

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS - CFH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
CURSO DE MESTRADO

O USO DA DOUTRINA DA PONDERAÇÃO APLICADO AO
PRINCIPIALISMO

Florianópolis
2015

CINTHIA BERWANGER PEREIRA

O USO DA DOUTRINA DA PONDERAÇÃO APLICADO AO
PRINCIPIALISMO

Dissertação submetida à Coordenação
do Curso de Pós-Graduação em
Filosofia da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial
para a obtenção do Grau de Mestre em
Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Delamar José
Volpato Dutra

FLORIANÓPOLIS
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Pereira, Cinthia Berwanger
O Uso da Doutrina da Ponderação Aplicado ao
Princípio de Não-Maleficência / Cinthia Berwanger Pereira ; orientador,
Delamar José Volpato Dutra - Florianópolis, SC, 2015.
132 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa
de Pós-Graduação em Filosofia.

Inclui referências

1. Filosofia. 2. Princípio de Não-Maleficência. 3. Teoria da
Ponderação. 4. Bioética. 5. Princípios. I. Dutra, Delamar
José Volpato. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

*Dedico essa
dissertação à minha
mãe Rosania cuja
dedicação, esforço e
apoio tornou possível
a realização desse
trabalho.*

Agradecimentos

Assim como num bom trabalho filosófico, na vida não podemos chegar a lugar algum sem dedicação. No caso do trabalho filosófico, a dedicação se mostra através de pesquisas, estudos, busca por conhecimento e aprimoramento. Na vida, algumas vezes não devemos o sucesso apenas a nossa própria dedicação, mas a dedicação de outras pessoas que com esforço permitiram que esse sucesso fosse alcançado. Em minha vida fui agraciada com a presença, o apoio, amor e dedicação da minha mãe Rosania Alves de Oliveira. Ela esteve sempre ao meu lado e, apesar de todas as adversidades, sempre batalhou por nossa educação, minha e das minhas irmãs. É graças a ela que hoje estou concluindo meu mestrado e também a ela devo o meu sucesso.

Agradeço às minhas irmãs Gabriela Berwanger Pereira e Cristina Berwanger Pereira pela companhia e conversas. Aos meus colegas da pós-graduação. Em especial a Maria Alice da Silva pela amizade, conversas, troca de conhecimentos e experiências e pelas tardes descontraídas que muito me ajudaram a perseverar nesse processo da dissertação.

Em especial agradeço ao Wesley Felipe de Oliveira pela serenidade, pela companhia, atenção, por sempre me ouvir e fazer considerações relevantes sobre o que conversávamos, por estar sempre ao meu lado em todos os momentos felizes e tristes me apoiando, pelas revisões e tantas outras coisas.

Agradeço ao meu orientador Dr. Delamar José Volpato Dutra por acreditar em meu trabalho, por me ouvir, pela paciência, indicações de leitura e ajuda.

Sou grata ao apoio financeiro da CAPES, sem o qual essa pesquisa não seria possível, aos professores do departamento de filosofia, aos professores que aceitaram participar da minha banca: Dr. Alessandro Pinzani, Dr. Denilson Luís Werle, Dra. Maria de Lourdes Borges, Dra. Júlia Sichiari Moura e Dra. Maria Eugenia Bunchaft. Agradeço também a Ângela Gasparini, secretária da pós-graduação sempre muito solícita.

Obrigada a todos que de alguma forma me ajudaram e contribuíram para este trabalho e que não foram citados.

RESUMO

O USO DA DOCTRINA DA PONDERAÇÃO APLICADO AO PRINCIPALISMO

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

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

ABSTRACT

THE USE OF THE THEORY OF BALANCING APPLIED TO PRINCIPALISM

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

Keywords: Principlism; Beauchamp; Childress; Alexy; Theory of Balancing; Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. O PRINCIPALISMO	19
1.1 Origens do princípalismo	19
1.2 Teorias filosóficas que influenciaram o princípalismo.....	22
1.3 Os quatro princípios do princípalismo.....	61
1.3.1 O princípio da autonomia	61
1.3.2 O princípio da não-maleficência	67
1.3.3 O princípio da beneficência.....	71
1.3.4 O princípio da justiça	74
2. CRÍTICA AO PRINCIPALISMO	79
2.1 O problema da moralidade – panorama histórico	79
2.2 O problema da moralidade – problemas contemporâneos.....	83
2.3 O intuicionismo e suas dificuldades	85
3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY.....	93
3.1 Normas	93
3.2 Regras e Princípios.....	99
3.2.1 Colisões entre Princípios e Conflito entre Regras	100
3.2.2 Lei de Colisão.....	102
3.2.3 A máxima da proporcionalidade	110
3.2.4 O sopesamento	112
3.3 Exemplos de aplicação da teoria da ponderação	118
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

INTRODUÇÃO

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

A partir desse relatório, Tom Beauchamp e James Childress publicaram seu livro *Principles of Biomedical Ethics 1979*. Os autores consideraram, a partir dos princípios apresentados no Relatório Belmont, quatro princípios: o princípio da autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. Estes quatro princípios fundamentam as bases teóricas do que conhecemos hoje como a principal teoria bioética, o Princípioalismo. Os quatro princípios do Princípioalismo valem *prima facie*, ou seja, são válidos à primeira vista, fazendo com que possuam o mesmo peso, e os mesmos são aplicados conforme o caso.

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

Após nos debruçarmos sobre a questão nos capítulos iniciais, consideramos a teoria da ponderação, trabalhada por Alexy, como uma resposta à problematização feita a partir do Princípioalismo. Ou seja, a partir de tal teoria, a da ponderação, pretendemos resolver os questionamentos metaéticos acerca dos princípios. Alexy desenvolveu uma série de estudos a respeito dos princípios, as diferenças entre

princípios e regras e, desenvolveu a teoria da ponderação, uma teoria que através de um procedimento de três passos, visa levantar as possíveis soluções para as colisões de princípios, como, por exemplo, as que ocorrem no principialismo. A teoria da ponderação aplicada ao principialismo traria um método a esta teoria, apresentando critérios para a escolha do melhor princípio, ou princípios, a serem aplicados para cada caso, apresentado sempre atrelada a esta escolha uma justificativa coerente e bem fundamentada, proporcionando fortalecimento as escolhas realizadas através do principialismo.

Considerem o seguinte caso: uma menina de cinco anos de idade, cujo quadro é de insuficiência renal progressiva, ou seja, seus rins estão deixando de funcionar. A diálise crônica, sistema de filtragem do sangue através de máquinas, é uma alternativa temporária para a perda da função dos rins, e não está mais surtindo efeito. A equipe médica responsável pelo caso da menina pondera sobre a possibilidade de um transplante de rim, porém, especialmente no caso da menina, o transplante possui uma eficácia “questionável”, segundo os médicos, pois o rim transplantado poderia ser afetado pela doença. Apesar dessa possibilidade, também existe uma “clara possibilidade” de que o rim transplantado não seja afetado pela doença da menina. Os pais da menina optaram pela tentativa de um transplante, entretanto, há uma dificuldade: o exame que detecta o tipo de tecido aponta que seu tipo é raro e será difícil encontrar um órgão que seja compatível com a menina. A menina tem dois irmãos mais novos, um de dois anos e outro de quatro que, por serem considerados jovens demais, foram excluídos da possibilidade de serem doadores pela equipe médica. Após realizar exames, foi comprovado que a mãe da menina não é histocompatível, porém, foi provado pelo exame, que o pai da menina é compatível e possui ainda “uma circulação anatomicamente favorável para o transplante”.

Em seguida ao receber os resultados, o nefrologista conversa a sós com o pai e lhe apresenta os resultados de compatibilidade com a filha, porém, o médico afirma que o prognóstico para sua filha é “totalmente incerto”. O médico declara que sem um transplante provavelmente a menina morrerá, porém, o transplante não é garantia de que a menina viverá. O risco de morte para o pai, caso aceite doar o rim para a filha, é de 1 em 10.000 ou 15.000, fora os riscos que uma cirurgia possa vir a causar ao longo de sua vida. Após refletir sobre as possibilidades do caso, o pai decide que não deseja doar o rim para sua filha. Dentre os motivos que levaram o pai a essa decisão estão o medo da cirurgia, a falta de coragem, o prognóstico incerto mesmo com o

transplante, a existente, todavia distante, possibilidade de um rim provindo de um falecimento e todo o sofrimento pelo qual sua filha já vinha sendo submetida. Contudo, o pai pede ao médico que sua decisão não seja comunicada à família e que o médico minta alegando que ele não é histocompatível. O pai justifica o pedido explicando que teme que se a família souber a verdade sobre ele ser histocompatível, poderão o acusar de permitir intencionalmente que sua filha morra. O pai acredita que se soubessem da verdade isso viria a destruir a família. O médico não se sente bem com esse pedido, mas depois de conversar um pouco mais com o pai da menina, concorda em dizer a mãe da menina que “por razões médicas o pai não deve doar um rim”.¹

Casos como esse apresentado acima são julgados utilizando o principialismo de Beauchamp e Childress², porém, o que será apresentado a seguir mostra que há uma grande variedade de desfechos para o mesmo caso. Essa variedade ocorre devido as diferentes teorias éticas nas quais o principialismo está fundamentado e no fato de as escolhas do principialismo serem feitas através da moralidade comum, o que abre uma grande margem para interpretações.

No decorrer desse trabalho, será apresentado o principialismo, as teorias éticas que influenciaram sua fundamentação, seus possíveis problemas, e uma provável contribuição para essa teoria tão largamente utilizada.

No **primeiro capítulo** será apresentada a teoria ética do principialismo, as teorias éticas que influenciaram esta teoria, os quatro princípios do principialismo, o princípio da autonomia, o princípio da beneficência, o princípio da não-maleficência e o princípio da justiça. Nesse capítulo, o caso apresentado na introdução será resolvido por cada uma das teorias que compõe a teoria principialista demonstrando a variedade de desfechos alcançados utilizando diferentes teorias.

No **segundo capítulo** serão trabalhadas algumas críticas à teoria ética principialista, para tanto, será apresentada a teoria de Engelhardt sobre as origens da moralidade ocidental e sua teoria sobre estranhos morais. Dando sequência as críticas ao principialismo, será apresentada a crítica ao intuicionismo e as dificuldades dessa teoria.

No **terceiro capítulo**, será apresentada a teoria da ponderação de Robert Alexy, como uma possível complementação à teoria

¹ Esse caso foi baseado no caso apresentado no livro: *Princípios de ética biomédica* de Tom Beauchamp e James Childress: 2002, p. 64.

² O principialismo, principal teoria biomédica, será apresentado na seção seguinte.

principalista e, assim como no primeiro capítulo, será resolvido o caso da menina que precisa de um transplante de rim, porém, agora, à luz da teoria da ponderação.

O PRINCIPALISMO

Neste capítulo será abordada a origem da teoria principialista citando, também, as necessidades que levaram a sua criação. Juntamente com suas origens, os objetivos desta teoria serão apresentados e, mais adiante, serão expostos os quatro princípios do principialismo, a saber: o princípio do respeito pela autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. Cada um destes será apresentados juntamente com suas características fundamentais, assim como os deveres relacionados e seus conteúdos. Como veremos posteriormente, estes princípios são válidos *prima facie*, isto é, válidos a *primeira vista*, possuindo desta maneira, pesos e importâncias iguais, significando, assim, que nenhum é mais importante ou deve ser considerado mais do que o outro.

1.1 Origens do principialismo

No século XX ocorreu um grande avanço tecnológico e consequentemente um grande desenvolvimento. Com todos estes novos conhecimentos, a ambição por novas descobertas e experimentos fez com que alguns problemas surgissem, como, por exemplo, os dilemas éticos em relação às pesquisas e experiências realizadas com seres humanos. Com o intuito de adequar as pesquisas em seres humanos, a “*National Commission for the protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*”³ foi criada no ano de 1974 pelo Congresso Norte-Americano. Um dos desafios desta comissão foi apontar os princípios éticos básicos que pudessem, então, guiar as pesquisas biomédicas e comportamentais envolvendo seres humanos. Outro desafio se constituiu em elaborar um guia para a prática de pesquisas envolvendo seres humanos que pudesse ser seguido. Antes de esta Comissão Nacional ser elaborada, havia alguns códigos de conduta para a pesquisa usando seres humanos, como por exemplo, o Código de Nuremberg, elaborado em 1947; a Declaração de Helsinki, do ano de 1964; e as orientações emitidas pelo Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos em 1971⁴. Nesta época houve conflitos

³ GERT, 1997, pg. 73. Em trad. livre: Comissão Nacional para a proteção de Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental.

⁴GERT, 1997, pg. 73. Trad. livre de: “the 1971 Guidelines issued by the (then) United States Department of Health, Education, and Welfare.

acerca do uso desses códigos de conduta e havia a opinião de que algumas vezes as regras pareciam “inadequadas, conflitantes e difíceis de aplicar” (GERT, 1997, p.73). Foi então que em 1978 foi publicado o Relatório Belmont. Esse relatório era constituído de três princípios básicos a partir dos quais deveriam basear-se toda e qualquer pesquisa com seres humanos. Eram eles: o princípio do respeito às pessoas, o princípio da beneficência e o princípio da justiça.

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

A partir de princípio de respeito pelas pessoas, veio a atenção para a autonomia (que a partir de sua discussão parece mais com o que é agora considerado como "competência") e consentimento informado. Do princípio da beneficência, veio a obrigação de maximizar os benefícios sobre riscos e não fazer mal. Do princípio de justiça, veio a atenção à equidade na distribuição dos benefícios e ônus de pesquisa (GERT, 1997, p. 73).⁵

Tendo como base os princípios elaborados no Relatório Belmont, os médicos e filósofos Tom Beauchamp e James Childress publicaram a primeira edição de seu livro *Principles of Biomedical Ethics em 1979*. A partir dos princípios apresentados no Relatório Belmont, os autores investigaram quatro princípios: o princípio da autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. Esses princípios fundamentam as bases teóricas do que conhecemos hoje como a principal teoria bioética: *o Princípioalismo*.

O princípio do respeito à autonomia está relacionado com o respeito à liberdade e a capacidade do agente de tomar suas próprias

⁵ “From de principle of respect for persons came the attention to autonomy (which from their discussion seems more like what is now regarded as ‘competence’) and to informed consent. From the principle of beneficence came the obligation to maximize benefits over risks and not to harm. From the principle of justice came the attention to fairness in the distribution of the benefits and burdens of research.”

decisões. Segundo os autores Beauchamp e Childress, para uma ação ser considerada autônoma é importante ter como pressuposto três condições: *a intencionalidade; o conhecimento; a não interferência*. Regras essas que estão estreitamente vinculadas ao princípio do respeito pela autonomia, que podem ser identificadas como regras acerca do: falar a verdade, respeitar a privacidade dos outros, proteger informações confidenciais, obter consentimento para intervenções com pacientes etc.

O princípio da não-maleficência por sua vez tem sua origem no princípio hipocrático: *Primum non nocere* (acima de tudo, não causar dano). Ele afirma a obrigação de um indivíduo em não causar dano intencional ou desnecessariamente. Algumas regras que abarcam o princípio da não-maleficência são: não matar, não causar dor ou sofrimento à outros, não trazer incapacitações à outros, não ofender à outros, não despojar outros dos prazeres da vida.

O princípio da beneficência é o princípio que traz consigo a obrigação de se fazer o bem aos outros. Desse princípio foram inferidas as regras: proteger e defender os direitos dos outros; prevenir dano; remover as condições que irão causar dano aos outros; ajudar pessoas deficientes; resgatar pessoas em perigo. O princípio da beneficência divide-se em dois tipos, *a beneficência geral* e *a beneficência específica*. *A beneficência geral* aplica-se a todas as pessoas, enquanto que *a beneficência específica* aplica-se a indivíduos ou grupos específicos como as crianças, os amigos e os pacientes, englobando a obrigação de ajudar, ainda que possam existir algumas situações específicas onde há uma obrigatoriedade de ajuda.

O princípio da justiça foi dividido por Beauchamp e Childress em duas facetas: *a justiça formal* e *justiça material*. O princípio da *justiça formal* é formulado da seguinte maneira: *trate equitativamente as pessoas*. Já o princípio da *justiça material* pode ser formulado como: *distribua eficazmente os bens segundo a necessidade*. Segundo os autores, os princípios materiais válidos de justiça distributiva são:

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

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

A seguir, discutiremos sobre as teorias filosóficas que influenciaram o princípalismo e, veremos mais detalhadamente cada princípio, suas virtudes correspondentes, regras e ideias de ação.

1.2 Teorias filosóficas que influenciaram o princípalismo

Em *Princípios de Ética Biomédica*, Beauchamp e Childress constantemente referem-se a uma teoria ética que compõe o Princípalismo. Os mesmos veem a necessidade de esclarecer essa afirmação quando em seu livro tratam sobre os tipos de teorias éticas. Os autores então esclarecem que, ao contrário do que pareciam afirmar, o Princípalismo, assim como a ética biomédica, não são conduzidos nem fundamentados por apenas uma teoria ética, mas sim, por um grupo de diferentes teorias éticas, as quais possuem preceitos, valores, normas muito diferentes umas das outras, tornando-as, de certo modo, incompatíveis.

Os próprios autores admitem que as teorias que compõe a ética biomédica e o Princípalismo sofreram diversas críticas, críticas estas que praticamente destruíram essas teorias: “as críticas são geralmente tão severas que cada uma das teorias parece ter ficado irremediavelmente destruída” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 59). Para os autores, os pontos fortes de cada uma dessas teorias compõe o que eles denominam de *sistema de argumentos* que, segundo eles, seria descrito com uma *teoria*. Essa *teoria*, formada por esse *sistema de argumentos*, seria a teoria ética que compõe a ética biomédica e, conseqüentemente, o Princípalismo.

As teorias éticas que compõe a ética biomédica são:

- A) o utilitarismo;
- B) o kantismo;
- C) a ética do caráter ou também conhecida como ética de virtudes;
- D) o individualismo liberal;
- E) o comunitarismo;
- F) as éticas do cuidado ou também chamada de ética do cuidar;
- G) a casuística;

H) as formulações da moralidade comum.

Cada uma dessas teorias possuem características encontradas na ética biomédica. Os métodos e conclusões presentes nelas estão também presentes na ética biomédica. Deste modo, abordaremos nessa seção as teorias éticas que constituem essa denominada *teoria ética* que fundamenta a ética biomédica e o Princípioalismo, como sustentam os autores. Um estudo reflexivo dessas teorias é fundamental para a compreensão dos fundamentos teóricos do Princípioalismo.

A) *O utilitarismo – uma teoria baseada nas consequências*

As teorias cujos resultados de suas ações são baseadas nas consequências são denominadas como *teorias consequencialistas*. Elas sustentam que:

[...] as ações são certas ou erradas de acordo com a ponderação de suas consequências boas e más. O ato correto em cada circunstância é aquele que produz o melhor resultado global, conforme determinado por uma perspectiva impessoal que confere pesos iguais aos interesses de cada uma das partes afetadas (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 62).

O utilitarismo é a principal teoria ética consequencialista e encontramos as origens clássicas dessa teoria nas obras de Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). Mill conseguiu formular o utilitarismo de maneira mais clara como: a tese que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como fundamento da moral sustentando que as ações são corretas na medida em que elas promovem a felicidade e erradas na medida em que elas produzem o contrário da felicidade. Por felicidade entende-se o prazer ou a ausência de dor, e por infelicidade, dor ou privação de prazer. Sendo assim, o utilitarismo sustenta que as ações são moralmente corretas na medida em que são meios para atingir este fim último, o *summum bonum*, a felicidade (MILL, 2007, p. 15).

Pode-se considerar Mill como um crítico de uma das principais ideias de outra teoria ética, a Ética das Virtudes. Parte do utilitarismo pode ser compreendido a partir dessa crítica. De acordo com esta teoria uma ação é considerada boa se for praticada por alguém de bom caráter. Mas, segundo Mill e sua abordagem utilitarista da moralidade, um

caráter apenas pode ser julgado como bom se as ações do agente resultarem em consequências que efetivamente gerem o máximo de felicidade.

Dessa ideia de utilitarismo se tem que, nem sempre torturar um inocente pode ser errado, pois, caso este ato venha a produzir uma maior quantidade de felicidade do que infelicidade, então, este ato seria moralmente correto. Isso vai contra o que defendem teorias morais deontológicas, teorias essas que também são parte desta chamada “teoria ética” que, segundo Beauchamp e Childress, fundamenta a ética biomédica e o Princípioalismo. Portanto, nas raízes dessa “teoria ética” podemos identificar algumas incompatibilidades, o que pode vir a causar diversos conflitos.

O utilitarismo de Mill possui muitas semelhanças com o hedonismo, teoria ética segundo a qual o prazer é o bem supremo, porém, Mill acrescenta à sua teoria uma condição *qualitativa* de prazeres, fazendo com que as críticas que consideram o hedonismo uma expressão da vulgaridade sejam eliminadas. Mill afirma que os prazeres intelectuais são superiores aos prazeres sensíveis e considera: “é melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; melhor ser um Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito” (MILL, 2007, p. 25). Sobre o método utilizado para determinar quais prazeres seriam superiores, Mill escreve que apenas alguém quem já provou de ambos os tipos de prazeres teria a capacidade e conhecimento para decidir qual deles seria o melhor.

Um caso de risco e de veracidade

Ao longo dessa dissertação iremos abordar o caso apresentado nas considerações iniciais desse trabalho. Esse caso foi retirado do livro *Princípios de Ética Biomédica*, sendo esse trabalhado por cada uma das diferentes teorias éticas que compõe a ética biomédica e o Princípioalismo. A partir deste caso será possível visualizar as diferentes conclusões que cada teoria chega a respeito do mesmo problema. Mais a frente no capítulo 1 trabalharemos esse mesmo caso, porém, utilizando-se, então, como método de análise a teoria da ponderação de Alexy.

Iniciaremos, então, a rerepresentação do caso e como ele é resolvido na perspectiva utilitarista de Mill.

O caso

O caso que iremos trabalhar diz respeito a uma menina de cinco anos de idade que se encontra num quadro de insuficiência renal progressiva e cujo tratamento de diálise crônica não está mais dando resultado. A equipe médica considera a possibilidade de um transplante de rim. No entanto, a eficácia do transplante é “questionável” em seu quadro clínico. Contudo, há uma “clara possibilidade” de que o rim transplantado não seja afetado pela doença. Os pais da menina apoiam a tentativa de um transplante, mas uma dificuldade aparece: o exame de tipo de tecido aponta que será difícil encontrar um órgão compatível para ela. A menina tem dois irmãos mais novos, um de dois anos e outro de quatro que, e devido à idade, a equipe médica os excluiu da possibilidade de serem doadores. A mãe da criança não é histocompatível, porém o pai é compatível e possui ainda “uma circulação anatomicamente favorável para o transplante”.

Após receber os resultados, o médico nefrologista conversa a sós com o pai e lhe explica que é compatível para o transplante, porém afirma que o prognóstico para sua filha é “totalmente incerto”. Após refletir sobre o caso, o pai decide que não deseja doar o rim para sua filha. Dentre os vários motivos que o levaram a essa decisão estão o medo da cirurgia e a falta de coragem, o prognóstico incerto mesmo com o transplante, a distante possibilidade de um rim provindo de um falecimento e todo o sofrimento pelo qual sua filha já havia passado. O pai pede ao médico que sua decisão em não doar o rim não seja comunicada à família e que o médico comunique os demais que ele não é histocompatível. O pai teme que se a família souber a verdade o acusem de permitir intencionalmente que sua filha morra, o que possivelmente viria a destruir a família. O médico não se sente bem com esse pedido, mas depois de conversar um pouco mais com o pai, concorda em dizer a mãe que “por razões médicas o pai não deve doar um rim”.⁶

Os utilitaristas analisam esse caso considerando as consequências dos diferentes cursos de ação possíveis aos agentes ativos envolvidos: o médico e o pai. O objetivo dos utilitaristas é encontrar o único bem e ponderar os interesses das pessoas afetadas. Essa avaliação, então, consiste em analisar os prováveis resultados. A taxa de sucesso

⁶ Esse caso foi baseado no caso apresentado no livro: *Princípios de ética biomédica* de Tom Beauchamp e James Childress: 2002, p. 64.

do transplante não é alta. A eficácia do transplante é questionável e o prognóstico apresentado pelo médico é incerto, por mais que tenhamos visto acima que a existe a possibilidade do rim transplantado não vir a sofrer a doença da menina e há, ainda, a possibilidade do surgimento do rim de um morto.

Sem um transplante provavelmente a menina morrerá, porém o transplante não é garantia de que ela viverá. O risco de morte para o pai caso aceite doar o rim para a filha é de 1 em 10.000 ou 15.000, não contabilizando nesse cálculo os riscos que uma cirurgia possa vir a causar ao longo de sua vida. Os utilitaristas sustentam que se houvesse uma taxa de sucesso relativamente alta e uma possibilidade de danos suficientemente baixa, haveria a obrigação de doar o rim. Considerando até certo grau de riscos e um equilíbrio entre vantagens e desvantagens, alguns utilitaristas defenderiam que até os irmãos fossem testados para uma possível compatibilidade e, sendo algum deles compatível e os pais autorizando, deveriam remover um rim e realizar o transplante. Porém, os autores ressaltam que os utilitaristas divergem entre si nesses vários julgamentos em detrimento de diferentes teorias do valor e diferentes interpretações dos prováveis resultados.

Outro aspecto a ser avaliado é a atitude do médico de camuflar ou não a compatibilidade do pai com a filha. O cálculo utilitarista faz uso da probabilidade para decidir se a revelação total da verdade, de que o pai seria compatível com a filha, destruiria a família, se ao escolher camuflar a o desejo do pai de não transplantar o rim culminaria em efeitos negativos sérios, e se o pai mais posteriormente sofreria com uma séria culpa por ter se recusado a doar o rim para a filha. Para os utilitaristas, o médico deve considerar todos os fatos e suas possíveis consequências, guiadas pela melhor informação disponível sobre a sua probabilidade e magnitude.

O ponto de vista apresentado até então se concentra na visão de um utilitarista cujo foco está em *atos particulares*. Os autores ressaltam que há outro grupo de utilitaristas que se concentram nos *princípios e regras*. Apresentaremos agora essa distinção.

O utilitarismo de ações ou atos e o utilitarismo de regras

Todos os utilitaristas consideram como critério último do que é certo ou errado o princípio da utilidade, porém, algumas divergências acerca da aplicação do princípio da utilidade surgiram. Alguns teóricos consideravam que o princípio se aplica a atos particulares, em circunstâncias particulares, já outros consideravam que as regras gerais é

que determinam quais atos são certos ou errados. O utilitarismo foi então dividido em dois: o *utilitarismo de ato/ação* e o *utilitarismo de regras*. No *utilitarismo de ato/ação* o princípio da utilidade é aplicado para julgar se uma ação é boa ou não. Já o *utilitarismo de regra* sustenta que uma ação é correta na medida em que segue regras que sendo seguidas, produzem a maior utilidade. Beauchamp e Childress afirmam:

O partidário do utilitarismo das ações pergunta “Que consequências boas e más resultarão desta ação nesta circunstância?”, e não “Que consequências boas e más resultarão deste tipo de ação nestas circunstâncias?” O partidário do utilitarismo das ações considera as regras morais úteis na orientação das ações humanas, mas também dispensáveis caso não proporcionem nenhuma utilidade num contexto particular. Já no utilitarismo de regras, em contraposição, a conformidade de uma ação a uma regra justificada (ou seja, a uma regra justificada pela utilidade) torna esta ação correta, e a regra não é dispensável num contexto particular, mesmo que seguir esta regra nesse contexto não maximize a utilidade (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 66).

Para um melhor entendimento sobre essa questão, Beauchamp e Childress apresentam a opinião de Worthington Hooker, famoso médico do século XIX que defendia o utilitarismo de regras no que se referia as regras de autenticidade na medicina da seguinte forma:

O bem que se pode fazer por meio de um ato fraudulento em *alguns poucos* casos não é quase nada comparado ao mal que se faz em *muitos* casos, nos quais a perspectiva deste fazer o bem era tão promissora quanto naqueles casos que foram bem-sucedidos. E quando acrescentamos a isto o mal que resultaria de uma adoção *generalizada* de um sistema de fraudes torna-se incalculavelmente grande a importância de uma adesão estrita à verdade em nosso intercurso com os doentes, até por uma questão de conveniência (HOOKER *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p.66).

Uma avaliação crítica do utilitarismo

Há três críticas centrais contra a teoria ética utilitarista: **(i)** os problemas com as preferências e ações imorais; **(ii)** o problema acerca de o utilitarismo ser muito exigente; e **(iii)** os problemas sobre a distribuição injusta.

(i) No que se refere aos problemas com as preferências e ações imorais Beauchamp e Childress afirmam:

O utilitarismo baseado em preferências subjetivas só é uma teoria defensável caso se possa formular um leque de preferências aceitáveis, sendo a ‘aceitabilidade’ determinada independentemente das preferências dos agentes (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 69).

Nesse sentido, se existe um pesquisador que sente prazer em infringir dor em animais humanos e não humanos nas suas experiências, essa preferência seria abominada e se procuraria impedir que tal preferência viesse a se realizar. Essa atitude é inconsistente com a abordagem utilitarista baseada puramente em preferências. Outra inconsistência encontra-se no fato de que para se conseguir um bem maior, um mal menor possa ser cometido.

Outro exemplo que podemos mencionar é da uma guerra. Se existisse uma situação na qual torturar uma única pessoa traria informações suficientes para acabar com toda uma guerra, o que, por sua vez, salvaria milhares de vidas humanas, entende-se que nesse caso, torturar esta pessoa seja moralmente correto segundo a ética utilitarista, pois, seria infringida uma quantidade de dor e infelicidade a uma pessoa, porém, essa quantidade de dor e infelicidade seria insignificante comparada tanto com a quantidade de dor e sofrimento evitado, quanto a quantidade de felicidade e prazer proporcionado às milhares de pessoas que tiveram suas vidas salvas. Dessa forma, o utilitarismo, defenderia ações imorais.

(ii) Em relação à afirmação de que a teoria ética utilitarista exige demais dos seus agentes morais, os autores consideram que o utilitarismo encontra grande dificuldade no que se refere à separação entre : (1) ações moralmente obrigatórias e (2) ações supererrogatórias, isto é, ações que estão acima do compromisso com uma obrigação moral e são realizadas em nome de ideias pessoais (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 69). De acordo com a teoria utilitarista, pessoas

com deficiência ou debilitadas pela idade deveriam doar seus órgãos para salvar outras vidas que fossem mais úteis para a sociedade. Uma teoria que aprova tal comportamento e o torna regra, possui uma grande falha, pois defende que algumas vidas possuem maior valor do que outras e exigem, então, que as vidas de valor inferior fossem sacrificadas em prol de vidas mais valorosas para a sociedade.

(iii) Em relação aos problemas de distribuição injusta, a princípio o utilitarismo parece não consegue refutar as distribuições sociais injustas, pois, os direitos da maioria sempre prevalecem aos direitos da minoria. Se uma maioria rica exigir que uma minoria de desabrigados seja expulsa da cidade, o que será avaliado é a satisfação agregada que, aqui, é apresentada pela maioria rica que terá seu desejo satisfeito de não mais encontrar desabrigados perto de suas casas.

Apesar das duras críticas, o utilitarismo possui pontos positivos a serem considerados. Independentemente de ser uma teoria teleológica, ou seja, que se baseia na ideia de fim, e neste caso, o fim é o princípio das melhores consequências que são geradas, o utilitarismo também está baseado na *beneficência*, pois, vê a moralidade como tendo o objetivo de produzir bem-estar. Outro benefício está no fato do utilitarismo recomendar que se confie mais em julgamentos relacionados ao benefício global e menos em convicções cotidianas.

B) *O kantismo – uma teoria ética baseada na obrigação*

O kantismo é uma teoria deontológica, e assim, ela considera que uma ação é correta ou incorreta de acordo com as características dessa ação e não apenas suas consequências. Para Kant, devemos agir em nome da obrigação e não simplesmente de acordo com a obrigação para que a ação tenha valor moral. Kant defende que o valor moral da ação de um agente depende apenas da aceitabilidade moral da regra ou máxima de acordo com a qual esse agente age (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 73). A máxima desenvolvida por Kant para avaliar se uma ação pode ser tida como máxima chama-se imperativo categórico e é formulado da seguinte forma: “age somente de acordo com a máxima que possas ao mesmo tempo querer que ser transforme em lei universal” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 73). Todos os imperativos particulares devem ser submetidos a essa máxima para verificar se são ou não moralmente aceitos. Beauchamp e Childress afirmam:

O imperativo categórico, portanto, é um cânone da aceitabilidade das regras morais – isto é, um

critério para se julgar a aceitabilidade das máximas que orientam as ações. Esse imperativo não acrescenta nada ao conteúdo de uma máxima, mas determina quais máximas são objetivas e válidas. O imperativo categórico funciona testando o que Kant chama de consistência das máximas: uma máxima deve ser passível de ser concebida e desejada sem contradição. Quando examinamos a máxima da pessoa que promete enganando, descobrimos, segundo Kant, que ela não pode ser concebida e desejada sem contradição. Ela é inconsistente com aquilo que pressupõe. A máxima tornaria impossível o propósito de prometer, pois ninguém acreditaria em promessas (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 74).

Podemos verificar a tese acima citada em diversos exemplos de nossa vida cotidiana. Por exemplo, caso existisse uma máxima que permitisse a mentira, essa seria inconsistente com as práticas que impõem que se diga a verdade que a pressupõem. Dessa forma, caso existisse uma máxima que permitisse a mentira, as pessoas iriam mentir indiscriminadamente, ninguém iria mais cumprir sua palavra, honrar suas dívidas e compromissos e, assim, a vida em sociedade no geral seria afetada de maneira negativa tornando contratos inválidos e etc. Portanto, como é apresentada na citação acima, uma máxima que permite a mentira é contraditória, pois, tornaria impossível a finalidade de se prometer algo, pois, as promessas seriam desacreditadas.

O caso

Considerando o caso da criança de cinco anos que necessita do transplante de rim, um teórico kantiano consideraria que a maneira correta de olhar para o problema seria avaliar moralmente as razões que levaram às ações das pessoas envolvidas. Se essas razões podem ser generalizáveis para outros que se encontram em uma situação similar, então essa ação é considerada correta. Portanto, se o pai não possui uma obrigação moral generalizável que impõe a obrigação de doar o rim, então, não haveria motivo para criticá-lo moralmente. Se o pai decidisse doar o rim para a filha por afeição, preocupação com a filha doente, compaixão etc., sua ação, segundo Kant, não possuiria valor moral, uma vez que a sua ação não seria baseada no reconhecimento de uma

obrigação generalizável. Um kantiano também não concordaria em utilizar o rim de um de seus irmãos menores já que esse recurso envolveria o uso de pessoas meramente como *meios* para atingir ou realizar o *fim* de outra pessoa. Esse mesmo princípio é utilizado também para justificar a não utilização de coação contra o pai para que doe o rim contra a sua vontade.

Em relação a atuação do médico em atender ou negar ao pedido do pai para este usar de sua autoridade médica para mentir para sua família afirmando que ele não seria compatível com a filha, um kantiano firmemente coerente não defenderia essa atitude, uma vez que mentir não pode ser universalizável sem que haja contradições. Sendo assim, o médico não deveria mentir nem para a mãe, nem para qualquer outro membro da família, mesmo que intencionasse fazê-lo para salvar a família. Ainda que o médico escolhesse não mentir, mas sim ocultar da mãe o fato do pai ser histocompatível, um kantiano também não aprovaria essa atitude em razão de que o médico estaria, deliberadamente, escondendo da mãe informações relevantes e isso, na perspectiva kantiana, é moralmente inaceitável.

Um kantiano também deliberaria se a regra de confidencialidade possuiria valor moral independente, se os testes a que o pai se submeteu com o nefrologista envolvem uma relação de confidencialidade, e se essa relação de confidencialidade protegeria essa informação de histocompatibilidade do pai e as razões do mesmo para não doar o rim. Um kantiano enfrenta nesse caso um dilema entre a veracidade e a confidencialidade.

Uma avaliação crítica da ética kantiana

O kantismo, segundo Beauchamp e Childress, falha ao apresentar uma teoria plenamente aplicável à vida moral. Alguns dos motivos que levam o kantismo a essa falha são: (i) o problema das obrigações conflitantes; (ii) o problema de se subestimar os relacionamentos e superestimar a lei; e (iii) as limitações do imperativo categórico.

(i) O problema das obrigações conflitantes se deve a conflitos que ocorrem quando, por exemplo, prometemos a nossos filhos que iríamos fazer um passeio no final de semana, porém, acontece que nossa mãe teve que ser internada no hospital nesse mesmo final de semana. Se sairmos para viajar e cumprir a promessa feita aos nossos filhos, não poderemos auxiliar nossa mãe no hospital. Nesse caso, o conflito ocorre

entre a regra de cumprimento de promessas e uma regra de assistência, gerada talvez de um débito de gratidão. Não é possível levar nossos filhos ao passeio e cumprir a promessa feita para eles e, ao mesmo tempo, cuidar de nossa mãe no hospital, porém, parece que Kant afirma que façamos ambos.

(ii) Em relação ao problema de subestimar os relacionamentos e superestimar as leis, Beauchamp e Childress observam que o kantismo baseia-se em leis, contratos e regras absolutas, todavia, dificilmente agimos nesses termos quando estamos entre familiares ou amigos. A teoria de Kant parece aplicar-se melhor nas relações entre estranhos, pois, nossos sentimentos, virtudes e motivações não podem ser reduzidos a uma troca governada por leis.

(iii) Existem alguns problemas relacionados a regras que passariam pelo crivo do imperativo categórico, porém, não seriam consideradas moralmente aceitáveis, uma delas é o suicídio. Ao considerar o ato de suicidar-se a pessoa acredita que o nível de angústia e desespero em que se encontra é suficientemente grande para tentar tirar sua própria vida e pôr um fim nesse tormento. Para essa pessoa, o suicídio mostra-se como a única e melhor saída e, seguindo sua lógica, se outras pessoas também encontrarem-se nessa posição também encontrariam alívio para seus problemas no suicídio. Para essas pessoas, mesmo que suas atitudes fossem submetidas ao imperativo categórico, por considerarem que essa seja a melhor atitude, tal atitude passaria pelo crivo do imperativo categórico. Para argumentar contra a aceitabilidade moral do suicídio, Kant compreende que o suicídio viola uma obrigação para com Deus. Ele alega que o suicida “deixa o posto a ele designado” como uma “sentinela na terra” e “viola uma confiança sagrada” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 78). Esse apelo a fontes externas demonstra as limitações do imperativo categórico em manter-se como máxima.

Ainda que apresente alguns problemas, a contribuição de Kant para a teoria ética foi bastante importante. Ao estabelecer o imperativo categórico, ele pontua que pessoas que se encontram em situações similares devem utilizar como justificativas as mesmas razões e que tratem as pessoas da mesma forma. Por mais que existam exceções para essa regra, de um modo geral, ela se mostra corroborando para uma atitude geral mais justa e coerente.

C) *A Ética do Caráter – uma teoria baseada na virtude*

Diferente das teorias analisadas até então, a Ética da Virtude ou como também é chamada, Ética do Caráter, confere significativa ênfase no agente da ação e suas escolhas. Tendo como inspiração o pensamento de Platão e Aristóteles, a ética das virtudes valoriza os aspectos que compõe aquilo que pode ser denominado de um caráter virtuoso.

Segundo os autores, uma virtude pode ser considerada como um traço de caráter socialmente valorizado. Porém, essa afirmação apresenta alguns problemas, uma vez que estamos falando de moralidade e, esse conceito não descreve necessariamente uma virtude moral. Dessa forma, uma virtude moral deve estar sempre ligada a razões morais. Os autores afirmam ainda que em algumas definições de virtude moral considera-se que ela é uma disposição para agir ou simplesmente o hábito de agir de acordo como os princípios, as obrigações ou os ideais morais (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 81). Dessa forma, reduzir as virtudes a um traço de caráter socialmente valorizado torna-se equivocado.

Os autores identificam um problema no que se refere à identificação sobre se uma ação é ou não moralmente virtuosa. Para demonstrar esse problema, é apresentado o seguinte exemplo:

Imagine que uma pessoa cumpre uma obrigação porque é uma obrigação, mas é extremamente avessa a ficar numa posição na qual os interesses dos outros são priorizados. Essa pessoa não ama, não é amistosa, nem nutre sentimentos pelos outros; e respeita os seus desejos somente porque a obrigação assim o exige. Essa pessoa, no entanto, pode realizar uma ação moralmente correta e tem uma disposição para realizar essa ação. Tudo que ela precisa é de uma disposição para seguir regras e para cumprir a obrigação. Porém, se o motivo é impróprio, um elemento moral vital está faltando; e se uma pessoa carece caracteristicamente dessa estrutura motivacional uma condição necessária do caráter virtuoso está ausente. O ato pode ser certo e o agente, sem censura, mas nem a pessoa nem o ato são virtuosos. Em resumo, é possível estar disposto a fazer o que é certo, ter a intenção de fazê-lo e fazê-lo, ansiando, ao mesmo tempo, não fazê-lo.

As pessoas que caracteristicamente executam ações moralmente corretas com base nessa estrutura motivacional não são moralmente virtuosas, ainda que sempre realizem a ação moralmente certa (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 81).

Uma distinção entre ação correta e motivação própria foi elaborada por Aristóteles. Segundo ele, uma ação pode ser correta sem necessariamente ser virtuosa, porém, para que uma ação seja virtuosa é necessário que essa seja desempenhada a partir da correta disposição do espírito de uma pessoa.

A compatibilidade das virtudes e dos princípios

Os autores Beauchamp e Childress defendem que a existência de uma compatibilidade entre as virtudes e os princípios não corresponde a uma compatibilidade completa, isto é, nem todas as virtudes morais possuem um princípio moral de obrigação correspondente. Algumas das correspondências entre virtudes e princípios morais estão demonstradas no esquema a seguir, onde “padrões de excelência” são os ideais morais:

<i>Diretrizes de ação</i>	[correspondem a]	Padrões de virtude
Padrões comuns	Princípios ou regras de obrigação	Padrões de virtude
Padrões de excelência	Ideais de ação	Ideais de virtude

(BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 85).

A seguir, uma lista da correspondência entre algumas diretrizes de ação específicas e algumas virtudes elaboradas por Beauchamp e Childress (2002, p. 85 e 86):

Princípios

Respeito pela autonomia
 Não-maleficência
 Beneficência
 Justiça

Virtudes correspondentes

Respeito
 Não-malevolência
 Benevolência
 Justiça

Regras

Veracidade
Confidencialidade
Privacidade
Fidelidade

Virtudes correspondentes

Veracidade
Respeito pela confidencialidade
Respeito pela privacidade
Confiabilidade

Ideais de ação

Indulgência excepcional
Generosidade excepcional
Compaixão excepcional
Bondade excepcional

Ideais de virtude

Indulgência excepcional
Generosidade excepcional
Compaixão excepcional
Bondade excepcional

O caso

Avaliando o caso da menina que precisa do transplante de rim a partir da perspectiva da Ética da Virtude, compreendemos que os motivos do pai em se negar o ato de doar o rim são parcialmente altruístas, pois, apesar de alegar falta de coragem para isso, o pai também considerou o possível sofrimento da filha. Porém, esse julgamento altruísta pode ser considerado frágil se levado em conta a sua alegação de falta de coragem e, pode ainda não se sustentar devido, também, ao frágil balanço de custos e benefícios, ou seja, dos custos que a filha e a família enfrentam. Segundo os autores, um defensor da Ética da Virtude questionaria se o pai estaria suficientemente preocupado com o bem-estar da filha, pois, a falta de coragem parece ter corrompido a fidelidade do pai.

Outros julgamentos também são possíveis nesse caso. O pedido do pai para que o médico minta poderia levar o médico a cometer fraude o que poderia comprometer sua integridade. Aparentemente o médico contornou esse problema ao afirmar que o pai não deveria doar o rim “por motivos médicos”. Porém, o fato do médico sentir-se desconfortável com essa situação, demonstra uma preocupação do médico com a veracidade e a integridade moral, duas virtudes centrais. Também pode ser questionado se o médico enganou a si mesmo quando tentou distinguir entre uma mentira direta (“ele não pode doar porque não é histocompatível”) e uma fraude (“ele não deve doar por razões médicas”), agindo de acordo com a distinção que fizera.

Uma avaliação crítica da ética do caráter ou ética das virtudes

Segundo Beauchamp e Childress, a Ética das Virtudes possui ao menos duas limitações: **(i)** a limitação da moralidade nas relações entre estranhos e **(ii)** o problema da possibilidade das virtudes não serem suficientes.

(i) Quanto à moralidade nas relações entre estranhos, considera-se que nem sempre as virtudes serão avaliadas como vitais nas ações. Os direitos e os procedimentos são considerados mais importantes nas relações entre pessoas de uma sociedade, principalmente entre estranhos. Quando se estabelece uma relação de confiança com um estranho, em grande parte das vezes é de fundamental importância que este estranho se oriente por regras e sanções. Por meio disso torna-se possível estabelecer um laço de confiança, inclusive através de um contrato, o que possibilita uma maior credibilidade do que possibilitaria se o estranho apresentasse apenas um “caráter virtuoso”.

(ii) Essa primeira crítica a respeito da moralidade na relação entre estranhos nos leva a uma segunda crítica que diz respeito às virtudes não serem suficientes. Como observado acima, quando há uma relação entre estranhos mais do que um caráter virtuoso, o que se faz necessário é um amplo e efetivo respaldo de regras e sanções para que possamos confiar em alguém que nos é estranho. Os autores afirmam:

É duvidoso que a ética do caráter possa explicar e justificar adequadamente afirmações sobre a retidão ou a iniquidade de ações específicas. É inaceitável afirmar que se uma pessoa demonstra um caráter virtuoso seus atos são portanto moralmente aceitáveis (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 86).

A posição dos autores justifica o receio de se confiar em um estranho baseando-se apenas em seu caráter virtuoso, pois, como afirmam, as pessoas de caráter virtuoso que agem de forma virtuosa podem cometer más ações, seja por falta de informações ou outros motivos. Não é possível defender que ações justas ou injustas são aquelas cometidas por pessoas justas e injustas respectivamente, o que leva a questão das virtudes não serem suficientes.

Apesar das críticas levantadas sobre a ética das virtudes, uma importante contribuição dessa teoria ética a ser considerada são as considerações aos desejos e as formas de simpatia que devemos

observar ao avaliarmos os atos. Não levar em consideração se os desejos e formas de simpatia são adequadas e desejáveis é ignorar uma importante área da realidade moral. A ética da virtude afirma a necessidade de se possuir um caráter confiável e não apenas atos corretos. A ética da virtude introduz esse caráter sutil na teoria moral.

D) *O Individualismo Liberal - a teoria baseada nos direitos*

Beauchamp e Childress consideram que muitos filósofos defendem que a linguagem dos direitos é aquela que através de uma terminologia básica expressa a visão moral. As teorias baseadas nos direitos que aqui serão apresentadas e analisadas são conhecidas como o individualismo liberal, concepção segundo a qual, “numa sociedade democrática, se deve criar um espaço no interior do qual o indivíduo esteja protegido e lhe seja permitido seguir projetos pessoais” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 89). O filósofo H. L. A. Hart, o principal precursor dessa teoria, chamou-a de “nova fé”, cuja qual se caracterizaria como uma doutrina dos direitos humanos básicos, que protege os interesses dos indivíduos e suas liberdades fundamentais específicas. Acerca da importância dos direitos civis, os autores afirmam:

O papel vital dos direitos civis, políticos, e legais na proteção dos direitos dos indivíduos contra as invasões da sociedade é hoje indiscutível, mas a ideia de que os direitos constituem a fonte das teorias ética e política foi fortemente repudiada (por exemplo, por muitos utilitaristas e marxistas). Os interesses dos indivíduos frequentemente estão em conflito com os interesses comuns ou institucionais. Nas discussões sobre a prestação dos serviços de saúde, por exemplo, os defensores de uma ampla expansão dos serviços médicos com frequência apelam para o “direito da profissão médica”. Muitos participantes desses debates morais, políticos e legais parecem pressupor que os argumentos não podem ser persuasivos a menos que possam ser formulados na linguagem dos direitos, embora outros participantes prefiram evitar a conotação de defronto dessa linguagem (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 89).

O que podemos entender por um direito? Sobre esta questão Hart afirma que os direitos são requerimentos justificados que grupos ou indivíduos podem fazer em relação aos outros ou à própria sociedade (HART *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 89). Os direitos podem ser legais ou morais. Os direitos morais são requerimentos embasados por regras e princípios morais, já os direitos legais são embasados por regras e princípios legais.

Os direitos podem ser divididos, segundo Hart, em *direitos positivos* e *direitos negativos*. Como direito positivo entende-se o direito de ser provido por outros de um serviço particular ou um bem, o direito positivo está atrelado à obrigação de uma segunda pessoa realizar algo por uma primeira pessoa. Um exemplo de direito positivo é o direito à assistência à saúde. O direito negativo é o direito de não ser afetado por uma ação realizada por outros. Esse direito está ligado à obrigação da pessoa em se abster de fazer algo. Um exemplo de direito negativo é o direito de se recusar a realizar um tratamento médico (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 91).

Os autores compreendem muitos problemas relacionados às políticas públicas ocorrem justamente devido a esta dificuldade em se distinguir os direitos negativos e os direitos positivos. Para Beauchamp e Childress os direitos, de um modo geral, devem ser analisados em relação com a distinção entre as seguintes asserções: “(1) “X tem o direito de fazer Y” e (2) “X age corretamente ao fazer Y”. A distinção é entre direitos (ou um direito) e uma conduta correta, assim como entre direitos e o seu correto exercício” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 92). Isso significa que podemos dizer que uma pessoa “tem o direito de fazer X” afirmando que, ao agir dessa maneira, ela não está agindo mal, porém, essa afirmação de que uma pessoa “tem o direito de fazer X” não se refere ao fato do ato ser ou não moral, significa, apenas, que os demais não tem o direito de interferir na realização desse ato.

Como visto anteriormente, o direito gera obrigações, como por exemplo, a obrigação do Estado de fornecer assistência médica aos necessitados. Essas obrigações podem ser divididas em duas: as *obrigações perfeitas* e as *obrigações imperfeitas*. Uma obrigação perfeita é aquela a qual se acarreta um direito correlato, como por exemplo, a obrigação da justiça. Já a obrigação imperfeita não acarreta em um direito correlato, e como exemplos desses tipos de obrigações, podemos citar a caridade, a generosidade e a bondade. A distinção desses dois tipos de obrigações pode causar alguma confusão no tocante do princípio da beneficência. Sobre esse assunto os autores afirmam:

(1) algumas obrigações de beneficência são perfeitas (por exemplo, as obrigações parentais de proteger os filhos), e (2) algumas obrigações de beneficência são imperfeitas (por exemplo, a bondade e a generosidade) [...]. Contudo, (3) as assim chamadas “obrigações” de beneficência são exigências auto impostas que não são nem obrigações perfeitas nem obrigações imperfeitas (por exemplo, algumas formas de bondade e generosidade). Para o tipo (1), as obrigações perfeitas, a tese de correlação se sustenta; essas obrigações e esses direitos são aqueles que julgamos especialmente próprios para serem impostos por meio de sanções morais e legais, pois envolvem a violação de direitos e o não cumprimento de uma obrigação. As exigências auto impostas do tipo (3), em contrapartida, são opcionais e nunca têm direitos correlatos. As obrigações do tipo (2) podem ter ou não direitos correlatos (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 93).

Considerando o direito à vida, apresentaremos o seguinte exemplo para clarificar o que foi dito acima: “X tem direito a vida” esta afirmação declara que o sistema legal ou moral impõe a outras pessoas uma obrigação de não privar X de sua vida. Porém, esse direito não exclui a possibilidade de X querer vir a fazer um acordo com outra pessoa de realizar uma eutanásia. A vontade de X interfere em como entendemos os direitos, as renúncias aos direitos e o exercício dos direitos. Portanto, é fundamental que se considere os contextos particulares para que se possa compreender a linguagem dos direitos, pois, a linguagem do direito é correlata a linguagem das obrigações mas não de uma forma direta.

O caso

A análise do caso da criança que necessita de um transplante de rim a partir da perspectiva dos direitos, nos leva a conferir uma ênfase aos direitos de *todos* os envolvidos no caso procurando determinar o peso e a força de cada um deles.

Analisando o caso na perspectiva dos direitos do pai, entende-se que ele teria envolvido os seus direitos de autonomia, de

confidencialidade e de privacidade. Esses direitos asseguram a ele a proteção de sua integridade corporal e o direito a não interferência dos outros na sua decisão. O pai possui também o direito a informação sobre os riscos, benefícios e alternativas à doação de um rim por uma pessoa viva. Ao analisarmos a decisão do pai de não doar o rim à sua filha à luz dessa teoria ética, vemos que todos os seus direitos asseguram sua decisão, uma vez que ela não interfere nos direitos de outra pessoa. Não existem razões aparentes que obriguem o pai a doar o rim à filha. Porém, existem alguns direitos bem específicos relacionados à assistência, e partindo desses direitos seria possível argumentar que por obrigação parental ou necessidade médica a filha possui o direito de receber o rim do pai. Entretanto, mesmo que tal direito existisse, esse seria radicalmente restringido com base nos direitos mencionados anteriormente. É muito difícil que esse direito viria a ser imposto aos irmãos da menina já que o direito a não-interferência que os dois possuem os protege de terem que doar o rim.

Os direitos de autonomia e privacidade também estão sendo exercidos pelo pai ao pedir que o médico realize os testes de compatibilidade. O seu direito de confidencialidade também garante a proteção do pai ao buscar o médico e pedir para que não divulgue tais resultados. Porém, uma reflexão sobre os limites desses direitos se faz necessária. Do ponto de vista da mãe, ela teria, por sua vez, o direito de receber às informações reais geradas pelos exames, principalmente por se tratar de informações concernentes ao destino de sua filha?

Outra questão que poderia ser levantada acerca dos direitos indagaria se o médico teria direito a aquilo que os autores denominam de *consciência relevante*, que seria o fato da consciência do médico ser levada em consideração. O médico poderia, por exemplo, se tornar um instrumento da vontade do pai de não contar aos demais membros da família o real motivo pelo qual não vai doar o rim à filha. Poderia o médico alegar que possui um “direito à consciência” e usar esse trunfo para embasar um dilema moral e negar-se a respeitar o direito de integridade e confidencialidade de seu paciente?

Uma avaliação crítica sobre o individualismo liberal

São três os aspectos a serem considerados numa avaliação crítica acerca do individualismo liberal: **(i)** o problema dos direitos representarem apenas uma parte do todo; **(ii)** uma crítica sobre o exercício dos direitos; e **(iii)** o caráter antagonístico dos direitos.

(i) Um dos problemas de basear a ética nos direitos é que os direitos representam apenas uma parte de um todo que é muito geral e que determina o que faz com que um requerimento seja válido ou não. Os autores entendem que os direitos não dão conta do significado moral das ações supererrogatórias, dos motivos e etc. Uma teoria com tais limitações não possuiria bons critérios de abrangência, de poder de justificação e explicação.

(ii) A outra crítica está relacionada às questões normativas sobre o exercício dos direitos. Os autores afirmam que mesmo que houvesse uma teoria completa dos direitos, ainda assim, se faria necessária uma teoria da obrigação, que explicasse o exercício apropriado dos direitos e, segundo os autores, não é possível desenvolver uma fórmula satisfatória levando em conta apenas os direitos e seus limites.

(iii) O próximo aspecto negativo dessa teoria é o caráter antagônico dos direitos. Um exemplo desse problema está na relação da prestação de um serviço de saúde que, segundo essa teoria, deveria ocorrer estritamente nos termos do direito o que resulta em uma negligência da afeição, da simpatia e da confiança.

Apesar dos aspectos negativos mencionados acima, os autores consideram que a linguagem dos direitos é a linguagem que mais contribui para proteger e legitimar os interesses dos cidadãos na esfera política, eles alegam que não há parte alguma do vocabulário moral que melhor contribua para legitimar tais interesses. Quando os direitos vigentes correlatos às obrigações estão garantidos, as pessoas tornam-se mais ativas, independentes, e lutam por suas reivindicações. O direito que nos assegura o fato de podermos reivindicar benefícios ou liberdade algumas vezes pode ser considerado mais precioso que os próprios direitos.

E) *O Comunitarismo – uma teoria baseada na comunidade*

Para as teorias comunitaristas considera-se que é a partir dos valores comunitários como o bem comum, as metas sociais, as práticas tradicionais e as virtudes cooperativas que derivam os valores fundamentais da ética. No comunitarismo, a solidariedade social, as convenções, as tradições possuem um papel muito mais importante do que nas teorias éticas até então apresentadas aqui.

O comunitarismo possui duas formas distintas: o *comunitarismo radical* e o *comunitarismo moderado*. Defendidas principalmente por

Alasdair MacIntyre, Charles Taylor e Michael Sandel, as formas radicais de comunitarismo são caracterizadas por defenderem o controle da comunidade e rejeitarem as teorias liberais. Já as formas de comunitarismo moderado buscam não rejeitar os elementos das teorias liberais, mas sim, acomodá-los conjuntamente à defesa da relevância de diversas formas de comunidade, dentro destas a família e o Estado político. Defensores desse tipo de comunitarismo são: Aristóteles, Hugo Grotius, David Hume, G. H. F. Hegel, John Mackie e Michael Walzer. No comunitarismo moderado, a moralidade e a ordem social são baseadas em normas desenvolvidas ao longo da história, e é a partir dessas convenções compartilhadas por todos que as regras morais derivam sua aceitabilidade e justiça.

O comunitarismo radical considera o liberalismo como um antagonismo a todas as tradições, esse tipo de comunitarismo visa, através da imposição de concepções de vida boa e virtude, a limitação dos direitos conferidos pelas sociedades liberais. Segundo Beauchamp e Childress: “esses comunitaristas veem as pessoas como intrinsecamente constituídas por valores comunitários e consideram que elas têm mais possibilidade de alcançar benefícios pessoais por meio da vida comunitária” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 100).

Os comunitaristas moderados são bem menos raciais quanto à autonomia e os direitos individuais. Os autores citam J. L. Mackie que faz um apelo aos “padrões subjetivos”, alegando que as convenções da comunidade são o que regem as regras morais aceitáveis e que “essas convenções intersubjetivas não podem ser validadas ou invalidadas por meio da racionalidade” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 100). Mackie compreende a moralidade unicamente através das práticas sociais que demonstram o que é necessário, permitido, condenado ou reforçado em uma comunidade.

Temas como a importância das práticas tradicionais e a necessidade da intervenção da comunidade para impedir resultados que sejam considerados socialmente destrutivos são constantemente tratados nas teorias comunitaristas. Sandel, por exemplo, propõe que a pornografia seja banida sempre que esta for considerada ofensiva para o modo de vida da comunidade. Outra proposta dos comunitaristas, também visando o bem da comunidade seria com relação à doação de órgãos. A política de doação de órgãos nos EUA, que criou um cartão no qual a pessoa especifica ser doadora de órgãos não tem gerado aumento no número de doações. O que ocorre é que em grande parte dos casos os cartões não estariam disponíveis na hora em que seriam necessários, outro fator que diminui o número de doações seria o fato de

as famílias possuírem a última palavra nesse assunto. Mesmo que o doador deixe declarado por escrito que deseja doar seus órgãos, cabe à família decidir se vai permitir ou não a doação. Pensando no bem da comunidade, os comunitaristas criaram propostas que defendem leis de consentimento presumido, estas leis presumem que a menos que haja algum documento alegando o contrário, todos seriam doadores de órgãos. Outro comunitarista, Daniel Callahan, defende que a ética biomédica deveria basear-se em valores da comunidade para fundamentar as leis e as regulamentações no âmbito da saúde, do uso do conhecimento genético, o uso dos desenvolvimentos da tecnologia médica, as responsabilidades para com as futuras gerações e os limites da assistência a saúde para com os mais velhos.

O caso

Os comunitaristas concentram-se em quais valores comunitários e quais relações estão presentes e ausentes no caso ao deliberarem sobre o mesmo. A família possuiria o peso de uma pequena comunidade intermediária entre o indivíduo e o Estado. Os comunitaristas questionariam quais regras, atos e políticas relacionadas à doação de órgãos por um vivente, à privacidade e à confidencialidade melhor reforçam e proporcionam valores comunitários.

Sobre o comportamento do pai, a escolha de se recusar a doar o rim, o que reduz as chances de sobrevivência da filha, teóricos do comunitarismo considerariam errada sua escolha por entenderem que ele não está comprometido com o bem-estar da família e, o acusariam ainda de apoiar-se em valores do individualismo liberal sem cumprir com suas responsabilidades. Beauchamp e Childress acreditam que os comunitaristas veriam o pai como “um produto deturpado de uma sociedade que se concentra muito em proteger direitos tais como a autonomia e a privacidade” (BEACHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 97). Quanto ao pedido do pai de que médico mantivesse em sigilo a sua histocompatibilidade e que criasse uma desculpa para o mesmo não doar o rim, o comunitaristas esperam que o médico aja conforme a tradição da medicina, seus códigos e virtudes. O pedido de ocultação de informação dos demais envolvidos em virtude da regra de confidencialidade possui precedentes na história da medicina, porém, tais regras não são consideradas absolutas e, por diversas vezes, foram superadas por um interesse social maior.

Em suma, a perspectiva comunitarista apoiará ações que tenham impacto positivo na comunidade e que expressem os valores comunitários. O pai alega que caso o médico venha a contar a verdade para sua família (sobre o pai não querer doar o rim), isso iria arruiná-la. Os comunitaristas, por sua vez, alegam que essa previsão pode ou não vir a confirmar-se, porém, o que fica demonstrado é a falta de comprometimento do pai para com o bem-estar da família. Os defensores do comunitarismo argumentariam que as atitudes do pai são resultado da incorporação dos vícios do individualismo liberal ao invés das virtudes cooperativas defendidas pelo comunitarismo.

Uma avaliação crítica do comunitarismo

Existem três principais críticas ao comunitarismo: **(i)** a primeira diz respeito a uma interpretação injusta das teorias liberais; **(ii)** a segunda crítica apresenta uma acusação de que haveria uma falsa dicotomia entre comunidade e autonomia; **(iii)** e a terceira está relacionada com um desafio fracassado aos direitos.

(i) Sobre a interpretação injusta das teorias liberais, os comunitaristas radicais afirmam que os teóricos liberais defendem indivíduos isolados e que possuam um ceticismo acerca do bem comum. Isso não se confirma. Autores liberais como Mill e Rawls desenvolveram teorias sobre o bem comum, assim como também possuíam uma consideração para com as tradições sociais e da comunidade política.

(ii) A alegação de uma falsa dicotomia entre comunidade ou autonomia é analisada por Beauchamp e Childress, que compreendem que os comunitaristas apresentam duas falsas dicotomias:

(1) ou as concepções liberais dos direitos e da justiça têm prioridade ou o bem comunitário tem prioridade, e (2) ou se protege a autonomia na decisão ou a determinação comunitária das metas sociais é protegida contra o indivíduo. Uma imagem mais correta é a de que nós herdamos das tradições metas e papéis variados. Nós então criticamos, ajustamos e procuramos aprimorar nossas crenças com o tempo por meio da discussão livre e de acordos coletivos. Tanto os indivíduos quanto os grupos progressivamente interpretam, revisam e às vezes até substituem as tradições por novas concepções que ajustam e

promovem os valores da comunidade (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 104).

(iii) A crítica sobre ser um desafio fracassado aos direitos, diz respeito ao fato dos comunitaristas frequentemente argumentarem contra os direitos fundamentando-se na afirmação de que eles não existem. Outras afirmações dos comunitaristas alegam que os direitos bloqueiam a organização comunitária e eliminam o senso de união social. Em ambas as críticas os aspectos positivos e necessários dos direitos são negligenciados. Os direitos promovem a proteção dos indivíduos, protegem contra condutas inescrupulosas, permitem que diversas comunidades coexistam pacificamente em um único Estado político.

Por mais que tenham fundamentado algumas de suas premissas em questões infundadas, as teorias comunitaristas contribuíram para uma valorização da comunidade e um norteamento da teoria ética. As comunidades reforçam importantes aspectos como as associações de bairro, os vínculos comunitários, o desenvolvimento de metas nacionais e a promoção da saúde pública. Além desses aspectos positivos, o comunitarismo evoca, ainda, consagrados autores da teoria ética como Aristóteles, Hume e Hegel.

F) *A Ética do Cuidar – concepções baseadas nos relacionamentos*

A ética do cuidar, ou também chamada ética do cuidado, possui algumas familiaridades com a ética do comunitarismo. Ambas valorizam as relações pessoais, e a ética do cuidar também apresenta algumas objeções a argumentos centrais do liberalismo. Segundo os autores, a ética do cuidar:

[da] uma ênfase em traços valorizados nos relacionamentos pessoais íntimos, tais como a simpatia, a compaixão, a fidelidade, o discernimento e o amor. Nessas concepções, cuidar significa gostar de, ter um compromisso emocional com e ter disposição para agir em benefício das pessoas com as quais se tem um relacionamento significativo (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 106).

Na concepção da ética do cuidar, os cálculos imparciais do utilitarismo, os direitos individuais e as regras universais kantianas não são relevantes.

A ética do cuidado originou-se principalmente de escritos feministas. Os assuntos que permeavam esse tema giravam em torno das diferenças apresentadas entre como as mulheres manifestavam uma ética do cuidar, diferentemente dos homens que, preponderantemente apresentam uma ética dos direitos e das obrigações. Para melhor apresentar a ética do cuidar, serão apresentadas duas importantes figuras, a psicóloga Carol Gilligan e a filósofa Annette Baier.

Gilligan sustenta que homens e mulheres possuem um desenvolvimento moral diferente. Em seus estudos ela descobriu aquilo que ela denominou de “a voz do cuidar”. Essa voz, segundo a autora, dá uma ênfase na associação empática com os outros e se baseia em um forte senso de responsabilidade. Gilligan acredita que para sujeitos do gênero feminino a moralidade é vista caracteristicamente relacionada às responsabilidades do cuidar derivadas dos vínculos que possuem com os outros. Os homens ou sujeitos do gênero masculino, por outro lado, encaram a moralidade em termos de direito e justiça.

Beauchamp e Childress consideram que:

Gilligan, portanto, identificou dois tipos de relacionamentos e dois tipos de pensamento moral: uma ética do cuidar em contraste com uma ética dos direitos e da justiça. Ela não sustenta que esses dois tipos de pensamento estão estritamente vinculados ao gênero, ou que todas as mulheres ou todos os homens falam na mesma voz moral. Mais exatamente, ela acredita que os homens tendem a adotar uma ética dos direitos, usando uma terminologia leal e princípios imparciais, acompanhados da avaliação e da solução de conflitos também imparciais, enquanto as mulheres tendem a afirmar uma ética do cuidar centrada na responsabilidade e numa rede interligada de necessidades, cuidados e prevenção de dano. Cuidar de outros é a noção essencial, e ela é moldada nos relacionamentos tais como os existentes entre pais e filhos (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 107).

Baier considera que há uma notável diferença entre as teorias éticas escritas por mulheres e as teorias éticas tradicionais (predominantemente escrita por homens). A autora considera que o raciocínio e os métodos empregados pelas mulheres se diferem significativamente dos empregados por homens. Baier rejeita a ênfase dada pela filosofia moral moderna às regras e aos princípios universais e também se diz oposta aos modelos contratualistas kantianos que possuem como ponto central os direitos, as leis, a justiça e a escolha autônoma entre sujeitos livres e iguais.

Beauchamp e Childress consideram que Baier não possui a ambição de elaborar um grande sistema ético que englobe todos os seus elementos, mas sim, sistemas menores que possam unir alguns elementos. Sobre esta concepção de Baier, os autores afirmam:

Procurando um meio de estabelecer uma ponte que ligue uma ética do amor a uma ética da obrigação, ela propõe a “confiança apropriada” como um conceito de ligação. Baier não recomenda que descartemos as categorias da obrigação, mas que concedamos espaço para uma ética do amor e da confiança, incluindo uma concepção da vinculação humana e da amizade. Os modelos tradicionais de teoria ética frequentemente falham em perceber como os pais e os profissionais de saúde, por exemplo, veem as responsabilidades para com seus filhos e para com seus pacientes, respectivamente, em termos de cuidado, ligação afetiva, satisfação de necessidade e sustento (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 108).

Dois aspectos são considerados centrais na ética do cuidar: *a reação emocional e interdependência mútua*.

Quanto à reação emocional, Beauchamp e Childress consideram que desde o final do século XVIII as teorias éticas, de um modo geral (possivelmente com exceção de Hume), demonstraram uma forte tendência cognitivista, ou seja, a teoria e o julgamento moral passaram a ser considerados como questões da razão, e não da paixão ou da emoção. Kant se influenciou em alguns importantes autores que construíram a história da ética, entre eles Platão. A partir de suas ideias, os sentimentos, as emoções, as paixões e as inclinações passaram a ser tratados como empecilho para o julgamento moral. Para esses autores,

na realização um julgamento moral se faz necessário um pensamento racional, o que os torna contrários a todo e qualquer impulso, desejo ou inclinação. Na concepção das teorias éticas tradicionais, as ações realizadas por impulsos, desejo ou paixão podem até serem boas, porém, jamais poderão ser consideradas moralmente boas, pois, não são realizadas com base em uma “estrutura cognitiva adequada”⁷.

Acerca da interdependência mútua nos relacionamentos, a ética do cuidar sustenta que muitas das relações entre humanos envolvem uma relação de vulnerabilidade – como, por exemplo, a relação médico-paciente. Essas relações de vulnerabilidade apresentam como preferível uma reação emocional como a demonstração de preocupação atenciosa para com suas necessidades, e não apenas preocupação fria e distante concernente aos seus direitos. O resultado disso é que as reações emocionais apresentam uma responsabilidade que as concepções baseadas nos direitos podem ignorar.

Beauchamp e Childress consideram acerca da ética do cuidar e sua relevância dada às emoções:

A ênfase na dimensão emocional da vida moral não reduz a reação moral a uma reação emocional. O cuidar também possui, claramente, uma dimensão cognitiva, pois envolve um discernimento e uma compreensão da situação, das necessidades e dos sentimentos do outro. Como destacou Hume, as emoções nos motivam e nos dizem muito acerca do caráter de uma pessoa, mas é o entendimento que nos orienta na escolha de uma forma de ação (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 111).

O caso

Analisando o caso que tomamos como parâmetro exemplar neste trabalho pelo âmbito da ética do cuidar, ou ética do cuidado, significa que uma ênfase seja dada aos aspectos dos relacionamentos que envolvem o cuidado, tais como a confiança, a responsabilidade, a fidelidade, sensibilidade e responsabilidade. Pode ser considerado que o pai, ao negar-se a doar o rim à filha estaria se preocupando com o bem-

⁷ Uma estrutura adequada aqui significa uma ação não realizada por desejo, inclinação ou paixão, mas sim, uma ação realizada através de um julgamento racional.

estar da menina, porém, está atitude torna-se questionável quando ele parece apresentar uma preocupação maior consigo próprio. O pai acredita que seu comportamento não pode ser justificado à esposa que, pensa ele, “o acusaria de deixar a filha morrer”. Mesmo que seja concedido ao pai o benefício da dúvida quanto a sua real intenção ao decidir não doar o rim à filha, o que seria correto ou não de ser fazer, quanto ao doar ou não o rim, dependeria, em parte, de um balanço dos riscos e benefícios e de sua coragem e disposição de enfrentar os riscos.

Já pela situação do médico, percebe-se que esse se encontra perante uma série de conflitos dentro das relações que envolvem o cuidar – para com a menina, sua paciente que precisa do rim, os dois irmãos da menina, o pai que se recusa a doar o rim, a mãe e a família como um todo. Grande parte das teorias morais enfrenta, nesse ponto, uma série de conflitos de princípios e de direitos. Já a ética do cuidar enfrenta conflitos no tocante das responsabilidades. Quando o pai pede ao médico que não conte para a família seu real motivo para não doar o rim à filha, as teorias morais tradicionais concentram-se principalmente em responder sobre mentir ou quebrar a confidencialidade. A ética do cuidar, em contrapartida, preocupa-se não apenas com o que os médicos fazem – por exemplo, se ele mantém a confidencialidade e mente para a família ou quebram a confidencialidade e conta a verdade à família – mas, também leva em consideração o modo como as ações são realizadas, os motivos subjacentes e se os relacionamentos positivos são impedidos ou promovidos. Os autores destacam que para a ética do cuidar, a confiabilidade do médico, sua sensibilidade e a qualidade do seu cuidado perante o pedido inesperado do pai por uma mentira são elementos morais essenciais.

Uma avaliação crítica da ética do cuidar

Embora aparentemente possa ser uma teoria que acrescenta apenas aspectos positivos à teoria moral, a ética do cuidar apresenta alguns pontos que merecem uma nossa atenção: **(i)** a respeito da crítica da ética do cuidar ser uma considerada uma teoria subdesenvolvida; **(ii)** em relação a crítica sobre a ética do cuidar diminuir a importância dos direitos; e **(iii)** sobre a exclusão dos princípios na ética do cuidar, que exigem uma pouco mais de atenção. Esses três pontos serão desenvolvidos a seguir:

(i) Alguns autores consideram a ética do cuidar como uma teoria subdesenvolvida, pois, essa se mostra insuficiente nos critérios de

abrangência, completude, poder de justificação e poder de explicação. O âmago do problema encontra-se na ausência de “um corpo de reflexões desenvolvido e integrado que proporcione os conceitos e as conexões necessárias para a satisfação dos critérios” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 111). Portanto, a ética do cuidar pode ser considerada uma teoria subdesenvolvida, porém, não incorreta.

(ii) A ética do cuidar diminui a importância dada aos direitos, aos princípios, à justiça e à imparcialidade, porém, ao fazer isso, a ética do cuidar se depara com situações nas quais se faz necessário agir de forma imparcial, e devido a isso, a exigência legítima de imparcialidade entra em conflito com o cuidado e a exigência de parcialidade. É coerente concordar que algumas vezes se faz necessária a imparcialidade. Beauchamp e Childress acreditam que: “a ética do cuidar é a forma fundamental de moralidade e que é internamente coerente. Julgamos que, nessa última concepção, simplesmente perde-se muito da vida moral” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 112).

(iii) Sobre a exclusão dos princípios na ética do cuidar, os autores argumentam que os princípios irão antes se fortalecer do que enfraquecer a ética do cuidar. Devido aos nossos laços e afinidades, somos propensos a julgar casos relacionados a pessoas próximas de forma mais favorável e pessoas com as quais não possuímos vínculos de forma menos favorável, sendo que, algumas vezes, casos de pessoas mais distantes deveriam ser julgados de maneira mais favorável. Os princípios possuem essa importância dentro de uma teoria, em algumas situações nas quais nossas ações são demasiadamente parciais, há a necessidade que sejam corrigidas por princípios que são imparciais.

Apesar das críticas à ética do cuidar, Beauchamp e Childress consideram que:

Revelações, discussões e decisões relacionadas à saúde geralmente se tornam um assunto familiar, com o apoio de uma equipe de saúde. A ética do cuidar se ajusta a esse contexto dos relacionamentos, enquanto a teoria dos direitos, por exemplo, parece ser pouco equipada para ele. Por fim, a retificação da obsessão exagerada com os requerimentos de imparcialidade nas teorias tradicionais promete ter consequências positivas, pois muitos aspectos do caráter, muitas formas de sensibilidade e vários tipos de julgamentos práticos ultrapassam o recurso a princípios

imparciais (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 114).

Portanto, mesmo que não seja uma teoria completa e perfeita, a teoria da ética do cuidar possui alguns pontos importantes que, como citado acima, complementariam as teorias tradicionais, trazendo uma complementariedade nos casos os quais se faz necessário mais do que apenas princípios e razão.

G) A Casuística – o raciocínio baseado nos casos

A casuística se concentra em decisões práticas de casos particulares. Os autores afirmam que os casuístas são céticos no que se refere às regras, aos direitos e às teorias enquanto independentes da história dos precedentes e das circunstâncias (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 114). Os casuístas defendem que o correto julgamento moral ocorre por meio de registro histórico de casos semelhantes e de um conhecimento íntimo das situações particulares.

A casuística, assim como as teorias comunitaristas e a ética do cuidar, possui como motivação uma insatisfação com as teorias éticas predominantes como a teoria dos direitos, o kantismo e o utilitarismo. Os casuístas defendem o uso do modelo de teoria científica para a teoria ética, pois, acreditam que os julgamentos morais exigem princípios firmes e universais (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 115). Essa dinâmica do modo de pensar casuísta se encontra definida na citação a seguir:

Os casuístas encontram “a essência do modo casuísta de pensar” num movimento gradual dos casos claros e resolúveis para casos mais complexos e difíceis. Há uma “ordenação dos casos sob um princípio por meio de um paradigma ou de uma analogia”. O processo é similar àquele utilizado por um médico nos diagnósticos e nas recomendações clínicas. Os paradigmas de um diagnóstico correto e de um tratamento apropriado funcionam como bases de comparação quando surgem novos casos problemáticos. As recomendações são feitas por analogia ao paradigma. Caso a analogia seja apropriada, obtêm-se uma solução para o problema e uma recomendação, mas se não for encontrada uma

analogia aproximada a incerteza permanecerá (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 118).

Os casuístas acreditam que, ao relacionar o caso atual com casos similares cujos desdobramentos já ocorrerem e já se chegou a um fechamento, a chance de se aproximar da melhor saída para o caso atual através do conhecimento gerado por casos similares do passado é muito maior do que se no caso atual fossem aplicados princípios.

O caso

No tocante da recusa do pai em ser o doador para a filha, os casuístas buscariam precedentes pertinentes e experiências com outros casos, procurando, com isso, identificar as similaridades e diferenças entre esse caso e os demais. O objetivo da casuística é agir de forma que as decisões acerca do que fazer sejam embasadas por um consenso social forte encontrado em casos precedentes similares na medicina e na lei. Dessa forma, de acordo com a casuística, seria avaliado, com base em casos precedentes similares, se o pai deveria ou não doar o rim à filha para oferecer a ela alguma chance de sobrevivência e assumir os possíveis riscos que um transplante pode vir causar a ele. Após verificar qual atitude o médico deveria tomar, os casuístas passariam, então, a procurar casos equivalentes nos quais seria abordado se a quebra de confidencialidade seria justificada ou injustificada. Esses casos poderiam, por exemplo, apontar que os médicos possuem o direito e, algumas vezes, até mesmo a obrigação de quebrar a confidencialidade visando evitar e prevenir danos a outros.

Os casuístas poderiam indagar-se ainda se a decisão do pai de não doar o rim à filha resultaria em um dano à sua filha ou se simplesmente apenas deixaria de beneficiá-la, e se a quebra da confidencialidade entre o pai e o médico, ameaçada ou efetiva, se justificaria na tentativa de fazer o pai doar. Juntamente com essas indagações, seria, também, questionado se uma mentira: “o pais não é histocompatível” ou uma forma um pouco mais branda de fraude: “o pai não deve doar por motivos médicos” poderiam ser justificadas visando à prevenção da possível dissolução da família. O casuísta buscaria responder a todos os questionamentos levantados recorrendo a máximas baseadas na experiência e na tradição e, também, recorrendo a casos análogos.

Uma avaliação crítica da casuística

As críticas aos casuístas resumem-se a três: **(i)** problemas referentes à interpretação de casos e a julgamentos conflitantes; **(ii)** se os julgamentos sobre os casos teriam prioridade epistemológica; e **(iii)** sobre uma oposição exagerada aos princípios.

(i) Sobre o problema da interpretação de casos e julgamentos conflitantes, temos que a interpretação dos casos é fundamental para o julgamento moral, os princípios e a teoria constantemente desempenham um papel legítimo na interpretação (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 119). Porém, os casuístas, em grande parte das vezes, escrevem como se os casos informassem o julgamento moral somente por seus fatos, o que não se mostra verdadeiro, segundo a citação acima. Beauchamp e Childress escrevem:

[...] assim como Kant e muitos outros filósofos têm um problema com princípios conflitantes, também os casuístas têm um problema com conflitos entre analogias e conflitos entre julgamentos. Os casos passíveis de vários julgamentos concorrentes, incluindo a escolha das analogias, são comuns na ética. Numa mesma sequência dada de acontecimentos, algumas vezes os debatedores veem até mesmo casos diferentes. Não é suficiente afirmar que os casos indicam coisas além de si mesmos e que evoluem para generalizações. Talvez os casos evoluam da forma errada por terem sido tratados de forma errada desde o início. Os casuístas não têm um recurso metodológico claro para prevenir uma evolução tendenciosa dos casos e a negligência de aspectos relevantes deles (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 120).

Fica claro que há a necessidade de uma estrutura estável de normas gerais, pois, sem essa estrutura, não há um controle sobre o julgamento e, assim, torna-se muito difícil de impedir a formulação de convenções sociais preconceituosas ou insatisfatórias.

(ii) A questão em torno da ideia de que julgamentos sobre os casos teriam prioridade epistemológica, tem como intuito que os julgamentos morais particulares aprimorem e ampliem as normas gerais, porém, sem substituí-las. Entretanto, os autores acreditam que essa

qualificação mais prejudica do que qualifica a tese da prioridade e, assim, se mostra como não sendo o melhor modelo.

(iii) Em relação a uma oposição exagerada aos princípios, a casuística indica dois pontos. Por um lado sugere um papel condicional e limitado para os princípios, porém, por outro lado, abstêm-se do uso de princípios tais como os contidos no principialismo, condenando-os, considerando que o uso dos princípios não levaria a uma análise ética séria. Essa ambivalência promove uma rejeição desnecessária dos princípios e prejudica sua análise, consideram os autores.

Para contrapor as ressalvas casuísticas sobre os princípios, apresentamos a citação de Mill que argumenta defendendo que tanto o utilitarismo como outras teorias gerais podem enfrentar tais ressalvas:

Não há nenhuma doutrina ética que não amenize a rigidez de suas leis, dando uma certa margem, sob a responsabilidade moral do agente, para a acomodação das peculiaridades das circunstâncias; e, em todas as doutrinas, pela abertura que se faz dessa forma, introduzem-se o autoengano e a casuística desonesta. Não existe nenhum sistema moral no qual não surjam casos inequívocos de obrigação conflitantes [...]. Eles são superados com maior ou menor sucesso de acordo com o intelecto e a virtude do indivíduo; mas dificilmente se pode pretender que qualquer um desses sistemas seja o menos qualificado para lidar com esses conflitos pelo fato de possuir um padrão último [geral] ao qual os direitos conflitantes podem ser referidos (MILL, 2007, p. 42-43).

Ainda que seja passível de críticas relevantes, a casuística nos recorda a importância do raciocínio analógico, do julgamento prático e dos casos paradigmáticos. Beauchamp e Childress acreditam que a ética biomédica, como uma teoria ética, tem minimizado de forma excessiva o acesso ao conhecimento moral. E, como visto, os casuístas também demonstraram que, muitas vezes, as generalizações são mais bem implementadas e aprendidas através dos casos, das discussões sobre os casos e dos métodos dos casos.

H) Teorias baseadas em Princípios e na Moralidade Comum

Serão apresentadas nesta seção as teorias que são fundamentadas no que pode ser denominado de moralidade comum e que simultaneamente usam princípios em sua estrutura. Beauchamp e Childress escolheram esse tipo de teoria como a principal teoria ética que sustenta o principialismo.

Nosso método neste livro é unir a ética baseada em princípios e na moralidade comum com o modelo de justificação baseado na coerência. Esta estratégia permite que contemos com a autoridade dos princípios indispensáveis da moralidade comum, incorporando ao mesmo tempo ferramentas que refinam e corrigem suas fraquezas e ambiguidades e que são espaço para mais especificações. Como nossa estratégia aceita a meta do equilíbrio reflexivo e, em parte, constrói princípios e regras a partir de juízos ponderados da moralidade comum, ao mesmo tempo especificando os princípios e as regras, não chegaremos ao fim do processo com o mesmo conteúdo com o qual começamos (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 124).

A teoria ética baseada na moralidade comum é caracterizada pelos autores como a teoria cuja fonte de conteúdo moral encontra-se na moralidade do senso comum. A esse conteúdo, provindo da moralidade do senso comum, é acrescido um método que o torna mais claro e preciso, o que transforma suas várias partes mais razoáveis para que esse conteúdo, já refinado, possa ser ponderado e, assim, especificar melhor os requerimentos das normas (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 125).

Segundo os autores, os princípios têm origem na moralidade comum, porém, o modo como se apresentam nas teorias éticas não é o mesmo como aparecem na moralidade comum. Os autores afirmam a necessidade de um esclarecimento conceitual e a introdução de métodos para conceder coerência, forma e substância aos compromissos morais. A estratégia adotada pelos autores constitui-se em estabelecer cada princípio de uma forma considerada crível, acurado e independente, porém, isso não pressupõe que o modo como isso é feito, ou seja, como são formulados os princípios, seja a melhor maneira existente ou a mais

coerente (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 128). No entanto, assim que formulados, os princípios ainda serão interpretados, especificados e ponderados caso a caso e desse modo produzirão uma ética para a biomedicina.

Sendo os princípios passíveis de revisão, eles possuem obrigatoriedade *prima facie*, sendo um princípio *prima facie* considerado como “uma diretriz normativa que estabelece as condições do caráter permissível, obrigatório, correto ou errado das ações que incorrem no escopo do princípio” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 128). Isso permite que os princípios sejam ponderados em caso de conflito fazendo com que haja espaço para a mediação, a negociação e o comprometimento. Essa concepção passível de ponderação liberta os princípios do fardo da tirania, pois, assim, os princípios passam também a poder ser comprometidos.

Essa concepção pode ser considerada como uma concepção que leva a conclusões paradoxais, justamente em razão da relatividade existente nos julgamentos, porém, os autores ainda assim afirmam que:

[...] embora a flexibilidade e a diversidade nos julgamentos sejam inevitáveis, o julgamento normalmente deve ser restringido pelas exigências da justificação moral, que em geral envolve o recurso a princípios. Nossa apresentação dos princípios – juntamente com os argumentos para mostrar a coerência desses princípios com outros aspectos da vida moral, tais como as emoções morais, as virtudes e os direitos – constitui a teoria do presente volume. Essa rede de normas e argumentos é a teoria. Não há nenhum princípio ou conceito unificador único, nenhuma descrição do mais alto bem – nem nada parecido (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 129).

Apesar das críticas, Beauchamp e Childress ainda consideram essa teoria como a ideal para a bioética, entretanto, como vimos acima, os resultados das ponderações entre princípios podem levar a conclusões paradoxais, pois permitem diferentes interpretações e julgamentos. Os autores afirmam que mesmo após uma ponderação, os resultados são submetidos a uma justificação fundamentada em boas razões, porém, ainda assim, a relatividade nos julgamentos pode vir a causar sérios problemas no que se refere a justificação de uma escolha. Essa deficiência no que se refere à apresentação de uma justificação plausível

e coerente é o que nos motiva a apresentar a teoria da Ponderação de Alexy (como veremos adiante no capítulo três), como a possibilidade de melhora neste aspecto da teoria de Beauchamp e Childress.

O caso

As teorias da moralidade comum não possuem um princípio fundamental para decidir conflitos ou justificar as obrigações, como ocorre nas teorias kantianas e utilitaristas. Nas teorias da moralidade comum o julgamento precisa tanto da interpretação quanto a consideração e a ponderação das normas morais para determinar a opção entre aceitar a decisão do pai de não doar o rim ou incentivá-lo a fazê-lo(;) entre proteger a confidencialidade e mentir ou contar o verdadeiro motivo do pai à família(;) e entre envolver ou excluir os irmãos mais novos da menina. Ao decidir se recusar a doar o rim à filha, o princípio do respeito pela autonomia e as regras correlacionadas de liberdade e de privacidade exigem que sua escolha seja respeitada. Esses princípios e regras envolvidos não possuem um valor absoluto, porém, nessa situação eles possuem um peso suficiente para garantir que a vontade do pai seja respeitada e protegê-lo de qualquer coerção que venha lhe impor o dever de salvar a filha. Porém, de acordo com essa teoria, o médico, por sua vez, possui o direito, ou também podemos afirmar a sua responsabilidade de tentar convencer o pai a doar o rim à sua filha, assim como informar e ponderar junto ao pai os prováveis benefícios para a filha e as possíveis consequências para o pai. Se a probabilidade de sucesso no transplante for suficientemente alta, e os riscos da operação forem suficientemente baixos para o pai, com base nas responsabilidades parentais, pode ser considerado que o pai tenha a obrigação de doar o rim à filha.

No tocante do pedido do pai ao médico para que não conte a sua família que é histocompatível, sua preocupação em preservar a família é uma consideração moralmente relevante, porém, as teorias baseadas na moralidade comum levariam em consideração se essa seria a melhor alternativa (mentir ou omitir o fato de ser histocompatível), como por exemplo, um aconselhamento. Nessa parte do caso há também um conflito entre a regra de confidencialidade entre o médico e o pai com a regra de veracidade, entre as decisões do médico com as decisões dos demais envolvidos. Os autores alegam que de acordo com os princípios *prima facie*, mentir diretamente nem sempre é errado, todavia exige uma justificação baseada em princípios.

Uma avaliação crítica das teorias baseadas em princípios e na moralidade comum

As críticas a essas perspectivas podem ser divididas em três: **(i)** a crítica da viabilidade ou sobre a especificação e o julgamento; **(ii)** a questão sobre a moralidade comum poder ser tornada coerente; e **(iii)** se há de fato uma teoria baseada em princípios e na moralidade comum ou se há ainda uma teoria a ser construída.

(i) Acerca da especificação e do julgamento há um problema de viabilidade, pois, há uma dúvida se quando especificados os princípios para o comportamento, eles possibilitam que se chegue a um julgamento prático ou são excessivamente determinados para que seja possível um julgamento. Há de se ter um cuidado para que não se especifique um princípio para que não haja um abstracionismo, porém, há de se cuidar para que também não ocorra uma superespecificação de um princípio ou de uma regra, o que pode ocasionar um excesso de rigidez.

(ii) A questão sobre se a moralidade comum pode ser tornada coerente, entende-se que seria possível argumentar a necessidade de se buscar um “corpo de crenças mais amplo” que possibilite atingir o equilíbrio reflexivo, entretanto, seria possível, também, apenas especificar nossos juízos ponderados pessoais (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 133). Caso decidamos aplicar as teorias da moralidade comum para resolver casos relacionados com o uso de animais, por exemplo, teríamos opiniões divergentes. Nessa situação, haveria uma discordância no que se refere aos “juízos ponderados” que estabeleceriam nosso ponto de partida, e assim, fica claro que há uma dúvida se a moralidade comum poderia ser utilizada para encontrar juízos ponderados partilhados. Desse modo, existem muitas em torno da possibilidade de se elaborar crenças iniciais apropriadas, pois a moralidade comum engloba ideias, princípios e valores muito pessoais o que torna muito difícil que se estabeleça um padrão ideal para todos.

(iii) Em relação à dúvida sobre haver de fato uma teoria baseada em princípios e na moralidade comum ou se há ainda uma teoria a ser construída, talvez o que a moralidade comum tenha a oferecer não seja uma teoria a partir dela, mas sim, princípios intermediários, análises refinadas das virtudes morais e declarações coerentes dos direitos humanos transnacionais (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 133). Os autores compreendem que:

Talvez a expressão “teoria moral” tenha ficado tão diluída em significado nas “teorias da moralidade comum” que o objetivo de alcançar uma teoria deva ser totalmente abandonado, em favor de um objetivo mais modesto, como o de proceder a “uma reflexão e uma construção morais”. Um problema relacionado com esse é que as tentativas de conferir maior coerência à moralidade comum correm o risco de diminuir, em vez de aumentar, a concordância moral na sociedade. Ou seja, uma teoria pode introduzir afirmações que gerem divergências que não figuravam nos juízos ponderados iniciais – ou, como muitas vezes vimos acontecer na história da ética, a teoria pode se revelar menos clara e confiável para a tomada de decisão prática do que a própria moralidade comum (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 133).

Grande parte desses problemas deriva das expectativas que se tem em relação a uma teoria como um alto grau de unidade e de conexão sistemática entre as regras, um padrão claro de justificação etc. Diferentes autores possuem diferentes concepções acerca das expectativas com relação às teorias.

A convergência entre as teorias

Apesar de as teorias éticas apresentadas se mostrarem bem distintas entre si, os autores do princípalismo consideram um erro pensar que de forma alguma elas possam se relacionar. Mesmo tendo com eixo fundamental de sua teoria os princípios e regras e a moralidade comum como escolha desses, os princípalistas acreditam que todas as teorias apresentadas aqui podem ser úteis em determinados casos. Os autores acreditam ser um exagero colocar as teorias éticas como rivais ao extremo sem que possa haver um diálogo e uma flexibilidade no uso de uma ou mais teorias na resolução de um caso:

Há motivos, portanto, para se sustentar que as distinções entre os tipos de teorias não são tão significativas para a ética prática como algumas vezes se proclamou. É um erro supor que uma série de balizas separa os teóricos morais em grupos distintos e hostis que chegam a diferentes

conclusões práticas e que nunca convergem quanto aos princípios. Não devemos ignorar o fato de que algumas teorias estão mais próximas, em seus princípios substantivos e em suas regras, de teorias supostamente rivais do que de algumas teorias do mesmo “tipo” a que pertencem (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 135).

Portanto, apesar das diferenças que apresentam, cada uma das teorias apresenta qualidades que podem e devem ser exploradas podendo acrescentar qualidades a outra teoria (obviamente se houver viabilidade para tal e se as teorias forem minimamente compatíveis). Pois, como dito na citação acima, os autores acreditam que na ética prática tais diferenças não são tão evidentes quanto se mostram numa concepção puramente teórica. Como afirmam os autores, essa articulação entre teorias é muito valiosa:

[...] temos muitas coisas a aprender com todas essas teorias. Naquilo em que uma teoria é fraca para dar conta de algum aspecto da vida moral, uma outra teoria é muitas vezes forte. Embora cada tipo de teoria se choque, em algum ponto, com fortes convicções morais, cada uma delas também articula normas que relutamos em abandonar. Cada uma das teorias discutidas neste capítulo levou ao desenvolvimento e à rejeição de importantes hipóteses na teoria moral. Apesar de havermos descrito nossa abordagem como baseada em princípios, rejeitamos a premissa de que se deve defender um único tipo de teoria, exclusivamente baseado nos princípios, nas virtudes, nos direitos, nos casos, e assim por diante. No pensamento moral, frequentemente se misturam recursos a princípios, regras, direitos, virtudes, paixões, analogias, paradigmas, parábolas e interpretações. Atribuir prioridade a um desses fatores como o elemento-chave é uma pretensão duvidosa, assim como a tentativa de dispensar completamente a teoria ética. Os aspectos mais gerais (os princípios, as regras, as teorias etc.) e os aspectos mais específicos (os sentimentos, as percepções, os julgamentos de casos, as práticas, as parábolas etc.) devem ser

ligados em nossa deliberação moral (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 135).

Dessa forma, os autores justificam que por mais que uma teoria se torne preponderante em um julgamento de um caso, as demais teorias éticas também poderão acrescentar valores, princípios, regras, direitos, virtudes etc. Assim, os autores deixam claro que acreditam que todas as teorias éticas possuem suas falhas e pontos fortes e, da sua maneira, podem contribuir para fortalecer os julgamentos e tomadas de decisões nos casos que envolvem a bioética.

1.3 Os quatro princípios do princípalismo

Nesta seção trabalharemos mais detalhadamente os quatro princípios do princípalismo já mencionados, isto é, o da autonomia, o da não-maleficência, o da beneficência e o da justiça. Estes princípios, conforme já mencionados, possuem um valor *prima facie*, ou seja, são válidos a primeira vista, o que significa que eles possuem uma importância igual e são aplicados conforme cada caso. mira

1.3.1 O princípio da autonomia

A autonomia tem origem na palavra grega *autos* ("próprio") e *nomos* ("regra", "governo" ou "lei") e foi inicialmente utilizada para se referir a autogoverno das cidades-estados gregas. Posteriormente o termo passou a ser utilizado também pelos indivíduos e passou a ter conotações variadas como: autogoverno (governos de si), privacidade, liberdade da vontade, direitos de liberdade, escolha individual e pertencer a si mesmo. Como vimos, diversas ideias compõem o conceito de autonomia, mas, de um modo geral, podemos considerar que: "um indivíduo autônomo age livremente de acordo com um plano escolhido por ele mesmo, da mesma forma como um governo independente administra seu território e define suas políticas" (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p.138). Já uma pessoa com autonomia reduzida, é uma alguém que não é capaz (ou totalmente capaz) de realizar suas próprias escolhas e, sendo assim, pelo menos em alguma medida, possui a necessidade de ser amparada por outros. Este é o caso, por exemplo, de indivíduos acometidos por doenças mentais e crianças ou ainda de detentos que possuem sua autonomia restringida pela institucionalização coercitiva.

Beauchamp e Childress consideram duas condições essenciais para que se possa realizar a autonomia: (1) a *liberdade*, que na perspectiva dos autores significa independência de quaisquer influências controladoras; e (2) a qualidade de *agente*, que denota a capacidade de agir intencionalmente. Sobre isto, Dall'Agnol afirma:

Uma visão mais adequada da autonomia sustenta que ela é a capacidade de um indivíduo de expressar seu próprio caráter, seus valores, compromissos, convicções, interesses, etc. inerentes à forma de vida que leva. Por esse motivo, não seriam interesses quaisquer, mas somente os críticos, isto é, necessários para o bem-viver. Por conseguinte, a autonomia não é sinônimo de liberdade irrestrita, mas de autodeterminação. (DALL'AGNOL. 2004, p.32).

Beauchamp e Childress acreditam que para uma ação ser considerada autônoma ela precisa apresentar três condições:

1. *A intencionalidade;*
2. *O conhecimento;*
3. *A não-interferência.*

Teorias da autonomia

Beauchamp e Childress caracterizam uma pessoa dotada de autonomia como possuidora de traços como "capacidades do autogoverno, tais como a compreensão, o raciocínio, a deliberação e a escolha independente" (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 138). Os autores destacam neste ponto a importante diferença entre *pessoa autônoma* e *escolha autônoma*. Como visto acima, a pessoa autônoma é aquela que possui a capacidade de governar, já a escolha autônoma é o ato de governar efetivamente. Uma pessoa autônoma pode sofrer restrições temporárias tais como as impostas por uma doença, coerção ou mesmo por ignorância e, desta forma, falhar em governar a si mesma.

Segundo Beauchamp e Childress, para alguns autores da teoria ética contemporânea a autonomia é, de forma geral:

[...] uma questão de ter a capacidade de controlar ponderadamente e de se identificar com os desejos ou preferências básicos (de primeira ordem) de uma pessoa por meio dos desejos ou preferências

de nível superior (de segunda ordem). Por exemplo, um alcoólico pode ter o desejo de beber, mas também um desejo de ordem superior de parar de beber que prevalece sobre o desejo de nível inferior. (BEUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p.139).

Podemos entender que, segundo esta concepção, uma pessoa que possui a capacidade de agir sem ser guiada por seus desejos inferiores, mas, ao invés disso, consegue de maneira racional repudiar tais desejos de ordem inferior que tentam manipulá-la, esta é uma pessoa autônoma.

Outras teorias éticas afirmam que para uma pessoa ser considerada autônoma ela precisa ser "excepcionalmente autêntica, segura, consistente, independente, controlada, resistente ao controle de autoridade e a fonte original dos valores, das crenças e dos planos de vida pessoais" (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 140). Os autores citam, também, a existência de teorias segundo a qual para um indivíduo ser considerado autônomo é necessário que ele saiba avaliar e aceitar cada razão segundo a qual ele age. Beauchamp e Childress afirmam que algumas destas teorias possuiriam um nível muito elevado de exigências para que uma pessoa pudesse ser considerada autônoma, e desta maneira, ninguém seria completamente autônomo, mas sim, possuiria apenas algumas ações autônomas. Os autores afirmam que o foco da análise, são as premissas da autonomia ligadas aos requerimentos morais do "respeito à autonomia".

Para ser considerada uma ação autônoma, defenderemos a exigência apenas em um grau substancial de entendimento e de liberdade de alguma coerção, pois, se for aceito como decisão autônoma, apenas quem apresentar o ideal de decisão autônoma, nenhuma ou pouquíssimas serão as pessoas que irão ser consideradas perfeitamente capaz disso.

Os autores concluem considerando que para que uma pessoa seja considerada autônoma, devemos focar em contextos particulares para contemplar os critérios apropriados da autonomia substancial, e não determinar com base em uma teoria geral do que constitui um grau de autonomia substancial.

O princípio do respeito à autonomia

Para Beauchamp e Childress há uma diferença entre *ser autônomo* e *ser respeitado como agente autônomo*. O respeitar um *agente autônomo* envolve reconhecer o direito desta pessoa a possuir opiniões, fazer suas próprias escolhas e agir de acordo com seus valores e crenças pessoais. Para os autores, isso envolve muito mais do que apenas obrigações de não-intervenção, mas envolve, principalmente, obrigações de sustentar as capacidades dos outros de escolha autônoma. Beauchamp e Childress afirmam, então que:

[...] nessa concepção, o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam uma igualdade mínima entre pessoas. (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 143).

O princípio do respeito à autonomia possui como principais influências os filósofos Immanuel Kant e John Stuart Mill. Cada um destes filósofos possui argumentos para justificar as razões pelas quais devemos este respeito às pessoas. Para Kant, o respeito à autonomia tem origem no reconhecimento de que todas as pessoas possuem um valor incondicional, e de que todas as pessoas possuem também a capacidade de escolher e realizar o próprio destino. Como foi visto anteriormente, para Kant, as pessoas são um fim em si mesmas, o que faz com que elas jamais possam ser consideradas como meros meios para atingir um fim, isto é, um objetivo de outro. Sendo assim, Kant entende que não respeitar a autonomia de uma pessoa seria o mesmo que tratá-la como mero meio, o que se mostra moralmente reprovável.

De acordo com o pensamento de Mill, aos cidadãos deveriam ser permitidos a desenvolverem-se de acordo com suas convicções pessoais desde que não interferisse na expressão de liberdade dos demais. Mill afirmou também, que algumas vezes nos vemos obrigados a tentar persuadir os outros, quando estes possuem opiniões falsas ou não-ponderadas. Por isso, o autor defende tanto a *não-interferência* como o *fortalecimento da expressão autônoma*. Já Kant apresenta um imperativo moral que ordena que as pessoas sejam tratadas sempre como fins e nunca como meros meios. Apesar de serem muito

diferentes, ambas as teorias, de Kant e de Mill, apoiam o princípio do respeito à autonomia.

Em sua forma negativa, o princípio do respeito à autonomia pode ser descrito da seguinte forma: *as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões controladoras dos outros*. O princípio do respeito à autonomia exige uma obrigação geral e abstrata que não possui cláusulas restritivas tais como: "devemos respeitar as opiniões e os direitos dos indivíduos *desde que seus pensamentos e ações não prejudiquem outras pessoas seriamente*" (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 143). Segundo os autores, é correlato a esta obrigação o direito de autodeterminação que, além de diversos direitos de autonomia, inclui também os direitos de confidencialidade e de privacidade.

Como exigências positivas do princípio, podemos destacar como obrigação *positiva* o tratamento respeitoso ao revelar informações e o encorajamento da decisão autônoma do agente. Este princípio obriga os profissionais de saúde a *revelar informações, verificar e assegurar o esclarecimento e a voluntariedade, e encorajar a tomada de decisão adequada*. Para os autores, o princípio do respeito à autonomia, seus lados negativo e positivo, apontam que respeitar o outro envolve o esforço para encorajar e elaborar sua própria opinião acerca dos próprios interesses.

Devido ao fato dos diversos modos que esses princípios positivos e negativos agem na vida moral, eles então sustentam um grande número de regras morais mais específicas, como as seguintes:

1. "Dizer a verdade."
2. "Respeitar a privacidade dos outros."
3. "Proteger informações confidenciais."
4. "Obter consentimento para intervenções nos pacientes."
5. "Quando solicitado, ajudar os outros a tomar decisões importantes." (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 143)

É importante salientar que tanto o princípio de respeito à autonomia quanto suas especificações nestas regras morais não são absolutas, mas sim *prima facie*.

O princípio do respeito à autonomia é de extrema importância para a relação entre os profissionais da saúde e os seus pacientes. A importância de se respeitar a autonomia dos pacientes se dá principalmente quando estes encontram-se incapazes de exigir este

direito. Neste caso, quando o paciente encontra-se incapacitado, a família ou um representante legal passa a ser o porta-voz dos seus interesses. Nestas situações o *consentimento* apresenta-se fundamental. O médico deve, sempre que for possível, conseguir o consentimento do paciente antes de realizar um diagnóstico ou indicar um tratamento. Sobre o consentimento informado no Código Brasileiro de Ética Médica, Dall'Agnol escreve o seguinte:

O Código Brasileiro de Ética Médica expressamente exige que o médico obtenha o consentimento informado, *salvo em eminente perigo de vida* (art. 46). Em situações normais, antes de obtê-lo, o profissional da saúde tem o dever de *informar* ao paciente desde as condições de seu estado até os efeitos de um possível tratamento. Em outros termos, deve obter o *consentimento informado* (DALL'AGNOL, 2004, p. 34).

Para Beauchamp e Childress, os elementos que compõe o consentimento informado são os seguintes:

I. Elementos iniciais, considerados pré-condições:

- 1 – Capacidade de entender e decidir;
- 2 – Voluntariedade ao decidir.

II. Elementos de informação:

- 3 – *Revelação* da informação material;
- 4 – *Recomendação* de um plano.
- 5 – *Entendimento* (acerca da revelação e da recomendação)

III. Elementos do consentimento:

- 6 – *Decisão* em favor de um plano;
- 7 – *Autorização* do plano escolhido (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 166).

Estas condições valem apenas para as pessoas capazes de decidir livremente. Para as pessoas que não são capazes de decidir livremente há a necessidade de um representante legal para esta pessoa. Este representante tem o dever de agir de acordo com os interesses de seu representado.

Como foi dito acima, o profissional da saúde possui o dever de informar o paciente sobre o a realidade em que o mesmo se encontra, apresentando o prognóstico, mostrando os possíveis planos de ação e

ajudando-o a escolher o que de melhor se encaixa nos seus interesses. Porém, se o paciente decidir não optar por nenhum dos tratamentos apresentados, o profissional da saúde deve respeitar a sua vontade que, mesmo não escolhendo dentre as opções apresentadas, exerceu sua autonomia e decidiu livremente. É importante salientar que, através da ação beneficente do profissional da saúde, um paciente que estava incapacitado de exercer sua autonomia pode recuperar tal capacidade, fazendo assim com que o princípio do respeito à autonomia seja relativamente válido na medida em que o paciente recupera sua capacidade de deliberar. Dall'Agnol ressalta que:

É importante salientar que a Constituição Brasileira garante o direito à autonomia ao prescrever que ninguém pode ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei (art. 5). Até mesmo o Código Penal exige que esse direito seja respeitado e estabelece uma punição para aquele que forçar outra pessoa a fazer o que a lei proíbe ou não fazer aquilo que a lei ordena (art. 146). Portanto, o princípio do respeito à autonomia na biomedicina e na bioética em geral já está amparado legalmente. (DALL'AGNOL. 2004, p.37).

O princípio do respeito à autonomia é uma via de mão dupla, isto é, assim como vale para o paciente, ele também vale para o profissional da saúde. O último age de acordo com a sua autonomia ao deliberar com o paciente, ou seu representante, na escolha do melhor tratamento, todavia, o profissional da saúde também deve ser respeitado na sua autonomia e não pode ser obrigado a cometer alguma ilegalidade ou agir contra a ética médica. Portanto, esse princípio é importante, não apenas para o paciente, mas também para médicos, enfermeiros, cuidadores e etc.

1.3.2 O princípio da não-maleficência

O princípio da não-maleficência não está entre os princípios apresentados no Relatório Belmont. Em razão desta lacuna Beauchamp e Childress elaboraram, então, o princípio da não-maleficência a partir do princípio da beneficência que, muitos consideram conter (implicitamente) o princípio da não-maleficência, pois, o princípio que

afirma o dever de promover o bem às pessoas e não lhes causar danos estaria atrelado à esta condição.

O princípio da não-maleficência pode ser representado pela seguinte expressão "*primum non nocere*", que significa: antes de tudo não causar dano. Esta expressão foi emprestada do juramento hipocrático, que por sua vez serve de guia às ações dos profissionais que possuem atividades relacionadas à saúde. Desta forma, como afirma Dall'Agnol (2004, p. 39), o princípio da não-maleficência é o princípio que afirma a obrigação de não causar dano intencional e desnecessário. Esse princípio, assim como os demais que compõe o principialismo, atua como uma orientação para os profissionais da saúde além de afirmar a obrigação de um profissional da saúde que na impossibilidade de ajudar ou de fazer o bem, que este profissional ao menos não cause danos ao paciente. William Frankena decompõe o princípio da beneficência em quatro obrigações gerais, são elas:

1. "Não devemos infligir males ou danos."
2. "Devemos impedir que ocorram males ou danos."
3. "Devemos eliminar males ou danos."
4. "Devemos fazer ou promover o bem." (FRANKENA *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 210).

Frankena considera que estes elementos devem ser considerados a partir de uma hierarquia, segundo a qual o primeiro elemento tem precedência sobre o segundo, o segundo sobre o terceiro, e o terceiro sobre o quarto. Ao aplicar tais elementos em um caso de conflito deve-se respeitar a hierarquia acima apresentada.

O princípio da não-maleficência se diferencia de maneira sutil do princípio da beneficência do qual fazia parte originalmente. Os dois princípios sofrem uma transição gradual de um para o outro. O princípio da beneficência, como será visto mais a frente nesse mesmo capítulo afirma a obrigação de agir segundo o interesse do paciente. Porém, primeiramente não se deve causar dano ao paciente e, a partir disso, havendo a possibilidade, deve-se ajudá-lo agindo de acordo com o interesse do mesmo. Desta forma, fica clara a transição e a conexão existentes entre um princípio e outro. Beauchamp e Childress consideraram dentre as quatro obrigações do princípio da beneficência citadas por Frankena a primeira como uma obrigação do princípio da não-maleficência e as demais como obrigações da beneficência (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 210). Estas obrigações, assim

como os princípios, valem *prima facie* e, sendo assim, não possuem nenhuma estrutura hierárquica ou classificação normativa:

Obrigação da Não-maleficência:

1 – "Não devemos infringir mal a outro."

Obrigações da Beneficência:

2 – "Devemos impedir que ocorram males ou danos."

3 – "Devemos sanar males ou danos."

4 – "Devemos fazer ou promover o bem." (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 212).

Todas as obrigações da beneficência exigem que o profissional da saúde haja sempre operando ativamente evitando os danos, sanando-os e promovendo o bem. Já a obrigação da não-maleficência requer intencionalmente que não se cometa ações que possa causar danos. Isso deixa claro a forma das regras do princípio da não-maleficência: "não faça X". Beauchamp e Childress afirmam:

As obrigações de não prejudicar os outros (por exemplo, aquelas que proíbem roubar, mutilar e matar) são claramente distintas das obrigações de ajudar os outros (por exemplo, proporcionando benefícios, protegendo interesses e promovendo o bem-estar) (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 210-211).

Um conceito fundamental para o princípio da não-maleficência é o conceito de *dano*. Segundo Beauchamp e Childress (2002, p. 213), o termo dano é bastante abrangente e, de certa forma, pode ser considerado ambíguo, pois ele pode significar violação de direitos, tortura psíquica ou física, difamação, injúria e etc. Ou até mesmo comprometimento da reputação, propriedade, privacidade ou liberdade. Quando se diz "X prejudicou Y" pode significar que X tratou Y de modo injusto, ou que X lesou Y, ou que X frustrou ou pôs obstáculos nos objetivos de Y. Podem existir diversos tipos de danos e, por este motivo, o princípio da não-maleficência inclui muitas regras morais. Alguns exemplos destas regras citadas por Beauchamp e Childress (2002, p.214) são:

1 – "Não matar."

- 2 – “Não causar danos.”
- 3 – “Não causar incapacitação a outros.”
- 4 – “Não causar ofensa a outros.”
- 5 – “Não despojar outros dos prazeres da vida.” (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 214).

Diferentemente dos outros princípios que compõe o princípalismo, o princípio da não-maleficência está relacionado diretamente com problemas específicos da relação médico-paciente. Um exemplo desta situação são os dilemas morais relacionados com tratamentos que envolvem novas tecnologias como os respiradouros, por exemplo, que mantêm o paciente vivo apenas por meios artificiais. Ou ainda, tratamentos que possuem efeitos colaterais severos como os medicamentos para sanar a dor, mas que, no entanto, podem causar a morte do paciente. Devido a estes e outros dilemas da área médica, foram desenvolvidos nos códigos profissionais e na lei, alguns parâmetros para a especificação dos requerimentos da não-maleficência na assistência à saúde. Estes parâmetros são especialmente importantes no que se refere à decisões por não-tratamentos ou tratamentos polêmicos. Alguns destes parâmetros devem ser revisados, porém outros são muito úteis (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 217). Muitos dos parâmetros considerados tradicionais são baseados nas seguintes distinções:

- 1 – “Entre a rejeição e a interrupção de um tratamento de suporte de vida”
- 2 – “Entre um tratamento comum e um tratamento extraordinário (ou heroico)”
- 3 – “Entre alimentação artificial e tecnologias médicas de suporte de vida”
- 4 – “Entre efeitos pretendidos e efeitos meramente previstos” (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 217).

Beauchamp e Childress consideram que essas distinções devem ser substituídas pela distinção entre formas de tratamento obrigatórias e opcionais e ainda que sejam seguidas por uma concepção da relação custo-benefício, porém, se permanecerem como estão, estas distinções são insustentáveis.

O princípio da não-maleficência é especialmente relevante, consideram os autores, por permitir que certos assuntos, polêmicos e longe de um consenso significativo, possam ser discutidos sob a ótica do

princípio que possui como regra não causar dano. Outra importante consideração acerca deste princípio está na afirmação de Beauchamp e Childress de que o princípio da não-maleficência defende que devemos proteger as pessoas em geral contra certos tipos e graus de danos. Este princípio afirma ainda que devemos evitar causar danos a elas. Beauchamp e Childress consideram que admitindo isso, "estamos apenas a uma pequena distância da conclusão positiva de proporcionar benefícios tais como a assistência a saúde" (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 279).

1.3.3 O princípio da beneficência

Comumente a palavra beneficência é utilizada para designar atos de compaixão ou bondade. Essa palavra está relacionada a *fazer o bem aos outros, causar o bem ao próximo*. A palavra beneficência é, geralmente, relacionada ao amor, o altruísmo, a benevolência e etc. Porém, há uma diferença fundamental entre estes conceitos. O altruísmo, o amor, a humanidade são uma forma de beneficência já a benevolência, afirma Dall'Agnol (2004, p. 43), é a disposição para agir de forma beneficente. E, diferente da benevolência e da beneficência comum, o princípio da beneficência está relacionado à obrigação moral de agir em benefício de outros.

De forma sintética, o princípio da beneficência pode ser formulado da seguinte maneira: "faça o bem aos outros". Isto significa que todo o profissional da saúde tem o dever de fazer todo o possível para garantir a saúde do paciente ou restituir a mesma. Segundo Beauchamp e Childress, muitos atos beneficentes não são obrigatórios, mas, para eles, o princípio da beneficência impõe a obrigação de ajudar outras pessoas.

O princípio da beneficência é dividido em: *beneficência geral* e *beneficência específica*. A beneficência geral é direcionada as pessoas de um modo geral. A beneficência específica é direcionada a indivíduos ou grupos específicos como as crianças, os amigos, os pacientes etc.

A Beneficência Geral

As obrigações da beneficência geral "fundam-se do simples fato de que há outros seres no mundo cuja condição podemos melhorar", é o que afirma Ross (ROSS *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 286). Este conceito de beneficência geral impõe a condição de ajudar até

mesmo pessoas que não se simpatiza, não se conhece, ou mesmo não se concorda. Os autores acreditam que esta teoria ética é deveras exigente. Eles relatam que em uma obra cujo tema é a promoção do bem global, a autora, Shelly Kagan⁸ afirmou que exigir que estranhos tratem-se como tratam suas famílias é uma tese irreal e pode até ser considerada perigosa. Uma tese assim impõe um padrão inalcançável que pode desviar o foco das responsabilidades de cada um para com suas famílias e dependentes onde são claras as obrigações envolvidas de cada um e desvia o foco para obrigações para com estranhos onde as obrigações são obscuras.

Peter Singer argumenta que "caso esteja em nosso poder evitar que algo ruim aconteça, sem com isso sacrificar nada que tenha uma importância moral comparável, então devemos fazê-lo" (SINGER *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 287). Esse é um exemplo onde há uma distinção entre a eliminação do dano, a prevenção do dano e a promoção do benefício. No caso de Singer, há uma distinção entre a prevenção do mal e a promoção do bem. No argumento de Singer é defendido que a moralidade pode exigir que sejam feitos sacrifícios, como por exemplo, que o nível de vida seja reduzido para que se ajude pessoas necessitadas por todo o mundo. Contra esse modelo, Slote elaborou o "princípio da obrigação positiva" (SLOTE *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 287) que funciona da seguinte forma: "uma pessoa tem a obrigação de prevenir males ou danos sérios sempre que possa fazê-lo sem que isso interfira seriamente em seus planos ou em seu estilo de vida e sem que produza outros males por comissão" (SLOTE *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 287). Slote defende que não se pode exigir que se transforme o estilo de vida em um "plano de vida básico", para ele, isso seria louvável, porém, não pode ser tido como uma obrigação beneficente.

A beneficência específica

A beneficência específica, por sua vez, impõe a obrigação de ajudar em determinados casos, como, por exemplo, socorrer pessoas identificáveis que precisam de ajuda. Este princípio impõe também obrigações fundadas em relações morais especiais como no caso de haver parentesco, amizade e, nas relações profissionais, no caso dos profissionais da saúde na assistência à saúde. Nos casos onde vigora a beneficência específica significa que a liberdade de escolha permitida na

⁸ Kagan, Shelly, *The limits of Morality*. Oxford: Claredon Press, 1989.

beneficência geral é eliminada ou reduzida. Beauchamp e Childress consideram que:

[...] uma pessoa X tem uma determinada obrigação de beneficência para com a pessoa Y se e somente se cada uma das seguintes condições for satisfeita (assumindo-se que X está ciente dos fatos relevantes):

1. Se Y está em risco de perder a vida, de sofrer um dano à saúde ou de ter algum outro interesse importante prejudicado;
2. Se a ação de X é necessária (isoladamente ou em conjunto com as de outros) para evitar essa perda ou esse dano;
3. Se a ação de X (isoladamente ou em conjunto com as de outros) tem uma alta probabilidade de evitar perda ou dano;
4. Se a ação de X não representaria riscos, custos ou ônus significativos para X;
5. Se o benefício que espera que Y obtenha exceder os danos, os custos ou fardos que recairão sobre X. (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 288-289).⁹

Com essas condições fica estabelecido quando e como um profissional da saúde deve agir em benefício de outros. Segundo Dall'Agnol (DALL'AGNOL, 2004, p. 46), estas condições devem ser seguidas como um ato obrigatório de beneficência, e não deve levar em consideração outras relações morais do profissional da saúde.

O princípio possui várias regras de beneficência obrigatória, muitas das quais constituem uma importante parte da moralidade. Beauchamp e Childress (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 284) afirmam que, em virtude de suas várias características positivas, o princípio da beneficência fundamenta uma série de regras morais, são algumas destas regras as seguintes:

⁹Aqui os autores acrescentam: "em nossa formulação, estamos em débito com Eric D'Arcy, *Human Acts: An Essay in Their Moral Evaluation* (Oxford: Clarendon Press, 1963), pp. 56-57. Acrescentamos a quarta condição e alteramos outras. Ver também Ernest J. Weinrib, "The Case for a Duty to Rescue", *Yale Law Journal*, 90 (dezembro de 1980): 247-93; e Joel Feinberg, *Harm to Others*, vol. I de *The moral Limits of the Criminal Law* (Nova York: Oxford University Press, 1984), cap.4."

1. "Proteger e defender os direitos dos outros."
2. "Eliminar as condições que causarão danos a outros."
3. "Evitar que outros sofram danos."
4. "Ajudar pessoas inaptas."
5. "Socorrer pessoas que estão em perigo" (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 284).

Como podemos notar, algumas destas regras nos remetem ao princípio da não-maleficência e, principalmente a segunda e a terceira regra são formuladas nos mesmos termos do princípio da não-maleficência, não causar danos.

Como a beneficência específica é um dever, disso se resulta um risco de que as ações dos profissionais da saúde possam culminar em um paternalismo. O paternalismo pode ser dividido em *paternalismo forte* e *fraco*. Segundo Dall'Agnol, o *paternalismo fraco* pode ser caracterizado como a ação do profissional da saúde de acordo com a beneficência, ou seja, agindo para proteger os interesses do paciente quando o mesmo encontrar-se em uma situação na qual não seja possível de exercer sua autonomia. O *paternalismo forte* é quando a vontade e os interesses do paciente não são respeitados e, ao invés disso, o que ocorre é a intervenção de um profissional da saúde que impõe a sua vontade do que ele acredita ser o melhor para o paciente, indo contra a autonomia do próprio paciente. Este tipo de paternalismo, o paternalismo forte é justificável apenas no contexto em que o paciente corre risco de morte e, desta forma, necessita que o profissional da saúde intervenha para decidir o que pode ser feito para salvar o paciente.

1.3.4 O princípio da justiça

Na tentativa de se conceituar o termo justiça, diversas palavras foram empregadas, tais como: “equidade”, “merecimento”, “prerrogativa” e etc. O que essas diversas palavras querem significar sobre o que é justiça é, de uma maneira geral, o mesmo que a sentença a seguir: "um tratamento justo, equitativo e apropriado". Dentro da justiça existem subdivisões que criam alguns tipos específicos de justiça, tais como: a *justiça distributiva*, a *justiça criminal* e a *justiça civil*.

A *justiça distributiva* está relacionada à distribuição de encargos e benefícios, como recursos, taxas, propriedades, privilégios e oportunidades. A *justiça criminal* abarca tudo o que se refere à aplicação

justa de punições, que frequentemente ocorre por meio do direito penal. A *justiça civil* está diretamente relacionada ao direito civil e trata de casos onde há a exigência de uma compensação justa causadas por problemas de natureza transacionais como é o caso da quebra de contrato.

Para que fique mais evidente como funciona a justiça distributiva, Beauchamp e Childress (2002, p. 353) apresentam um exemplo da aplicação prática deste tipo de justiça: um grupo de estudiosos composto por médicos, advogados e especialistas em ética analisaram as vantagens e desvantagens de se utilizar a tecnologia moderna para se construir um coração totalmente artificial. Dentre todas, o grupo chegou a apenas três possibilidades: a primeira seria a possibilidade de não construir coração algum por se tratar de um investimento muito caro; a segunda possibilidade seria de produzir um coração movido a energia nuclear; e a terceira possibilidade seria de produzir um coração que funcionasse movido por um motor elétrico ou baterias recarregáveis. Após muito deliberarem, chegaram ao consenso de que o coração movido a um motor elétrico ou baterias recarregáveis representaria menos riscos ao receptor, a família do receptor e ainda a outros membros da sociedade do que a possibilidade de construir um coração artificial movido por energia nuclear. Para se chegar a esse resultado levaram-se em consideração as implicações para a qualidade de vida do receptor, os custos deste coração para a sociedade e o custo relativo em comparação com outras necessidades médicas que poderiam ser realizadas em seu lugar. A conclusão do grupo foi a de que mesmo com os altos custos da criação de um coração artificial, seria injusto não fazê-lo em prol daqueles que o necessitam (isso baseado no fato de que a justiça distributiva o requeria) e, teria que ser um coração movido por motor elétrico ou a baterias recarregáveis, pois, o coração movido pela energia nuclear significaria um risco para o receptor, para a família dele e para a sociedade de um modo geral.

O exemplo apresentado acima é uma mostra da aplicação de ponderação da justiça distributiva. A ponderação das alternativas leva em consideração os benefícios, custos e riscos que cada alternativa apresenta e, também, a contribuição de cada alternativa para a sociedade. É desta forma que a justiça distributiva funciona.

Todas as teorias da justiça possuem como fio condutor uma ideia do que significa a justiça. Esta ideia é atribuída a Aristóteles e diz o seguinte: “iguais devem ser tratados de modo igual, e não-iguais devem ser tratados de modo não-igual” (ARISTÓTELES *apud*

BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 355). Porém, como é possível determinar como se dá este tratamento denominado "igual" ou "não-igual"? Para especificar as características essenciais para que haja um tratamento "igual" existem os princípios materiais de justiça. São estes princípios que identificam as propriedades importantes para distribuição. Beauchamp e Childress citam alguns princípios da justiça elaborados por diferentes autores:

1. “A todas as pessoas uma parte igual;”
2. “A cada um de acordo com sua necessidade;”
3. “A cada um de acordo com seu esforço;”
4. “A cada um de acordo com sua contribuição;”
5. “A cada um de acordo com seu merecimento;”
6. “A cada um de acordo com as trocas do livre mercado” (BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 355).

Ao contrário do que foi feito como os princípios anteriores, o princípio do respeito à autonomia, o princípio da não-maleficência e o princípio da beneficência, aqui, no princípio da justiça, os autores não elegeram um princípio da justiça, mas sim, apresentaram importância da justiça que não é fundamental apenas para a bioética, mas essencial em todas as esferas da sociedade. Na bioética o princípio da justiça envolve questões de acessibilidade à saúde, distribuição de recursos etc.

Há uma importante separação entre dois tipos de justiça, a *justiça formal* e a *justiça material*. O princípio da *justiça formal* pode ser enunciado da seguinte forma: "trate equitativamente as pessoas" (DALL'AGNOL, 2004, p. 49). Este princípio possui a mesma intenção da formulação de Aristóteles, que foi citada acima, "iguais devem ser tratados de modo igual, e não-iguais devem ser tratados de modo não-igual" (ARISTÓTELES *apud* BEAUCHAMP e CHILDRESS. 2002, p. 355), esta relação abrange os profissionais da saúde, pacientes e demais relações institucionais e sociais existentes em uma sociedade. Dall'Agnol (DALL'AGNOL, 2004, p. 50), cita algumas regras que podem ser formuladas a partir do princípio de justiça formal:

1. Respeite cada pessoa em sua individualidade;
2. Trate os direitos de todos igualmente;
3. Considere os interesses e as necessidades específicos de cada indivíduo.

O princípio da justiça material pode ser formulado como: "distribua eficazmente os bens segundo a necessidade" (DALL'AGNOL, 2004, p. 52). Esse princípio abrange o aspecto da distribuição de recursos médicos, o acesso a saúde, investimentos na área da saúde etc.

Teorias da justiça

A *justiça distributiva* possui quatro teorias centrais que existem para que se possa justificar e tornar coerente os diferentes tipos de regras, julgamentos e princípios. As *teorias utilitaristas* possuem como ideia central maximizar a utilidade pública e do bem-estar; as *teorias liberais* defendem o direito à liberdade social e econômica; as *teorias comunitaristas* apoiam as práticas de justiça tradicionais, que evoluem dentro de uma tradição; e as *teorias igualitárias* que preconizam o acesso igual e justo de todas as pessoas aos bens considerados essenciais e que todas as pessoas racionais valorizam.

Fica claro que os autores consideram a justiça como algo que permeia toda a vida humana, assim, ao contrário do que haviam feito anteriormente com os demais princípios, não elaboraram um princípio específico, mas preferiram apresentar tipos de justiça, teorias de justiça e, principalmente, salientar a importância da justiça em todo o âmbito da vida humana. Na bioética, a justiça representa o acesso à saúde, a igualdade de direitos, a distribuição de recursos, o atendimento quando necessário e, também, a relação entre os profissionais de saúde e os pacientes. Com a existência de diferentes tipos de pontos de vista, a existência de diferentes teorias da justiça também se faz necessária para assim ser possível apresentar e justificar diferentes princípios e julgamentos. Com tantas aplicações e se fazendo necessário em tão diferentes âmbitos, o princípio da justiça elaborado por Beauchamp e Childress não apresentou um princípio definido, mas sim, algumas elaborações e conceitos do que pode ser a justiça, esses conceitos servem de guia para a aplicação da mesma e na escolha de como agir nos casos.

Conclusão do capítulo

Neste capítulo foi apresentada a teoria do principialismo, sua origem e seus quatro princípios: o princípio da autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça. Foi visto, também, que estes princípios são válidos *prima facie*, fazendo

com que possuam o mesmo peso. A teoria do principialismo é a mais difundida teoria bioética. No ocidente é uma teoria largamente utilizada e, por ser muito utilizada, pode ser considerada uma boa teoria. Porém, no capítulo seguinte argumentaremos que o principialismo possui algumas falhas que fazem com que esta teoria se mostre frágil em alguns aspectos. Estes problemas podem prejudicar a eficiência e a confiabilidade que o principialismo pode apresentar. No próximo capítulo serão apresentadas quais falhas são estas e, mais adiante no capítulo três, qual poderia ser uma possível solução para sanar a fragilidade de tal teoria.

2. CRÍTICA AO PRINCIPIALISMO

Neste capítulo serão abordados os principais motivos pelos quais o principialismo pode ser considerado uma teoria que talvez pudesse ser fortalecida e melhorada em alguns aspectos. Esta dificuldade, enfrentada pela principal teoria bioética, possui como origem central o fato de basear suas escolhas e fundamentação das mesmas na moralidade comum. Nesta seção será abordado o tema da moralidade, suas dificuldades, o conceito de estranhos morais e as dificuldades que a moralidade impõe quando necessitamos justificar as escolhas para as pessoas que não partilham dos mesmos preceitos morais. Outro aspecto a ser abordado nesta parte é a questão do intuicionismo.

O objetivo deste capítulo é demonstrar como pode ser complicado estabelecer como método de ponderação e fundamentação a moralidade e, desta maneira, justificar a necessidade da utilização da teoria da ponderação de Alexy para fundamentar e guiar as escolhas dos princípios a serem utilizados em cada caso.

2.1 O problema da moralidade - panorama histórico

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

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

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

Platão, Aristóteles e os estoicos foram os primeiros ocidentais a tentarem detalhar a explicação racional do ser e da moralidade, explicações estas que mais tarde foram trabalhadas e fortalecidas pelo cristianismo que teve um papel de marginalização do ceticismo primitivo, substituindo o politeísmo pelo monoteísmo judaico-cristão. Com o crescimento e implantação do cristianismo, tudo passou a ser visto a partir da realidade de um único Deus verdadeiro, e com isso, os valores e a estrutura social também foram modificados, pois agora tudo passaria pelo julgamento do Deus único. Toda a história agora era modificada e adequada segundo o ponto de vista da salvação cristã. Segundo Engelhardt, a visão judaico-cristã, de um ponto de vista metafísico, apresentava uma mesma base no que se refere à origem e justificação da moralidade, assim como também apresentavam a mesma motivação para agir moralmente. Uma das características do cristianismo, diferente do judaísmo, é a crença de que com base apenas na razão, e sem a necessidade da fé, a moralidade cristã poderia, em grande parte, ser conhecida e compreendida. Engelhardt afirma que as questões bioéticas contemporâneas despontam diante de uma realidade onde há uma fragmentação da perspectiva moral. Um importante fato que marcou a história e representou uma mudança na visão acerca da moral foi o dia em que Martinho Lutero, em 1517, pregou suas 95 teses na Igreja de Todos os Santos, em Wittenberg, no Dia das Bruxas, pois, com este ato Martinho Lutero deu início a uma nova era no Ocidente, marcando assim, a quebra na crença da possibilidade de uma uniformidade da visão moral religiosa. Com isso, ficou evidente a impossibilidade de uma sociedade possuir um ponto de vista moral único, baseado na fé e governado por uma autoridade moral religiosa suprema. Quase um século depois, estas mudanças levaram a Europa à Guerra dos Trinta Anos e à Guerra Civil Britânica. Estas guerras duraram de 1618 a 1648, ano em que, a partir da assinatura de alguns tratados, a *Pax Westphalica* (Paz de Vestfália) foi declarada. A *Pax*

Westphalica marcou a impossibilidade de reunir a Europa ocidental sob a visão de uma única visão cristã.

À medida que este consenso ético e metafísico, possibilitado pela religião entrava em declínio na sua capacidade de influência, a evolução da ciência fazia com que as interpretações, até então seguras, quanto ao lugar do homem no mundo fossem minadas, fazendo com que as expectativas do racionalismo secular fossem fortalecidas. Engelhardt cita outros fatos históricos que julga serem decisivos na mudança do modo de pensar ocidental, como o descobrimento da América por Colombo em 1492, reafirmando a vastidão da geografia do nosso mundo e a existência de inúmeras culturas diferentes; a revolução Copernicana, criada por Nicolau Copérnico que ao elaborar um modelo heliocêntrico, privou a visão secular de uma perspectiva final ou absoluta, pois, com esta nova descoberta o homem deixa de ser o centro do universo; o livro *A Origem das Espécies*, escrito por Darwin em 1859, onde é apresentada uma teoria sobre a evolução das espécies. Esta obra modificou a visão divina sobre a criação humana, afastando o homem do Éden e de Deus, e o aproximando das demais espécies terrenas.

Engelhardt confirma que todo este enfraquecimento do cristianismo no Ocidente favoreceu o crescimento do iluminismo e da razão¹⁰. Uma crença de que a razão poderia revelar o critério da vida boa e dos cânones gerais da consciência moral, além de qualquer narrativa moral particular crescia em todo o Ocidente. A Guerra dos Trinta Anos e a Guerra Civil da Inglaterra fizeram com que crescesse esta esperança de encontrar através da razão uma moralidade comum. O povo clamava por uma moralidade comum, descoberta a partir da razão que os conduzisse à paz perpétua¹¹. Para Engelhardt o grande objetivo filosófico moral moderno é “garantir a substancia moral e autoridade prometidas pela Idade Média ocidental por uma sinergia de graça e razão, mas agora por meio do argumento racional” (ENGELHARDT, 1998, p. 29). Porém, segundo ele, esta esperança mostrou-se falsa. Segundo Engelhardt, a filosofia não foi capaz de preencher o vazio deixado pela ruptura da primazia do pensamento cristão no Ocidente e

¹⁰ A razão aqui refere-se ao pensamento racional que leva ao conhecimento e a razão. Esta razão era usualmente atingida através da filosofia ou da reflexão racional.

¹¹ Rumo a Paz Perétua, *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf* em alemão, é um panfleto escrito por Kant em 1795, que tornou-se uma de suas obras mais lidas. Neste panfleto Kant objetiva descrever como alcançar a tão sonhada paz perpétua.

mostrou-se apenas como mais uma nas várias filosofias e éticas concorrentes. Sobre esta tentativa fracassada da filosofia, Engelhardt afirma que:

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

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

Engelhardt afirma que, mesmo com estas dúvidas acerca da racionalidade, houve indivíduos que tentaram transformar filosofias seculares particulares em movimentos de massa seculares impostos pelos governos. Apesar de todos os esforços de uma renovação com enfoque no compromisso e florescimento da fé, a Igreja Católica Romana, principalmente na Europa Ocidental, deparou-se com dissidência e discórdia. Engelhardt afirma que com pequenas exceções dos muçulmanos e de alguns movimentos religiosos fundamentalistas, a crença religiosa de um modo geral tem definhado. Nas palavras de Engelhart, segundo o papa João Paulo II:

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

Engelhardt afirma, então, que a bioética contemporânea encontra-se com bases fundadas no ceticismo, perda de fé, convicções

persistentes, uma diversidade de visões morais e ainda os crescentes desafios das políticas públicas, isto é, a bioética está situada dentro do que ele chama de um caos moral¹².

O cenário em que se encontra as sociedades ocidentais contemporâneas é de secularismo, pluralismo e uma variedade de sentimentos e crenças morais. Os vários movimentos históricos dissolveram as mais tradicionais instituições religiosas. Engelhardt sustenta que tal diversidade, que hoje está em evidência, sempre existiu nas sociedades antigas, porém, de forma mais sutil.

Engelhardt acredita que apesar das dificuldades estabelecidas por uma sociedade secular, a nova esperança filosófica está no descobrimento de um *comunalismo geral de pessoas*. Segundo o autor, este comunalismo propõe por intermédio da descoberta de uma moralidade canônica que deveria unir estes membros de comunidades morais diversas, os chamados *estranhos morais*. Frente a toda esta diversidade de morais, Engelhardt declara que tem sido o objetivo do moderno projeto filosófico, descobrir uma moralidade secular essencial que abarque diferentes comunidades de crenças religiosas e ideológicas.

2.2 O problema da moralidade – problemas contemporâneos

Tendo discorrido a respeito da história da moralidade ocidental e suas dificuldades, o autor adentra sua teoria sobre *moralidade essencial* e *estranhos morais*, duas expressões fundamentais neste trabalho. Por *moralidade essencial* podemos entender *uma moralidade puramente continuísta* onde as pessoas transmitem aos esforços comuns à *autoridade moral de seu consentimento*. *Estranhos morais* são aqueles indivíduos que não compartilham das mesmas opiniões, crenças e visão moral.

Entre estranhos morais não é possível resolver desavenças entre si através da argumentação racional, eles possuem a necessidade de resolver suas diferenças por meio de um acordo comum por intermédio de indivíduos e instituições de autoridade reconhecida para resolver as desavenças morais e dar orientação moral essencial, pois, eles não compartilham uma visão moral que lhes permita que resolvam seus

¹² O caos moral a que Engelhardt se refere faz alusão a pluralidade de morais que existe na sociedade atual. Pelo fato da bioética estar inserida nessa sociedade, o autor crê que a bioética também esta em meio a esse caos moral. Isso se torna relevante quando na bioética fazemos uso da moral para tomar decisões e justificá-las.

conflitos com base em premissas morais comumente aceitas. As diferentes visões morais fazem com que haja diferentes interpretações de premissas e regras. Os *estranhos morais* são opostos aos *amigos morais*. Os amigos morais compartilham a mesma visão, possuem a mesma postura moral e os mesmos valores, o que possibilita a resolução de suas desavenças por meio de uma argumentação racional. Numa mesma sociedade encontramos diferentes sistemas morais e, segundo Engelhardt, esta é a composição da sociedade contemporânea, ou seja, é sobre este pressuposto que devemos nos basear. Os diferentes sistemas morais estão presentes em comunidades compostas por amigos morais e estranhos morais, por causa deste misto (de amigos morais e estranhos morais), existe o fato de não se obter o êxito na tentativa de implementar uma moral única na sociedade, seja ela secular ou fundada na religião. Para Engelhardt o único instrumento mediador diante de uma sociedade secular é a argumentação racional. Para nosso autor, a divergência quanto à aplicação de princípios *prima facie* é válida apenas entre amigos morais, haja vista que, entre estranhos morais, que não possuem a mesma visão moral, a discussão não seria possível. Segundo Engelhardt:

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

Podemos entender com base nesta afirmação que para que os princípios com validade *prima facie*, como no principialismo, possam ser utilizados em uma sociedade secular, constituída por estranhos morais, como as sociedades ocidentais contemporâneas, há a

necessidade de um acordo comum intermediado por uma autoridade que possa dar a orientação moral essencial e resolver o conflito. Como foi dito na citação acima, os apelos por uma resolução dos conflitos entre princípios *prima facie* são possíveis quando indivíduos que partilham as mesmas visões morais reconstituírem seus sentimentos morais dentro de abordagens teóricas divergentes, porém, entre estranhos morais, isso não é possível.

2.3 O intuicionismo e suas dificuldades

Como visto até então, o principialismo não possui um método racional para escolha do princípio ou princípios a serem utilizados em cada caso. O método utilizado para a escolha dos princípios no principialismo é o intuicionismo, o qual veremos a seguir.

O intuicionismo aqui apresentado será o intuicionismo trabalhado por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*. Rawls define o intuicionismo como: “a doutrina segundo a qual há um conjunto irreduzível de princípios básicos que devemos pesar e comparar perguntando-nos qual equilíbrio, em nosso entendimento mais refletido, é o mais justo.” (RAWLS. 2000, p. 36-37). Como pôde ser visto, a escolha se dá através de uma reflexão que é guiada por um sentido do que seria considerado mais justo por cada agente. Rawls acrescenta, afirmando que “o intuicionista afirma que não existem critérios construtivos de ordem superior para determinar a importância adequada de princípios concorrentes da justiça.” (RAWLS. 2000, p. 37). Em uma situação onde os fatos envolvem a moral, o intuicionismo não apresenta um padrão que possa ser seguido em outras situações semelhantes. Portanto, segundo Rawls, as teorias intuicionistas apresentam duas características fundamentais, a primeira delas define que as teorias intuicionistas constituem-se de uma pluralidade de princípios básicos que podem conflitar-se e apontar para soluções opostas em certos casos; a segunda característica define não haver método específico ou regra de precedência para avaliar e ordenar os princípios e compará-los entre si. Sobre como se dá o processo de escolha no intuicionismo Rawls afirma que:

[...] precisamos simplesmente atingir um equilíbrio pela intuição, pelo que nos parece aproximar-se mais do que é justo. Ou então, se houver regras de prioridades, elas são consideradas mais ou menos triviais e não

oferecem grande ajuda na formação de um julgamento (RAWLS. 2000, p. 37).

Segundo a consideração acima, as escolhas realizadas através do intuicionismo não podem ser justificadas, uma vez que, ocorrem de acordo com a interpretação de um agente em particular o qual está julgando a situação. A resposta para “como agir na situação A?” variaria de acordo com o agente que estaria julgando esta situação, pois, o que uma pessoa considera como “aproximar-se do que é mais justo” pode não ser o mesmo para outra. O intuicionismo não é formulado para que possa oferecer uma justificativa racional que possa ser reconstituída para poder ser avaliada por mais agentes, suas escolhas representam a vontade e deliberação de um agente em particular o qual, para chegar a esta escolha, considerou seus próprios interesses do que seria considerado “o mais justo”. Segundo suas regras, mesmo quando houver regras de prioridade, o intuicionismo as considera como triviais e que não oferecem grande ajuda na formação de um julgamento.

Rawls cita que alguns pontos de vista que justificariam a falta de um critério racional nas escolhas do intuicionismo são associados a esta teoria, tais como “os conceitos do justo e do bem-estar não são analisáveis” (RAWLS, 2000, p. 37) e, desta forma, não necessitariam de uma argumentação racional segundo a qual fosse possível reconstruir as etapas que levaram o agente a sua escolha final. Rawls decide não se ater a estas doutrinas epistemológicas típicas, pois, acredita que elas não constituem uma parte essencial do intuicionismo como ele o entende e, assim, opta por tratar do intuicionismo partindo de um sentido mais amplo de pluralismo.

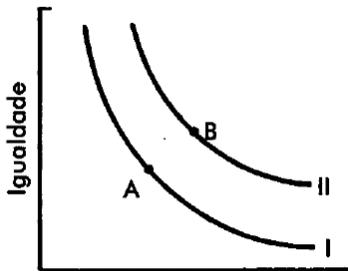
Partindo, portanto, desta perspectiva mais ampla de pluralismo, Rawls apresenta algumas concepções de justiça que guiam as escolhas do intuicionismo:

[...] nossas ideias comuns de justiça não são influenciadas apenas pela nossa situação, são também fortemente marcadas pelo costume e pelas expectativas vigentes. E por quais critérios devemos julgar a justiça do próprio costume e a legitimidade dessas expectativas? Para atingir algum ponto de entendimento e consenso que vá além de uma simples solução *de facto* para interesses concorrentes e confiança nos costumes consagrados e nas expectativas estabelecidas, é necessário utilizar um sistema mais geral que

determine o equilíbrio das regras ou pelo menos que o situe dentro de limites mais definidos. [...] O modo de ponderar as regras num grupo se ajusta ao modo de ponderá-los noutro grupo. Assim conseguimos introduzir uma certa coerência em nossos julgamentos da justiça; ultrapassamos o compromisso de interesses estreitos e *de facto* para atingir uma visão mais ampla. Naturalmente ainda nos resta um apelo à intuição na ponderação dos próprios fins políticos de ordem superior (RAWLS. 2000, p. 38-39).

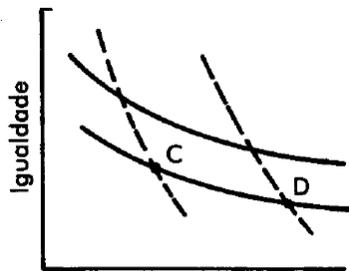
Rawls afirma que, diferente da concepção de justiça, os princípios das concepções filosóficas são mais gerais. Ele utiliza um exemplo para demonstrar como se dá a ponderação do que seria considerado justo e injusto. O exemplo apresentado se baseia na *dicotomia acumulação/distribuição*. Esta dicotomia possui dois fundamentos: o primeiro é o de que uma sociedade deve ser planejada a possuir uma estrutura a qual vise produzir o máximo de satisfação; e o segundo fundamento, é o de distribuir esta satisfação de modo igual. Ambos os princípios possuem cláusulas *ceteris paribus*¹³, acrescenta Rawls. O primeiro princípio, o da utilidade, atua como um padrão de eficiência; já o segundo princípio serve como um padrão de justiça. O autor destaca que não é fornecido nenhum tipo de regra de precedência para guiar a escolha e, justamente por possuir tal característica, esta é uma concepção intuicionista. Pessoas diferentes com critérios diferentes chegariam a resultados totalmente diferentes ao realizarem a ponderação destes dois princípios. Continuando com o exemplo, o autor supõe que seja possível medir a extensão em que conjunturas específicas da estrutura básica satisfazem esses princípios. A satisfação total é representada no eixo positivo das abscissas e no eixo das coordenadas é representada a igualdade. Um ponto no plano indica quando a conjuntura básica satisfaz esses princípios. Temos então:

¹³ Expressão latina que pode ser traduzida como “*todo o mais é constante*” ou, também, “*mantidas inalteradas todas as outras coisas*”.



Bem-estar Total

FIGURA 1



Bem-estar Total

FIGURA 2

(RAWLS. 2000, p. 40)

É possível identificar que o ponto que fica mais a nordeste do que o outro possui uma conjuntura melhor, pois, indica ser superior em ambos os aspectos. Isso ocorre na figura 1 onde o ponto B é melhor do que o ponto A. Ligando pontos considerados justos de forma igual são formadas as curvas de indiferença. Rawls explica que a curva I na figura 1 consiste nos pontos que têm valor igual ao do ponto A que está naquela curva; a curva II consiste nos pontos que têm valor igual ao do ponto B e assim consequentemente. Os pesos relativos da igualdade e da satisfação combinadas são representados através da inclinação da curva e pela localização do ponto; a urgência relativa dos princípios muda de acordo com a satisfação em maior ou menor grau dos princípios e isso interfere na inclinação da curva de indiferença. Assim, nota-se que nas curvas de indiferença da figura 1 ao diminuir a igualdade aumenta-se a soma de satisfação que compensa a diminuição da igualdade (RAWLS. 2000, p. 41).

Como dito anteriormente, o intuicionismo não possui um método para realizar o sopesamento dos princípios. As figuras 1 e 2, mostradas acima, demonstram que o resultado pode ser diferente de acordo com a interpretação e preferências da pessoa que está julgando. Rawls afirma que:

[...] ponderações muito diversas são consistentes com esses princípios. Suponhamos que a figura 2 representa os julgamentos de duas pessoas diferentes. As linhas contínuas representam os julgamentos de alguém que atribui um peso relativamente grande à igualdade, enquanto as linhas tracejadas representam os julgamentos de

outra pessoa que atribui um peso relativamente grande ao bem-estar total. Assim, enquanto a primeira pessoa classifica a conjuntura D como sendo igual a C, a segunda julga D superior (RAWLS. 2000, p. 41-42).

Segundo Rawls, os defensores da doutrina intuicionista acreditam que decisões com resultados muito distintos não ocorreriam com frequência nesta teoria, pois, os intuicionistas defendem que os agentes julgadores isolariam os critérios significativos, os "eixos visíveis", da nossa concepção de justiça e, ao identificarem estes eixos ou princípios, aí então os agentes que estariam julgando seriam capazes de equilibrar estes eixos de modo semelhante, desde que, não estejam sendo guiados por motivos egoístas visando seus próprios interesses. O autor considera ainda que caso este equilíbrio não ocorra, os agentes que estão julgando podem, no mínimo, concordar, então, com algum sistema a partir do qual suas avaliações se equilibrariam.

O intuicionista não nega que se possa descrever o modo como se pondera princípios concorrentes. Para o intuicionista, estes pesos que damos aos princípios podem ser expressos através das curvas da indiferença (demonstradas acima na figura 1 e 2). Os defensores desta doutrina acreditam que conhecendo a descrição destes pesos, os julgamentos a serem feitos a partir dos mesmos obterão resultados previsíveis. Portanto, considerando os pesos e os resultados previsíveis, o intuicionismo possuiria uma estrutura coerente e definida. Rawls afirma:

Naturalmente, pode-se alegar que na atribuição de pesos somos orientados, sem ter consciência do fato, por certos outros padrões ou pela melhor maneira de se conseguir um determinado fim. Talvez os pesos atribuídos sejam aqueles que utilizaríamos se tivéssemos de aplicar esses padrões ou perseguir esse objetivo. Admite-se que qualquer equilíbrio de princípios está sujeito a ser interpretado dessa maneira. Mas o intuicionista afirma que, de fato, tal interpretação não existe. E argumenta que por trás desses pesos não existe nenhuma concepção ética que se possa expressar. Uma figura geométrica ou uma função matemática podem descrevê-los, mas não há critérios morais implícitos que estabeleçam a sua racionalidade. O intuicionismo afirma que em

ossos julgamentos sobre a justiça social devemos atingir uma pluralidade de princípios básicos a respeito dos quais possamos apenas dizer que nos parece mais correto equilibrá-los de um certo modo e não de outro (RAWLS. 2000, p. 42).

Como destacado na citação acima, o que pode ser apresentado pelo intuicionismo como justificação do princípio ou princípios a serem priorizados, é apenas uma estrutura relativamente coerente. Esta estrutura daria conta de justificar parte dos resultados dos equilíbrios de princípios realizados, porém, como a própria citação afirma: *uma figura geométrica ou uma função matemática podem descrevê-los, mas não há critérios morais implícitos que estabeleçam a sua racionalidade*. O intuicionismo não pode proporcionar um critério de racionalidade. Ao final, tudo que pode ser dito sobre os resultados obtidos através do intuicionismo não pode ser justificado racionalmente. As escolhas do intuicionismo seriam, essencialmente, obtidas através da intuição:

A característica distintiva, portanto, das visões intuicionistas não está no fato de serem teleológicas ou deontológicas, mas na importância proeminente que conferem ao apelo às nossas capacidades intuitivas, sem dispor da orientação de critérios implícitos e reconhecidamente éticos (RAWLS. 2000, p. 43-44).

Desta forma, ao basear-se na intuição como critério de escolhas, o intuicionismo impede qualquer justificação racional acerca de seus resultados. Portanto, uma escolha feita através desta doutrina não poderia ser justificada de forma racional a outros agentes que não partilham da mesma opinião ou visão moral. Esta falta de um critério racional de justificação pode implicar em uma dificuldade no que se refere à aceitação dos resultados obtidos.

Conclusão do capítulo: a teoria da ponderação como agregadora ao princípalismo

Como foi apresentado neste capítulo, a sociedade contemporânea anseia por um guia moral. De acordo com Engelhardt, a filosofia fracassou no papel de desenvolver uma moralidade canônica essencial. Esta lacuna no que se refere a um referencial moral conduz a sociedade para uma realidade onde estranhos morais imperam. A

ausência de um referencial moral causa uma dificuldade no que se refere ao compartilhamento de referenciais, valores e pressupostos comuns a todos ou pelo menos a uma grande maioria. Estas diferenças de valores, referenciais e pressupostos acabam por causar uma dificuldade nas relações humanas, pois, estranhos morais não são capazes de solucionar suas controvérsias morais através do argumento racional. A discussão entre os estranhos morais se prolongam por horas e horas sem chegarem a um final, pois, estes não são capazes de solucionar suas diferenças através do argumento racional.

O mesmo ocorre no principialismo. Partindo da ideia de Engelhardt de que a sociedade contemporânea é composta por estranhos morais, não é possível que se chegue a uma fundamentação coerente e razoável acerca do princípio escolhido em um dado conflito entre princípios apenas apresentando para tal, argumentos baseados na moral. Este problema enfrentado hoje poderia ser solucionado com a aplicação da teoria da ponderação. Esta teoria possuiria um método para a escolha de princípios e, atrelado a isso, uma justificação bem fundamentada seria sempre apresentada. Desta forma, os conflitos entre estranhos morais poderiam ser resolvidos com argumentações racionais, aceitas por estranhos e, assim, o principialismo seria considerado uma teoria com bases mais sólidas tanto no que se refere à escolha de princípios quanto na fundamentação de tais escolhas.

Para que a ideia de Alexy seja melhor compreendida, será apresentada, no capítulo seguinte, parte de sua teoria de princípios e a teoria da ponderação.

3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY

No capítulo anterior foram trabalhadas algumas das dificuldades encontradas no principialismo. Ao apresentar tais dificuldades se mostrou necessária uma intervenção nesta teoria. Com vista nesta necessidade, neste capítulo apresentaremos a teoria dos princípios e a teoria da ponderação de Alexy que, tornando-se uma aliada do principialismo poderia lhe proporcionar bases mais sólidas. Neste capítulo é mostrado o conceito de norma, os dois tipos de normas sendo estas regras e princípios; o conceito de regras e o conceito de princípios e, como se dá a dinâmica dos conflitos entre regras e colisões entre princípios. Mais adiante, a teoria da ponderação é apresentada e, então, juntamente com a teoria dos princípios de Alexy, é possível perceber a total compatibilidade entre a teoria dos princípios e a teoria da ponderação e o principialismo.

3.1 Normas

Para adentrarmos no âmbito dos princípios na teoria de Robert Alexy, primeiramente é necessário que alguns outros temas sejam tratados, como o conceito de *norma*. Para ele, este conceito é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, podendo até ser considerado o mais fundamental dentre todos. Porém, devemos ser cautelosos já que o conceito de norma não se aplica apenas à Ciência do Direito. Esta palavra e outras mais, relacionadas a ela, como “regra”, “mandamento” ou “preceito”, são utilizadas em outras ciências como a Sociologia, Teologia, na Filosofia Moral e na Linguística, além de serem usadas também em nossa linguagem coloquial. Esta variedade de aplicações do termo “norma” se deve ao fato de haver uma grande variedade de sentidos que esta palavra carrega o que acarreta em uma ampla gama de aplicações deste termo, tal variedade de sentidos também contribui para que ocorram confusões e interpretações errôneas com relação ao sentido em que esta sendo empregado o termo. Daí pode-se perceber a importância de se trabalhar o conceito de “norma”.

Da polêmica acerca do conceito de norma

Há, segundo Alexy, uma grande discussão em torno do conceito de norma ser o conceito fundamental para a Ciência do Direito. Segundo

o autor, isso se deve ao fato de que toda definição deste conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, sendo assim, sobre seu próprio caráter. A partir disso, Alexy afirma:

Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como o ‘sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta’ ou uma ‘expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada’, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social. (ALEXY, 2006, pg. 52).

É preciso que haja um conceito de norma que seja ao mesmo tempo sólido e frágil. Sólido para poder tornar-se a base necessária para as discussões que se seguem, e frágil para que seja flexível e aplicável ao maior número possível de decisões dos casos abordados por Alexy na citação anterior. Segundo Alexy, tais exigências são satisfeitas através de um modelo semântico, o qual veremos a seguir.

O conceito semântico de norma

A ênfase deste modelo está na diferenciação entre norma e enunciado normativo¹⁴. Alexy cita como exemplo de enunciado normativo a seguinte frase:

¹⁴ Aqui, o autor acrescenta uma nota que consideramos importante para melhor entendimento do conteúdo. Segue a nota, nas palavras de Alexy: “Tal diferenciação é feita, de fato, por diversos autores, mas a terminologia é bastante vacilante e há uma série de diferenças tanto na fundamentação dessa diferenciação quanto naquilo que diz respeito às consequências dela advinda. A terminologia aqui adotada coincide com a de Christiane Weinberger e Ota Weinberger (cf. Christiane Weinberger/Ota Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, München: Beck, 1979, pp. 20 e 108). Ross diferencia entre a “forma linguística que expressa uma diretiva” e a “diretiva” (Alf Ross, *Directives and Norms*, London, London: Routledge & Kegan Paul, 1968, pp. 34 e ss.). A “diretiva” é o que aqui é chamado de “norma”. Ele, no entanto, dá outro significado ao conceito de “norma”, como será exposto mais adiante. Segundo Hans J. Wolff, o termo “norma” significa o “conteúdo (sentido) imperativo expresso por um ‘enunciado jurídico’” (Hans J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht*, I, 9ª ed., München: Beck, 1974, p. 115). Georg H. v. Wright

(1) “Nenhum alemão pode ser extraditado” (art. 16,§ 2º, 1, da Constituição Alemã)

A frase acima está apresentando a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Inferimos da frase “nenhum alemão pode ser extraditado” que é proibido que um alemão seja extraditado. Deste modo, segundo Alexy, uma norma é o significado de um enunciado normativo.

É importante que se diferencie uma *norma* de um *enunciado normativo*, pois, é possível expressar uma mesma norma através de diferentes enunciados normativos. No caso do exemplo anterior vemos que a norma que exprime a proibição da extradição de um alemão, pode ser expressa através de (1), como também pode ser apresentada como a seguir:

(1') É proibido extraditar alemães.

Ou

(1'') Alemães não podem ser extraditados.

emprega as expressões “formulação normativa” e “norma”, mas tal diferenciação não coincide totalmente com a tese aqui defendida acerca da relação entre enunciado normativo e norma (Georg H. v. Wright, Norm and Action, pp. 93-94). Rottleuthner adota a terminologia de von Wright (cf. Hubert Rottleuthner, Rechts theorie und Rechtssoziologie, p. 42). Já a expressão “enunciado normativo” é por ele empregada na esteira de Kelsen, para designar enunciados sobre a validade de uma norma. Kelsen chama tais enunciados de “enunciados jurídicos” e os contrapõe às “normas jurídicas” (Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, p. 73). Kelsen emprega a expressão “norma” de forma diversa da aqui proposta, pois segundo ele só é norma aquilo que tem “objetivamente o sentido do dever-ser”, o que para ele significa poder ser reconduzido a uma norma fundamental que fundamenta a validade objetiva (idem, pp. 7-8). Mesmo que desconsiderado isso, é difícil integrar a concepção de Kelsen no modelo aqui utilizado. Segundo Kelsen a norma é o “sentido de uma vontade, um ato de vontade” (Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Wein: Manz, 1979, p. 2; cf. também, do mesmo autor, Reine Rechtslehre, pp. 4 e ss.), o que parece ser algo completamente distinto do sentido ou significado de um enunciado. O sentido de um ato de vontade é caracterizado por Kelsen da seguinte forma: “que o outro deve se comportar de uma determinada maneira” (idem, Allgemeine Theorie der Normen, p. 31). Nesse sentido, ele afirma: “por ‘norma’ designa-se que algo deve ser ou acontecer, especialmente que uma pessoa deve se comportar de uma determinada maneira” (idem, Reine Rechtslehre, p. 4). Mas isso é exatamente o que aqui se entende por “norma”. Se se desconsideram os elementos mentalísticos (vontade, ato de vontade), parece haver relações estreitas entre o modelo aqui utilizado e a concepção de Kelsen.” (ALEXY, 2002, p. 53).

Podemos pensar ainda, que esta mesma norma pode ser expressa em outro idioma ou também através de um semáforo, sem utilizar um enunciado. Alexy ressalta que tais normas são facilmente identificáveis, pois, possuem termos como “proibido” ou “não podem”, porém, existem normas que não fazem uso destes termos. Como exemplo disto, Alexy cita o Código Penal Alemão, que possui fórmulas tais como a do § 223, 1: “Quem causar lesão corporal a alguém ou danos à sua saúde será punido com até três anos de prisão ou com multa em dinheiro”. Podemos notar que nesta afirmativa está sendo declarado algo que *deve ser*, não algo que *é*, diferente das frases anteriores. Utilizando este mesmo tipo de frase, poderíamos rescrever a afirmação anterior sobre proibição da extradição de um alemão:

(1’’) Alemães não serão extraditados.

Fica claro que o conceito de norma precede o conceito de enunciado normativo, sendo assim o conceito primário. Alexy afirma: “é recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível de norma, e não no nível do enunciado normativo” (ALEXY, 2006, pg. 54). Este critério, segundo Alexy, pode ser elaborado com a colaboração das modalidades deônticas, no entanto, aqui, restringiremos à apenas as modalidades do dever, da proibição e da permissão. Observado isso, podemos reconhecer que o enunciado: “alemães não serão extraditados” (1’’) exprime uma norma e, deste modo, é um enunciado normativo, pois, está expressando a proibição de extradição de alemães.

Esclarecida a precedência do conceito de norma ao conceito de enunciado normativo, podemos nos indagar acerca das modalidades deônticas. Analisaremos, agora, o que é uma *proibição*, e como identificar uma proibição em um enunciado. Alexy escreve que uma proibição é a negação de uma permissão e, sobre a possibilidade de reconhecer se um enunciado expressa uma norma, Alexy sustenta ser possível, tendo como base o contexto do enunciado, porém, por contexto o autor não se refere apenas aos outros enunciados que estão ligados à este enunciado, mas também, as circunstâncias e regras de sua utilização.

Como visto anteriormente, a norma pode ser expressa de diferentes formas, dentre estas formas podemos destacar uma delas. Tal tipo de norma ocorre quando ao dizer que a norma segundo a qual é proibido extraditar um alemão é expressa por enunciados como (1) “nenhum alemão pode ser extraditado”, (1’) “é proibido extraditar alemães” ou (1’’) “alemães não podem ser extraditados”. Ao utilizar expressões deônticas como “permitido”, “proibido” e “devem”, como

nos enunciados anteriores, estes enunciados devem ser chamados de “*enunciados deônticos*”.

Outro tipo de expressão deôntica levantada por Alexy é a expressão “tem direito a (...)”. Tais locuções expressam modalidades deônticas complexas. Oposto a isso, temos os enunciados imperativos, tais como “jamais um alemão será extraditado!”, e os enunciados imperativos sem expressões deônticas, tais como “alemães não serão extraditados” (1^o). Ambos não são enunciados deônticos, porém, sempre que tais enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deôntico que expresse a mesma norma. Disto podemos concluir que “nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico” (ALEXY, 2006, pg. 57).

A separação entre questões semânticas e questões relativas à validade

Como visto acima, a concepção semântica do conceito de norma diferencia o conceito de norma e o conceito de sua validade. Separar o conceito de norma de elementos que fossem relativos à validade traria a consequência de que todos poderiam expressar qualquer norma com qualquer conteúdo, porém, Alexy não considera que isso traga algum problema sério. Pois, segundo ele, para descobrir se algo é uma norma, não existe diferença entre questionar se ocorreu ou não o preenchimento de algum critério de validade, e, também é o caso, para descobrir se algo é ou não uma norma válida, tendo este já sido confirmado ser uma norma, se preencheu algum critério de validade. Alexy afirma que uma séria objeção, neste âmbito, seria uma objeção que demonstrasse que o conceito semântico de norma não reflete a linguagem jurídica e/ou a linguagem coloquial de forma tão completa quanto um conceito rico em elementos relativos à validade. Esta objeção pode ser verificada em diversos casos. Um exemplo deste caso é quando, utilizando a linguagem coloquial, um assaltante ordena: “não me deem moedas!”, esta ordem dificilmente seria classificada como a expressão de uma norma. Porém, se for entendido por “norma” apenas normas válidas, então um simples enunciado como “essa norma não é mais válida” torna-se contraditório. Voltando ao caso do assaltante, não apenas a questão sobre a validade traz dúvida ao uso do termo “norma”, mas também a estrutura lógica da sentença em si. Segundo o que pensa Alexy, a linguagem coloquial resiste em considerar normas individuais, tais como as “normas” expressas em decisões judiciais.

O problema da objeção da não-correspondência com a linguagem coloquial e a linguagem jurídica, relatado anteriormente, não está tanto ligado à validade, mas sim à estrutura, a inclusão de normas com determinada estrutura, como as normas individuais, no conceito de norma. Alexy considera que o conceito semântico de norma não é igualmente adequado a todos os fins, porém, para a aplicação do direito e problemas da dogmática jurídica é considerado o mais adequado que outros conceitos de norma. O conceito semântico de norma serve para lidar com situações como no caso de saber se duas normas são logicamente compatíveis, quais são as consequências de uma norma, se ela é válida, de que forma aplicá-la e interpretá-la, e ainda, se for considerada inválida devemos nos perguntar se esta norma deveria ser válida.

Um ponto positivo do conceito semântico de norma consiste em ser compatível com variadas teorias da validade e, além disso, ser pressuposto por elas. Alexy ressalta que a teoria da validade "deve ser entendida como uma teoria que forneça critérios para se saber quando uma norma é válida" (ALEXY, 2006, pg. 60). Segundo Alexy, a estrutura básica de uma teoria da validade pode ser descrita da seguinte maneira: "se a norma N satisfaz os critérios K1, ..., Kn, então, N é válida" (ALEXY, 2006, pg. 60). Para que possamos distinguir as diferentes teorias da validade é preciso analisar os diferentes tipos de critérios utilizados, por exemplo, se são citados fatos sociais, trata-se de uma teoria sociológica da validade. Quando há menção a edição por uma autoridade cuja competência deriva de uma norma de nível superior, então trata-se de uma teoria jurídica da validade. Quando há razão moral, esta é então uma teoria ética da validade. Alexy deixa claro que o conceito semântico de norma não exclui nem pressupõe nenhuma destas teorias, porém, para que cada uma destas teorias possa dizer que algo é válido, é necessário que se tenha algo que possa afirmar esta validade, para isso, o mais adequado é a norma em seu conceito semântico.

Asserção sobre normas e criação de normas

Se ao perguntarmos "posso pisar aqui?" alguém responde "sim, você pode pisar aqui", esta pessoa pode ter feito duas coisas diferentes. Está pessoa que respondeu pode ter informado àquele que perguntou sobre uma norma válida, de que é legal pisar ali, porém, também pode ter criado uma norma, neste caso sendo ela proprietária do local onde perguntamos se seria possível de se pisar. No primeiro caso, a pessoa

respondeu tendo em vista o que é permitido de acordo com a ordem jurídica vigente, sendo assim, esta pessoa estava respondendo acerca de qual norma é válida. Tais enunciados, cujo objetivo é informar quais normas são válidas são chamados, segundo Alexy, de "enunciados sobre validade normativa". No segundo caso, a pessoa, como proprietária do local, estava criando uma norma ao permitir que se possa pisar ali. Neste caso, ocorreu uma criação simples, o mesmo ocorre quando um pai estipula que o filho só poderá comer a sobremesa, se comer toda a sua refeição antes. Porém, existem também criações normativas complexas, como é o caso da "aceitação pelo Conselho Parlamentar, em 08/05/1949, e da autorização por parte das forças de ocupação, em 12/05/1949, a Constituição alemã, na semana de 16 a 22/05/1949, foi aceita pelos representantes do povo de dez dos onze Estados Federados e, depois da ratificação dessa aprovação pelo Conselho Parlamentar, em 23/05/1949, foi por este - representado por seu Presidente - promulgada" (ALEXY, 2006, p. 64 e 65). Estes enunciados são denominados enunciados sobre criação normativa.

3.2 Regras e Princípios

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

Para que pudesse ser feita a distinção entre regras e princípios, Alexy inicia por conceituar o termo "norma". São as normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais. As normas são formuladas através de expressões deonticas básicas da ordem da permissão, proibição e obrigatoriedade. Alexy afirma que um enunciado que contenha tais "operadores deonticos" (permissão, proibição ou obrigação) é considerado uma norma. As normas podem ser distinguidas entre *regras* e *princípios*, pois, tanto as regras quanto os princípios possuem "operadores deonticos", ambos dizem o que *deve ser*. Porém, regras e princípios constituem tipos de normas diferentes entre si. As *regras* são "mandamentos definitivos", ou seja, elas se apresentam sob a forma de um conteúdo determinado que é ou não realizado em sua

totalidade. Dworkin¹⁵ diferencia de acordo com a natureza lógica as regras dos princípios, afirmando que, diferente dos princípios, a aplicação das regras resultará sempre no “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), não havendo, assim, um meio termo.

Segundo Alexy, o ponto fundamental na distinção entre regras e princípios é que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2006, p. 90), significando que podem ser satisfeitos em diferentes graus, pois, sua medida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas, como visto acima, depende também das possibilidades jurídicas. Dworkin afirma que outra distinção importante entre regras e princípios é que princípios possuem a dimensão do peso ou importância. Isso fica evidente quando os princípios se inter cruzam e quem está decidindo o conflito necessita levar em conta a força relativa de cada princípio. Ao contrário, as regras não possuem tal dimensão, pois, no caso das regras podemos dizer que são “funcionalmente” importantes ou desimportantes. Caso ocorra de duas regras entrarem em conflito uma delas não pode ser válida.

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

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

3.2.1 Colisões entre Princípios e Conflito entre Regras

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

¹⁵ Dworkin elabora um estudo sobre princípios em sua obra intitulada: Uma questão de princípio. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2005.

Conflito entre Regras

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

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

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

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

Colisões entre Princípios

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

3.2.2 Lei de Colisão

Para adentrarmos na questão da *lei de colisão*, Alexy aponta um caso onde o réu apresenta uma incapacidade em apresentar-se na audiência processual devido ao risco que corria de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. Neste caso, ocorre uma tensão entre duas esferas: "o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado" (ALEXY, 2008, p. 95). Não podemos resolver essa situação alegando a precedência absoluta de um desses deveres, pois, nenhum deles goza de prioridade. O "conflito" deve ser resolvido através de um "sopesamento entre os interesses conflitantes". O sopesamento trabalha com interesses de um mesmo nível, portanto este vai definir qual destes interesses possui um maior peso no caso concreto: "se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, e têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da constituição" (ALEXY, 2008, p. 95).

Este mesmo exemplo equivale a uma colisão de princípios, como aponta Alexy, as diferenças se resumem apenas ao caráter terminológico. A "situação de tensão" descrita no exemplo, o que colide e necessita ser sopesado são "deveres", "direito fundamental", "pretensão" e "interesse" correspondente aos "princípios". Deixando um pouco de lado a questão da "correspondência", não fica difícil de enxergar a clara possibilidade de caracterizar esta situação decisória como uma colisão entre princípios. Se voltarmos à definição de "princípio" veremos que são "mandamentos de otimização" (ALEXY, 2008, p. 90), pois os princípios ordenam que algo seja "realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2008, p. 90). Fica claro ao falar do "dever de garantir, na maior medida do possível, a operacionalidade do direito penal" (ALEXY, 2008, p. 95) e por outro lado do "dever de manter incólume, na maior medida do possível, a vida e a integridade física do acusado" (ALEXY, 2008, p. 95), que é possível caracterizar tal situação como uma colisão de princípios. Ambos os deveres, se considerados isoladamente, apontariam para uma contradição, pois, o princípio da operacionalidade do direito penal indica para a realização da audiência, já o princípio de proteção da vida e da integridade física conduz para a

proibição da realização da audiência. Esta situação não pode se resolvida com a invalidação de um dos princípios, tampouco é possível resolvê-la com a introdução de uma cláusula de exceção, como ocorre no conflito de regras. Alexy afirma que a solução para esta colisão está no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, baseada nas circunstâncias do caso concreto. Ao considerar o caso concreto, esta *relação de precedência condicionada* estabelecida fixa condições específicas sob as quais um princípio tem precedência frente a outro. Sob condições diferentes, esta questão de precedência poderá ser resolvida de maneira diferente.

Segundo Alexy, a precedência condicionada é de extrema importância na compreensão das colisões entre princípios. Para entendermos melhor este conceito de precedência condicionada, Alexy apresenta um exemplo detalhado onde são demonstradas as diversas possibilidades de precedência condicionada. Para tanto, chamaremos os princípios colidentes no caso da incapacidade para participar de audiência processual de P1 (direito à vida e à integridade física) e P2 (operacionalidade do direito penal). Como vimos anteriormente, se considerarmos separadamente, P1 e P2 levam a juízos concretos de dever-ser contraditórios: P1 afirma que “é proibido realizar a audiência” e P2 afirma: “é obrigatória a realização da audiência”. O autor afirma que esta colisão pode ser resolvida através do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Como símbolo para a relação de precedência será utilizado o sinal *P*. Para indicar as condições onde um princípio possui precedência frente a outro será utilizado o sinal *C*. Neste caso, podemos verificar que existem quatro possibilidades de decisão do caso a partir da solução de uma colisão entre princípios:

- (1) P1 P P2.
- (2) P2 P P1.
- (3) (P1 P P2) C.
- (4) (P2 P P1) C.

(1) e (2) são relações incondicionadas de precedência. Podemos também chamar de relações de precedência “abstratas” ou “absolutas”. Alexy afirma que o Tribunal Constitucional Federal (alemão) exclui a possibilidade desta forma de relação de precedência com a afirmação: “nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro” (ALEXY, 2008, p. 97). O que resta, então, é apenas a

possibilidade de uma relação condicionada, que podemos chamar também de relação de precedência concreta ou relativa, como as que ocorrem sob os números (3) e (4). Resta-nos agora a questão: “sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder”. Alexy acrescenta que, neste contexto, o Tribunal Constitucional Federal utiliza-se da metáfora do peso. Nas palavras do Tribunal Constitucional Federal, o que importa é se os “interesses do acusado no caso concreto têm manifestadamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir” (ALEXY, 2008, p. 97). É claro, que estes interesses não possuem um peso quantificável e, assim sendo, é necessário esclarecer o que se objetiva ao falar de “pesos”. O conceito de relação condicionada de precedência apresenta uma resposta bastante clara, como vemos a seguir: “em um caso concreto, o princípio P1 possui um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 97). A seguir detalharemos mais a questão com um exemplo do que foi dito acima.

Segundo Alexy, o sopesamento realizado pelo Tribunal Constitucional Federal ocorre como descrito no modelo abaixo:

[...] na alusão às condições de precedência (C) e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, P1 prevalece sobre P2. A condição de precedência de P1 (ou seja, do princípio estabelecido por meio do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição alemã) encontra sua formulação mais feral no enunciado: ‘se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição’. (ALEXY, 2008, p. 97 e 98).

Alexy considera que o enunciado acima conduz a um ponto muito importante para a teoria das relações de precedência condicionadas, pois, nela “não há menção à precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão, de um direito ou de um objeto semelhante;” o que observamos na afirmação acima são condições sob as quais um direito fundamental é violado e, se uma ação

violiar um direito fundamental então esta ação é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Desta forma, continua Alexy, o que foi denominado aqui por “condição de precedência”, simbolizado pela letra “C”, realiza dois papéis.

No enunciado de preferência:

(3) (P1 P P2) C,

C é a condição de uma relação de precedência.

Na formulação da regra:

(5) Se uma ação h preencher C, então, h é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais.

Alexy sustenta que C é o pressuposto do suporte fático de uma regra. Segundo ele, este duplo papel desempenhado por C decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso ocorre, pois, a precedência do princípio estabelecido no art. 2º, § 2º, 1, “P1”, em face dos princípios colidentes com o mesmo sob as condições C isso significa que, apresentando as condições C, a consequência jurídica resultante de P1 é aplicável. A partir do que foi visto, a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferencia condicionadas e regras pode ser formulada:

(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Alexy apresenta uma versão mais simples e menos técnica desta mesma lei da seguinte maneira:

(K’) As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Percebemos, a todo o momento, uma afirmação da inexistência de uma relação absoluta de precedência e, também, uma referência a ações e situações que não são quantificáveis, isso se deve ao reflexo da natureza dos princípios, de mandamentos de otimização na lei de colisão.

O caráter prima facie das regras e dos princípios

Os princípios são mandamentos de otimização, sendo assim, devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, desta forma, não contém

mandamentos definitivos, mas sim, *prima facie*. Princípios possuem razões que podem ser afastadas por razões antagônicas e, esta relação entre razão e contra-razão não é determinada pelos princípios. "Os princípios, portanto, não dispõe da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas" (ALEXY, 2008, p.104).

As regras operam de maneira diferente. As regras exigem que seu conteúdo seja executado de maneira total. As regras possuem uma "determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas" (ALEXY, 2008, p. 104).

Alexy afirma que, diante do que foi explicado, seria possível, então, afirmar que as regras sempre apresentam esta característica de serem realizadas em sua totalidade e os princípios este caráter *prima facie*, o que lhes confere uma característica mais flexível onde seriam ou não realizados em sua totalidade, ou não, dependendo do caso apresentado. Dworkin apresenta um modelo onde as regras devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*), já os princípios apontariam apenas uma direção a ser seguida, porém, não impõe a decisão a ser tomada. Para Alexy, um modelo mais elaborado se faz necessário, porém, mesmo neste modelo mais elaborado o caráter *prima facie* das regras e princípios deve ser mantido.

Para Alexy, a necessidade de se manter o caráter *prima facie* das regras e princípios neste novo modelo se daria pelo fato de as regras possuírem uma certa flexibilidade, um caráter *prima facie*, por apresentarem a possibilidade de se incluir uma cláusula de exceção quando da decisão de um caso. E, isso ocorrendo, Alexy acredita que a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção em uma regra pode ocorrer, inclusive, por causa de um princípio. Diferente do que sustenta Dworkin, que acredita que cláusulas de exceção introduzidas devido a princípios não são nem teoricamente enumeráveis (ALEXY, 2008, p. 104).

Alexy acredita ser possível imaginar um sistema jurídico no qual a introdução de cláusulas de exceção proíba a restrição de regras. As regras as quais perdem este caráter definitivo estrito, adquirem um caráter *prima facie*, porém, este caráter *prima facie* é diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar a outro princípio antagônico em face do princípio antagônico apresentar um maior peso em determinado caso. No caso das regras, uma regra não é superada apenas pelo fato de o princípio contrário possuir um peso maior, no caso concreto, do que o princípio que sustenta a regra. Segundo Alexy:

É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados 'princípios formais'. (ALEXY, 2008, p. 105).

Em um ordenamento jurídico, o caráter *prima facie* das regras é tanto mais forte quanto mais peso se atribui aos princípios formais. E, Alexy acrescenta que, apenas quando não se atribui peso algum a este tipo de princípio é que regras e princípios passam a apresentar o mesmo caráter *prima facie*, porém, isso traria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras. É através da introdução de uma "carga argumentativa" a favor de um princípio ou de determinadas classes de princípios que o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido.

É importante destacar que mesmo com o fortalecimento do seu caráter *prima facie*, os princípios não possuem um caráter *prima facie* como o das regras. E, mesmo tratando desta parte sobre o ônus argumentativo, isso de maneira nenhuma exclui a necessidade de definir condições de precedência no caso concreto. Alexy afirma que esta "carga argumentativa":

[...] tem como consequência apenas a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação a outro caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida. Não há dúvida que isso reforça o caráter *prima facie* do princípio confirmado pela regra sobre o ônus argumentativo (ALEXY, 2008, p.106).

Assim sendo, mesmo com todos os argumentos apresentados por Alexy sobre uma necessidade clara de um refinamento sobre esta questão *prima facie* de regras e princípios, um e outro continuam a apresentar um caráter *prima facie* distintos.

Regras e princípios como razões

Regras e princípios possuem naturezas distintas, afirma Alexy, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, *razões prima facie*, e regras são razões definitivas (esta condição muda caso haja o

estabelecimento de alguma exceção). Nesta parte será esclarecido para quê regras e princípios são razões. Neste caso, princípios e regras podem ser considerados como razões para ações, como defendido por Raz (Cf. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, London: Oxford University Press, 1975, p. 15 e 58) e razões para normas, que podem ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). Alexy considera que regras e princípios devem ser considerados como razões para normas, mesma visão defendida pela Ciência do Direito, mas, sendo considerados razões para normas, indiretamente também se tornam razões para ações, o que faz com que a distância entre ambas as concepções seja menor do que aparenta. A grosso modo, na Ciência do Direito este conceito semântico de norma é desenvolvido para poder formular juízos acerca do que é proibido, devido ou permitido. Alexy acredita que ao limitar regras e princípios como razões para normas, os objetos que compõe sua fundamentação ficam limitados a uma mesma categoria, facilitando assim, sua análise lógica.

Há uma diferenciação que se faz acerca de regras e princípios onde se afirma que princípios são razões para regras e apenas para regras, porém, esta diferenciação, se analisada cuidadosamente, verifica-se incorreta, pois, se fosse seguir este critério, não seria possível utilizar diretamente princípios como razões para decisões concretas. Portanto, segundo Alexy, princípios podem servir também como razões para decisões concretas (normas individuais) e regras podem também ser razões para outras regras. Quanto à classificação, uma regra é uma razão definitiva quando ela é uma razão para um juízo concreto. Princípios são diferentes, são sempre razões *prima facie*.

O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas. (ALEXY, 2008, p. 108).

Alexy acredita que Esser levou isto em consideração quando afirmou que "o princípio (...) não é, ele mesmo, 'diretiva', mas fundamento, critério e justificação da diretiva" (ALEXY, 2008, p. 108).

A questão da generalidade e princípios

Princípios não estão, a primeira vista, relacionados com as possibilidades fáticas ou normativas, isso faz com que sejam gerais. A partir do momento em que os princípios estão relacionados com o mundo fático e normativo, então, chega-se a um "sistema diferenciado de regras". O sistema diferenciado de regras, mais adiante, se mostrará muito importante, ao se analisar algumas críticas a um pretensão caráter generalizante do sopesamento.

Segundo Alexy, o alto grau de generalidade de algumas regras (regras estas que não são princípios), aponta que o critério da generalidade é relativamente correto. O enunciado: "só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes" (ALEXY, 2008, p. 109) pode gerar vários problemas de interpretação, porém, este enunciado estabelece uma regra, pois, como foi visto ao longo do capítulo, o enunciado exige que algo seja cumprido em sua totalidade. Esta norma frequentemente é caracterizada como princípio, o que faz dela um exemplo de quando a teoria dos princípios se desvia do 'uso corrente da linguagem'. Alexy escreve:

[...] a contraposição dos princípios enquanto normas 'desenvolvidas', às normas 'criadas' desce-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de posituação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser direito (ALEXY, 2008, p. 109).

Os princípios possuem um conteúdo axiológico mais facilmente identificável do que o das regras, que possuem, geralmente, razões de natureza técnica. No ordenamento jurídico, os princípios possuem uma importância fundamental.

3.2.3 A máxima da proporcionalidade

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

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela. Segundo Alexy:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais¹⁶ da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 116-117).

O sopesamento (ou a máxima da proporcionalidade em sentido estrito) é necessário quando há colisão entre dois princípios antagônicos. Para chegar a uma decisão nesta situação faz-se necessário o sopesamento nos termos da lei de colisão. Alexy afirma:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades

¹⁶Aqui o autor adiciona este apêndice para fundamentar sua escolha em chamar de “três máximas parciais”. Nas palavras do autor: “Sobre as três máximas parciais da proporcionalidade, cf., com diversas referências, Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1981, pp. 2,50 e ss.; cf. também Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot” *AöR* 104 (1979), pp. 415 e ss.; Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der echt sprech ung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR* 98 (1973), pp. 571 e ss.; Manfred Gentsch, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, *NJW* 21 (1968), pp. 1.601 e ss.; Peter Lerche, *Übermaß Bund Verfassungsrecht*, Köln: Heymann, 1961, pp. 19 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundes republik Deutschland*, Bd. 1, München: Beck, 1977, p 674; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, *JuS* 23 (1983), p. 851. ALEXY, 2008, p. 116,117.

jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, p. 118).

Para demonstrar a aplicação da máxima da necessidade, Alexy utiliza um exemplo simples, para que seja mais fácil de compreender, para tanto serão utilizados neste exemplo apenas dois princípios e dois sujeitos de direito: Estado e cidadão. Neste exemplo ocorre o seguinte:

O Estado fundamenta a persecução do objeto Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que um princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P1 não exige que se escolha M1 em vez de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Pra P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 proibida. (ALEXY, 2008, p. 118 e 119).

Segundo Alexy, este raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Alexy acrescenta que também a inter-relação entre as possibilidades jurídicas e fáticas pode ser descrita através do exemplo simplificado utilizado acima. Vemos que, se M1 e M2 atrapalham a realização de P2 – o que, segundo Alexy, é o que ocorre quando há motivo para um exame de necessidade – e M2 atrapalha em um menos grau, então, M1 e M2 não esgotam o campo de possibilidades fáticas para a realização de P2, até mesmo se se parte da suposição de que M1 e M2 sejam as únicas medidas adequadas para a realização de Z, necessário por causa do princípio P1. Observando agora apenas as

possibilidades fáticas, P2 obtém uma maior realização se nem M1 nem M2 são utilizados. E, usando o exame da necessidade este indica a utilização de M2 em face de M1. A escolha de uma das duas alternativas é uma questão de sopesamento entre P1 e P2 (proporcionalidade no sentido estrito) ou, como também podemos chamar, uma questão de possibilidades jurídicas. Alexy ressalta que "caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência do sopesamento" (ALEXY, 2008, p. 120).

Para P1 não há mudanças se se adota a medida M1 ou não o faz. O que é relevante nesta situação é que, se ao adotar M1 sob estas condições, M1 prejudicar a realização de P2, então P2 vedará a adoção de M1, "sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas". E, como dito anteriormente, isso vale para todos os princípios, medidas e regras.

3.2.4 O sopesamento

Acerca do sopesamento, algumas objeções são levantadas. Dentre estas questões uma se mostra mais relevante ao intuito de apresentar a teoria da ponderação como um método a ser aplicado ao principialismo com o objetivo de se poder fundamentar a decisão tomada. A objeção em questão vem a ser a de que a ideia de sopesamento não é um modelo aberto a um controle racional. Assim sendo, o sopesamento ficaria sujeito ao critério daquele que o realiza. Desta forma, ao utilizar o sopesamento o controle por meio de normas e métodos terminaria, pois, ele daria abertura ao decisionismo dos juízes. Alexy afirma que todas estas objeções seriam cabíveis se, com isso, se pretendesse afirmar que "o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco" (ALEXY, 2008, p.164). Porém, tais objeções não estão corretas quando com elas se pretende concluir que o sopesamento é um procedimento irracional.

As colisões entre princípios devem ser resolvidas por meio do estabelecimento de uma relação de precedências condicionadas, como já foi demonstrado anteriormente. No caso *LeBach*¹⁷, no qual ocorreu um

¹⁷ O caso *LeBach* foi um famoso caso que ocorreu na Alemanha na cidade de *LeBach* onde quatro soldados do grupo de guarda de um depósito do Exército foram assassinados e armas foram roubadas. Após vários anos de cumprimento de sua pena, um dos condenados pelo crime estava prestes a ser

conflito entre o princípio da proteção da personalidade e a liberdade de informar, o Tribunal Constitucional Federal solucionou a colisão da seguinte maneira: os seguintes princípios a proteção da personalidade (P1) e a liberdade de informar via rádio difusão (P2) foram submetidos a aceitação de uma precedência de P1 no caso de uma "repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação" que "coloca em risco a ressocialização do autor" (C2) (ALEXY, 2008, p. 164). A partir disto, o tribunal decidiu por um enunciado de precedência da seguinte forma:

(1) (P1 P P2).

Segundo a lei de colisão, vista anteriormente, deste enunciado inferimos a seguinte regra:

(2) C2 \rightarrow R,

Que, sob as condições C2, implica a consequência jurídica de P1 (R).

O modelo decisionista e o modelo fundamentado

Alexy argumenta que o sopesamento não se resume ao que é apresentado na formulação acima. Ele afirma que "se o sopesamento se resumisse à formulação sede um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso - que decorre deste enunciado -, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional" (ALEXY, 2008, p.164). Desta forma, o sopesamento poderia ocorrer de forma totalmente intuitiva, pois, quem realizasse o sopesamento poderia, se assim o desejasse, seguir apenas suas concepções subjetivas, e assim, não existiriam sopesamentos corretos ou incorretos.

Alexy aponta como um contraponto deste modelo decisionista de sopesamento o modelo fundamentado de sopesamento. No modelo decisionista de sopesamento a definição do enunciado de preferência resulta de um processo intuitivo que não é controlável racionalmente,

liberado da prisão quando um programa da televisão alemã (ZDF) anunciou um documentário intitulado "o assassinato dos soldados de *LeBach*". O preso deu abertura a uma ordem proibitória de exibição do documentário, argumentando que seu direito individual à personalidade seria ferido, o que culminaria em prejudicar sua ressocialização. O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, o princípio da proteção da personalidade, de índole individual, obteve melhor ponderação do que o princípio da liberdade de informação, de índole coletiva.

neste modelo, quem realiza o sopesamento pode decidir com base apenas em suas concepções subjetivas. Já o modelo fundamentado "distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação (aqui o autor insere uma nota onde diz: "Isso equivale à frequentemente citada diferenciação entre o processo de descoberta (*process of discovery*) e o processo de justificação (*process of justification*). Cf., por exemplo, Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 27). Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional" (ALEXY, 2008, p.165). Desta maneira, ressalta Alexy, fica clara a possibilidade de uma fundamentação racional dos enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.

A fundamentação relacionada especificamente ao sopesamento

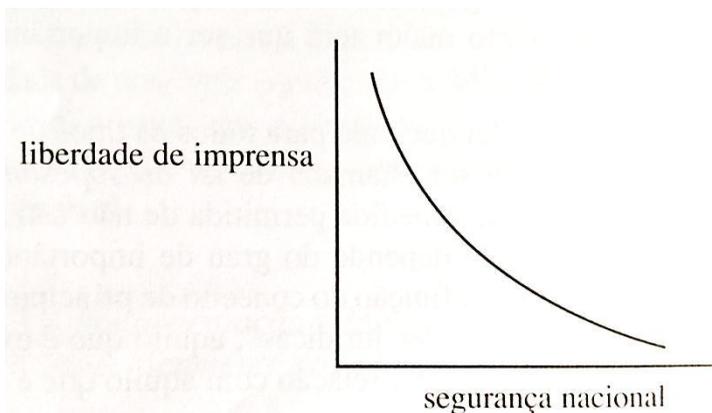
Para reger os processos de sopesamento, foi elaborada uma lei denominada lei do sopesamento, que vale para todo e qualquer tipo de sopesamento de princípios. Esta lei pode ser formulada da seguinte maneira:

(A) "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro". (ALEXY, 2008, p. 167)

Esta regra diz que, de acordo com a própria definição do conceito de princípio, colocando a limitação das possibilidades fáticas e jurídicas, o que é exigido por um princípio está inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. Já a lei de colisão (vista anteriormente), "expressa em que essa colisão consiste" (ALEXY, 2008, p. 168). A lei de colisão deixa claro que não é possível falar de pesos absolutos, apenas de pesos relativos, um princípio não possui um peso determinado em si mesmo ou de forma absoluta, o que existe, sempre, são pesos relativos.

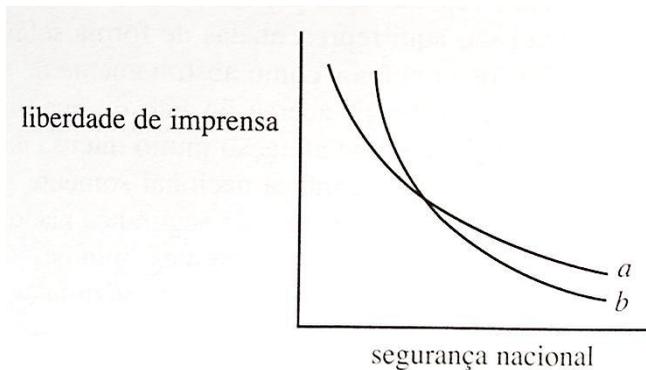
Segundo Alexy, uma boa forma de demonstrar as ideias que regem a lei do sopesamento é utilizar as curvas de indiferença. A curva de indiferença é um meio utilizado para a representação da relação de substituição de bens largamente utilizado nas ciências econômicas. Numa situação fictícia onde *a* é favorável à liberdade de imprensa tanto quanto é favorável à segurança nacional e que para tanto, *a* aceite tanto

uma certa diminuição na segurança nacional para que haja um aumento na liberdade de imprensa, quanto uma diminuição na liberdade de imprensa para que haja um aumento na segurança nacional. Esta situação de *a*, onde se encontram fatores igualmente importantes ou indiferentes, podem ser representados através da seguinte curva:



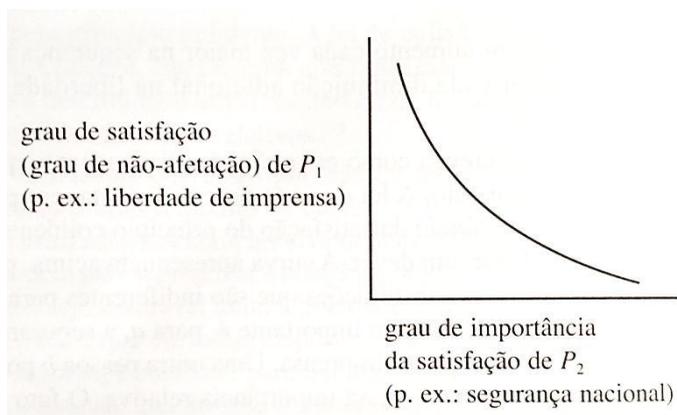
(ALEXY, 2008, p. 168)

Curvas de indiferença como esta acima correspondem à "lei da taxa marginal decrescente de substituição" (ALEXY, 2008, p. 168). Conforme se pode deduzir ao observar a curva de indiferença acima, quando aumenta a segurança nacional diminui a liberdade de expressão e, quando aumenta a liberdade de expressão, a segurança nacional diminui. A lei do sopesamento tem como primeira prioridade mostrar a importância da satisfação do princípio colidente e em segundo lugar, formular um dever. Mas, a curva mostrada acima demonstra a importância da segurança nacional em relação a liberdade de expressão para *a*. Porém, uma outra pessoa pode ter uma opinião totalmente diferente. Para *b*, por exemplo, a segurança nacional é mais importante do que para *a*. Isso pode ser representado da seguinte maneira:



(ALEXY, 2008, p. 168)

Diferentemente do que a curva de indiferença apresenta, o sopesamento não está conectado à importância dada por alguém à liberdade de imprensa ou à liberdade de expressão, o sopesamento é regido por uma regra que diz como se deve sopesar. E é por este motivo que a lei do sopesamento é formulada como uma regra, e esta regra que prescreve a definição de curvas de indiferença corretas. Alexy coloca que, diante disso, diante das curvas de indiferença que foram apresentadas anteriormente, a lei do sopesamento deve ser inserida em um metanível. E, neste metanível, a lei de sopesamento pode ser representada em uma curva de indiferença de segundo nível, como a seguinte:



(ALEXY, 2008, p. 171)

Para Alexy, as curvas de indiferença permitem que as ideias que estão por detrás da lei do sopesamento sejam explicitadas. Porém, ele afirma que as curvas de indiferença não apresentam um procedimento decisório definitivo, pois, há ainda a possibilidade da correção destes sopesamentos. Esta correção é realizada com base na lei do sopesamento e, a decisão acerca da correção deste sopesamento deve levar em consideração os graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não-satisfação do outro princípio envolvido.

Portanto, a lei do sopesamento é responsável por dizer o que é importante no sopesamento: "de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio" (ALEXY, 2008, p. 171). Como exemplo de uma fundamentação de enunciados sobre graus de afetação e de importância, Alexy cita novamente o caso Lebach. Neste caso, foi entendido que a "emissão televisiva representava uma afetação intensa demais na proteção da personalidade". Alexy explica que isso foi entendido com base no alcance das emissões de televisão, nos efeitos do formato do documentário, no alto grau de credibilidade que os programas de TV possuem de seu público, na ameaça de que tal ação representaria na ressocialização do autor, e ainda, de um prejuízo ainda maior levando em consideração a transmissão de um documentário depois que a informação não fosse mais atual. De tal forma, foi decidido pelo tribunal que a repetição da notícia não era suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação, pois, foi constatado que o princípio da liberdade de radiodifusão está relacionado, em primeiro lugar, com a importância de noticiar crimes graves atuais.

A partir destes fatos, Alexy avalia a decisão tomando pelo tribunal. Segundo ele, alguns fatores considerados para esta decisão foram: referência a fatos (alcance das emissões televisivas), regularidade empírica (causar risco à ressocialização) e juízos normativos (caracterização da ressocialização como urgentemente exigida constituição alemã). Para Alexy, para se estabelecer definições no campo da interpretação clássica é necessário um conjunto de razões e valorações. E com isso, o autor conclui:

[...] o simples argumento de que os valores desempenham um papel no sopesamento não constitui uma objeção à possibilidade de fundamentação racional das decisões ponderativas, a não ser que se diga que a argumentação jurídica se torna sempre não-

racional ou irracional tão logo se adentre o âmbito das valorações não definidas de forma cogente (ALEXY, 2008, p. 172).

Alexy escreve que o modelo de sopesamento aqui apresentado resolve diversos problemas antes relacionados ao sopesamento. Segundo ele, este modelo "faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro 'de forma precipitada'. De acordo com esse modelo o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante." (ALEXY, 2008, p. 173).

3.3 Exemplos de aplicação da teoria da ponderação

Para que se possa compreender melhor como se dá a aplicação das máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade, apresentaremos alguns exemplos de casos reais onde foi utilizada a teoria da ponderação para chegar a uma resolução. O primeiro exemplo demonstra a aplicação da máxima da adequação constitui-se na ação BVerfGE 19, 330 - Sachkundenachweis. Este exemplo é um caso de um barbeiro que instalou, sem a autorização pública, uma máquina de cigarros em seu estabelecimento comercial. Por não possuir autorização, o comerciante levou uma multa por violar a lei do comércio que exigia que o comerciante, para receber a autorização, deveria comprovar "conhecimento técnico e profissional indispensável" para que pudesse exercer tal atividade. O barbeiro, então, buscou proteção jurídica perante os tribunais. O Tribunal Superior de Saarbrücken considerou inconstitucional a exigência de provar os conhecimentos técnicos comerciais para instalar apenas uma máquina de cigarros e, levantou a questão da inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*). O alto Tribunal considerou dois princípios neste caso (liberdade de profissão e ofício [P1] versus proteção dos consumidores [P2]), então, entendeu-se que a prova de conhecimentos técnicos (M) (ou seja, o meio utilizado) "não estava em condições de favorecer P2, sem embargo de impedir a realização de P1" (NOJIRI, 2012, p. 282). Resultando que o alto Tribunal decidiu que tal exigência vulnerava a liberdade de profissão e ofício, garantido pelo art. 12.1 da Lei Fundamental alemã. Este exemplo demonstra a aplicação da máxima da adequação.

Para compreendermos melhor aplicação das máximas da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, apresentaremos,

agora, o caso BVerGE 95, 173 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse. Neste caso, diversas fábricas de cigarro e tabaco recorreram ao Tribunal Constitucional Federal alemão pedindo a anulação da norma que os obrigada a colocar nos maços de cigarro o seguinte: "Os Ministérios da Comunidade Européia: fumar é perigoso para a saúde", ainda era adicionado uma das duas seguintes legendas: "fumar provoca câncer" ou "fumar provoca doenças cardiovasculares". As empresas de cigarro e tabaco alegavam que a esta obrigação feria três de seus direitos fundamentais: liberdade de expressão, liberdade de empresa e propriedade.

Alexy aponta que a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Alemão serve como um bom exemplo da máxima da necessidade e da máxima da proporcionalidade em sentido estrito em ação. Alexy comenta, então, sobre o resultado claro e quase indiscutível deste caso:

Na formulação plausível de juízos racionais é possível encontrar alguns exemplos fáceis sobre as intensidades das intervenções nos direitos fundamentais e sobre os graus de realização dos princípios, de tal modo que, mediante a ponderação, se possa estabelecer um resultado formalmente racional. Assim ocorre com o dever dos produtores de cigarro de colocar advertências em seus produtos sobre o perigo que o tabagismo implica para a saúde, que constitui uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão e ofício. De outro lado, uma proibição total de qualquer tipo de produtos derivados do tabaco deveria se e catalogada como uma intervenção grave. (NOJIRI, 2012, p. 284 e 285).

Com estes dois exemplos, pretendemos ter apresentado de forma mais objetiva e prática, como se dá a aplicação das máximas da teoria da ponderação. Estes dois casos são casos reais que demonstram o alcance e importância que esta teoria possui no direito, o que faz com que possua uma longa e bem aceita história no direito.

O caso

Assim como foi apresentado anteriormente¹⁸, agora iremos abordar o mesmo caso da menina que necessita de um transplante de rim. Para lembrarmos o caso, uma menina de cinco anos precisa de um transplante de rim. A menina possui dois irmãos mais novos, que não foram considerados para o transplante devido à idade, uma mãe e o pai. A mãe não é compatível com a filha, o que impossibilita a possibilidade de ser a doadora, porém, o pai fez os exames e estes mostraram que ele é histocompatível com a filha. Ao apresentar os exames ao pai, o médico deparou-se com um pedido inusitado: o pai apresentou uma série de desculpas para não doar o rim segundo as quais ele estaria considerando o sofrimento da filha de passar por mais uma cirurgia, o risco da cirurgia tanto para a filha quanto para ele e, por fim, admitiu uma falta de coragem de sua parte para submeter-se a cirurgia. Juntamente com essa série de desculpas, o pai fez um pedido ao médico: que não contasse a verdade a sua família, pois, se ele o fizesse poderia estar causando a destruição da mesma. O pai pediu que o médico o declarasse histoincompatível perante sua família, pois, temia que sua esposa jamais o perdoasse por não querer doar o rim que poderia salvar sua filha. O pai alega que a esposa o iria culpar por colocar a filha em risco e isso poderia destruir sua família.

Como feito anteriormente, analisamos esse mesmo caso à luz das teorias que compõe o princípalismo objetivando demonstrar que as diferentes teorias levam a diferentes resultados. Cada teoria dá ênfase a aspectos diferentes levando os agentes envolvidos no caso a posições distintas.

A teoria da ponderação tem sido sempre aplicada por juízes, juristas, advogados e conhecedores profundos das regras e princípios. Sua aplicabilidade depende do conhecimento do caso, do conhecimento dos princípios envolvidos e quais são as colisões ocorridas. Nessa dissertação será apresentada apenas uma tentativa meramente ilustrativa da aplicação da teoria da ponderação, tendo em vista que a mesma requer um grau de conhecimento e instrução que talvez a elaboradora dessa dissertação possa não possuir.

Sobre a questão da doação do rim para a menina, temos que os irmãos são de fato muito jovens para que seja exigido qualquer tipo de atitude com relação à doação. A mãe é histoincompatível, portanto, não

¹⁸ Para maiores detalhes do caso, ver: capítulo I, subtítulo: teorias éticas que compõe o princípalismo.

pode ser doadora. O pai recebeu o resultado de seus exames e ficou comprovada sua histocompatibilidade, isto é, o pai poderia ser o doador. Entretanto, o pai decidiu não doar. Podemos identificar possivelmente o conflito entre dois princípios o princípio da autonomia, que protege o pai de não ser coagido a doar seu rim, e o princípio da beneficência relacionado à doação do rim á filha.

Como destaca Dall'Agnoil:

É importante salientar que a Constituição Brasileira garante o direito à autonomia ao prescrever que ninguém pode ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei (art. 5). Até mesmo o Código Penal exige que esse direito seja respeitado e estabelece uma punição para aquele que forçar outra pessoa a fazer o que a lei proíbe ou não fazer aquilo que a lei ordena (art. 146). Portanto, o princípio do respeito à autonomia na biomedicina e na bioética em geral já está amparado legalmente. (DALL'AGNOL. 2004, p.37).

Como apresentado acima, a constituição já garante legalmente o princípio do respeito à autonomia. Assim sendo, devemos ponderar para que isso se realize da melhor maneira possível. Nesse caso, temos que:

Z – representa o direito à autonomia garantido pela Constituição Brasileira.

P1 – representa o princípio da autonomia, que protege a vontade do pai.

P2 – representa o princípio da beneficência, que determina que o pai deveria doar o rim em prol da saúde da filha.

Nesse caso, para que se realize Z, (o direito à autonomia garantido por lei) temos que obrigatoriamente escolher por P1, o princípio da autonomia. Nesse caso, especificamente, a ponderação não se torna longa, pois, há uma lei especificando que um princípio deve ser respeitado perante outros. Então, na primeira parte do caso da menina, o pai possui assegurado por lei o seu direito a autonomia o que permite que ele escolha não doar o rim, se assim decidir, e sua escolha é respeitada e garantida perante a lei. Portanto, nessa parte do caso, o princípio a ser escolhido é o princípio da autonomia.

Temos então que, os resultados dos exames do pai atestaram que ele é histocompatível com a filha, que precisa do rim, porém, diante do quadro da filha e da falta de coragem, o pai decide não doar o rim á ela. Entretanto, o pai pede ao médico que não conte à família que ele é

histocompatível e não quis doar, pois, o pai acredita que isso destruiria a família. O dilema gira em torno da colisão entre os princípios da confidencialidade e veracidade. O princípio da confidencialidade protege o direito do pai de não ter o resultado divulgado, e o princípio da veracidade impede que o médico minta para a família.

Considerando a situação do pai, temos que:

Z – representa o fato de comunicar os resultados dos exames à família.

P1 – representa o princípio da confidencialidade, que protege o pai na relação entre o pai e o médico.

P2 – representa o princípio da veracidade, o dever do médico de informar a verdade.

M1 – representa a situação em que o médico não mente para a família.

M2 – representa a situação na qual o médico mente para a família.

Para que Z seja realizado, para que a família seja comunicada sobre os resultados dos exames, em um primeiro momento, parece que P2 deve prevalecer, porém, P1 possui maior peso do que P2, pois, a relação de confidencialidade entre médico e paciente é mais forte do que a relação de veracidade que o médico deve ter para com a família, que não são seus pacientes. Portanto, P1 prevalece sobre P2. Para que P1 seja realizado não significa que nem M1 ou M2 devam ser realizados, pois, se M1 for realizado, não significa que o médico relatou os resultados para a família, expondo o pai, significa apenas que o médico não irá mentir pelo pai, porém, ele pode e, segundo o princípio da confidencialidade, até deve omitir os resultados da família. Em M2, o médico também estaria respeitando P1, entretanto, em M2 a regra de veracidade é quebrada, desse modo, é mais viável que se realize P1 através de M1, que não quebra nenhuma regra.

Conclusão do capítulo

Neste capítulo foi apresentada a teoria dos princípios e a teoria da ponderação de Alexy. Ambas as teorias se mostraram compatíveis com a teoria do principialismo, que se mostra carente no que se refere a um método para julgar e justificar as escolhas de princípios para cada caso. Alexy desenvolveu uma sólida teoria denominada teoria da ponderação que já é utilizada largamente. A união da teoria da ponderação de Alexy com o principialismo pode significar para o principialismo uma oportunidade de fortalecer seus pontos fracos, possibilitando que esta se transforme em uma teoria com bases mais sólidas, mais largamente aceitas, com defesas mais coerentes e, acima de tudo, uma teoria mais eficiente. Pois, o objetivo desta dissertação

jamais foi demonstrar o quão falho pode ser o principialismo apenas para desmerecê-lo, esta dissertação, como desde o início procurou deixar claro, possui como objetivo fortalecer a teoria do principialismo, para que desta maneira, seja possível que cada vez mais possa guiar e orientar as ações biomédicas com critérios mais largamente aceitos e respeitados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado no primeiro capítulo, independentemente de todas as críticas apresentadas, Beauchamp e Childress defendem o principialismo como a teoria ideal para a bioética. No entanto, os resultados das ponderações entre princípios podem levar a conclusões paradoxais, uma vez que não possuem um recurso metodológico que previna uma evolução tendenciosa ou a negligência de aspectos relevantes. Essas possíveis diferentes interpretações do principialismo levam a julgamentos distintos. Os autores explicam que após a ponderação os princípios foram submetidos a uma justificação fundamentada em boas razões, entretanto, a relatividade nos julgamentos baseados na moralidade pode culminar em sérios problemas no tocante a justificação de uma escolha.

Ao longo deste trabalho foi apresentado o caso de uma menina de cinco anos que necessitava de um transplante de rim. A situação da menina não permitia que ela continuasse a realizar a diálise crônica que já vinha fazendo há algum tempo, pois esta não surtia mais efeito. A única chance da menina de sobreviver à doença seria através de um transplante de rim, porém, mesmo com uma clara possibilidade de um resultado positivo, devido a sua condição delicada, o transplante não seria garantia de sucesso, pois, o rim transplantado também poderia ser afetado pela doença da garota. Como visto, por ser a única chance da menina, os pais optaram por tentar o transplante. Mas após verificação através dos exames, ficou constatado que o tipo de tecido da menina era raro, o que dificultaria ainda mais a possibilidade de encontrar um doador compatível. Os dois irmãos da menina, um de dois anos e outro de quatro, são descartados como doadores, pois, são considerados muito jovens pela equipe médica. Ao dar continuidade na busca por doadores, a equipe médica constatou através de exames que a mãe da menina não era histocompatível, entretanto, os exames comprovaram que o pai da menina era compatível e possuía ainda uma circulação anatomicamente favorável para o transplante.

Após receber os exames, o nefrologista do caso pediu para conversar a sós com o pai da menina e então explicou a ele que foi constatada sua histocompatibilidade com a filha. Porém, o médico advertiu que, mesmo com o transplante, o diagnóstico para a menina era totalmente incerto. O médico afirma ao pai que sem o transplante a menina provavelmente morreria, mas o transplante não seria uma garantia da sobrevivência para a garota. O risco de morte para o pai,

caso aceitasse doar o rim para a filha, era de 1 em 10.000 ou 15.000, sem levar em conta os riscos que uma cirurgia poderia vir a causar ao longo de sua vida. Após ter refletido sobre as possibilidades do caso, o pai decidiu que não desejava doar o rim para sua filha. Dentre os motivos que levaram o pai a essa decisão estavam o medo da cirurgia, a falta de coragem, o prognóstico incerto mesmo com o transplante, a distante possibilidade de um rim provindo de um falecimento e todo o sofrimento pelo qual sua filha já havia sido submetida ao longo de toda a sua doença. Contudo, o pai solicitou ao médico que sua decisão não fosse comunicada à família e pediu também que o médico mentisse alegando que ele não seria histocompatível. O pai justificou o pedido explicando que temia que se a família soubesse a verdade sobre ele ser histocompatível, poderiam acusá-lo de ter permitido intencionalmente que sua filha morresse. O pai acreditava que se soubessem da verdade isso poderia vir a destruir a família. O médico não se sentia a vontade com esse pedido, mas depois de ter conversado um pouco mais com o pai da menina, concordou em dizer a mãe da menina que “por razões médicas o pai não deveria doar um rim”.¹⁹

Esse caso foi analisado à luz das teorias que compõe o principialismo e, como visto em cada uma das teorias, a análise leva em consideração aspectos distintos dando pesos diferentes aos diferentes fatos que compõe o caso. Por não analisarem de forma igual, através de cada uma das teorias chegou-se a conclusões diferentes sobre o caso.

Essas teorias que compõe o principialismo, os princípios do principialismo permitem que cada um dos princípios escolhidos leve considerações distintas sobre um mesmo caso. Essas variações de interpretações levam a diferentes desfechos relativos a um mesmo caso. Como o principialismo não possui um método para a escolha de qual princípio ou quais princípios devem ser aplicados em cada caso, pois, seu método de escolha de princípios é o intuicionismo, em diferentes julgamentos de um mesmo caso podem surgir diferentes conclusões. Como afirma Beauchamp e Childress acerca dessa metodologia de escolhas:

[...] os casuístas têm um problema com conflitos entre analogias e conflitos entre julgamentos. Os

¹⁹ Reapresentação do caso apresentado e trabalhado ao longo do primeiro capítulo dessa dissertação. Esse caso foi baseado no caso apresentado no livro: *Princípios de ética biomédica* de Tom Beauchamp e James Childress: 2002, p. 64.

casos passíveis de vários julgamentos concorrentes, incluindo a escolha das analogias, são comuns na ética. Numa mesma sequência dada de acontecimentos, algumas vezes os debatedores veem até mesmo casos diferentes. Não é suficiente afirmar que os casos indicam coisas além de si mesmos e que evoluem para generalizações. Talvez os casos evoluam da forma errada por terem sido tratados de forma errada desde o início. Os casuístas não têm um recurso metodológico claro para prevenir uma evolução tendenciosa dos casos e a negligência de aspectos relevantes deles (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 120).

Como afirmado na citação acima pelos próprios autores da teoria ética principialista, não há um recurso metodológico que possa vir a impedir que ocorra uma evolução tendenciosa dos casos analisados ou também a negligência de aspectos relevantes. O fato de um resultado de escolhas de princípios em um dado caso não poder ser reproduzido de maneira igual em outro julgamento pode representar uma falta de critérios coerentes e uma justificação bem fundamentada. A ausência de um método de escolhas que permita a reprodução dos passos realizados para se atingir o mesmo resultado pode transmitir insegurança quanto à escolha dos princípios.

Beauchamp e Childress acreditam que: “[...] não é razoável esperar que uma teoria supere todas as limitações de tempo e espaço e alcance uma perspectiva universal” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 17). Nesse sentido, o principialismo nunca almejou alcançar perspectivas universais, porém, por se tratar de uma teoria largamente aplicada, pode-se entender que quanto maior o alcance que obtiver e maior for a legitimidade com que fundamenta suas escolhas, mais aceita será esta teoria e mais eficaz ela será considerada. O principialismo, sem dúvida, é uma teoria que trouxe uma grande contribuição para as pesquisas biomédicas e, desta forma, acreditamos que tudo que possa ser feito para trazer mais legitimidade a esta teoria seria de grande valia. Assim, para que a teoria principialista continue a dar sua contribuição para a ética biomédica, sugerimos, conforme apresentado no capítulo três, a introdução da teoria da ponderação como seu método de escolhas e fundamentação de princípios nos casos de colisões entre princípios.

A teoria da ponderação possui ampla aceitação na prática jurídica. Sua eficácia já foi comprovada com muitos anos de aplicação

em julgamentos onde se viu a necessidade de tal. Para o princípalismo, a teoria da ponderação pode representar uma possibilidade de proporcionar a esta teoria uma fundamentação mais amplamente aceita e argumentos de escolhas mais sólidos. Os conflitos entre princípios seriam resolvidos através de um método e não mais através do julgamento utilizando a moralidade comum.

Como foi visto no segundo capítulo desta dissertação, Engelhardt acredita que o projeto filosófico moderno que procura descobrir uma moralidade canônica essencial é fracassado e, este fracasso se constitui a catástrofe fundamental da cultura secular contemporânea e enquadra o contexto da bioética hoje (ENGELHARDT, 1998, pg. 34). Entendemos que a religião não está relacionada diretamente ao assunto dessa dissertação, porém, não se pode ignorar que as raízes do pensamento contemporâneo tiveram sua origem em uma era onde o pensamento era diretamente influenciado pela religião, fazendo com que até os dias de hoje ainda restem influências que merecem ser considerada ao falar sobre a moral. Devido, também, à essa influência da religião, hoje encontramos em nossa sociedade os “estranhos morais” estudados por Engelhardt e, ao se deparar com estranhos morais o argumento racional não consegue resolver as controvérsias morais. Ao defrontar-se com estranhos morais o indivíduo não compartilha princípios morais suficientes para que seja possível sanar controvérsias morais por intermédio de argumentos racionais e, quando tenta resolver racionalmente tais conflitos, as discussões se prolongam sem uma conclusão final. E, para tanto, é necessário que se encontre uma resposta a este problema que as sociedades ocidentais contemporâneas apresentam.

Com este intuito, apresentamos aqui, no capítulo três, uma alternativa que acreditamos possibilitar a aplicação de princípios *prima facie* em uma sociedade secular, composta por estranhos morais. O grande impedimento à utilização de princípios deste tipo em uma sociedade secular, segundo Engelhardt, é o fato de não partilharmos da mesma visão moral de todos os indivíduos que compõe esta sociedade, isso faz com que se torne impossível a argumentação racional como meio de se chegar a um acordo. Para que isso seja alcançado é preciso de um critério que julgue os conflitos, e que seja um critério comum a todos e aceito por todos, sejam estes amigos morais ou estranhos morais. Como visto anteriormente, a moral não possui tais características, isto é, não pode servir de critério em uma sociedade com diferentes visões morais, pois, a moralidade comum engloba ideias, princípios e valores muitos pessoais, isso faz com que seja muito imprudente acreditar que

seria possível estabelecer um padrão que fosse considerado ideal para todos. Poder-se-ia utilizar para julgamento de casos de conflitos entre princípios *prima facie* a teoria da ponderação, que é uma espécie de princípio lógico e desta forma é aceite, tanto por estranhos morais quanto por amigos morais. Sugerimos então, que seja utilizada como critério a teoria da ponderação, criada por Alexy especificamente para resolver conflitos entre princípios.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores, 2008.

_____. El concepto y la validez del derecho. Trad, Jorge M. Senã. Barcelona, Espanã. Editorial Gedisa, 1997.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros Editores, 2003.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. São Paulo. Ed. Loyola, 2002.

DALL`AGNOL, Darlei. Bioética: princípios morais e aplicações. Rio de Janeiro. Ed. DP&A, 2004.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2005.

ENGELHARDT, H. Tristram. Fundamentos da bioética. 2. São Paulo. Ed. Loyola, 1998.

GERT, Bernard. Bioethics: a return to fundamentals. New York. Oxford University Press, 1997.

HECK, José. Bioética: autopreservação, enigmas e responsabilidade. Florianópolis. Ed. Da UFSC, 2011.

KAGAN, Shelly, The limits of Morality. Oxford. Claredon Press, 1989.

MILL, John Stuart: Utilitarismo. Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo. Ed. Escala, 2007.

NOJORI, Sérgio. Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista. Curitiba. Ed. Jaruá, 2012.

RACHELS, James e RACHELS, Stuart. Os elementos da filosofia moral. Trad. e revisão técnica: Delamar José Volpato Dutra. 7 ed. Porto Alegre. AMGH, 2013.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1997.

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

VIEIRA, S, Hossne WS. Experimentação com seres humanos. São Paulo. Ed. Moderna, 1987.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. Manual de Filosofia do Direito. Caxias do Sul. EDUCS, 2008.

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