

A EUTANÁSIA E O EXERCÍCIO DO BIPODER: UMA ANÁLISE DO FILME MENINA DE OURO

EUTANASIA AND BIPODER EXERCISE: AN ANALYSIS OF THE GIRL OF GOLD MOVIE

Elayne Costa Santana¹
Samene Batista Pereira Santana²

RESUMO

Esta pesquisa é fruto do projeto desenvolvido pelo Laboratório de Estudos do Direito e do Discurso (LABEDIRE), vinculado à FAINOR. O objeto de estudo se constitui a partir da eutanásia, analisando a legislação brasileira, notadamente a penal e a constitucional, tendo como escopo leituras referendadas por Michel Foucault. A vida é um bem jurídico protegido por meio de disposição positivada na legislação brasileira, inviolável conforme propõe a Constituição da República Federativa do Brasil. Mesmo sendo um bem, em sua essência particular, o direito à vida, como também à morte não é negociável. A autonomia de vontade do paciente, mesmo sob o argumento da dignidade da pessoa humana não é relevante nesse contexto. A prática da eutanásia não é permitida no Brasil, fazendo surgir discussões das mais diversas vertentes, entre os campos jurídico, médico e religioso. A presente pesquisa ateve-se à discussão jurídica, e tem como *corpus* de verificação a obra cinematográfica “Menina de Ouro”. Busca-se, a partir da análise do referido filme, compreender o tratamento jurídico dispensado à eutanásia no Brasil, utilizando-se a visão de Biopoder estruturada pelo filósofo francês Foucault. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e sistemática, com utilização dos métodos arqueológico e genealógico, desenvolvidos por Foucault, constata-se que o poder que o soberano detinha de dispor sobre a vida de seus súditos fora substituído pelo controle da vida, exercido pelo Estado. É necessário deixar os corpos vivos, com a utilização inteligente de sua força de trabalho. Para Foucault se trata do exercício do Biopoder, pelo binômio fazer-viver.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito à vida. Dignidade Humana. Biopoder.

¹Bacharela em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste - FAINOR (2018). Foi bolsista PIVIC de Iniciação Científica no grupo de pesquisa LABEDIRE (Laboratório de Estudos do Direito e do Discurso) vinculado à Fainor. E-mail: lane_205@hotmail.com

² Doutora pelo programa de pós-graduação em Memória, Linguagem e Sociedade na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Mestre pelo mesmo programa. Pós graduanda em Novas Metodologias do ensino superior pela Fasa/Afya. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Residente em Vitória da Conquista - BA. Coordenadora do Grupo de pesquisa Labedire - Laboratório de Estudos do Direito e do Discurso (CNPq). Integrante do Grupo de Pesquisa em Cinema e Audiovisual: memória e processos de formação cultural. Professora na UNEB - Universidade Estadual da Bahia, Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR) e Faculdade Santo Agostinho; colaboradora do programa de Pós Graduação da UCSAL em Direito Processual Civil, Pós em Direito Público - campus Paramirim da Fainor, Programa de Pós graduação da Faculdade de Ilhéus e Pós em Direito processual civil na FTC. E-mail: samenebatista@gmail.com

ABSTRACT

This research is the result of the project developed by the Laboratory of Law and Speech Studies (LABEDIRE), linked to the FAINOR. The object of study is constituted from euthanasia, analyzing the Brazilian legislation, especially the penal and constitutional legislation, having as scope readings countersigned by Michel Foucault. Life is a juridical good protected by a positive disposition in the Brazilian legislation, being inviolable according the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Even though it is a good, in its particular essence, the right to life, as well as death is not negotiable. The patient's autonomy of will, even under the argument of the dignity of the human person, is not relevant in this context. The practice of euthanasia is not allowed in Brazil, making discussions arise from the most diverse aspects, among the legal, medical and religious fields. The present research joined the legal discussion, and intention of verifying the cinematographic work "Million dollar baby". From the analysis of this film, it is sought to understand the legal treatment of euthanasia in Brazil, using the Biopoder vision structured by the French philosopher Foucault. Through a bibliographical and systematic research, using archaeological and genealogical methods, developed by Foucault, it can be seen that the sovereign's power to dispose of the lives of his subjects was replaced by the control of life exercised by the state. It is necessary to leave the bodies alive, with the intelligent use of their work force. For Foucault it is the exercise of Biopower, by the binomial make-live.

Keywords: Euthanasia. Right to life. Human dignity. Biopoder

Introdução

A vida é o bem tido de maior relevância (SILVA: 2005; p. 61), é a razão de existir da norma, dos direitos e deveres nela inseridos, e a sua interrupção por meios diversos aos naturalmente esperados – idade, doença – é considerada ilícita. Desde o momento em que o homem passou a entender a finitude da vida, vem buscando meios para dirimir ou cessar o sofrimento acometido a um doente em estado de saúde irreversível.

Assim, passou-se a entender que no momento da morte, tão íntimo e significativo para o indivíduo, poderia ser dado ao próprio doente ou ao seu representante legal o direito de decidir como e quando o seu findar deveria ocorrer. Uma das alternativas que sempre esteve em pauta foi a submissão à eutanásia, que é permitida em alguns países como a Bélgica e a Holanda, mas não encontra guarida na legislação brasileira, sendo alvo de discussões das mais diversas vertentes.

O presente estudo, ao tratar sobre o tema, deparou-se com algumas indagações: qual o tratamento dispensado à eutanásia na legislação brasileira – constitucional e penal? O consentimento do paciente é levado em consideração para justificar a sua prática? Em vista

disso, buscamos analisar, a partir da visão foucaultiana de Biopoder, as relações de poder existentes para manutenção da vida no cenário brasileiro.

Objetivamos compreender, por meio de uma “História da Sexualidade – Direito de morte e poder sobre a vida” (FOUCAULT: 1999), como a tutela jurídica Estatal se manifesta sobre a vida e a morte, e se há violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade, advogados para fundamentar o consentimento do paciente na prática da eutanásia.

Para tanto, temos como *corpus* do presente trabalho a obra cinematográfica “Menina de Ouro”, de Clint Eastwood. Contudo, a proposta não é trabalhar com a narrativa da obra, mas tão somente com trechos do filme que evidenciam a prática da eutanásia, tendo em vista que a materialidade fílmica é importante para compreender as questões de representação da vida cotidiana.

Os métodos empregados na pesquisa são de caráter bibliográfico e sistemático, especialmente quanto à doutrina, como também indutivo, a partir de leituras esquematizadas das obras foucaultianas. Ademais, partimos de uma análise arqueológica, especialmente no que refere à nova história, apregoada por Michel Foucault, detectando os discursos adotados em torno da eutanásia, em especial à normatividade imposta e sua inserção em períodos históricos da legislação penal brasileira, como também faremos uma abordagem genealógica a fim de entender as relações de poder existentes no controle da vida, perpetrado pelo Estado no cenário brasileiro.

No filme “Menina de Ouro”, Clint Eastwood retrata de maneira brilhante a trajetória de Maggie Fitzgerald, interpretada pela atriz Hilary Swank, para alcançar o sonho de ser uma boxeadora de sucesso. O final de sua história – a morte pela eutanásia – nos faz vislumbrar e entender a conduta eutanásica, que através de uma decisão individual sobre a própria morte leva outro indivíduo a ultrapassar as barreiras da lei.

Inicialmente é possível afirmar que a legislação brasileira é reflexo do Biopoder, o que para Foucault (1999) é uma forma avançada das políticas de poder. A estrutura paternalista do Código Penal sinaliza a existência de mecanismos para manutenção da vida, sendo a morte um acontecimento natural. Assim, sob a ótica da Constituição Federal, a legalização da eutanásia representaria uma violação do direito à vida.

Insta frisar que, neste estudo, pretendemos refletir sobre as relações de poder que existem na legislação brasileira quando da proibição da prática eutanásica, em proteção à vida e à morte, sem apresentar qualquer juízo de valor. Assim, propomo-nos a, primeiramente, conceituar e distinguir a eutanásia dos institutos da ortotanásia, distanásia e suicídio assistido.

Na sequência, faremos uma análise do filme, no que se refere ao consentimento do paciente e à morte digna. Estudaremos o direito à vida sob a ótica da Constituição Federal de 1988, e o tratamento recebido pela eutanásia no Anteprojeto do Código Penal e no Código Penal vigente. Apresentaremos, ainda, a postura médica adotada no Brasil frente à eutanásia. Por fim, abordaremos o conceito de Biopoder estruturado e difundido pelo filósofo francês Michel Foucault, e por meio dele, como se dá o direito à morte no Brasil.

2. A eutanásia, o suicídio assistido, a ortotanásia e a distanásia

Ao tratar sobre o tema, é imprescindível distinguir a eutanásia dos institutos acima mencionados. O termo *eutanásia*, no sentido etimológico, vem do grego *euthanasía*, e refere-se a “morte sem sofrimento”, “boa morte” (HOUASSIS: 2001; p. 1.276). Trata-se de uma ação praticada, geralmente, pelo médico que leva à morte de um paciente em estado terminal de certa doença, a pedido deste paciente com o objetivo de acabar com o seu sofrimento, ou seja, quem leva o paciente à morte é outra pessoa, que pode ser o médico. Ao tratar sobre o tema Silva aborda os vários significados do termo:

Sentido etimológico: boa morte, sem dor;
Luta contra o sofrimento, a qualquer preço;
Supressão da vida de um doente a pedido dele próprio, ou dos familiares, ou dos próprios profissionais da medicina;
Decisão de abster de meios extraordinários, considerados ‘despropositados’ na fase terminal, e vistos como obstinação terapêutica;
Direito à própria morte, com o significado de morte apropriada, que outros chamam de morte digna (SILVA: 2007; p. 5-6).

No magistério de Roxin (2002; p. 6) tal conduta refere-se “a ajuda que se presta a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou ao menos levando em conta sua vontade presumida, no sentido de proporcionar-lhe uma morte em consonância com a sua noção de dignidade humana”. Assim, incorre o agente em ato de compaixão, atendendo a um pedido que pode não concordar, mas entende proporcionar ao doente terminal uma morte em conformidade com a sua noção dignidade humana.

Não se pode confundir o referido instituto com o *suicídio assistido*, o qual para Barroso e Martel:

[...] designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro

colabora com o ato, quer prestando informação quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O *suicídio assistido por médico* é espécie do gênero suicídio assistido (BARROSO e MARTEL: 2010; p. 7).

Neste instituto quem age efetivamente é o doente, assistido por outra pessoa, porque, na maioria dos casos, não tem condições de agir sozinho. O que os aproxima, portanto, é a expressa anuência do enfermo. Diante disso, verifica-se que na eutanásia, o terceiro, que geralmente é o médico, age diretamente para o resultado morte, enquanto que no suicídio assistido quem provoca a morte é o próprio doente, com auxílio de terceiro.

A figura do suicídio assistido é considerada crime no Brasil, conforme reza o artigo 122 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

A *ortotanásia* (eutanásia passiva) é a abstenção por parte do médico de qualquer ação que mantenha o paciente vivo, deixando que certa doença siga o seu curso e leve esse paciente à morte. Tem-se como exemplo a interrupção de tratamento ou desligamento de aparelho de sustentação vital. Nas precisas lições de Pessini:

Como o prefixo grego *orto* significa "correto", ortotanásia tem o sentido de morte no seu tempo", sem abreviação nem prolongamentos desproporcionados do processo de morrer. A ortotanásia, diferentemente da eutanásia, é sensível ao processo de humanização da morte e alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com a aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais (PESSINI: 2001; p. 1).

O procedimento da ortotanásia é permitido no Brasil e, muitas vezes, baseia-se no fato de que, mesmo se utilizando de meios extraordinários, os resultados mostram-se eficazes transitoriamente, ou seja, o paciente retoma o seu quadro inicial, levando a crer que nada lhe fora feito. Nesse sentido, o entendimento de Roxin:

O médico deve, inclusive, dobrar-se à vontade do paciente, uma vez que inexistirá qualquer direito a tratamentos forçados. Se o paciente recusa, portanto, a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixar o paciente morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento (ROXIN: 2002; p. 7).

Assim, fazendo insurgir a ideia do tempo ou momento certo da morte, significaria a ortotanásia o não prolongamento artificial da vida que se encontra em declínio natural. Tratar-se-ia de uma maneira de evitar a distanásia. O profissional médico que assim agisse não incorreria em figura típica mediante o Código Penal, pois que o processo natural da morte já estaria instalado.

A *distanásia*, por sua vez, seria a persistência de intervenções terapêuticas em um paciente que está em estado terminal para preservá-lo a vida. Para Silva (2005) seria um prolongamento do curso natural da morte, e não da vida. Ao tentar conceituar o referido instituto, Pessini esclarece:

O Dicionário Aurélio traz a seguinte conceituação: "Morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento". Trata-se, assim, de um neologismo, uma palavra nova, de origem grega. O prefixo grego *dis* tem o significado de "afastamento", portanto a distanásia significa prolongamento exagerado da morte de um paciente. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil. Trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer (PESSINI: 2001; p. 1).

Trata-se de uma medida duvidosa, sem a certeza de sua eficácia ou da reversibilidade do quadro, pois apenas prolongará a morte, não sendo efetivo para melhorar as condições que ameaçam a vida do paciente. O prolongamento da vida não acarreta, em si, qualidade de vida durante esse período. Desse modo, está cada vez mais em pauta o direito de o ser humano escolher se deseja ou não prolongar a sua vida, mesmo no leito de morte, sem que haja garantias de qualidade nesse processo.

No ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o penal, apenas o suicídio assistido recebe tratamento. A eutanásia é considerada conduta criminosa porque não existe causa supralegal baseada no consentimento do doente terminal que venha, porventura, isentar de culpa o autor. A distanásia, do ponto de vista legal, não é avaliada como ato criminoso, pois se trata de uma forma de prolongar o sofrimento até o fim natural do ser humano. A

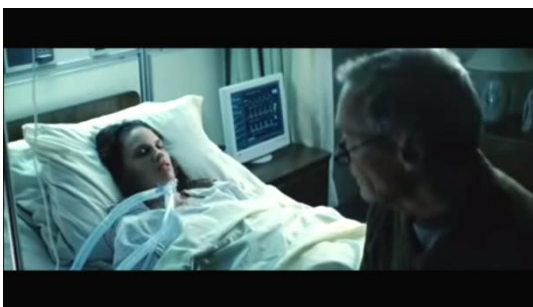
ortotanásia é aceita na seara médica, não atentando contra a ética profissional, desde que haja aquiescência do doente ou de seu representante legal.

3. Menina de Ouro: morte digna e consentimento do paciente

Ao discorrer sobre o procedimento da eutanásia, deve-se levar em consideração alguns requisitos para sua realização. Um deles é o consentimento do enfermo, que após um pedido em forma de súplica, gera no terceiro - autor da conduta, um sentimento de piedade, compaixão, empatia. No filme “Menina de Ouro”, é possível enxergar claramente a relevância desse requisito, especialmente quando se age sob a premissa de conceder àquele doente uma morte digna, sem prolongar-lhe a dor e o sofrimento.

Em sua obra, Clint Eastwood narra a história de uma jovem de origem humilde e com problemas familiares, que apesar disso não abandonou seus sonhos e trabalha arduamente para realizá-los. Durante o enredo, Maggie Fitzgerald conquista o treinador Frankie Dunn, interpretado pelo também diretor Clint Eastwood, e alcança, finalmente, o sonho de ser uma

Após um de uma grande luta, uma limitação para o impossibilitada de se condenada a uma maca a abandona e sente-se



ocorrera, mesmo sabendo que realizara o maior sonho de Maggie. Ela procurou ser forte, otimista, sorridente mesmo apesar das dores que sentia por passar todo o tempo deitada com a face para cima.

boxeadora de sucesso. grave acidente ao final Maggie depara-se com resto de sua vida: locomover, está de hospital. Frankie não culpado pelo que

Figura 1.

Fonte: filme “Menina de Ouro”.

Ao se aproximar do final do enredo, a situação de Maggie avança consideravelmente, sendo necessário amputar a sua perna. Diante de um quadro irreversível, dada a gravidade da lesão na medula, Maggie clama a Frankie, sem lograr êxito, que alivie o seu sofrimento, ceifando-lhe a vida. Para comovê-lo, Maggie morde a língua durante a noite até cortá-la, necessitando reconstruí-la. Após repetir o ato Maggie necessita ser sedada para não vir a óbito.

Por fim, em virtude de não mais suportar vivenciar o seu irremediável sofrimento, Frankie realiza o último desejo de Maggie, injetando-lhe substância letal, conduzindo-lhe a uma morte rápida, sem sofrimento. O filme hoje, apesar de ser ficção, é um objeto amplamente visto, já que a materialidade fílmica é de grande divulgação, e quer queira, quer não, ou ela atravessa o sujeito, ou ela é atravessada pela prática dos sujeitos e, desse modo, faz o sujeito se (re)conhecer. Assim sendo, o filme é fundador de visibilidade, possibilidade.

Nesse contexto, a negativa ao pedido do paciente na conduta eutanásica leva ao seguinte questionamento: há violação dos princípios da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana? Na maioria dos casos avocam-se esses princípios para fundamentar e justificar a conduta, com base no consentimento do doente terminal, no ideário de excluir a ilicitude do ato e, por consequência, isentar o autor de sua culpabilidade.

Autonomia significa ser governado por si próprio, mas essa capacidade de se autogovernar pode ser prejudicada total ou parcialmente pelo fato de existirem fatores do próprio ser ou diante de circunstâncias externas. A ideia de autonomia de vontade está atrelada à ideia de autodeterminação. Desse modo, muito embora goze o ser humano de liberdade, essa encontra limites quando se refere a disponibilidade da vida. Não obstante à isso, o pensamento de Diaulas Costa:

Viver a vida com autonomia é um direito potestativo, que pode ser exercido sem qualquer anuência de terceiros; ninguém precisa de licença de outrem para viver a sua própria vida, mormente em países sem pena de morte. Feita essa exceção, ninguém, nem mesmo o Estado, pode impor qualquer restrição a esse direito, razão para se chamá-lo supremo (DIAULAS COSTA: 2006; p. 2).

A dignidade da pessoa humana está elencada em um dos incisos do art. 1º da Lei Magna, sendo um dos fundamentos da República Federativa Brasileira. Aplica-se exclusivamente ao ser humano, e tem como principal componente a autonomia. Assim, reconhecer a autonomia é imprescindível para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A autonomia de vontade se revela na autorização, no consentimento do doente para a prática da eutanásia. Ao avocar o consentimento como justificativa do ato que implicará a abreviação da vida, instaura-se uma tentativa de aprovar uma conduta tida como antijurídica. Nesse sentido, ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2018; p. 512): “A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos”.

O consentimento é irrelevante, no aspecto jurídico, para desvirtuar a conduta como crime. Ainda que se trate de consentimento válido, ou seja, sem vícios de manifestação de vontade, e tenha o doente capacidade de compreender e discernir os fatos. Nesse ponto de vista, tem-se o magistério de Silva (2005; p. 202): “[...] nem o consentimento lúcido do doente exclui o sentido delituoso da eutanásia no nosso Direito”.

Ao fim de tudo isso, nota-se que, muito embora o consentimento do ofendido – nesse caso particular do enfermo – encontre limites quando se trata de dispor da própria vida, seria temerário afirmar que é um ato atentatório à sua dignidade, uma vez que cabe ao Estado, enquanto detentor de políticas públicas, promover o bem-estar de todos, concedendo condições mínimas de sobrevivência, até para os que se encontrem em situações irreversíveis. Proteger a vida é dever de todos, mais ainda do Estado por intermédio de suas legislações.

4. A Eutanásia e o direito à vida na Constituição da República Federativa do Brasil

Ao pesquisar sobre os direitos e os bens juridicamente tutelados, aprendemos que os direitos são equivalentes em abstrato, sendo que o caso concreto levará às ponderações de qual direito irá sobressair-se sobre o outro. A vida é considerada o bem jurídico de mais alto valor, é um direito personalíssimo, indisponível, intransferível, e inalienável, exigindo que não se perturbe e não se lese.

A Constituição da República assegura em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, garantindo a todo e qualquer ser humano o direito de permanecer vivo. Nessa esteira, os ensinamentos de Silva:

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte (SILVA: 2005; p. 198).

A inviolabilidade do direito à vida suscita profundas divergências acerca da legitimidade de condutas que abreviam ou não prolongam a vida de um paciente, com o escopo de dirimir seu sofrimento físico ou mental. Nesse contexto, a eutanásia não encontra guarida no texto constitucional, sendo forma de violação do direito à vida. Ponderando-se a partir da autonomia de vontade, a ortotanásia, precedida de manifestação voluntária do paciente ou seu representante legal, não é conduta antijurídica.

Atualmente, na normativa penal, como se verá adiante, a eutanásia não recebe tipificação, contudo é classificada pela doutrina como homicídio minorado. A fundamentação da ilicitude do ato está no fato de que, não é possível consentir um atentado contra aquilo que não se pode dispor. Apesar de ser um direito inerente a todo ser humano, o que representa a maior particularidade, o direito à vida não está disponível, e por assim dizer, não é negociável.

5. Tratamento eutanásico no Código Penal Brasileiro

A prática da eutanásia é considerada conduta ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora não recepcionada de maneira discriminada no Código Penal de 1940. Aparece apenas na exposição de motivos desta normativa (nº 39) como exemplo de homicídio privilegiado, sob a aplicação da atenuante relevante valor moral. Nos saberes de Prado:

[...] o motivo de relevante valor moral é aquele cujo conteúdo revela-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em uma determinada sociedade. Ou seja, são motivos nobres, altruístas, havidos como merecedores de indulgência (PRADO: 2010; p. 81).

Assim, é possível afirmar que a normativa penal brasileira não reconhece a impunibilidade do homicídio pela eutanásia, com ou sem o consentimento do doente, mas permite a minoração da pena em virtude de relevante valor moral. A figura do homicídio minorado está tipificada no artigo 121, § 1º do Código Penal, conforme se expõe *in verbis*:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Anote-se que, para se reconhecer a minorante é indispensável que se trate de valor moral relevante, como assevera o texto legal. Nesse sentido, também afirma Prado (2010: p.81): “Tal aferição deve ser balizada por critérios de natureza objetiva, de acordo com aquilo que a moral média reputa digno de condescendência”.

Importante trazer à baila que a causa de diminuição legal nada mais é do que um especial fim de agir, um motivo nobre, o que resulta uma menor reprovabilidade da conduta delituosa. Em suas lições, Roxin (2002; p. 9) assevera que: “O momento da morte é relevante para o Direito Penal, em primeiro lugar, porque a proteção da vida termina com ele. Isto não significa que o corpo do falecido tenha de ficar sem proteção penal”. Por isso, a norma penalista não aprova a eutanásia, mas também não lhe atribui o rigor de não reconhecer o *animus* do agente, em prol de abreviar o sofrimento da vítima diante de seu quadro irreversível de dor.

O anteprojeto da Parte Especial do Código de 1984 foi o marco inicial na legislação penal em que se previa a isenção de pena para o médico que incorresse em prática eutanásica. Trazia a proposta no § 3º, do art. 121, desde que o médico agisse com o consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, sendo a morte iminente atestada por outro médico. Sem lograr êxito o projeto foi abandonado, e não houve consenso sobre o tema nas comissões seguintes para reformar a Parte Especial.

O Projeto de Lei nº 125/1996³, de autoria do Senador Gilvam Borges, foi o único a tratar sobre a legalização da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro que tramitou no Senado Federal. Objetivando a morte sem dor, o projeto previa a autorização da eutanásia desde que cinco médicos atestassem a inutilidade do tratamento físico e psicológico do paciente. Se este não estivesse consciente, familiares poderiam manifestar-se. O projeto não alcançou seu objetivo, encontrando-se arquivado, consoante site do Senado Federal.

O Projeto de Lei nº 116/2000⁴, de autoria do Senador Federal Gerson Camata, objetiva a descriminalização da ortotanásia do Código Penal brasileiro, e foi aprovado pelo Senado Federal em 2009, contendo a seguinte alteração:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 136-A:

³ Projeto de Lei disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>.

⁴ Projeto de Lei disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/46012>.

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. § 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Este projeto foi encaminhado para a Câmara de Deputados para revisão, na data de 22 de dezembro de 2009, sendo que permanece lá até os dias atuais, conforme o site do Senado Federal.

Em tempos hodiernos, o Projeto de Lei nº 236/2012⁵, de autoria do Senador José Sarney, está em tramitação no Senado Federal e prevê a reforma do Código Penal brasileiro, dispensando em um de seus artigos, de forma explícita, tratamento para eutanásia. Para melhor compreensão, vejamos o artigo na íntegra:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Desse modo, o anteprojeto do Novo Código Penal pretende tipificar a eutanásia como crime. Ressalte-se, por oportuno, que o § 2º objetiva descriminalizar a ortotanásia, atribuindo-lhe legalidade. A ortotanásia também não recebe tipificação no Código Penal. A doutrina, por sua vez, entende se tratar de um ato ilícito, assim como a eutanásia propriamente dita, configurando homicídio privilegiado. O entendimento é pacífico e se fundamenta como sendo crime omissivo impróprio, por quebra do dever legal (CP, art. 13, § 2º, a).

Entretanto, fora do campo jurídico, a Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, permite o médico praticar a ortotanásia, desde que expressamente

⁵ Projeto de Lei disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>.

autorizado pelo paciente ou seu representante legal, ponderando nesses casos, a autonomia de vontade do paciente e sua dignidade nos momentos de vida que ainda lhe restam.

Por todo o exposto, verifica-se que a eutanásia não é discriminada no Código Penal vigente, e como fora visto, a mais nova proposta legislativa, à qual instituirá o Novo Código Penal, traz em seu bojo a criminalização daquele que incorrer em prática eutanásica. Enquanto não houver essa mudança, a vida é o bem jurídico com proteção máxima, não se admitindo qualquer forma de violação.

6. A conduta médica frente à eutanásia

A ciência, enquanto imprescindível a questão da sobrevivência e manutenção da vida, mostra-se incentivadora e otimista. Nunca se procurou tanto desenvolver técnicas medicamentosas para combater doenças degenerativas e fatais, como o câncer e a AIDS. A finitude da vida apresenta-se como inconteste e inevitável ao ser humano; contudo, evitar que ela ocorra de modo precoce ou sofrido sempre esteve em evidência na ciência médica.

Nesta seara, o art. 41 do Código de Ética Médica – Resolução 1.931/2009 –, do Conselho Federal Medicina, situado no capítulo inerente às relações do médico com pacientes e familiares, proíbe, expressamente, a abreviação da vida do enfermo, ainda que a pedido deste ou do seu representante legal. O parágrafo único desse mesmo artigo vislumbra a prática da chamada eutanásia passiva. Nos saberes de França:

Como paciente terminal entende -se aquele que, na evolução de sua doença, não responde mais a nenhuma medida terapêutica conhecida e aplicada, sem condições, portanto, de cura ou de prolongamento da sobrevivência. Aquele que apresenta duas características fundamentais: a da incurabilidade e a do fracasso terapêutico. Mesmo nestas condições, qualquer iniciativa de supressão da vida, ainda que a pedido dele ou da família, constitui ato ilegal e antiético e, por isto, incompatível com o exercício médico (FRANÇA: 2010; p. 139).

A ortotanásia geralmente é adotada quando se atesta a perda irreversível de funções essenciais, tornando inútil ou ineficaz qualquer tratamento, não sendo possível garantir ao paciente uma mínima qualidade de vida. Nesse diapasão, a Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina estipula em seu art. 1º:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

Desse modo, a ciência médica trata o referido procedimento como conduta ética, já que estaria apenas prolongando a vida artificial de um paciente, cuja morte iminente já fora atestada. Resta evidente, no texto normativo supra, que a vontade do paciente está acima de qualquer intervenção terapêutica que lhe prolongue a vida, uma vez que o exercício de sua autonomia estaria atrelado à dignidade humana, que não pode ser violada.

Entretanto, a complexidade do tema permite que se aponte algumas contrariedades na própria normativa médica. No Código de Ética, ainda no capítulo que trata sobre a relação com pacientes e familiares, estabelece o art. 31 que é vedado ao médico “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

Neste cenário, pode-se afirmar que o princípio da autonomia de vontade encontra obstáculos que talvez não sejam superados. Ao tecer comentários sobre esse artigo, França (2010; p. 125) entende que “ [...] o ideal será um acordo eticamente defensável entre ele , o paciente e /ou a família até chegar -se a uma solução em que o paciente seja o mais favorecido”. Portanto, o caso concreto levará as ponderações necessárias ao equilíbrio na situação, levando-se em consideração a confiança entre médico e paciente, autonomia de vontade, licitude e ética profissional.

A medicina, enquanto ciência que deve promover a vida encontra grandes desafios quando se debate o seu fim. Mesmo se tratando de pacientes em estado terminal, aceitar a eutanásia implica no embate de relevantes vertentes: autonomia de vontade *versus* conduta ética. Por tudo isso dispõe França:

[...] entendo que não há como se opor a esta vida , mesmo em tais circunstâncias, pois ela é sempre um homicídio e não é justo que se ofereça à profissão médica tão triste espetáculo e que se criem situações que podem iniciar constrangedores e nocivos conceitos de valores ao conjunto da sociedade (FRANÇA: 2010; p. 139).

A liberdade do direito à vida não está no mesmo patamar do direito à morte. Muito embora se valore de maneira relevante o princípio da autonomia de vontade, o médico, por consectário lógico de sua profissão, não pode coadunar com a prática eutanásica, devendo ajudar o paciente a viver, quando este não tem capacidade de o fazer autonomamente, mesmo em casuísticos de morte iminente.

7. Biopoder e direito à morte no Brasil

Ao analisar a eutanásia na legislação brasileira, especialmente a constitucional e a penal, foi notório que o ser humano, enquanto detentor do direito à vida, não possui da mesma forma, o direito à morte que tanto se idealiza. Não se admite causa, com fundamento no consentimento da vítima gravemente enferma ou em estado de morte iminente, que autorize dispor da vida, muito menos por ação de terceiro.

O Estado, por meio de sua legislação, adota uma postura paternalista em relação à vida, impedindo que ela seja ceifada, mesmo que sob o argumento da dignidade da pessoa humana, atrelada à autonomia de vontade. O corpo, enquanto manifestação da vida humana se tornou algo privilegiado de cuidados individuais e sociais, os quais se manifestam nas políticas públicas de promoção da saúde. O filósofo Michel Foucault entende que o corpo deve ser compreendido como objeto de saber, alvo do poder, constituído pelo discurso.

Inicialmente, saliente-se que para Foucault (1999; p. 87-88), o poder compreende:

Como a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais.

O sujeito na teoria foucaultiana aparece como um espaço vazio e, por sua vez, é preenchido por meio das relações de poder e saber existentes em determinado espaço de tempo, sendo, desse modo, resultado de atravessamentos históricos, que lhe perpassam na descontinuidade do tempo. Na leitura de Judith Revel (2005; p.77) pode-se entender que:

Foucault distingue nitidamente o "saber" do "conhecimento": enquanto o conhecimento corresponde à constituição de discursos sobre classes de objetos julgados cognoscíveis, isto é, à construção de um processo complexo de racionalização, de identificação e de classificação dos objetos independentemente do sujeito que os apreende, o saber designa, ao contrário, o processo pelo qual o sujeito do conhecimento, ao invés de ser fixo, sofre uma modificação durante o trabalho que ele efetua na atividade de conhecer.

Analisando o processo histórico, de forma não linear, o filósofo afirma que o poder ocorre de maneira horizontal, e não verticalizada, como se concebe. Desse modo o poder não emana de um centro, de um Estado soberano, mas trata-se de uma relação de forças

existentes e oriundas de partes “periféricas” de determinada sociedade. Este poder, em tempos antigos – direito romano, potencializava o direito que o soberano detinha sobre a vida e a morte de seus súditos.

A partir da época clássica, especialmente o Ocidente vivenciou uma transformação desse poder, onde passou a ser “[...] um poder destinado a produzir forças, a fazê-las crescer e a ordená-las mais do que barrá-las, dobrá-las ou destruí-las” (FOUCAULT: 1999; p. 127). Assume, então, o poder, a função de gerir a vida, e não mais tirá-la, utilizando-se do saber que atravessa o sujeito que alcança o poder, devendo este sujeito organizar os corpos através de procedimentos de disciplina e regulações da população.

Para Foucault (1999; p. 129), “Pode-se dizer que o velho direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte”. Trata-se, tão somente, do Biopoder, que é definido como assumindo duas formas: consiste, por um lado, em uma anátomo-política do corpo e, por outro, em uma bio-política da população. A anátomo-política refere-se aos dispositivos disciplinares encarregados de extrair do corpo humano sua força produtiva, mediante o controle do tempo e do espaço, no interior das instituições. Como exemplos, a escola, o hospital, a fábrica e a prisão.

Por sua vez, a bio-política da população refere-se à regulação das massas, utilizando-se de saberes e práticas que permitam gerir as taxas de natalidade, fluxos de migração, epidemias, aumento de longevidade. Nesse sentido, assevera Foucault (1999; p. 130) que, “A velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida”. A vida é um direito indisponível, razão pela qual não se admite a construção de causa suprallegal de exclusão da ilicitude fundada no consentimento do ofendido.

As normas constitucional e penal brasileiras não permitem que, mesmo diante do consentimento da vítima que se encontre em estado de penúria, até mesmo terminal, haja interrupção da vida, com o escopo de aliviar-lhe o sofrimento. A proteção ao direito de viver ultrapassa a aplicabilidade do princípio da autonomia de vontade, e muito menos afronta o da dignidade da pessoa humana no momento da morte.

Em tempos pretéritos o soberano utilizava-se do poder sobre a vida e morte de seus súditos para manter-se no poder. Atualmente a estratégia é docilizar os indivíduos, utilizando-se de recursos para manter-lhe a vida de forma produtiva. A partir dessa premissa é possível afirmar que a vida recebe proteção absoluta, uma vez que o direito de morrer não está ao alvedrio do paciente.

Por meio do filme “Menina de Ouro”, vislumbra-se a relevância de discorrer sobre dignidade no momento da morte de um paciente que já está condenado a um fim de vida doloroso. Ocorre que a eutanásia sempre foi considerada conduta ilícita no Direito brasileiro. Por isso, o consentimento do paciente ou a motivação piedosa do autor não exoneram a ilicitude do ato, tampouco a responsabilidade penal de quem a praticou.

É possível afirmar que a problemática da eutanásia no Brasil não é um fenômeno recente, uma vez que a partir do momento que o homem se conscientizou de sua finitude, a ideia de tornar a morte menos dolorosa ou sofrida do doente incurável sempre esteve em debate. A eutanásia é considerada pela doutrina como homicídio minorado, uma vez que o *animus* não é retirar a vida de outrem como um ato cruel, vil, mas tão somente, um gesto que demonstre benevolência, configurando o relevante valor moral.

A proposta apresentada no Projeto de Lei que traz a reforma da parte especial do Código Penal Brasileiro de 1940, criminalizando a eutanásia e descriminalizando a ortotanásia, demonstra a necessidade de se garantir uma proteção à vida, de modo que o seu findar não seja banalizado, mas se pondere a autonomia de vontade do paciente. Assim, deixar de fornecer um tratamento terapêutico ao paciente condenado pela medicina não configuraria atentado ao direito à vida, mas cuidaria da dignidade no momento da morte, proporcionando ao paciente a escolha de prolongar ou não a sua vida.

O Código Penal Brasileiro vigente considera irrelevante o consentimento do paciente para a realização da eutanásia, adotando uma postura paternalista, protegendo a vida até mesmo daqueles indivíduos que se encontram em estado de sobrevida, como retrata a história final de Maggie Fitzferald, interpretada pela atriz Hilary Swank, na obra fílmica “Menina de Ouro”. A legalização da eutanásia seria uma violação do direito à vida, apregoadado na Constituição Brasileira. Tudo isso para Michel Foucault é o exercício do Biopoder pelo binômio fazer-viver.

Considerações Finais

O sistema jurídico brasileiro baseia-se em princípios fundamentais que são reflexo dos valores acolhidos pela sociedade. A inviolabilidade do direito à vida se evidencia até no processo de morte, pois que o consentimento do ofendido não é suficiente para justificar que terceiro – médico ou particular – contribua para abreviação da vida de outrem.

Desse modo, o paternalismo penal ainda vigora no controle Estatal sobre a vida, por intermédio de sua legislação, uma vez que criminaliza a eutanásia mesmo que

indiretamente – aplicação da minorante relevante valor moral. De forma discreta essa maneira revela um cuidado com a dignidade da pessoa humana no momento da morte, atentando para o consentimento do paciente, mesmo que este argumento não afaste a ilicitude do ato, tampouco a responsabilidade penal do autor.

A obra cinematográfica “Menina de Ouro” demonstra a necessidade de compreender a vertente do consentimento do paciente, viabilizado através da autonomia de vontade, o qual está intrinsecamente relacionado à eutanásia. A partir da visibilidade fílmica se torna cristalina a justificativa da aplicabilidade da minorante relevante valor moral, uma vez que a conduta não é tratada ao rigor de um ato cruel, mas sim de uma ação piedosa dado o irremediável sofrimento do doente.

Ante o exposto, restou evidenciado que o investimento do Estado sobre a vida do cidadão é o exercício do Biopoder, que se comprova por meio de sua legislação. O direito de vida, nas concepções romana e moderna clássica, somente aparecia quando confrontado com o direito de morte. O poder que o soberano exercia sobre este último direito fora deslocado para a gerência da vida e seus cuidados, por meio da disciplina dos corpos e regulação da população.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito –UFU, Uberlândia, nº 1, 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, 2018. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 02 de julho de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 de julho de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 125, de 1996. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 116, de 2000. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/46012>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 236/2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6.ed. – Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Direito de morte e poder sobre a vida**. In: **História da sexualidade 1: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

HOUASSIS, Dicionário da Língua Portuguesa. Instituto António Houassis. Editora Objetiva. Rio de Janeiro, 1ª Edição, 2001.

MENINA de Ouro. 2004. Direção: Clint Eastwood. Acesso: Youtube, dia 13/10/2018, às 22h.

PESSINI, Leo. Distanásia: até quando investir sem agredir? Revista Biotética, Brasília, n. 1, 1996. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Resoluções do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006 e nº 1.931/2009. In <http://portal.cfm.org.br/resolucoes>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

REVEL, Judith. **Michel Foucault: Conceitos Essenciais**. Tradução Nilton Milanez, Carlos Piovezani, Maria do Rosário Gregolin. São Carlos: Claraluz, 2005.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. Cadernos de Saúde Pública, São Paulo, n. 8, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csp/2006.v22n8/1749-1754/pt>. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

SILVA, A. P. **Eutanásia: prós e contras de uma legalização em Portugal**. 2007. 153f. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) - Universidade do Porto, Portugal.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral** – 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

Submetido em 12.03.2019

Aceito em 11.09.2019