



ANÁLISE DO DIREITO SUBJETIVO À MORTE DIGNA COMO COROLÁRIO DA AUTONOMIA PRIVADA: a partir do caso José Ovídio González

ANALYSIS OF THE SUBJECTIVE RIGHT TO DIGNIFIED DEATH AS A COROLLARY OF PRIVATE AUTONOMY: based on the case of José Ovídio González

Manoel Antônio Silva Macêdo¹

RESUMO: O presente artigo busca contribuir para a discussão sobre o direito subjetivo à morte digna à luz da autonomia privada, propondo reflexões sobre se a vida deve ser encarada como um dever, por mais penosa que seja diante do sofrimento. Nesse sentido, através do estudo do caso José Ovídio González submetido a Corte Constitucional Colombiana, partindo da premissa de que o direito à vida é uma liberdade, que faz parte da autonomia privada existencial do indivíduo, e não um dever, propõe-se a discussão desse empolgante tema, que suscita questões morais, éticas, jurídicas e religiosas, cujas distinções revelam o aprofundamento e o progresso do debate sobre a eutanásia como exercício da autonomia privada para morrer com dignidade. Utilizando-se a metodologia de estudo de caso, pretende-se compreender, como um todo, o assunto investigado, por meio da pesquisa bibliográfica, analisando os conceitos biojurídicos, que envolvem o exercício da autonomia privada no âmbito da relação médico-paciente.

Palavras-chave: Autonomia privada; Direito civil; Eutanásia.

ABSTRACT: This article seeks to contribute to the discussion on the subjective right to dignified death in the light of private autonomy, proposing reflections on whether life

¹ Mestre e Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz do TJPA.

should be seen as a duty, however painful it may be in the face of suffering. In this sense, through the study of the José Ovídio González case submitted to the Colombian Constitutional Court, based on the premise that the right to life is a freedom, which is part of the individual's existential private autonomy, and not a duty, the discussion is proposed this exciting theme, which raises moral, ethical, legal and religious questions, the distinctions of which reveal the depth and progress of the debate on euthanasia as an exercise of private autonomy to die with dignity. Using the case study methodology, it is intended to understand, as a whole, the subject investigated, through bibliographic research, analyzing the bio-legal concepts, which involve the exercise of private autonomy within the scope of the doctor-patient relationship.

Keywords: Civil right; Euthanasia; Private autonomy.

INTRODUÇÃO

A eutanásia em si é uma prática antiga, que só veio a adquirir contornos ilícitos, com a humanização e racionalização do Direito moderno (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 85). No âmbito da atuação médica, o termo eutanásia surgiu na obra do filósofo inglês Francis Bacon, *Historia vitae et mortis* de 1633, como justificativa para a morte causada deliberadamente aos pacientes terminais em sofrimento, a título de tratamento adequado, quando não houvesse possibilidade de cura (SILVA, 2019, p. 14). Entre os gregos assim como em outras sociedades antigas, consoante recordam Sá e Naves (2018, p. 371), o direito de matar e morrer era, comumente, exercido em caso de velhice, sofrimento físico ou por razões eugenéticas, significando que era pensado tanto em sentido positivo quanto negativo.

Nesse sentido, José de Souza Fernandes leciona que:

O pensamento grego antigo não registra uma proibição rigorosa da eutanásia, apenas opiniões contrárias. Na república modelada por Platão, por exemplo, admitia-se que um médico deixasse morrer cidadãos não portadores de um corpo são (Platão, data, 470d). Aristóteles também reconheceu a legitimidade da eutanásia em benefício da vida da pólis grega (Aristóteles, 1.335b). A prática da chamada eutanásia eugenética era, portanto, aceita entre os filósofos da época,

embora não gozasse de consenso absoluto entre todos. (FERNANDES, 1992-2000, p. 50)

Sobre os sentidos positivo e negativo da eutanásia, o professor José de Souza Fernandes também ensina que:

O termo 'eutanásia' possui um significado negativo e positivo. Também não é claro, porque não explicita o significado material de que realmente vem a ser a morte boa ou suave. Pensa-se, por exemplo, em um moribundo que, num leito de dor, sem esperança fundada de recuperação da saúde e em meio a um sofrimento extremo e insuportável (a persistência da dor, o cansaço causado pela doença, pelo tratamento e o cansaço existencial), pede que se ponha fim à sua vida. Pensa-se também em um médico que, diante da súplica do paciente terminal, concede-lhe a morte, num gesto de piedade e solidariedade. Observa-se, nesse caso, o significado ambivalente e conflituoso do gesto médico. (FERNANDES, 1992-2000, p. 52)

Atualmente, tais concepções exigem sensibilidade hermenêutica quanto aos pontos moralmente aceitáveis, para que o discurso não fique apenas no plano das ideias, bem como para que sejam preservados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Entre as dificuldades do tema, o argumento contrário de que não se deve deixar à revelia da consciência de cada um a decisão sobre tirar a própria vida aparece sempre associado à questão do suicídio assistido.

Dessa maneira, o presente artigo busca discutir se podemos falar em um direito de morrer dignamente, e se o mesmo resulta do exercício da autonomia privada existencial, sob os limites impostos pelo Estado, os quais também serão objeto de indagação.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Historicamente, as legislações penais modernas sempre encararam o suicídio do ponto de vista repressivo, com destaque, mais recente, para a *Common law* inglesa, que, apenas em 1961, através do chamado *Suicide Act*, descriminalizou o suicídio praticado sem auxílio de terceiro, na Inglaterra e País de Gales (SUICIDE, 1961). Assim, aqueles que falhavam na tentativa de suicídio deixaram de ser presos e processados, enquanto as famílias dos que chegavam, de fato, a se matar não foram mais processadas, como contundente reflexo de uma objeção religiosa e moral ao suicídio.

Acerca da criminalização do suicídio, Hungria (1955) comenta que, antes de 1882, o suicida era considerado um criminoso, sujeito a diversas restrições em seus direitos:

[...] *felo de se* (*a felon against himself*, isto é, autor de crime contra si mesmo). As penas eram cominadas, a princípio, o confisco, a privação de honras fúnebres, a exposição do cadáver atravessado por um pau (*with a stake driven through the body*), o sepultamento em estrada pública; mas, atualmente, a única vigente é a proibição de cerimônias fúnebres, e esta mesma muito limitada, pois, segundo informa Miller (ob. cit., pág. 272), “*any form of a person felo de se except that of the Church of England by a minister of that church*”. (HUNGRIA, 1955, p. 218)

Nesse sentido, o historiador escocês Robert Allan Houston registra com precisão, em sua obra *Punishing the dead?: Suicide, Lordship, and Community in Britain, 1500-1830*, as nuances do tratamento criminalizante do suicida na Inglaterra, que limitavam a realização do ritual fúnebre apenas durante o período noturno, até antes de 1882:

Na Grã-Bretanha, a mudança foi gradual e igualmente tardia, com atitudes permanecendo igualmente ambivalentes. Proibindo os médicos legistas ingleses de ordenar o enterro de um grupo de pessoas na estrada, e permitindo o enterro em um cemitério ou cemitério de igrejas, até a Lei de 1823 refutou a negação dos ritos religiosos e do enterro cristão aos suicidas, e a exigência de seu enterro noturno. [...]. Em 1882, 45 e 46 Victoria, c. 19 (‘Uma lei para alterar a lei relativa ao enterro de qualquer pessoa encontrada em flagrante’) removeu a exigência de enterro noturno em um velório e exigiu, com efeito, que todos os corpos fossem enterrados da mesma forma. Aplicou-se à Inglaterra, mas não à Escócia ou Irlanda. (HOUSTON, 2010, p. 374, tradução nossa)

Gerry Holt, repórter da BBC, acrescenta que “Até 1822, de fato, as posses de alguém que cometeu suicídio poderiam inclusive ser confiscadas pela Coroa”. (HOLT, 2011, tradução nossa).

Percebendo-se mais tarde que a punição sobre o cadáver consistia em inútil ameaça de pena contra quem já deixou de existir como pessoa, passou-se à repressão contra o agente que presta a contribuição moral ou material ao suicida, conforme destaca Néelson Hungria (HUNGRIA, 1955, p. 218).

Por tais razões, no Brasil, a conduta do terceiro que presta auxílio material ou moral ao suicida é prevista como crime no art. 122 do Código Penal, com pena de reclusão de dois a seis anos, se a morte restar consumada, e de um a três anos, se resultar em lesão corporal grave.

No caso da eutanásia, apesar de não haver previsão legal expressa quanto ao seu reconhecimento, o agente pode vir a ser punido por homicídio doloso privilegiado, na forma descrita pelo art. 121, § 1º, do Código Penal, desde que esteja presente motivo de

relevante valor moral, caso em que reduz-se de um sexto a um terço a pena prevista no *caput* de seis a vinte anos.

2. CONCEITO DE EUTANÁSIA

Na etimologia da eutanásia estão duas palavras gregas: *eu*, que significa bem ou boa, e *thanasia*, equivalente a morte (SILVA, 2000).

De todo o exposto, a eutanásia pode ser definida como a ação ou omissão que proporciona uma morte rápida a um paciente terminal portador de enfermidade incurável. Diferentemente da eutanásia, o suicídio assistido resulta diretamente da ação do próprio paciente, ainda que haja auxílio moral e material de terceiro (SILVA, 2000).

Sá e Naves classificam, ainda, a eutanásia em: ativa direta, caracterizada pela ação que faz cessar, imediatamente, a vida do paciente; e ativa indireta como conduta que busca aliviar o sofrimento, mas, ao mesmo tempo, promove, não intencionalmente, a aceleração do processo de morrer (2018, p. 372).

Os supracitados autores (SÁ; NAVES, 2018, p. 372-375), ainda, distinguem outras formas de eutanásia, como a ortotanásia, mistanásia e distanásia. A ortotanásia, também chamada de eutanásia passiva, consiste na suspensão ou não realização de uma indicação terapêutica, resultando na morte de paciente terminal em estado de sofrimento. Do lado contrário, a distanásia se caracteriza pelo prolongamento do processo de morrer, quando são utilizados tratamentos sem eficácia terapêutica, causando sofrimento ao paciente. Já a mistanásia ou eutanásia social é a morte miserável, que ocorre por omissão de socorro, em virtude da deficiência estrutural do sistema de atendimento médico, ou por erro médico.

3. A PROBLEMÁTICA A PARTIR DO CASO JOSÉ OVÍDIO GONZÁLEZ CORREA

Partimos da história da primeira pessoa que morreu pela prática de eutanásia ativa na América Latina, depois que seu pedido foi acolhido, com base nas sentenças C-239/97 e T-970/14 da Corte Constitucional colombiana, para fazer, mais adiante, uma breve análise da possibilidade de aplicação da função limitativa da cláusula geral de bons costumes.

Na Colômbia, o reconhecimento normativo do direito de morrer com dignidade resultou da sentença C-239/97, que promoveu a mudança de paradigma, no julgamento de

improcedência de ação de inconstitucionalidade proposta com a finalidade de reenquadrar a conduta do homicídio piedoso como homicídio simples.

Já a sentença T-970/14 analisou a demanda concreta de tutela do direito fundamental de morrer com dignidade de uma paciente acometida com câncer, referida no julgado pelo pseudônimo *Julia*. Embora *Julia* tivesse falecido antes que fosse decidido seu pedido de revisão da sentença de improcedência proferida pela 1ª instância, a Corte Constitucional colombiana prosseguiu com o julgamento do recurso até o final, a fim de evitar que situações similares se repetissem no futuro, instando o Ministério da Saúde e Proteção Social a elaborar as atuais diretrizes para organização e funcionamento de Comitês interdisciplinares, que tornaram efetivo o direito de morrer com dignidade (SÁ; MOUREIRA, 2016).

Assim, em virtude das decisões suso mencionadas, foi editada a Resolução nº 1.216 de 2015 pelo Ministério da Saúde colombiano, possibilitando o atendimento da primeira solicitação para a realização da eutanásia formulada por José Ovidio González Correa, paciente terminal de câncer, que morreu, em plenas condições psíquicas, no mês de julho de 2015 (SÁ; MOUREIRA, 2016).

Seguindo a tendência de se reconhecer o direito de morrer dignamente como emanção da personalidade, a Califórnia converteu-se, em 2015, no quinto Estado americano a permitir a eutanásia de pacientes terminais, após um intenso debate que envolveu o caso de Brittany Maynard, californiana de 29 anos, portadora de câncer no cérebro (ESTADÃO, 2015).

Nesse cenário, percebe-se que aqueles contrários à eutanásia, utilizam os seguintes argumentos apontados por Guilherme de Souza Nucci:

- a) a santidade da vida humana, sob os aspectos religiosos e da convivência social;
- b) a eutanásia voluntária abriria espaço para a involuntária;
- c) poderia haver abuso de médicos e familiares, por interesses escusos;
- d) pode ter havido erro no diagnóstico;
- e) possibilidade de surgimento de novos medicamentos para combater o mal;
- f) possibilidade de reações orgânicas do paciente (tidas como milagres) que restabeleçam o enfermo. (NUCCI, 2019, p. 730)

Quanto aos argumentos favoráveis ao acolhimento da eutanásia pelo Direito, Nucci destaca os seguintes:

a) sob o ponto de vista médico, a vida sem qualidade perde sua identidade; b) a Assembleia do Conselho da Europa, por meio da Recomendação 79/66, estabeleceu os direitos dos doentes e moribundos, mencionando o “direito ao respeito da vontade do paciente quanto ao tratamento a ser utilizado”, “o direito à sua dignidade e integridade”, “o direito de informação”, “o direito de cura apropriada” e “o direito de não sofrer inutilmente”. No mesmo sentido: *Patient's Bill of Rights* (Estados Unidos); Carta sobre Deveres e Direitos dos Doentes (França); Carta dos Direitos dos Enfermos (Itália). (NUCCI, 2019, p. 730)

Porém, ao tratar da realidade *versus* Direito brasileiro, Nucci (2019, p. 729) afirma que não há sequer necessidade de se aprovar uma legislação para a ortotanásia, pois considera que a mesma já é reconhecida como direito do paciente. Quanto à eutanásia ativa, o autor faz ressalvas, pois entende que o tema merece debate sobre a inclusão ou não em lei.

A leitura do art. 15 do Código Civil, ao estabelecer que ninguém “pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, confirma o raciocínio de Nucci, no sentido de ser juridicamente reconhecido o dever de respeito ao consentimento livre e esclarecido do paciente de recusar tratamentos médicos arriscados.

Assim, como é direito do paciente não ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico, há que se reconhecer a possibilidade de o paciente antecipar o seu processo de morrer, como forma de evitar um sofrimento desnecessário, quando comprovada a falta de eficácia terapêutica dos tratamentos disponíveis, que também comportem risco para a vida do paciente.

Desse modo, a discussão que hoje enfrentamos está voltada para o reconhecimento ou não da eutanásia ativa como recurso terapêutico legítimo a dar fim a um sofrimento associado a uma enfermidade terminal, como no caso de José Ovídio González Correa.

Sobre a existência de uma autonomia para morrer como componente da personalidade a ser construída pelo indivíduo, Sá e Moureira afirmam que:

A existência de uma autonomia para morrer implica a compreensão da liberdade do indivíduo moderno como um *medium* para realização de si mesmo, ou seja, trata-se da efetivação de um projeto biográfico na construção e na busca por reconhecimento da sua personalidade. Esta, não é pressuposta nem imposta, mas, sim, construída socialmente. (SÁ; MOUREIRA, 2016, p. 9-10)

A nosso ver, não há como dissociar a morte do ciclo vital humano, embora a efetivação normativa da personalidade associada ao processo de morrer seja um entrave

para o pleno exercício da autonomia dos sujeitos de direito. Nesse âmbito, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira esclarecem que:

Pela construção da personalidade apresentada, é a morte que coloca fim a este processo dialético de ser pessoa e extingue toda uma personalidade, posto que com ela cessa a realidade existencial partilhada. Se há algum dever jurídico de respeito à morte este decorre do mesmo fundamento com que respeita o embrião ou o feto: a autocompreensão ética que se faz da espécie. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 162)

Se todos buscamos a realização de um projeto de vida-bom, por que não encerrar a construção da personalidade também de forma digna?

Inspirado na filosofia de Hegel, de teor normativo fundada em uma luta moral por reconhecimento, Axel Honneth (2007) propõe uma concepção de vida boa a partir do reconhecimento em diferentes dimensões de eticidade, como fundamentos constitutivos de “uma teoria social com teor normativo”, que seriam capazes de proporcionar um progresso moral na dimensão do reconhecimento, com o propósito de diagnosticar as patologias sociais e os elementos de emancipação na realidade social, através do “ser-consigo-mesmo-no-outro”.

Para avaliar as lutas sociais, Honneth, a partir da dinâmica social do reconhecimento, desrespeito e luta por reconhecimento, extrai uma concepção formal de eticidade ou vida boa como o “todo das condições intersubjetivas das quais se pode demonstrar que servem à autorrealização individual na qualidade de pressupostos normativos”. (HONNETH, 2003, p. 271-272).

Assim, Honneth parte de uma reconstrução do jovem Hegel, na fase anterior à *Fenomenologia do espírito*, baseando-se nas três dimensões do reconhecimento distintas (amor, direito e solidariedade), mas relacionadas: a primeira estaria baseada no “amor” e na “amizade”, que pode se verificar nas relações de interação da família, com respeito à esfera da emotividade, na qual permite-se ao indivíduo desenvolver uma autoconfiança; a segunda dimensão refere-se às relações jurídicas baseadas em “direitos”, ou seja, a esfera jurídico-moral em que a pessoa é reconhecida como autônoma e responsável, desenvolvendo sentimentos de autorrespeito; e por fim, a terceira dimensão baseia-se na “solidariedade social” concernente à comunidade de valores e que repercute a esfera da estima social, onde Honneth se apoia fortemente na concepção de T. H. Marshall (1967) de que os direitos de cidadania são resultado de um acordo entre os participantes da

comunidade, cujo reconhecimento bem-sucedido permite o desenvolvimento do autorrespeito (HONNETH, 2009).

Desse modo, analisando as razões que Hegel oferece na Filosofia do direito, Honneth conclui que:

[...] a partir dessas premissas que tais relações de interação da sociedade moderna só podem ser compreendidas como elemento social da eticidade que incide sobre as prerrogativas de organização do Estado e são, desse modo, institucionalizáveis de acordo como o direito positivo; pois sem tal possibilidade de um acesso estatal, as esferas correspondentes não teriam sequer base de durabilidade, confiabilidade e instaurabilidade necessárias para se falar de uma condição de liberdade para nós disponível”. (HONNETH, 2007, p. 131-132)

Percebe-se, na afirmação de Honneth, a importância da participação igual dos sujeitos nas relações sociais de interação, para que tais relações continuem existindo, num padrão de interação capaz de garantir a liberdade e a representação dessas esferas como bens públicos estabelecidos pelo direito por meio do Estado – como uma relação de liberdade pública (HONNETH, 2007).

Para Hegel, segundo explica Honneth:

[...] De acordo com sua tendência como um todo, a argumentação do capítulo sobre ‘eticidade’ parece indubitavelmente desaguar na ideia de que os membros da sociedade encontram no ‘Estado’ uma esfera e interação na qual alcançam a autorrealização por meio das atividades comuns e ‘universais’: se o indivíduo na ‘família’ pode realizar sua liberdade por meio da retribuição do amor e é capaz de realizar seus interesses egocêntricos na ‘sociedade civil’, então o ‘Estado’ é a esfera da qual se pode dizer que nele o indivíduo tem que ‘levar uma vida universal’ (§ 258). (HONNETH, 2007, p. 142-143)

Portanto, conforme Honneth, a situação de desrespeito, à cada uma das esferas de reconhecimento corresponderia também a um padrão de desrespeito, proporcionando a perda de autoconfiança no amor, de autorrespeito no direito, e de autoestima na esfera da solidariedade. Esse mesmo padrão de desrespeito se encontra configurado na falta de reconhecimento normativo da autonomia para morrer com dignidade, em situação de doença terminal incurável.

4. RESOLUÇÕES CFM nº 1.805/2006, 1.995/2012 e 2.232/2019

O exercício profissional da medicina é fiscalizado e normatizado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), autarquia federal instituída pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945 (revogado pela Lei nº 3.268, de 1957), com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional. Para desempenhar suas funções de supervisão e disciplina da classe médica, o CFM expede resoluções, que buscam o perfeito desempenho ético da medicina.

Assim, desde 2006, conforme assegura a Resolução CFM nº 1.805, é permitido ao médico, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Em 2012, foi publicada a Resolução nº 1.995 dispondo sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes como o conjunto de desejos, prévia e expressamente, manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade, que prevalecerá sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. Porém, o § 2º do referido dispositivo deontológico exime o médico de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante, que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Recentemente, em 2019, o CFM estabeleceu a Resolução CFM nº 2.232, com a finalidade de disciplinar a recusa terapêutica por pacientes, e a objeção de consciência na relação médico-paciente. Com base nela, foi imposto ao médico o dever de não aceitar, em situações de risco relevante à saúde, a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros, ou ainda quando restar caracterizado abuso de direito, que coloque em risco a saúde de terceiros, no caso de doença transmissível.

Para os pacientes conscientes temos as diretivas antecipadas como recurso deontológico garantidor da autonomia privada, mas e quanto aos incapazes de expressar a vontade? Estarão os incapazes, que não se comunicam, fadados a vegetar numa cama para

o resto de suas “vidas”? A ordem jurídica assegura alguma autonomia privada para esses indivíduos?

Nancy Cruzan foi vítima de um acidente automobilístico, porém após ter sido ressuscitada por paramédicos, não recuperou sua consciência. Em coma por três semanas, em um hospital do Missouri, nos Estados Unidos, sua família buscou obter o direito de retirar o tubo que a alimentava, para que ela pudesse morrer dignamente. Em razão da recusa do hospital em atender à vontade da família, uma ação judicial foi promovida, com base na alegação de que Nancy havia, ao longo da vida, manifestado diversas vezes sua intenção de não ser mantida viva em estado vegetativo. A decisão final foi tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que reconheceu, pela primeira vez, um direito constitucional à interrupção do tratamento médico que mantém vivas pessoas em estado vegetativo permanente, desde que respeitadas as formalidades exigidas por Estado (SCHREIBER, 2014, p. 56).

5. LIMITES À LIBERDADE EXTRAPATRIMONIAL SEGUNDO A TEORIA TRÍPLICE DA AUTONOMIA PRIVADA EXISTENCIAL

Para tratar das decisões que podemos tomar sobre nossas questões existenciais, a professora Thamis Dalsenter Viveiros de Castro começa seu artigo “A função da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial” com o seguinte questionamento: Há limites para a liberdade de existir? Assim, a autora inicia o debate sobre os limites legitimamente impostos à liberdade extrapatrimonial dentro de um espaço de legalidade democrática (CASTRO, 2017, p. 99-125).

Sua teoria tem como premissa os novos contornos da autonomia privada existencial redefinida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como instrumento da concretização da função pessoal e da dignidade da pessoa humana, diante da releitura que faz com base na solidariedade social e democrática como objetivo da República (CASTRO, 2017, p. 99-100).

Segundo César Fiuza, a autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas disporem sobre suas relações privadas e interesses, definindo o conteúdo dos atos que praticam, respeitados os limites legais (FIÚZA, 2015, p. 44).

Na esfera existencial, a expressão consentimento livre e esclarecido equivale à autonomia privada da relação médico-paciente, que se encontra alçada à categoria de princípio do biodireito, ante à necessidade de se garantir espaços de iguais liberdades fundamentais aos indivíduos, conforme ensinam Sá e Naves (2018, p. 111).

Thamis Castro conceitua a autonomia privada existencial como

[...] espécie do gênero autonomia privada e se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade. (CASTRO, 2017, p. 101)

Adverte Castro que, ao contrário da autonomia privada patrimonial, que é limitada pela função social e boa-fé, a autonomia privada existencial não suporta limitações da mesma ordem, salvo quando o seu exercício causar implicações diretas nas vidas de terceiros. Desse modo, defende a autora que não há espaço para direitos absolutos na ordem privada, sendo legítimas as intervenções jurídicas direcionadas ao reequilíbrio entre os interesses tutelados e as esferas jurídicas afetadas por eles (CASTRO, 2017, p. 101).

Assim, com base na concepção que toma a construção da identidade e o projeto de livre desenvolvimento da personalidade, os quais demandam espaços democráticos para a realização de experiências intersubjetivas, Thamis Castro diz que:

[...] os contornos da autonomia privada existencial passaram a ser definidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, assentado como um dos fundamentos da República, com viés francamente coexistencial, voltado para a proteção da pessoa no seu ambiente social, nas constantes experiências intersubjetivas e nos processos de construção de identidades pessoais e grupais. (CASTRO, 2017, p. 100)

O grande problema, segundo Thamis Castro, seria definir em quais hipóteses a autonomia privada existencial pode sofrer limitações, especialmente quando se coloca em risco a liberdade de outra pessoa, sem desconsiderar a noção de pluralismo e diferentes concepções de vida. Por isso, a autora justifica que se recorra ao uso de uma das funções mais relevantes da cláusula geral de bons costumes, que consiste em operar como instrumento de limitação da autonomia extrapatrimonial, já habitualmente empregada pelos tribunais como um conceito de atalho para justificar sua limitação.

Para tanto, Thamis Castro justifica o uso da cláusula geral de bons costumes da seguinte forma:

A noção de bons costumes se consagrou historicamente como elemento voltado para a moral social já consolidada, a partir da qual se realizava um juízo de qualidade sobre essas práticas repetitivas, de modo que se pudesse qualificar os costumes como bons ou maus, sendo estes últimos particularmente indesejáveis para a ordem jurídica e social. Essa sempre foi a tônica do recurso aos bons costumes, especialmente no contexto jurídico brasileiro.

[...]

Decorre da cláusula geral de bons costumes a exigência de que o comportamento de todos os envolvidos na dinâmica da autoridade parental esteja de acordo com o dever de cuidado. (CASTRO, 2017, p. 112-120)

Em relação à ponderação dos interesses em jogo em caso de conflito, de modo que a autonomia privada de uns não se torne a limitação, ou mesmo a negação de interesses existenciais de outros, Thamis Castro propõe que a autonomia existencial pode sofrer limitações, que devem incidir, excepcionalmente e apenas, quando presentes requisitos comprobatórios da necessidade de tal restrição (CASTRO, 2017, p. 103). Por tal razão, partindo de alguns limites sobre os quais formula sua teoria tríplice da autonomia privada existencial, a autora procede a uma classificação, tomando por base as consequências que tiveram como causa geradora direta e imediata o exercício da autonomia extrapatrimonial, dividindo os atos de autonomia em três categorias: (I) atos de eficácia pessoal; (II) atos de eficácia interpessoal; e (III) atos de eficácia social (CASTRO, 2017).

Consoante distinção de Thamis Castro, os atos de autonomia de eficácia pessoal são aqueles que não produzem efeitos jurídicos diretos e imediatos, ou que acarretem lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros, tomando, a título de exemplo, os atos de modificação corporal como a tatuagem, excepcionalmente limitados. Por sua vez, os atos de autonomia de eficácia interpessoal alcançariam direta e imediatamente pessoas que não praticaram o ato de autonomia, causando-lhes lesão ou apresentando risco real de lesão a seus direitos, de modo a justificar a aplicação de restrições concretas aos atos de autonomia existencial, por meio da cláusula geral de bons costumes, como no caso abuso do poder familiar, pelo qual um dos pais pratica alienação parental. Por fim, atos de autonomia de eficácia social apresentam efeitos jurídicos diretos e imediatos sobre um número indeterminado de pessoas, suscitando a necessidade de limitar, também em abstrato, a autonomia existencial do titular para garantia de direitos fundamentais de terceiros, que podem ser lesionados pelo exercício de um interesse individual, através da incidência da

cláusula geral de bons costumes, como no caso da proibição de comercialização de partes do corpo, já que a criação de um mercado dessa natureza acabaria com o sistema fraterno de doação de órgãos (CASTRO, 2017, p. 103-104).

Assim, Thamis Castro desenvolveu sua teoria sobre os efeitos dos atos de autonomia como um plano de investigação de etapas sucessivas de aplicação concreta sobre a conduta que atrai a providência jurídica de intervenção limitadora legislativa ou judicial da autonomia privada. Para a autora, os atos de autonomia que podem configurar, em tese, lesão ou ameaça concreta de lesão a direito alheio, fundada em circunstâncias não afastáveis a partir de deveres básicos de cautela, são aqueles de eficácia interpessoal e de eficácia social (CASTRO, 2017, p. 110-111).

Com base nessa classificação desenvolvida por Thamis Castro, a autonomia para morrer pode ser categorizada como ato de autonomia de eficácia pessoal?

À primeira vista, se considerados que os efeitos diretos e imediatos do ato não geram lesão ou risco de lesão à esfera jurídica alheia à do titular do direito, além de permitirem a ele encerrar a construção de sua personalidade de forma digna, evitando um sofrimento desnecessário, quando comprovada a falta de eficácia terapêutica dos tratamentos disponíveis, estaríamos diante de um ato de autonomia de eficácia pessoal. Assim, não há razão para que a autonomia privada existencial sofra limitações, em abstrato ou no caso concreto, sem desconsiderar a noção de pluralismo e diferentes concepções de vida, pelo que concordamos com o reconhecimento da eutanásia ativa como recurso terapêutico legítimo a dar fim a um sofrimento associado a uma enfermidade terminal.

Entretanto, se também aventada a possibilidade de a eutanásia afetar um número indeterminado de pessoas, além da esfera jurídica do próprio titular, com base na alegação de que o exercício de um direito dessa natureza, qual seja autonomia privada para morrer, pode causar a banalização do direito à vida e sua inviolabilidade prevista no art. 5º da Constituição Federal, poderíamos, nesse caso, falar em ato de autonomia de eficácia social, suscitando a necessidade de limitar em abstrato a autonomia existencial do titular para garantia de direitos fundamentais. Contudo, para limitar em abstrato a autonomia existencial do titular do direito ou interesse individual, sem reduzi-la ao nada, bastaria que fossem estabelecidas duas condições: terminalidade da doença e inexistência de tratamento eficaz. Dessa maneira, estariam preservados, a nosso ver, tanto os interesses de terceiros,

que não querem ver a vida banalizada, quanto o direito do titular que pretende exercer sua autonomia privada para morrer com dignidade.

CONCLUSÃO

A Resolução CFM nº 1.805/2006 consiste num importante avanço no sentido de assegurar uma alternativa para pacientes em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, permitindo ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida e o sofrimento, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Nesse ponto, ao respeitar a vontade do paciente, como capaz de exercer sua liberdade, a normatização da conduta médica que concretizará a manifestação daquela vontade, em razão da anomia legislativa, configura a tendência de garantir o reconhecimento da eticidade na terceira dimensão concernente à comunidade de valores e direitos de cidadania.

No mesmo caminho, a Resolução CFM nº 1.995/2012 representa uma conquista do paciente com relação à possibilidade de exercício de sua autonomia privada existencial, ao definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Por sua vez, a Resolução CFM nº 2.232/2012 problematiza a situação dos pacientes inconscientes e incapazes, deixando de fornecer uma solução definitiva que ampare os seus interesses relacionados à tutela da dignidade humana, como no caso de Nancy Cruzan.

Nessa seara, a teoria tríplice da autonomia privada existencial desenvolvida Thamís Dalsenter Viveiros lança luz sobre os limites legais legitimamente impostos à liberdade existencial dentro de um espaço público de pluralidade democrática.

No Direito Comparado, temos o caso José Ovídio González figura como importante precedente judicial, tendo em vista o reconhecimento jurídico do direito subjetivo a morrer com dignidade, que, a nosso ver, faz parte da construção da personalidade individual humana.

Por tais razões, entendemos que a coexistência harmônica de situações subjetivas conflitantes, com respeito à noção de pluralismo e diferentes concepções de vida, requer a criação de instrumentos jurídico-legais ou a produção de decisões judiciais com emprego do pensamento hermenêutico-interpretativo, que não limitem, pura e simplesmente, as relações privadas, sobretudo as de cunho existencial relacionadas à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.955 de 13 de setembro de 1945* (Revogado pela Lei nº 3.268, de 1957). Institui Conselhos de Medicina e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7955.htm>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

COLÔMBIA. *Código Penal*. Ley 599 de 2000. Bogotá, 24 jul. 2000. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190208_03.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-239/97. *Homicidio por Piedad - Elementos/Homicidio Pietístico o Eutanásico/Homicidio Eugenesico*. Santa Fé de Bogotá, D.C., 22 out. 1997. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-970/14. *Muerte Digna - Caso de persona con enfermedad terminal que solicita a su EPS realizar la eutanasia*. Santa Fé de Bogotá, D.C., 15 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 21 jan. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2.232/2019*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 23 jan. 2020.
- ESTADÃO. Internacional. *Estado americano da Califórnia aprova eutanásia*. São Paulo, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,estado-americano-da-california-aprova-eutanasia,1774875>>. Acesso em: 14 de mar. 2018.
- FERNANDES, José de Souza. *Algumas questões a propósito da eutanásia*. CADERNOS DE BIOÉTICA. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 1992-2000.
- FIUZA, César [Org.]. *Autonomia privada: direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.
- HOLT, Gerry (2011-08-03). "*BBC News - When suicide was illegal*". Bbc.co.uk. Retrieved 2014-02-07, tradução nossa.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Ed. 34, 2003.
- HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização de filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.
- HOUSTON, Robert Allan. *Punishing the dead?: Suicide, Lordship, and Community in Britain, 1500-1830*. Oxford University Press: Great Britain, 30 sept. 2010. Disponível em: <<https://epdf.pub/punishing-the-dead-suicide-lordship-and-community-in-britain-1500-1830.html>>. Acesso em 22 jan. 2020.
- HUNGRIA, Néelson *et al.* *Comentários ao código penal*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 19. Rio de Janeiro Forense 2019 1 recurso online.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *O direito subjetivo à morte digna: uma leitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovídio González*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-subjetivo-a-morte-digna/>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade revista e atualizada*. 3. São Paulo: Atlas, 2014, recurso online.

SILVA, Mirelly Gonzaga da. *Eutanásia e o ordenamento jurídico brasileiro: o direito constitucional à vida deve prevalecer sobre os direitos à autonomia da vontade e à liberdade do enfermo terminal?* Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <<http://bib.pucminas.br:8080/pergamumweb/vinculos/000057/00005764.pdf>>. PAIVA>. Acesso em: 21 jan. 2020.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Eutanásia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1863>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

SUICIDE Act 1961. *An Act to amend the law of England and Wales relating to suicide, and for purposes connected therewith*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60>>. Acesso em: 22 jan. 2020.