, o método principialista de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, objeto deste estudo.

Diego Gracia propõe o modelo de deliberação moral (quadro 1), processo de ponderação dos fatores que interveem em um ato ou situação concreta, a fim de buscar uma ótima solução ou, quando esta não for possível, a menos lesiva. Delibera-se sobre os fatos envolvidos no caso concreto que permita diferentes cursos de ação, no sentido de buscar, sempre, a mais adequada (GRACIA, 2001, p.19).

Para este autor, o processo de deliberação não busca a decisão certa, almejando uma decisão razoável baseada na prudência, definida como virtude intelectual que permite tomar decisões racionais, ou ao menos razoáveis, em

condições de incerteza. As decisões prudentes não são certas, aspiram ser somente razoáveis (GRACIA, 2001, p.19).

Para Elma Zoboli a deliberação moral é a consideração dos valores de deveres intervenientes nos fatos concretos para conduzir a situação de maneira razoável e prudente. Sua racionalidade não é idealista, pragmática ou utilitarista, assim, não visa a decisão ideal, certa ou que maximize os resultados, mas busca soluções prudentes (ZOBOLI, 2012, p.49).

Segundo Jussara Loch, para discutir um problema ético, é necessária aclarar primeiro todas as dúvidas técnicas (juízos clínicos) para, somente posterior a isso, analisar os conflitos de valores (juízos éticos). Os valores envolvidos no caso devem ser hierarquizados, porque a importância dos argumentos varia de acordo com a decisão: alguns serão decisivos (argumento de necessidade), outros serão importantes e outros ainda serão pouco considerados, por não terem relevância naquela situação particular (argumentos de conveniência) (LOCH, 2005, p.130).

Após a hierarquização dos valores, é preciso considerar todos os cursos de ações possíveis, avaliando os benefícios de cada ato, pesando os riscos e custos, justificando-os à luz dos princípios e normas éticas para, finalmente, poder eleger o mais adequado para a situação (LOCH, 2005, p.131).

Segundo Garcia, após a identificação os fatores em conflito, parte-se para análise à luz dos princípios envolvidos no caso, especificamente autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Nesta, diferentemente da teoria principialista de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, como veremos adiante, esses princípios não são *prima facie* e guardam graus de hierarquia entre eles, englobando os princípios da beneficência e autonomia na chamada “ética dos máximos” e os da não maleficência e justiça na “ética dos mínimos”. Para este, os deveres próprios da ética dos mínimos são mais limitados que da ética dos máximos e por isso, geralmente, gozam de maior exigência de modo que diante dos casos de conflito tendem a ter prioridade sobre os deveres de máximos. (GRACIA, 2001, p. 21).

Vencida a análise da primeira fase e a devida identificação dos cursos de ações possíveis, parte-se para a avaliação das consequências previsíveis. Esta avaliação nunca pode ser exaustiva, mas deve ser realizada com todo cuidado possível. Na ética, assim como no Direito, as circunstâncias podem ser agravantes, atenuantes ou eximentes. Nesta fase cabe examinar se pode, e deve, fazer uma

exceção para os princípios. A exceção é justificada sempre que temos razão para acreditar que a aplicação de uma regra ou princípio pode vir a ser prejudicial para a dignidade do ser humano (GRACIA, 2001, p. 22).

A consequência prática de tudo isso é que a deliberação moral deve ser sempre realizada em duas etapas, a primeira no fato de considerar os princípios deontológicos, e outro em que as circunstâncias e consequências são avaliadas, caso caiba ou exija uma exceção aos princípios. O principal dever é sempre aderir aos princípios, de modo que quem quiser fazer uma exceção tem do seu lado o ônus da prova e, portanto, tem que provar que a exceção pode e deve ser a ação moral mais correta a ser aplicada (GRACIA, 2001, p. 21).

Quadro 1. Método Diego Gracia.

1. Apresentação do caso pela pessoa responsável por tomar a decisão.
2. Discussão dos aspectos médicos da história.
3. Identificação dos problemas morais que apresenta.
4. Eleição pela pessoa responsável pelo caso qual o problema moral que a preocupa e que queira discutir.
5. Identificação dos cursos de ação possíveis.
6. Deliberação do curso de ação ótimo.
7. Decisão final.
8. Argumentos contra a decisão e os argumentos contra esses argumentos, que estaria disposto a defender publicamente.

Fonte: GRACIA, 2001, p.20

Outro modelo para a discussão de problemas éticos na clínica é o dos Quatro Tópicos proposto por Albert Jonsen, Mark Siegler e William Winslade (quadro 2). Esse modelo é baseado em como os princípios gerais (beneficência, não maleficência, respeito a autonomia e a justiça) interagem nas circunstâncias concretas de um caso clínico e a maneira como servem de guia para a ação em circunstâncias específicas. Assim propõe quatro tópicos que os autores acreditam que constituam a estrutura essencial de um caso de medicina clínica: indicações médicas, preferência dos pacientes, qualidade de vida e aspectos do contexto (JONSEN, 2012, p. VIII).

As indicações médicas se referem às intervenções diagnósticas e terapêuticas que estão sendo utilizadas para avaliar e tratar o problema médico do caso. As preferências do paciente definem as escolhas expressas sobre seu próprio tratamento, ou as decisões daqueles que estão autorizados a falar por ele quando este for incapaz de fazê-lo. A qualidade de vida descreve aspectos da vida do paciente antes e depois do tratamento, na medida em que esses aspectos forem pertinentes às decisões médicas. Os aspectos do contexto identificam o cenário familiar, social, institucional, financeiro e legal no qual o caso particular ocorre, quando também influenciam as decisões médicas (JONSEN, 2012, p. IX).

Para Elma Zoboli, este modelo se baseia no arranjo dos casos por paradigma e analogia; apelo a máximas; análise das circunstâncias; qualificação das opiniões; acúmulo de argumentos e conclusão com a resolução do problema ético (ZOBOLI, 2013, p. 390).

Para Albert Jonsen, a resolução tem base em uma avaliação dos fatos do caso em relação aos princípios éticos relevantes para ele. No entanto, essa avaliação precisa de um movimento adicional: o caso presente deve ser comparado com casos similares, que já tenham sido cuidadosamente considerados. Estes casos são chamados de *casos paradigmáticos* e podem oferecer orientação para avaliar o caso presente.

Quadro 2. Método dos quatro tópicos

Indicações médicas	Preferências do paciente
Princípios da beneficência e não maleficência	Princípio do respeito à autonomia
<ol style="list-style-type: none"> 1. Qual o problema do paciente? História? Diagnóstico? Prognóstico? 2. O problema é agudo? Crônico? Crítico? Emergência? Reversível? 3. Quais os objetivos do tratamento? 4. Qual a possibilidade de sucesso? 5. Quais os planos se a terapêutica falhar? 6. Como o paciente se beneficiará dos cuidados prestados pela equipe? 7. Como os danos podem ser evitados? 	<ol style="list-style-type: none"> 1. O que o paciente expressou sobre suas preferências no tratamento? 2. O paciente foi informado sobre benefícios e riscos? Compreendeu as informações? Deu seu consentimento? 3. O paciente está mentalmente capaz? Tem competência legal? Há indícios de outro tipo que sugerem incapacidade para decidir? 4. O paciente expressou antecipadamente suas preferências? 5. Quem é o representante do paciente se este estiver incapacitado para decidir? O representante segue regras apropriadas para a decisão substitutiva 6. O paciente reluta contra o tratamento? É incapaz de cooperar? Por quê? 7. Respeitaram-se os direitos de escolha do paciente em sua extensão ética e legal

Qualidade de vida	Aspectos conjunturais
Princípios da beneficência e não maleficência e do respeito à autonomia	Princípios da justiça e da imparcialidade
<ol style="list-style-type: none"> 1. Quais as perspectivas de retorno do paciente a sua vida usual, com e sem tratamento? 2. Há predisposições que prejudicam a avaliação da qualidade de vida do paciente? 3. Que déficit físico, mental e social o paciente pode sofrer se o tratamento for bem-sucedido? 4. A qualidade de vida presente ou futura faz com que o paciente não queira mais viver? 5. Como o paciente argumenta a renúncia ao tratamento? Há encadeamento lógico na apresentação dos argumentos? 6. Quais as possibilidades e planos para cuidados paliativos e de conforto? 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Há assuntos familiares influenciando indevidamente as decisões terapêuticas? 2. Há problemas dos profissionais de saúde influenciando as decisões terapêuticas? 3. Há interferência desmedida de fatores econômicos ou sociais? 4. Há fatores religiosos ou culturais pesando nas escolhas? 5. Há justificção para a violação do segredo médico? 6. Há problemas de alocação de recursos? 7. Quais as implicações legais das decisões terapêuticas? 8. O caso envolve pesquisa? Ensino? 9. Há conflitos de interesse institucional? E dos profissionais de saúde?

Fonte: JONSEN, 2012, p. XIV

O princípalismo é apresentado como a proposta de fundamentação da bioética “mais influente” e que “maior difusão” tem tido e por apresenta-se como uma proposta com inúmeras potencialidades, justamente por propor um método baseado em princípios *prima facie*, cuja ponderação permite que o profissional de saúde encontre uma diretriz para as suas tomadas de decisão. Este será talvez o principal motivo pelo qual a proposta princípalista tem sido considerada como a “força motriz da atual bioética” (MARTINS, 2013).

O Método princípalista de Tom L. Beauchamp e James F. Childress foi muito baseado nas ideias do filósofo escocês Sir William David Ross, em 1930, que propunha que não há, nem pode haver, regras sem exceção. O conceito trazido por ele de dever *prima facie* é uma obrigação que se deve cumprir, a menos que ela entre em conflito, numa situação particular, com outro dever de igual ou maior porte. Um dever *prima facie* é obrigatório, salvo quando for sobrepujado por outras obrigações morais simultâneas (GENRO, 2013, p. 25).

A utilização do Modelo de Princípios como meio de reflexão é uma abordagem clássica e extremamente difundida na Bioética (GOLDIM, 2002). Eles permitem identificar e verificar conflitos entre diferentes direitos e deveres, sempre tomados como *prima facie*, isto é, princípios que podem ser priorizados ou ponderados (ROSS, 2013 *apud* GENRO, 2013, p. 47).

Para Tom L. Beauchamp e James F. Childress, ao vivenciarmos um momento de desorientação ou incerteza moral, somos levados a refletir sobre aquilo que é recomendado ou exigido pela moralidade e a ponderar sobre o que devemos fazer, mas com imperiosa necessidade de realizar a justificação moral do ato. Para estes, os princípios, regras e direitos, precisam, além de ser especificados, ponderados. Enquanto a especificação promove um desenvolvimento substantivo da significação e do escopo das normas, a ponderação consiste na deliberação e na formulação de juízos acerca dos pesos relativos das normas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 28).

Os princípios propostos pelos autores – não maleficência, beneficência, respeito à autonomia e justiça - foram retirados da moralidade comum compartilhada pela sociedade e são obrigatórios, mas não absolutos. São considerados *prima facie*, ou seja, deveres que não guardam hierarquia entre eles, mas que, ao serem comparados, qualquer um deles poderá ser priorizado de acordo com as situações apresentadas. Assim, quando há conflito entre os princípios, é preciso “ponderar” e escolher, qual terá o peso maior na resolução de um problema específico, em uma dada situação. No exame de uma situação particular, pode haver razões suficientemente fortes, que exijam a adoção de um ou outro princípio, sabendo-se, entretanto, que nenhum tem prioridade sobre o outro e todos devem ser respeitados.

A especificação e a ponderação podem ser compreendidas como abordagens, métodos e estratégias que se favorecem mutuamente que se inserem no método mais amplo da coerência (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 49), sendo a primeira útil principalmente no desenvolvimento de políticas e a segunda particularmente útil em casos individuais. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 51).

Justificação Moral

O objetivo da justificação moral (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 29) é estabelecer a situação de alguém apresentando motivos suficientes para a crença e a ação, tornando explícitos os fundamentos subjacentes, baseados na relevância das razões frente à adequação final para esse julgamento e da distinção entre a justificação pretendida de uma justificação bem-sucedida.

Para os autores existem três modelos de justificação: o dedutivismo, onde o julgamento moral é a aplicação de uma regra a um caso que se enquadra no princípio avaliado. Transporta os julgamentos particulares para um nível abrangente de generalidades – regras e princípios que justificam julgamentos particulares. Este modelo é bom quando um julgamento pode ser submetido diretamente a um regra/princípio, que não atende a casos mais complexos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 29); indutivismo, modelo onde o raciocínio vai de casos particulares para afirmações gerais acerca do caso em questão. Sustenta que devemos usar os consensos e as práticas sociais existentes como pontos de partida para a generalização até mesmo das normas, princípios e regras (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.33); e o coerentismo, muito apoiado na teoria do equilíbrio reflexivo de John Rawls, que rejeita atribuir prioridade tanto a uma estratégia como à outra. A aceitação de uma teoria na ética inicia-se por nossos “juízos ponderados”, juízo nos quais as nossas capacidades morais tem maior possibilidade de se manifestar sem distorção. O objetivo do equilíbrio reflexivo é comparar, restringir, e ajustá-los a fim de que se tornem coerentes com as premissas da teoria (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.36).

Os autores defendem a justificação pelo método coerentista, pois a principal vantagem de adotar o equilíbrio reflexivo é a busca interminável por falhas de coerência, contra exemplos de nossas crenças e situações novas. Além disso, uma grande vantagem do equilíbrio reflexivo é proteger os agentes contra o perigo dos preconceitos e dos juízos morais meramente intuitivos, pois a teoria e a prática têm uma relação de reciprocidade, que é mutuamente cerceadora, enquanto no dedutivismo rejeita-se esse modelo por acreditarem que as crenças morais provêm tanto de generalizações de elementos particulares da experiência, quanto de julgamentos feitos em circunstâncias particulares recorrendo-se a preceitos gerais e o indutivismo. Ainda há certa obscuridade no que se refere ao papel da experiência particular e do julgamento individual e coloca-se ser importante, salvaguardar princípios gerais, objetivando não correr o risco de ficar no campo da mera especulação (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.39).

Especificação

A especificação é um método de resolver os problemas por meio da deliberação, somente sendo adequada desde que coerente com as outras normas morais relevantes (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2011, p.47). Como já citado anteriormente, “deliberação” é o processo individual ou coletivo de ponderar os fatores envolvidos em um ato ou situação, que permitem diferentes cursos de ação, a fim de encontrar a solução ideal ou a mais adequada e, quando tal não for possível, a menos prejudicial (GRACIA, 2001, p.22).

É o processo pelo qual reduzimos a indeterminação das normas abstratas e as dotamos de conteúdos aptos para guiar as ações concretas. Objetiva traduzir ou resumir, os princípios em normas particulares concretas, dotadas de conteúdo igualmente concreto. Se um princípio carece de especificação adequada, é inútil para nos guiar na vida moral, já que a deliberação moral versa sobre as coisas concretas. É um processo de depuração para desenvolver o significado e alcance dos princípios e normas gerais úteis, em coerência com os valores e normas morais aceitas pelo sujeito e/ou por sua comunidade, levando em conta uma pluralidade de fatores, incluindo a cultura das pessoas envolvidas na situação e as normas legais vigentes. A especificação das normas, por si só, não basta para evitar todos os conflitos entre princípios e normas gerais, pois múltiplos fatores interferem no mesmo processo deliberativo (preconceitos, pontos de vista irracionais, erros no processo de raciocínio, etc.) sendo, por isso, necessário recorrer a outro método para contrabalançar os princípios em situações de conflito (FERRER, 2005, p. 142-144).

A especificação almeja desenvolver e enriquecer a proposta de uma ética por princípios, pois, os princípios não podem engendrar um formalismo vazio, devendo ter conteúdo suficiente e especificação adequada (NUNES; TRINDADE, 2013, p.61).

Ponderação

Esse segundo método proposto pelos autores, parte da premissa que os princípios especificados orientam a ação, mas por si só não resolvem conflitos entre princípios. A especificação promove um desenvolvimento substantivo da significação e do escopo das normas, mas a ponderação delibera e formula juízos acerca dos

pesos relativos das normas. Mantêm que o agente busque o melhor equilíbrio sobre certo e errado considerando suas obrigações apenas *prima facie* (NUNES; TRINDADE, 2013, p. 62).

Enquanto a especificação consiste no relativo, em uma situação concreta do significado do princípio ou norma moral mediante um processo deliberativo, a ponderação dos princípios supõe um juízo a respeito de seu peso (FERRER; ALVAREZ, 2005, p. 144).

Importante ressaltar que a ponderação só será um processo de justificação se as razões apresentadas pelo agente forem adequadas. Nesse sentido Beauchamp e Childress (2002, p. 51) oferecem algumas condições que restringem a ponderação que se prestam para justificar a infração de uma norma *prima facie* quando da aderência a norma também *prima facie*, conflitante. As condições que restringem a ponderação são:

1. Podem ser oferecidas razões melhores para agir de acordo com a norma prioritária do que com a norma que está sendo infringida (por exemplo, se certas pessoas tem um direito, seus interesses merecem um lugar especial ao serem ponderados contra interesses de pessoas que não possuem um direito equivalente);
2. O objetivo moral de justificar a infração possui uma expectativa realista de ser alcançada;
3. Não se pode substituir o ato por nenhuma alternativa moralmente preferível;
4. A forma de infração escolhida é a menor possível, comparada com a obtenção do objetivo primordial da ação;
5. O agente procura minimizar os efeitos negativos da infração.

Os autores destacam a importância desta exigência, apontando que na prática são frequentemente negligenciadas pelos profissionais de saúde, principalmente o item 2 no uso das tecnologias de suporte avançado de vida onde não há uma perspectiva realista de atingir os objetivos de manutenção da vida, quadro frequentemente denominado como “futilidade terapêutica”, e item 3 na assistência aos animais em experimentos científicos.

Assim, podemos concluir que, segundo os autores, o modelo principialista para tomada de decisão encontra seus pilares na especificação e ponderação dos

princípios da não maleficência, beneficência, respeito à autonomia e justiça, utilizando o coerentismo como método de justificação moral, respeitando as condições que excluem a ponderação.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Colisão de normas constitucionais

Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e com o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo, formado a partir do século XIV, paradoxalmente chega ao seu apogeu e ao início de sua superação histórica. O Direito natural foi considerado metafísico e anti-científico, frente a onipotência do positivismo filosófico, fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico que empurrou o Direito para o positivismo jurídico (BARROSO; BARCELLOS, 20--?).

A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito como todas as demais, deveria fundar-se em juízos de fato, que visassem o conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de decisão diante da realidade (BARROSO; BARCELLOS, 20--?).

A decadência do positivismo é, emblematicamente, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo da Alemanha, assim como de movimentos políticos militares que ascenderam o poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência às ordens emanadas da autoridade competente (BARROSO; BARCELLOS, 20--?).

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram o caminho para o *pós-positivismo*, designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e também da teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem

parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética (BARROSO; BARCELLOS, 20--?).

A Constituição Federal, promulgada em 1988, reúne o conjunto das normas fundamentais que tem por finalidade instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Foi fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, como a solução pacífica das controvérsias, conforme consta no próprio preâmbulo de sua publicação. Foi o marco de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais.

Conforme definido pelo João Trindade Cavalcante Filho, “Os direitos fundamentais são direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”. (CAVALCANTE FILHO, 20--?)

Consistem em instrumentos de proteção de pessoas naturais, com aplicações nas relações entre elas com o Estado ou na sociedade. São principalmente os direitos de defesa contra a ingerência do Estado em face da liberdade pessoal dos indivíduos e suas propriedades, evitando interferências indevidas no âmbito de proteção constitucional.

Os direitos fundamentais, enquanto construções normativas constitucionais fundamentadas, em última análise, no princípio da dignidade da pessoa humana, têm sua concretização assegurada pelo Estado, que deve executar as devidas medidas para que o indivíduo, no exercício de tais direitos, não sofra restrições ilegítimas.

Em relação às gerações, os direitos fundamentais podem ser classificados em três gerações, seguindo, de certa forma, a sequência dada pelo lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Neste sentido, são considerados direitos de primeira geração (liberdade – direitos civis e políticos), aqueles que surgem com a ideia de Estado de Direito. São

os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado (ex. direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio).

Direitos de segunda geração (igualdade – direitos sociais, econômicos e culturais), são aqueles que tratam da satisfação das necessidades mínimas para que haja dignidade e sentido na vida humana. Exigem uma atividade prestacional do estado (ex. os direitos sociais, os econômicos e os culturais).

Como terceira geração de direitos fundamentais (fraternidade – direitos coletivos e difusos), são os relativos à existência do ser humano, ao destino da humanidade, à solidariedade (ex. direitos do consumidor, direitos das chamadas “minorias”, direito à paz, à preservação do meio ambiente).

Cumprе ressaltar que modernamente se defende a existência de uma quarta e de uma quinta geração de direitos fundamentais. Na quarta geração estariam os direitos de acesso ao uso de novas tecnologias (biotecnologia e bioengenharia, informática). Os de quinta geração abrangeriam o direito de ter sentimentos, reconhecidos pela indenização por dano moral ou psicológico.

O sistema jurídico brasileiro (BARCELLOS, 2005, prefácio) é um sistema aberto, composto por regras e princípios, explícitos e implícitos, que incorpora opções valorativas e professam compromisso com a dignidade da pessoa humana, com direitos fundamentais, com a igualdade de todos e com a democracia.

Segundo Helena Nunes Campos (2004, p. 24), a Constituição contém um sistema aberto de princípios e regras que vão orientar todo um sistema de ordenamento jurídico que, de acordo com a clássica formulação de Kelsen, é um sistema hierárquico de norma como fonte de validade de todas as normas, que confere a necessária coesão ao ordenamento.

É a existência de regras e princípios que permite a compreensão do direito constitucional como um sistema aberto. Se o modelo jurídico estivesse formado apenas por regras, estaríamos restritos a um sistema fechado, alcançando a segurança, mas impedindo que novas situações fossem contempladas por este mesmo sistema. Por outro lado, a adoção somente de princípios seria impossível, pois a inexistência de regras precisas levaria à insegurança jurídica.

Por essa razão, apresenta-se o sistema aberto, formado por regras e princípios, como a forma mais ideal de um sistema jurídico, que se baseia na distribuição equilibrada entre ambos, nos quais as regras desempenham o papel

referente à segurança jurídica com previsibilidade e objetividade das condutas e os princípios, com a sua flexibilidade, que dão margem à realização da justiça do caso concreto, segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (20--?).

É fundamental, neste momento, diferenciarmos os princípios das regras que segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (BARROSO; BARCELLOS, 20--?)

Os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os aspectos fáticos e jurídicos, enquanto as regras, impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. (NUNES CAMPOS, 2004, p. 25).

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 493), as normas jurídicas podem colidir entre si e esse fenômeno não é incomum, pois a Constituição de 88 por conter um vastíssimo número de normas, muitas delas expressas numa linguagem bastante vaga e que ostenta indiscutível natureza compromissória por incorporar preceitos inspirados em distintas concepções de mundo, aumenta a chance de conflitos entre elas.

Por isso, no Brasil, este tema é de extrema relevância, não só teórica, mas também prática, com as colisões envolvendo tipos de normas constitucionais diferentes, podendo ocorrer entre princípios, regras e entre princípios e regras, apresentando cada uma dessas hipóteses, singularidades próprias (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 493).

Uma das formas em que se evidencia a limitação ao exercício dos direitos fundamentais é quando ocorre colisão entre eles, ou seja, quando um direito fundamental, em uma mesma situação, entra em choque com outro direito fundamental.

É preciso compreender os direitos fundamentais não apenas como regras, mas também como princípios, o que significa dizer que, para sua exigibilidade definitiva, podem impor o manejo da ponderação. O direito à intimidade, por exemplo, só pode ser compreendido ao lado da liberdade de informação. Assim também o direito à vida em relação a alguns princípios vinculadores da atuação do Poder Público. Ou seja, os direitos se apresentam na Constituição e a sua definição é resultado de um juízo de ponderação que precisa ser exercitado pelo operador jurídico.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 495), há na literatura de teoria constitucional e de filosofia do Direito, diversas posições que negam a existência de conflitos entre normas constitucionais e outras que admitem estes conflitos, tendo na técnica de ponderação o seu pilar. Aqui, este trabalho, irá apresentar, sucintamente, as que negam e abordar mais profundamente as que admitem e empregam a técnica de ponderação, visto ser este o objeto deste estudo.

Dentro das posições que não admitem a existência de conflitos, destacam-se a *categorização* e a *proposta hermenêutica de Ronald Dworkin*. A primeira, ainda segundo os autores acima, considera que quando uma hipótese é subsumida a uma norma, isto já basta para a solução do problema. É também uma diretriz associada ao princípio da *concordância prática* conduzindo a que, diante de um aparente conflito entre preceitos constitucionais que apontem para soluções antagônicas na solução, caiba ao intérprete buscar sua harmonização no caso concreto, de modo que todos eles conservem sua essência. Já Ronald Dworkin, menciona 3 critérios clássicos para a solução de antinomias jurídicas: o hierárquico (as normas superiores prevalecem em face das inferiores); o cronológico (as normas posteriores revogam as anteriores com elas incompatíveis) e o da especialidade (normas mais específicas afastam a incidência das mais gerais).

Segundo Helena Nunes Campos (2004, p. 25), para os que admitem a colisão de princípios constitucionais e seus respectivos direitos fundamentais, este fenômeno não é caso de antinomia, uma vez que não se pode simplesmente e

aleatoriamente afastar a aplicação de um deles. Do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, isto é, todas as normas têm igual dignidade. Então, partindo-se dessa constatação de que não existe hierarquia entre os princípios constitucionais, surge um problema a ser resolvido: o que fazer quando dois ou mais princípios constitucionais ou direitos fundamentais entram em colisão? Como dizer qual será o utilizado ou qual será o mais correto?

Para a autora, nestes casos, é necessário que ambos sofram uma ponderação em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar naquele caso específico. Mas para que possam ter efetivação, isto é aplicabilidade, devem ser ponderados quando estiverem em choque, colisão. Assim, tem-se que é o princípio da proporcionalidade que permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, quando se encontrem em estado de colisão solucionando a questão de forma que maximize o respeito ao bem ou valor a ser tutelado no caso.

2.2 Solução no caso dos direitos fundamentais

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 511), no campo jurídico, a ponderação, também chamada de sopesamento, pode ser definida como a técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto. A técnica envolve a identificação, comparação e eventual restrição de interesses contrapostos envolvidos numa dada hipótese, com a finalidade de encontrar uma solução juridicamente adequada para ela.

Segundo citação destes autores, esta metodologia é utilizada por algumas cortes internacionais como a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Organização Internacional do Comércio.

Ainda segundo os autores, uma das características da ponderação é que ela deve sempre levar em consideração o cenário fático, as circunstâncias de cada caso

e as alternativas de ações existentes. É uma disciplina prática, orientada para a busca da justa medida nos casos concretos. Se o caso for de ponderação, o principal critério a ser empregado para sua realização é o princípio da proporcionalidade com os seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que será apresentado mais detalhadamente ainda neste capítulo.

Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (20--?), a ponderação de interesses, bens, valores e normas, durante muito tempo foi baseada na subsunção da premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Este modelo é bom quando um julgamento pode ser submetido diretamente a um regra/princípio, mas não atende a casos difíceis, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

Para os autores, nestes tipos de caso, a técnica de decisão jurídica é a ponderação, que ainda apresenta a estrutura interna do raciocínio mal definida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. Segundo Ana Paula de Barcellos, a organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam deste processo e, por isso, permite o controle da decisão em melhores condições.

Ana Paula Barcellos propõe que a técnica de ponderação seja realizada em três etapas que, segundo considerações de Luís Roberto Barroso, “trata-se, provavelmente, do mais bem-sucedido esforço já realizado na dogmática jurídica brasileira de desenvolver parâmetros de juridicidade e racionalidade na contenção da discricionariedade judicial”. (BARCELLOS, 2005, prefácio).

A primeira etapa - identificação dos enunciados normativos em tensão - é a fase que justifica o recurso da técnica de ponderação. Nesta, caberá ao interprete identificar os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. Esta fase procura responder se a circunstância apresentada justifica a técnica de ponderação (BARCELLOS, 2005, p. 92).

Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, esta fase objetiva identificar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, detectando eventuais conflitos entre elas e principalmente, se este é insuperável pela subsunção, ambiente próprio de trabalho da ponderação. (BARROSO; BARCELLOS, 20--?)

Segundo Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 517), esta fase é muito importante, pois, uma interpretação sempre ampliativa das normas constitucionais em caso de possível conflito tende a produzir uma “inflação ponderativa” que também é perigosa, pois quase todos os casos de aplicação corriqueira do Direito tornar-se-iam ponderações. A ponderação judicial acabaria se tornando o mecanismo usual de aplicação da Constituição, e não um instrumento residual para resolução de “casos difíceis”. Para esses autores nos casos mais simples a técnica de decisão seria a categorização, quando uma hipótese é subsumida a uma norma.

Para Ana Paula Barcellos (2005, p. 115), a segunda etapa - identificação dos fatos relevantes – ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. Cabe examinar as circunstâncias concretas e suas repercussões sobre os elementos normativos.

Ainda para esta autora, na terceira etapa – decisão – constroem-se os parâmetros para a fundamentação nas escolhas diante dos elementos em colisão, tendo como diretrizes a *pretensão da universalidade* da decisão - aquela que seja aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico e ainda que possa ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis; *busca da concordância prática* – harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha incidência totalmente excluída na hipótese; e *respeito ao núcleo ou conteúdo dos direitos fundamentais* como proteção do indivíduo titular desses direitos que, caso contrário, tornaria a decisão inconstitucional, fato não permitido neste país (BARCELLOS, 2005, p. 123).

Nesta é que a ponderação irá distinguir-se da subsunção. Aqui apuram-se os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e quão intensamente um deve prevalecer em detrimento do outro, determinando qual deve ser o grau

apropriado em que a decisão deve ser aplicada, tendo como “fio condutor” o princípio da proporcionalidade (BARROSO; BARCELLOS, 20--?).

2.3 Proporcionalidade como princípio

O princípio da proporcionalidade tem seu nascedouro intimamente ligado ao Direito Administrativo com a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração (BARROS, 2000, p. 35). Acompanha toda a história e evolução dos direitos humanos e do Estado de Direito, pois quando há colisão de direitos fundamentais, sejam eles de 1ª, 2ª ou 3ª geração, individuais ou coletivos, por ordenar que a relação entre o fim buscado e o meio utilizado seja proporcional, não excessiva, impõem que haja uma relação adequada entre eles.

Já para Marcelo Zenni Travassos, não há consenso na doutrina brasileira sobre sua origem histórica nem do fundamento normativo do princípio da proporcionalidade. Em relação a sua natureza jurídica também não há consenso se este seria uma regra, princípio ou postulado e como a abordagem não importa para a natureza deste trabalho, deixo de oferecer maiores elementos teóricos desta discussão (TRAVASSOS, 2011, p. 1075).

No Direito Constitucional Brasileiro, atualmente, o princípio da Proporcionalidade é um dos que goza de maior destaque (TRAVASSOS, 2011, p. 1072) e vem sendo utilizado nas fundamentações das decisões judiciais em casos onde ocorre colisão de princípios jurídicos.

Por estabelecer critérios e procedimentos metodológicos sólidos para aferição dos atos estatais, apresenta-se como instrumento de controle das arbitrariedades exercidas pelo poder público, pois sua utilização obriga o uso da racionalidade e reforça o dever da fundamentação das decisões, permitindo o controle judicial tanto das decisões dos demais Poderes quanto a possibilidade de controle social sobre as decisões do Poder Judiciário (TRAVASSOS, 2011, p. 1072).

A base deste princípio é examinar a relação estabelecida entre os meios adotados pelos atos estatais e as finalidades (binômio meio/fim) que estes desejam atingir, contribuindo para a racionalização das decisões judiciais e controle dos

excessos, permitindo assim que os direitos fundamentais alcancem a todos os cidadãos.

Segundo Marcelo Zenni Travassos (2011, p. 1073), à luz do ordenamento jurídico, um ato para ser considerado proporcional necessita ser ao mesmo tempo adequado, necessário e proporcional em sentido estrito e, a verificação desta condição passa pela análise em três tempos (três testes) subsequentes entre si e que a ponderação do próximo depende obrigatoriamente da positivação do seu antecessor. Assim, inicia-se o teste pela adequação e, caso positivo, passa-se para a necessidade, caso negativo, interrompe-se o teste e o ato é considerado “desproporcional”. O mesmo ocorre subsequentemente e a negatização em qualquer uma das três etapas inviabiliza o teste. O conteúdo dos testes pode ser definido da seguinte forma:

1º Teste – adequação – relação de causalidade entre o meio adotado e as finalidades buscadas, ou seja, analisa se os meios adotados são ou seriam capazes de atingir o fim desejado. Cabe ressaltar que neste não se pondera o critério probabilidade ou efetividade apenas analisa se o meio escolhido é suficiente para atingir o fim, cabendo a valoração das hipóteses nos testes subsequentes.

2º Teste – necessidade – indaga-se se medida restritiva de direito é realmente indispensável e se haveria outra adequada a atingir a finalidade buscada sem que fosse necessário arcar com “efeitos colaterais” tão negativos, ou seja, se o mal produzido foi o menor possível.

3º Teste – proporcionalidade propriamente dita – pondera se os benefícios acarretados superam as desvantagens igualmente trazidas pelo mesmo. Avalia a relação bem esperado e o mal produzido onde, obviamente o primeiro deve superar o segundo, não importado somente a “quantidade de bem”, mas também a “qualidade do bem”.

Segundo o João Trindade Cavalcante Filho (20--?), por meio desse princípio, é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim. São tradicionalmente apontados como elementos da proporcionalidade, em atenção à teoria formulada no Direito alemão: a adequação, a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros, como já explicado, correspondem à idoneidade do meio para atingir o fim (adequação) e à

imprescindibilidade de sua utilização (necessidade). O terceiro se relaciona mais diretamente à estimação da quantidade da utilização do meio e da mensuração do fim: serve para investigar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente. Aborda, portanto, o equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência jurídica.

Em suma: o princípio da proporcionalidade diz respeito à compatibilidade quantitativa entre meios e fins, ou seja, permite a análise da equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência, vedando atos que, apesar de se utilizarem dos meios corretos, abusam na quantificação destes. Não sem razão, é também chamado de "princípio da proibição do excesso".

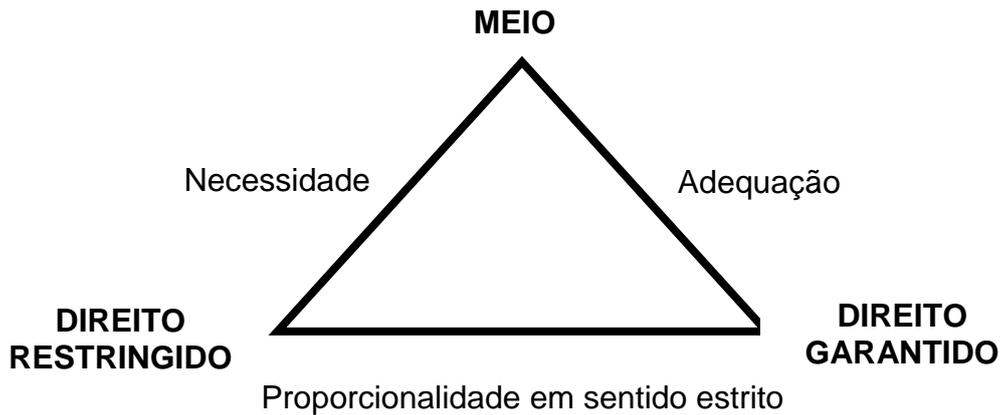
Cita o autor ainda, trabalho do Jairo Schäfer apresentando a proporcionalidade com um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entrem em colisão com outros direitos também fundamentais. De acordo com Schäfer, temos sempre três aspectos em análise: a) um direito que é objeto de restrição; b) um direito que é objeto de proteção; c) o meio que se usa para restringir um direito em benefício de outro. Nesse contexto, a restrição a um direito deve ser proporcional, isto é:

a) o direito restringido só deve sê-lo se isso servir a alcançar o bem que se quer atingir (adequação);

b) o direito restringido deve ser limitado com o meio menos gravoso possível (necessidade);

c) o direito restringido deve ser limitado apenas na medida em que isso for exigido para garantir o direito que é assegurado (ponderação, proporcionalidade em sentido estrito).

Ainda baseado nos estudos de Jairo Schäfer é proposto este diagrama para representar essa situação:



Fonte: SCHÄFER, 2001 *apud* CAVALCANTE FILHO, 20--?

O mesmo autor nos oferece dois exemplos que objetivam tornar mais claro esse esquema:

Exemplo 1 - Julgado pelo STF tratou sobre a obrigatoriedade, imposta por lei estadual do Paraná, de que os revendedores de gás liquefeito de petróleo (GLP) realizassem a pesagem do botijão na presença do consumidor. Nesse precedente, a Corte Suprema julgou que a lei era inconstitucional, por desproporcionalidade. Senão, vejamos. A lei tratava sobre a proteção do consumidor, um direito fundamental (art. 5º, XXXII). Esse era o direito garantido. Para assegurá-lo, o legislador estadual restringiu a liberdade de empresa (livre iniciativa). Esse é o direito restringido. E qual o meio que se utilizou para essa restrição? A obrigação de pesagem dos botijões na presença do consumidor.

Nesse caso, o meio utilizado era adequado para assegurar o direito garantido. Passou no teste da adequação. Porém, segundo entendeu o STF, havia meios menos gravosos para assegurar o direito à proteção dos consumidores, sem restringir tanto a livre iniciativa. É possível, por exemplo, estabelecer a obrigatoriedade de que os produtores de GLP providenciem lacres de segurança. Como se vê, a restrição ao direito fundamental foi considerada inconstitucional por violação ao critério da proporcionalidade, especificamente no aspecto da necessidade.

Exemplo 2: condenação de uma famosa empresária brasileira a 92 anos de prisão por ter sonegado tributos. Qual é o direito garantido? O respeito ao erário e a segurança pública. E qual o direito restringido? A liberdade de ir e vir da ré. Por fim, qual foi o meio utilizado para a restrição? A pena de prisão (reclusão). Verifiquemos

se essa pena (restrição a um direito fundamental) passa no teste da proporcionalidade.

Primeiramente: a pena é adequada? Sim, a reclusão é um meio adequado para proteger a segurança pública e inibir a sonegação tributária.

Por outro lado, a restrição é necessária? Sim, pois não há outro meio menos gravoso de garantir o direito em questão. Basta imaginar se uma condenação a prestar serviços à comunidade seria suficiente para reprimir a supressão de impostos (com certeza não). Mas ainda resta um teste, o da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se o direito garantido justifica, no caso concreto, uma restrição tão grande ao direito preterido? Consideramos que não. Ora, a pena mais grave que há no ordenamento penal brasileiro é a reclusão de 30 anos, para crimes como o homicídio, por exemplo (CP, art. 121). Será que uma sonegação de impostos – por maior que tenha sido – justifica a imposição de uma pena três vezes mais grave que a maior pena aplicada ao homicídio? Entendemos que não, o que determina a inconstitucionalidade da medida, por ser desproporcional, porque, embora seja adequada e necessária, foi aplicada em um *quantum* maior que o devido. Podemos então, para resumir, usar um questionário para verificar se a restrição ao direito fundamental é ou não proporcional:

1. A restrição é adequada para garantir o respeito ao direito que se quer assegurar?

1.1. Não: a restrição é desproporcional, por violar o subprincípio da adequação.

1.2. Sim: passa-se ao teste seguinte.

2. A restrição configura um meio estritamente necessário? Trata-se do meio menos gravoso para restringir o direito preterido e assegurar o direito garantido?

2.1. Não: a restrição é desproporcional, por violar o subprincípio da necessidade.

2.2. Sim: passa-se ao teste seguinte.

3. O direito restringido foi mitigado numa medida compatível com a garantia dada ao direito assegurado? Há um equilíbrio entre a vantagem obtida e a restrição aplicada?

3.1. Não: a restrição é desproporcional, por violar o subprincípio da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

3.2. Sim: a restrição é proporcional e, portanto, admissível.

Segundo Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 525-526), não obstante toda cadeia interpretativa e valorativa acima, esta envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do interprete e, por isso, a fixação de parâmetro é extremamente importante para a ponderação, por reduzir os riscos de erro e arbítrio judicial, aumentar a previsibilidade das decisões em favor da segurança jurídica e poupar tempo e energia dos operadores do Direito em casos futuros. Os autores elencam estes três parâmetros gerais para a ponderação:

- 1) As regras constitucionais têm preferência *prima facie* sobre os princípios, visando a preservação da segurança jurídica e da vontade expressa do poder constituinte;
- 2) Há preferência *prima facie* das normas que instituem direitos fundamentais quando colidem com outras que assegurem interesses e bens jurídicos distintos. Esse parâmetro, dada à proteção ultra reforçada dada pela Constituição aos direitos fundamentais, e de uma compreensão adequada da dignidade da pessoa humana, faz proteção dos interesses dos indivíduos frente aos interesses do “bem comum”, ou seja, numa colisão de interesses individuais frente a interesses coletivos, existe uma preferência *prima facie* pelos primeiros.
- 3) Dentre os direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico.

Face o até aqui exposto, observamos que tanto o modelo principialista, quanto a proposta jurídica atualmente preconizada utilizam-se da ponderação para a solução de seus conflitos e como o princípio da proporcionalidade é parte integrante da ponderação jurídica, pelas suas características, podemos inferir que este pode ser utilizado na solução dos conflitos morais na assistência à saúde. Os argumentos que sustentam esta hipótese, que são o objeto deste estudo, passam a ser apresentados no capítulo seguinte.

3 RESULTADO DA ANÁLISE COMPARATIVA E DISCUSSÃO DE CASOS

Este capítulo se propõe a demonstrar o resultado da análise comparativa entre o modelo de decisão principialista frente a conflitos morais e o modelo jurídico diante da colisão de direitos fundamentais, que tiveram suas teorias apresentadas nos capítulos 1 e 2, respectivamente.

Para iniciar, ficou claro que ambas, quando diante de conflitos dos elementos normativos previamente especificados conforme área de atuação, utilizam-se da ponderação como ferramenta de busca da decisão mais adequada para a situação imposta.

Mas não basta decidir, é necessário demonstrar as razões às quais acreditamos que determinado curso de ação é moralmente e/ou legalmente justificado. Esse justificar, que no Direito é tratado pelo termo “fundamentação da decisão” e na Bioética como “justificação moral”, é definido por Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2002, p. 28-29), pelo conjunto de argumentos capazes de “mostrar estar correto”, de “fornecer motivos adequados para comprovar o fato”. Na Lei, ou seja, no Direito, a justificação é uma comprovação, perante um tribunal, de que alguém tem uma razão suficiente para a reivindicação que está fazendo ou para um procedimento pelo qual foi chamado a responder. Pode ser também, demonstrar os critérios racionais no campo moral e/ou legal que determinaram a opção por aquela decisão e não por outra, com idoneidade suficiente para uma fundamentação adequada.

É exatamente nesse tema “*justificação*” que reside o cerne da questão que este estudo pretende apontar, ou seja, que ambos os modelos vem utilizando como base para fundamentação das decisões, saberes teóricos semelhantes, porém aplicados de formas distintas. Esta afirmação baseia-se no que foi exposto quando tratamos do tema “princípio da proporcionalidade” no mundo jurídico e das “condições que restringem a ponderação” no principialismo. Enquanto os operadores do Direito parecem que, para fundamentar suas decisões, utilizam esse conceito, de certa forma, pelo modelo dedutivista, partindo de esquema teórico pré-existente para aplicar no caso concreto, o principialismo parece que propõe o uso deste conhecimento da forma indutivista, ou seja, partindo do caso concreto, da decisão

proposta, analisando se ela se não enquadraria nas condições de exceções às regras e, caso positivo, inviabilizaria sua aplicação na prática.

Em suma, enquanto os tomadores de decisão na esfera jurídica buscam ativamente este conhecimento (a regra), para determinar a hipótese a ser seguida, ou seja, a decisão a ser tomada no caso concreto será a que melhor se enquadrar no teste da proporcionalidade em 3 tempos, para os tomadores de decisão na prestação de cuidados à saúde pelo modelo principialista, após analisar os cursos de ação possíveis e propor a ação moral a ser seguida, verificar se esta não enquadraria nos critérios de exceção da ponderação, ou seja, o caso concreto submetido a regra.

Ao compararmos os elementos teóricos que compõem o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios com as condições que restringem a ponderação, podemos observar determinadas semelhanças, que são apresentadas esquematicamente no quadro abaixo, onde busca – se aproximação conceitual entre ambas para melhor visualização dos pontos convergentes.

Quadro 3: Análise comparativa dos elementos de fundamentação jurídica e de justificação moral bioética para as soluções obtidas após processo de ponderação.

ANÁLISE JURÍDICA	ANÁLISE PRINCIPALISTA
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	CONDIÇÕES QUE RETRINGEM A PONDERAÇÃO
<p>Adequação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Estuda a relação de causalidade entre o meio adotado e as finalidades buscadas. • Se os meios adotados são, ou seriam capazes, de atingir o fim desejado. 	<ul style="list-style-type: none"> • O objetivo moral de justificar a infração possui uma expectativa realista de ser alcançada, ou seja, se o fim desejado pode ser alcançado pelo meio escolhido.

<p>Necessidade:</p> <ul style="list-style-type: none"> • indaga se medida restritiva de direito é realmente indispensável. • se haveria outra medida capaz de atingir a finalidade buscada sem que fosse necessário arcar com “efeitos colaterais” tão negativos. • se o mal produzido foi o menor possível. 	<ul style="list-style-type: none"> • A forma de infração escolhida é a menor possível, comparada com a obtenção do objetivo primordial da ação. • O agente procura minimizar os efeitos negativos da infração. • Não se pode substituir o ato por nenhuma alternativa moralmente preferível.
<p>Proporcionalidade em sentido estrito:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Analisa se os benefícios acarretados pelo ato superam as desvantagens igualmente trazidas pelo mesmo. • O terceiro se relaciona mais diretamente à estimação da quantidade da utilização do meio e da mensuração do fim. • Serve para investigar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente. • Aborda o equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência jurídica. 	<ul style="list-style-type: none"> • Podem ser oferecidas razões melhores para agir de acordo com a norma prioritária do que com a norma que está sendo infringida.

Fonte: O autor, 2015.

Vencida esta primeira etapa do capítulo, a partir de agora, este estudo ocupa-se de apresentar dois dilemas com envolvimento de questões médicas já publicados e devidamente referenciados como adiante indicado, onde é proposta análise das soluções à luz do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, correlacionando-as com as condições que restringem a ponderação propostas no principialismo, buscando compará-las e verificar se as soluções eventualmente convergiam.

Segundo Diego Gracia, delibera-se sobre o fato em que são permitidos diferentes cursos de ação a fim de encontrar o mais adequado e, como não se trata de decisões certas, diferentes pessoas podem tomar, diante dos mesmos fatos, decisões distintas que não podem deixar de ser prudentes. Sendo assim, é possível que as decisões apresentadas possam sofrer críticas sob a ótica do examinador da

questão e este fato deve ser respeitado, pois resulta das diferentes racionalidades entre as pessoas.

O primeiro dilema faz parte do teste de competência moral de Georg Lind (disponível em www.uni-konstanz.de/ag-moral/home-e.htm), e o segundo publicado no livro “100 cases in Clinical Ethics and Law” (JOHNSTON; BRADBURY, 2008).

A metodologia de apresentação será a submissão da(s) hipótese(s) ao teste de verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em três tempos, onde a resposta do item subsequente passa obrigatoriamente pela resposta “sim” do antecessor. Para qualificação da decisão como proporcional, será *conditio sine qua non* a positividade das três etapas. Caso a resposta seja negativa em algumas das etapas, a solução será considerada desproporcional, por violar o subprincípio correspondente. Posteriormente, a mesma decisão será submetida às condições que restringem a ponderação e os resultados comparados, buscando eventuais correlações entre ambas.

I - Dilema do médico

Havia uma mulher com câncer e não existia nenhuma esperança de salvá-la. Ela estava sofrendo de dores terríveis e tão fraca que uma dose maior de um analgésico como morfina, por exemplo, a mataria. Durante um período de temporária melhora, ela implorou ao médico que lhe desse morfina suficiente para matá-la. Ela disse que não poderia suportar a dor muito tempo mais e que estaria morta em poucas semanas de qualquer modo. O médico atendeu seu desejo.

Fonte: (LIND, 20--?).

Antes de entrar efetivamente na análise da decisão do médico frente a sua conduta, faz-se necessária a apresentação do tema “Regra de Duplo Efeito (RDE)” sem o qual, o entendimento poderá ficar comprometido.

A Regra do Duplo Efeito (RDE) defendida pelos autores Tom L. Beauchamp e James F. Childress é invocada para justificar a alegação de que um ato com dois efeitos previstos, um bom e outro nocivo (como a morte), nem sempre é moralmente proibido caso o efeito nocivo não seja o pretendido ou visado (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.229).

A RDE é uma tentativa de especificar as condições do princípio da não maleficência em situações nas quais um agente não pode evitar todos os danos e,

ao mesmo tempo, atingir bens importantes. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.229).

Pela DRE se não há a intenção de um efeito letal, o ato não é proibido pelo princípio “Não matar direta e intencionalmente um inocente” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.230).

De acordo com a definição clássica da DRE, quatro condições, ou elementos, devem ser satisfeitos para que um ato com duplo efeito seja justificado. Todas as condições são necessárias e, juntas, formam a condição suficiente da ação moralmente permissível:

- 1) A natureza do ato – o ato deve ser bom, ou ao menos neutro (independente das consequências).
- 2) A intenção do agente – o agente deve visar somente o efeito bom. O efeito nocivo pode ser previsto, tolerado, e permitido, mas não deve ser pretendido.
- 3) A distinção entre meios e fins – o efeito nocivo não deve ser meio para se chegar ao efeito bom.
- 4) A proporcionalidade entre o efeito bom e o efeito nocivo – o efeito benéfico deve ser superior ao nocivo. O efeito nocivo só é permissível se houver uma relação de proporção que compense a permissão do efeito nocivo previsto.

Ao analisarmos diretamente o dilema, observamos algumas situações que merecem destaque: a doença da autora é incurável, proporciona-lhe grande sofrimento, ela faz uso regular de morfina sem o efeito desejado e o aumento da dose pode provocar-lhe a morte, sendo esse o desejo da mesma.

A primeira condição que precisa ser analisada é a autonomia da paciente que solicita doses maiores da medicação direcionadas a provocar-lhe a morte. Evidentemente, temos que levar em consideração que a dor e o grande sofrimento limitam as escolhas existenciais da mesma e, por isso, encontra-se com o exercício de sua autonomia comprometido. Tão importante quanto respeitar a autonomia dos pacientes, é dever do médico fazer uso de todas as ferramentas possíveis para que essa autonomia possa ser efetivamente exercida. Mediante estes fatos, o médico não deveria objetivar a morte como a solução do problema, podendo ser

considerada uma violação ao princípio da não maleficência, mas sim o combate da dor e ao sofrimento, cumprindo com formalidade, as exigências do princípio da beneficência, pois caso a paciente estivesse com a intensidade da sua dor controlada, provavelmente, sua decisão autônoma também mudaria.

É obrigação moral do médico para com seus pacientes, prover os recursos necessários para promoção de vida digna, com qualidade adequada e sem sofrimentos evitáveis. Se levamos em conta simplesmente esta obrigação, sem análise mais aprofundada das ações possíveis, podemos até imaginar que a ação do médico “nasce para o bem”, sem vícios de origem e permeada de argumentos morais válidos. Acontece que, no caso concreto, a causa do grande sofrimento da paciente e consequente perda de qualidade de vida, não é sua vida existencial e sim, sua vida com dor, que limita suas escolhas e condiciona o desejo de morrer. Esta é a causa que precisa ser combatida, assim como todas as ações voltadas para esta, por meios adequados e que proporcionem menor risco possível. No caso, uma dose acrescida de morfina poderia determinar a morte da paciente, mas como a intenção do agente é o tratamento da dor e restauração da vida digna, caso a morte sobreviesse, o risco seria tolerável e permitido, desde que nunca pretendido, conforme nos ensina Tom L. Beauchamp e James F. Childress com a regra de duplo efeito (RDE) acima mencionada.

Agora, aplicaremos os conceitos do teste da proporcionalidade em 3 etapas no cenário fático e posteriormente ao cenário proposto, comparando-os com as condições que restringem a ponderação do princípalismo.

Cenário 1- análise da solução e fundamentação do caso concreto

O médico, objetivando encerrar o sofrimento da paciente, em respeito ao desejo da mesma, movido pela compaixão e norteador pelo princípio da beneficência, aplica-lhe dose de morfina suficiente abreviar sua vida.

- 1) **Teste da adequação:** há relação de causalidade entre o meio adotado e as finalidades buscadas? Os meios adotados são ou seriam capazes de atingir o fim desejado?

Resposta: sim, a dose letal de morfina é capaz de cessar o sofrimento da paciente. Passa-se para o teste seguinte.

- 2) **Teste da necessidade:** a medida restritiva é realmente indispensável? Haveria outra medida capaz de atingir a finalidade buscada sem que fosse necessário arcar com “efeitos colaterais” tão negativos? O mal produzido foi o menor possível?

Resposta: não, a medida de extirpar o sofrimento da paciente abreviando sua vida é dispensável, porque a causa do sofrimento da mesma são suas dores terríveis e a dose terapêutica suplementar de morfina seria capaz de combater este mal, restaurando sua qualidade mínima de vida. Neste caso, todo esforço do médico deve ser para o combate a dor da paciente mesmo sabendo que a morte é um risco potencial, ou seja, pode ocorrer ou não. Assim, como não há outro meio menos gravoso para o tratamento, caso esta sobrevenha, fica claro que o risco era previsto, tolerado, mas não pretendido, sendo por isso moralmente justificado. Como a resposta a este item é negativa, aqui encerra-se o teste e o ato considerado desproporcional por violar o subprincípio da necessidade.

- 3) **Teste da proporcionalidade em sentido estrito:** os benefícios acarretados pelo ato superam as desvantagens igualmente trazidas pelo mesmo? O ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente? Existe equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência jurídica?

Resposta: não cabe responder este item pela negatificação do item anterior. Este está aqui apresentado meramente por critério didático.

Em relação às condições que restringem a ponderação, vimos que, conforme as explicações anteriores, esta ação do médico viola pelo menos três critérios pelos mesmos motivos já discutidos que seriam:

- 1) A forma de infração escolhida é a menor possível, comparada com a obtenção do objetivo primordial da ação.

- 2) Não se pode substituir o ato por nenhuma alternativa moralmente preferível.
- 3) Podem ser oferecidas razões melhores para agir de acordo com a norma prioritária, do que com a norma que está sendo infringida.

Logo, à luz do princípalismo, esta decisão do médico também não encontra fundamento teórico, não podendo ser justificada por este método.

Com isso, observamos que houve transposição das decisões, tanto pelo conceito princípalista quanto pelo teste do princípio da proporcionalidade, não podendo ser acolhida por ambos os métodos. Assim, nasce a necessidade de reiniciar o processo de ponderação e encontrar outra solução que satisfaça os critérios aqui discutidos.

Cenário 2 – Análise da solução proposta com a devida fundamentação.

Médico reconhece a perda de qualidade de vida da paciente pelo grande sofrimento imposto pela doença e, considerando que não há outro método menos gravoso, decide submeter a paciente a doses maiores de morfina com o devido consentimento da mesma, tolerando o risco que a morte sobrevenha.

- 1) **Teste da adequação:** Há relação de causalidade entre o meio adotado e as finalidades buscadas? Os meios adotados são ou seriam capazes de atingir o fim desejado?

Resposta: Sim, uma dose maior de morfina pode eliminar a dor e restaurar a qualidade de vida da paciente.

- 2) **Teste da necessidade:** A medida restritiva é realmente indispensável? Haveria outra medida capaz de atingir a finalidade buscada sem que fosse necessário arcar com “efeitos colaterais” tão negativos? O mal produzido foi o menor possível?

Resposta: Sim, o combate de dor e sofrimento por meios adequados é uma obrigação moral e profissional do médico, com o objetivo de restituir a qualidade de vida perdida pela paciente. Neste caso, também somos

obrigados a aceitar que não há outro meio de fazer isso, por exemplo, associação com outras medicações, etc.

- 3) **Teste da proporcionalidade em sentido estrito:** os benefícios acarretados pelo ato superam as desvantagens igualmente trazidas pelo mesmo? O ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente? Existe equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência jurídica?

Resposta: Sim, com o atual momento vivido pela paciente e a necessidade imperiosa do tratamento da dor, evidentemente os benefícios superam os malefícios, desde que os riscos sejam consentidos pela paciente.

Com isso, com a positivação dos 3 testes, esta decisão pode ser considerada proporcional e, quando comparamos com a teoria principialista, observamos que não há violação das condições que restringem a ponderação, e, por isso, considerada moralmente aceita, à luz do principialismo, mais uma vez, com transposição das decisões.

III- Dilema de Ophelia

Ophelia é uma mulher de 27 anos que luta contra a anorexia nervosa desde que ela tinha 11 anos. Ela é extremamente inteligente, ficou em primeiro lugar em História na Universidade de Oxford e agora ela está no meio caminho do seu PhD. São nos momentos mais estressantes de sua vida que ela luta contra sua anorexia. A primeira vez que ela foi admitida no hospital tinha 13 anos, estava sofrendo “*bullying*” na escola e tinha parado de comer para tentar ficar magra e evitar ser alvo de piada sobre o seu sobrepeso. A aptidão de perder muito peso deu à ela o sentido de que tinha algum controle, em pelo menos um aspecto de sua vida.

Ophelia gastou os últimos 14 anos dentro e fora do hospital. Em duas ocasiões ela teve que ser admitida para tratamento intensivo, pois ela tinha perdido consciência. Durante essas admissões ela foi alimentada por um tubo nasogástrico. Ela também tem um histórico de desordem obsessivo-compulsiva e de ter recebido terapia comportamental cognitiva. Um ano atrás ela conseguiu estabilizar seu peso

em 50 kg – ela tem 1,70cm. Com o estresse de seu PhD e o rompimento do relacionamento com o namorado, passou a pesar menos de 35 kg. Apesar de você querer alimentá-la por tubo nasogástrico para prevenir a necessidade de uma terceira admissão a tratamento intensivo, ela se recusa a ter isso. Ela diz que ela não quer morrer, mas também não quer ser alimentada forçadamente. Ela é extremamente frágil e precisa de supervisão constante por parte de um assistente de saúde.

Devido à escassez de camas na ala psiquiátrica, Ophelia está atualmente sendo atendida na ala geral. As mulheres mais velhas na sua ala estão reclamando da atenção pessoal que ela está recebendo, pois quando elas precisam de ajuda pra trocar posição ou ir ao banheiro, há frequentemente uma longa espera devido à escassez de assistentes.

Fonte: (JOHNSTON, BRADBURY, 2008, p.3).

Neste dilema as autoras apresentam abordagem principialista dos fatos e valores e, segundo elas,

A abordagem dos quatro princípios é a mais bem conhecida teoria ética. Estudantes de medicina são frequentemente ensinados com base nessa teoria para demonstrar como abordar (e resolver) dilemas médicos. O primeiro passo é analisar como cada princípio pode ser relevante para a situação, ou seja, qual é o escopo do princípio. Embora os princípios não guardem grau de hierarquia entre si, o respeito pela autonomia ganhou importância na era do cuidado “centrado no paciente”. O respeito por autonomia requer que a capacidade de tomar decisões do indivíduo seja reconhecida. Uma pessoa pode não ser totalmente autônoma em todas as situações, mas os pontos de vista daqueles com autonomia limitada, estão sendo cada vez mais reconhecidos e respeitados. Apenas porque falta capacidade ao paciente em tomar uma decisão particular, não significa que o médico tenha que ultrapassar seus desejos. Quando um paciente dá uma opinião, todo esforço tem que ser feito para respeitar aquela opinião, a menos que seja contrária aos seus melhores interesses. A obrigação moral de beneficência não é adquirida por todos em geral, porém, existe a obrigação moral por parte dos profissionais de saúde em beneficiar seus pacientes. Isso é sublinhado pelo direito legal de cuidado e o médico precisa agir para proporcionar o melhor para o paciente quando lhe falta autonomia de tomar decisões sobre a assistência médica destinada a ele. Em contraste, a *prima facie* obrigação de não maleficência é um requerimento geral a fim de evitar causar danos. A maioria dos tratamentos médicos incorre em um elemento de dano em potencial, entretanto, o risco de dano pode ser justificado quando balanceado contra os benefícios antecipados. O princípio de justiça é, frequentemente, colocado abaixo dos outros princípios. Ele é usado em argumentos étnicos para assegurar que exista uma alocação justa de serviços e tratamentos na sociedade. Em nível individual, ele é usado para promover igualdade entre os pacientes de todos os tipos, independente de nacionalidade, cultura, classe, etnia ou religião. Quando existe conflito entre os princípios, então a escolha deve ser feita de maneira a priorizar um sobre o outro. Nesse cenário, o médico pode apenas

impor tratamento em Ophelia se de fato existe evidência da falta de autonomia por parte dela. A anorexia nervosa é uma doença complexa e indivíduos afetados sentem que eles não têm controle sobre a própria vida e então usam a recusa ao alimento para demonstrar que, de alguma maneira, eles têm a vida sob controle. Mas isso significa que falta autonomia a Ophelia? Alimentá-la forçadamente até pode ser considerada como melhor interesse se ela estiver em um nível crítico de baixo peso, para evitar danos irreparáveis e restaurar sua autonomia para futuras tomadas de decisões. Porém, limitação e alimentação forçada podem destruir qualquer confiança que ela construiu com seus médicos. Os princípios de beneficência e não maleficência devem ser balanceados para produzir o resultado como benefício geral. Isso pode servir de base para a reivindicação de que o tratamento especial que Ophelia está recebendo seria uma alocação injusta de recursos limitados de saúde (JOHNSTON; BRADBURY, 2008, p.4).

Antes de efetivamente apresentar e discutir os cenários possíveis desse dilema, faz-se necessário apresentar os conceitos dos princípios da sacralidade da vida (PSV) e qualidade de vida (PQV) que servirão de base para argumentações a seguir.

Segundo Fermin Roland Schramm (2009, p.381):

Uma das prováveis razões dos embates (e combates) atuais acerca do começo e do fim da vida (como o aborto ou a eutanásia) diz respeito ao conceito “vida”, utilizado tanto em filosofia como em bioética. Este é o caso da oposição entre as duas qualificações que aparecem nas expressões “sacralidade da vida” e “qualidade da vida”, com as quais se identificam dois paradigmas morais diferentes: um, considerado tradicional, referente aos atos humanos orientados pelo assim chamado “vitalismo” e o valor moral absoluto (representado pelo PSV); outro, produzido pelo processo de secularização e inspirado nos progressos científicos (particularmente, pela revolução biomédica) e que mais se adapta à cultura dos direitos humanos; em particular, à liberdade e ao exercício da autonomia nas tomadas de decisão referentes à vida pessoal, seu decurso e fim (e regido pelo PQV).

Ainda segundo o autor:

PSV e PQV podem ser vistos não apenas como princípios distintos, mas, também, como opostos, pois embasam (ou fundamentam) éticas diferentes: a ética da sacralidade da vida e a ética da qualidade da vida. A primeira entendida, substancialmente, como conjunto coerente de deveres morais [que] pressupõe a presença de um dever moral absoluto [e que] tem sempre a prioridade sobre os outros deveres *prima facie*, isto é, que não admite nunca nenhuma exceção ou derrogação em nenhuma circunstância. A segunda, como ética caracterizada pela ausência de um dever absoluto, [que não tem] nenhuma hierarquia prefixada de deveres, sendo que, em casos de conflitos, a prioridade será dada de acordo com a ‘qualidade da vida’, ou seja, o respeito da autonomia das pessoas envolvidas e/ou a minimização do dano aos indivíduos envolvidos.

Cenário 1

O médico objetivando garantir o melhor interesse para o tipo de vida moral e absoluto, como defendido pelo princípio da sacralidade da vida, decide desrespeitar a autonomia da paciente, que já estaria comprometida pela doença, e opta pela alimentação forçada através de sonda nasoenteral, durante o tempo necessário à sua recuperação nutricional e capacidade de fazer escolhas autônomas para futuras decisões.

- 1) Teste da adequação:** há relação de causalidade entre o meio adotado e as finalidades buscadas? Os meios adotados são ou seriam capazes de atingir o fim desejado?

Resposta: não, como dito anteriormente a anorexia nervosa é uma doença complexa, a recuperação nutricional pode levar um tempo prolongado, uma sonda nasoenteral pode ser facilmente retirada pela paciente o que torna necessária a contenção das mãos da paciente. Logo, além de gerar grande sofrimento, manter a paciente contida por tanto tempo, desrespeitando a sua autonomia continuamente, é totalmente inviável. Ainda assim, mesmo que fosse essa a decisão, após a recuperação, o tratamento de manutenção dietética ficaria condicionado à vontade da paciente. Caso esta, no futuro, decidisse não se alimentar novamente, retornaria ao mesmo quadro que determinou seu atual estado. Como a resposta a este item é negativo, aqui encerra-se o teste e o ato considerado desproporcional por violar o subprincípio da adequação.

- 2) Teste da necessidade:** a medida restritiva é realmente indispensável? Haveria outra medida capaz de atingir a finalidade buscada sem que fosse necessário arcar com “efeitos colaterais” tão negativos? O mal produzido foi o menor possível?

Resposta: não cabe responder este item pela negatificação do item anterior, que está aqui apresentado meramente por critério didático.

- 3) Teste da proporcionalidade em sentido estrito:** os benefícios acarretados pelo ato superam as desvantagens igualmente trazidas pelo mesmo? O ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente? Existe equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência?

Resposta: não cabe responder este item pela negatização do item anterior, que está aqui apresentado meramente por critério didático.

Em relação às condições que restringem a ponderação, vimos que esta ação do médico viola pelo menos três critérios, com especial atenção ao primeiro, seriam:

- 1) O objetivo moral de justificar a infração possui uma expectativa realista de ser alcançada, ou seja, se o fim desejado pode ser alcançado pelo meio escolhido. Não, pelo mesmo motivo que viola o subprincípio da adequação acima apresentado.
- 2) Não se pode substituir o ato por nenhuma alternativa moralmente preferível. Pode-se como veremos na discussão do cenário a seguir.
- 3) Podem ser oferecidas razões melhores para agir de acordo com a norma prioritária do que com a norma que está sendo infringida. Podem-se como veremos na discussão do cenário a seguir.

Cenário 2

O médico considera que a recuperação nutricional é um processo longo e demorado, que uma alimentação forçada até poderia contribuir para a manutenção da vida biológica da paciente, mas em curto prazo, pois a manutenção de estado nutricional adequado passa obrigatoriamente pela voluntariedade da paciente em se alimentar no futuro. Considera ainda, que o desrespeito à autonomia da paciente romperia, inexoravelmente, a relação de confiança da paciente na equipe de saúde e assim, decide considerar a autonomia da paciente e não alimentá-la forçadamente mesmo conhecendo o risco que o fato representa para a saúde da paciente. Em contrapartida, disponibiliza para ela todos os recursos humanos e terapêuticos, inclusive priorizando sua transferência para a ala psiquiátrica do hospital, local mais

adequado para o seu tratamento. Com este ato, assegura-lhe uma vida baseada no conceito do princípio da sacralidade da vida e, caso a morte da paciente sobrevenha, esta será considerada um fato previsível, mas infelizmente inevitável a despeito de todos os esforços para o contrário.

- 1) Teste da adequação:** há relação de causalidade entre o meio adotado e as finalidades buscadas? Os meios adotados são ou seriam capazes de atingir o fim desejado?

Resposta: sim, o respeito à autonomia da paciente é capaz de proporcionar dignidade e qualidade de vida a paciente. Passa-se para o teste seguinte.

- 2) Teste da necessidade:** a medida restritiva é realmente indispensável? Haveria outra medida capaz de atingir a finalidade buscada sem que fosse necessário arcar com “efeitos colaterais” tão negativos? O mal produzido foi o menor possível?

Resposta: sim, por ser impossível garantir a coexistência da vida biológica e da vida com qualidade sem a voluntariedade da alimentação, o médico terá que violar uma obrigação para com a paciente. Assim, não há outra medida se não respeitar a autonomia da paciente, disponibilizando os recursos terapêuticos necessários na tentativa de mitigar o dano potencial.

- 3) Teste da proporcionalidade em sentido estrito:** os benefícios acarretados pelo ato superam as desvantagens igualmente trazidas pelo mesmo? O ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente? Existe equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência?

Resposta: Sim, considerando-se que um processo de alimentação eficaz e duradouro passa obrigatoriamente pela voluntariedade da paciente e alimentá-la forçadamente de forma contida ou sedada poderia ser considerada uma violação do princípio da não maleficência. O médico, ao respeitar a autonomia da paciente, atua de forma a garantir-lhe uma vida

digna, baseado no princípio da qualidade de vida. Por isso, pode-se afirmar que esse efeito no caso concreto, pode ser considerado mais benéfico e as medidas compensatórias acima descritas, auxiliam em manter o equilíbrio qualitativo no processo de tomada de decisão.

Considerando a resposta “sim” aos três testes anteriores, a solução proposta pode ser considerada proporcional e quando comparada às condições que restringem a ponderação do princípalismo - objetivo moral de justificar a infração - possui uma expectativa realista de ser alcançada. Se o fim desejado pode ser alcançado pelo meio escolhido; a forma de infração escolhida é a menor possível quando comparada com a obtenção do objetivo primordial da ação; o agente procura minimizar os efeitos negativos da infração; não se pode substituir o ato por nenhuma alternativa moralmente preferível; podem ser oferecidas razões melhores para agir de acordo com a norma prioritária do que com a norma que está sendo infringida – os argumentos fornecidos não encontram elementos desabonadores, podendo ser considerada uma solução moralmente justificada à luz do princípalismo.

Através destes dois exemplos, pode-se demonstrar que as decisões propostas em ambos os casos, obtidas através do processo de ponderação de princípios e regras especificados, submetidas aos critérios de justificação moral do teste, em três etapas, do princípio jurídico da proporcionalidade e das condições que restringem a ponderação da corrente Bioética do princípalismo, convergem para ponto comum, ficando assim provado que estes conhecimentos equiparam-se não só na teoria, mas também na prática.

Sendo assim, é admissível extrapolar os limites tácitos entre o princípio jurídico da proporcionalidade e das condições que restringem a ponderação pelo modelo princípalista e afirmar que essa interseção aproxima o Direito da Medicina e o conhecimento aqui apresentado pode sobremaneira facilitar o diálogo entre estas duas fontes de conhecimento.

Com isso, o médico que utiliza o modelo princípalista de tomada de decisão frente a conflitos morais na sua relação com o paciente, pode socorrer-se das bases teórico-práticas do princípio jurídico da proporcionalidade, principalmente quando for instado a justificar moralmente a decisão frente a uma demanda judicial.

Esta ferramenta, para estes casos, mostra valor acrescido, visto que o médico estará se valendo de linguagem totalmente afeita ao operador do Direito, o que facilita o diálogo entre ambos e lógico a análise interpretativa do segundo.

Para tanto, caso seja aceita a observação proposta neste estudo, talvez, far-se-á necessária devida especificação deste conceito e método, à luz da bioética principialista.

CONCLUSÃO

A crise de eticidade ocorrida ao final das duas grandes guerras mundiais fez a sociedade questionar a relação entre justiça e direito. As atrocidades cometidas por Hitler foram, em sua grande parte, legitimadas pelo sistema jurídico alemão e fez com que o juspositivismo, baseado em uma legalidade estrita, ser duramente criticado no contexto do pós-guerra.

Nesse contexto, observou-se uma mudança no Direito, adentrando sua nova fase, agora denominada como pós-positivismo, através de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras edificadas sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética.

Fato análogo ocorreu na Medicina, sua reaproximação à Ética alavancada a partir da década de 60 motivada, dentre outras, pelas evoluções tecnológicas suscitaram maiores reflexões sobre seus limites e possibilidades. A alocação de recursos cada vez mais escassos na saúde e do avanço social fortaleceu o princípio da autonomia dos pacientes, pilar fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce da Constituição Federal.

Diante deste momento, o presente estudo procurou identificar e analisar os modelos de tomada de decisão jurídicos e bioéticos pelo método principialista buscando determinar eventuais semelhanças, com objetivo de propor a utilização do princípio da proporcionalidade no processo decisório do médico frente a conflitos morais na relação com o paciente e, considerando que:

1. Os dois métodos utilizam aponderação de fatos, valores, regras e princípios como metodologia para a identificação, sopesamento das fontes de conflito e tomada de decisão;
2. Para fundamentação e justificação moral da decisão, o Direito se socorre do princípio de proporcionalidade com seus “subprincípios” - adequação, necessidade e proporcionalidade;
3. O modelo principialista de tomada de decisão determina certas condições que restringem a ponderação que, conforme quadro apresentado no

capítulo anterior, apresenta base teórica comparável ao princípio da proporcionalidade.

Este estudo conclui que semelhantemente o modelo jurídico e o bioético pelo principialismo utilizam a ponderação de regras e princípios especificados conforme sua área de atuação, e diferem somente na forma de justificação. Enquanto os operadores do Direito parecem utilizar-se desse conceito de forma dedutivista, ou seja, eles usam um esquema teórico pré-existente para aplicar no caso concreto, o principialismo parece propor seu uso da forma indutivista como caráter de exceção. Enquanto o primeiro busca esse conhecimento para fundamentar suas decisões, o segundo analisa se o caso concreto se enquadra nas regras.

Logo, não foram observados conflitos metodológicos entre ambos, sendo exequível a transposição dos conhecimentos e, quando frente a um processo de ponderação, a busca ativa da solução de forma dedutivista, em alguns casos, pode facilitar o processo, principalmente tendo em conta que nem todos os tomadores de decisão são *experts* no tema “Bioética” e, por isso, sem a habilitação necessária para fornecer argumentos morais suficientes.

Considerando a verossimilhança anteriormente demonstrada, é factível que as bases do conhecimento jurídicos do princípio da proporcionalidade possam ser usadas na solução de problemas morais na Bioética Clínica sem prejuízos ou conflitos de conceitos, em especial quando estas se prestarem à fundamentação e justificação moral diante de demandas judiciais.

Insta salientar que os próprios autores Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2002, p. 52) por afirmarem que:

Embora algumas das condições que restringem a ponderação pareçam tautológicas, ou ao menos completamente incontroversas, segundo nos mostra a experiência, elas são frequentemente negligenciadas na deliberação moral, e levaria a atos diferentes caso fossem observadas.

Reconhecem que este conhecimento é subutilizado pelos usuários do principialismo e dão a entender que se mais e melhor usado pode fortalecer essa própria corrente bioética como método de tomada de decisão.

Assim, a difusão do conhecimento poderá sobremaneira auxiliar os médicos nos processos de tomada de decisão frente a conflitos morais na sua relação com o paciente.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 356 p.

BARROS, S.T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed.Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A.P. **O começo da História**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. [S.l.: s.n., 20--?].Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2013/arti_histirbras.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BEAUCHAMP, T; CHILDRESS, J. **Princípios da Ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. 574 p.

BIOETHICS THESAURUS [Internet]. Washington D.C: Bioethics Information Retrieval Project, Kennedy Institute of Ethics, Georgetown University; 1995 [cited 2013 Oct 2]. Available from: <<http://books.google.com/books?id=tm1qAAAAMAAJ&pgis=1>>.

BRUGUERA, M; e cols. **Guía para prevenir lasreclamaciones por presunta mala praxis médica, de como actuando se producen y como defendese judicialmente**. Revista Clinica Espanola. v. 212, n. 4, p. 198-205, abr. 2012.

CAMPBELL, A.V. **As virtudes (e vícios) dos quatro princípios**. Journal of Medical Ethics.Vol: 29 Nro: 5 Págs: 292 - 296 Data: 01/10/2003.

CAMPOS, H. N. **Princípio da proporcionalidade**: a ponderação dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito_4/02.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2015.

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. [S.l.: s.n., 20--?]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acessoem: 27 abr. 2015.

CLOUSER, K.D.; GERT, B. **A critique of principlism**. Journal of Medicine and Philosophy, v.15, n. 2, p. 219-236, 1990.

CORTINA, A.; MARTÍNEZ, E. **Ética**. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. 176 p.

DEJEANNE, S. **Os fundamentos da bioética e a teoria principialista**. Thaumazein. Revista on-line de filosofia, v. 7, n. 4, p. 32-45, jul. 2011.

DINIZ, D.; GUILHEM, D. **O que é Bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2005. (Coleção primeiros passos v. 315).

DURAND, G. **Introdução geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, 574 p.

FERRER, J. J.; ÁLVAREZ, J. C. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. 501 p.

FIGUEIREDO, A. M.; FRANÇA G.V. **Bioética: uma crítica ao principialismo**. [S.l.: s.n., 20--?]. Disponível em: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/bioetica.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

FRANCESCONI, C.F.; GOLDIM, J.R.; LOPES, M.H.I. O papel dos Comitês de Bioética na humanização da assistência à saúde. Revista Bioética, v.10, n. 2, p.147-157, 2002.

FREITAS, E.E. C. **A moralidade da tomada de decisão em medicina intensiva para paciente geriátrico**. 2014. 162 f. Tese (Doutorado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde coletiva) – PPGBIOS, Rio de Janeiro, 2014.

GARRAFA, V. **Da bioética de princípios a uma bioética interventiva**. Bioética 2005 – vol. 13, n.1, p. 125-134. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/97/102>. Acesso em: 06/05/2015.

GAWANDE, Atul. **Complicações**: Dilemas de um cirurgião diante de uma ciência imperfeita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. 293 p.

GENRO, B.P. **Consultoria de Bioética Clínica: da teoria à prática**. 2013. 169 f. Tese (doutorado em medicina: ciências médicas) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, novembro de 2013.

GOLDIM, J. R. **Características do processo de tomada de decisão**. [S.l.: s.n., 2007]. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/decisao.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

GOLDIM, J.R. **Dilema**. [S.l.: s.n., 2002]. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/dilema.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

GRACIA, D. **La deliberación moral: el método de la ética clínica**. Medicina Clínica. Barcelona, v. 117, n. 01, p. 18-23, jun. 2001.

- GUTIÉRREZ, G. **Ética y decisión racional**. Madrid: Editorial Síntesis, 2000. 159 p.
- HERNANDO, P.; MARIJUÁN, M. **Método de análisis de conflictos éticos em La prácticaasistencial**. AnalesdelSistemaSanitário de Navarra, 2006, Vol. 29, Suplemento 3.
- JOHNSTON, C.; BRADBURY, P. **100 cases in Clinical Ethics and law**. 1. ed. Great Britain: British Library Cataloguing-in-Publication Data, 2008. 259 p.
- JONSEN, A.R.; SIEGLER, M.; WINSLADE, W. J. **Ética Clínica: abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica**. 7. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012. 240 p.
- JONSEN, D.R.; TOULMIN, S. **The abuse of casuistry**. A history of moral reasoning. Berkeley/Los Angeles: University of California, 1988.
- LIND, G. **Moral Competence Test**. [S.l.: s.n., 20--?]. Disponível em: <<http://www.uni-konstanz.de/ag-moral/home-e.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- LOCH J.A. **Como analisar conflitos em Bioética Clínica**. In: URBAN, C.A. Bioética Clínica. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 48-54.
- LOCH, J.A. **Modelos de análise de casos em Bioética Clínica**. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Ana Maria; GERHARDT, Maria. Bioéticaumavisão panorâmica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. 280p.
- MORREIM, E.H. **Philosophy lessons from the clinical setting: seven sayings that used to annoy me**. Theor Med [Internet]. 1986 Feb [cited 2013 Oct 2];7(1):47–63. Available from: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3704958>>.
- MARQUES FILHO, J. **Bioética Clínica – Cuidando de Pessoas**. Revista Brasileira de Reumatologia, v. 48, n. 1, p. 31-35, 2008.
- MARTINS, I.O.P.P.M. **A operacionalização dos princípios da Bioética no principialismo de Beauchamp e Childress**. 2013. 68 f. Dissertação (mestrado em Filosofia) – Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, fevereiro de 2013.
- NUNES, L. L.; TRINDADE, G G. **Princípios de ética biomédica: A abordagem principialista de Beauchamp e Childress e a resolução de conflitos morais**. Disponível em: <[file:///C:/Users/8707499/Downloads/10434-32092-2-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/8707499/Downloads/10434-32092-2-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2015.
- PELLEGRINO, E.D.; THOMASMA, D.C. **For the patient's good: the restoration of beneficence in health care** [Internet]. New York: Oxford University Press; 1988 [cited 2013 Oct 9]. Available from: <<http://books.google.com/books?id=AiZrAAAAMAAJ&pgis=1>>.

REGO, S.; PALÁCIOS, M.; SIQUEIRA-BATISTA, R. **Bioética para profissionais de saúde**. 1. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009. 160 p.

ROSS, W.D. **The Right and the Good** [Internet]. Oxford: Oxford University Press; 1930 [cited 2013 Sep 4]. Available from: <<http://books.google.com/books?id=goT27vEOeeAC&pgis=1>>.

SCHRAMM, F.R.; PALÁCIOS, M.; REGO, S. **O modelo bioético principialista para análise da moralidade da pesquisa científica envolvendo seres humanos ainda é satisfatório**. *Ciência Saúde Coletiva*, v.13, n.2, p. 361-70, 2008.

SCHRAMM, F. R. **O uso problemático do conceito "vida" em bioética e suas interfaces com a praxisbiopolítica e os dispositivos do biopoder**. *Revista Bioética*, v. 12, n. 3, p. 377-389, 2009.

SCHRAMM, F.R. **Acerca de los métodos de la bioética para el análisis y soluciones de los dilemas morales**. In: BERGEL, S.D.; MINYERSKYN. (coords). *Bioética y Derecho*. Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal: Culzoni Editores, 2003.

SHÄFER, J. G. **Direitos Fundamentais: proteção e restrição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA NETO, C, P.; SARMENTO, D. **Colisão entre normas constitucionais**. In: *Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 493-529.

ZOBOLI, E. **Bioética clínica na diversidade: a contribuição da proposta deliberativa de Diego Gracia**. *Revista Bioethikos*. Centro Universitário São Camilo, v. 6, n. 1, p. 49-57, jan. 2012.

ZOBOLI, E. **Tomada de decisão em bioética clínica: casuística e deliberação moral**. *Revista Bioética*; 21 (3): 389-96, 2013.