

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO QUE
CUMPRE DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE
QUE DETERMINE CONDUTA PASSIVA**

**THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE DOCTOR
WHO COMPLIES WITH THE ADVANCED
DIRECTIVES OF WILL THAT DETERMINES A
PASSIVE CONDUCT**

Camilla Frederico GIUVANNUCCI
Centro Universitário Tocantinense Presidente
Antônio Carlos (UNITPAC)
E-mail: camillafgiuvannucci@gmail.com

Luís Henrique Santana SÁ
Centro Universitário Tocantinense Presidente
Antônio Carlos (UNITPAC)
E-mail: luish130@hotmail.com

Lara de Paula RIBEIRO
Centro Universitário Tocantinense Presidente
Antônio Carlos (UNITPAC)
E-mail: lara.ribeiro@unitpac.edu.br



RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo, analisar a responsabilidade penal do médico frente as diretivas antecipadas de vontade que determinam condutas passivas, a partir do estudo de resoluções do Conselho Federal de Medicina e do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Isto porque, apesar das resoluções 1.995/2012 e 2.232/2019, versarem sobre o tema, inexistem qualquer regulamentação legislativa no país que discipline este procedimento. Dessa forma, por tratar de assunto que envolve o íntimo do indivíduo, relacionado ao direito à vida, dignidade humana e autonomia, merece ser amplamente discutido e debatido. Por tais motivos, esta pesquisa divide-se em três capítulos, que abordarão os seguintes tópicos: A) Os direitos da personalidade, diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da autonomia, vinculando -os com o direito à vida, à liberdade, à saúde e a autodeterminação; b) o conceito e as espécies de diretivas antecipadas de vontade (Testamento Vital e Mandado Duradouro), bem como a importância do consentimento Livre e Esclarecido para a eficácia da manifestação de vontade do paciente; e C) a Responsabilidade Penal do médico, com base no atual ordenamento jurídico brasileiro e nas diretrizes éticas do CFM, juntamente com o entendimento dos tribunais brasileiros sobre o tema. Portanto, para que a proposta trazida por este trabalho fosse inteiramente cumprida, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, assim como os métodos de investigação exploratório, bibliográfico e documental, além do estudo de jurisprudências nacionais sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade. Direito da Personalidade. Mandado Duradouro. Responsabilidade Penal do Médico. Testamento Vital.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the doctor's criminal responsibility regarding the advanced directives of will that determine passive conducts, based on the study of the resolutions of the Federal Council of Medicine and the Brazilian laws. This is because in spite of the resolutions No. 1.995/2012 and 2.232/2019 discussing the subject, there is no legislative regulation in the country that discipline this procedure. That way, by talking about a topic that involves the intimacy of the individual, relating to the right to life, the

Camilla Frederico GIUVANNUCCI; Luís Henrique Santana SÁ; Lara de Paula RIBEIRO. A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO QUE CUMPRE DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE QUE DETERMINE CONDUTA PASSIVA. JNT-Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. FLUXO CONTÍNUO. JUNHO/2022. Ed. 37 V. 1. Págs. 149-165. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

human dignity and the autonomy, it deserves to be widely discussed and debated. For that reason, this research divides into three chapters, that will discuss the following topics: A) The personality rights, directly connected to the principle of the human dignity and the principle of autonomy, relating them to the right to life, to liberty, to health and to self-determination; B) the concept and the species of the advanced directives of will (Living Will and Long-term Mandate), as well as the importance of the Free and Clarified Consent to the efficiency of the patient's manifestation of will; and C) the doctor's criminal responsibility, based on the Brazilian laws and the ethical directives of the Federal Council of Medicine, along with the understanding of the Brazilian Courts on the subject. Thus, in order to fully fulfill the purpose of this work, the hypothetical-deductive method was used, as well as the exploratory investigation, bibliographic and documental methods, and also the study of national jurisprudence on the advanced directives of will.

Keyword: Advanced directives of Will. Criminal responsibility of the doctor. Long-term mandate. Living will. Personality right.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar esclarecimentos jurídicos quanto a responsabilidade penal do médico que cumpre Diretiva Antecipada de Vontade (DAV) que determina conduta passiva, de maneira a abordar temas relacionados ao Direito a vida, a autonomia, liberdade de escolha e morte digna.

Neste sentido, apesar dos constantes avanços da medicina, e da necessidade do Direito em acompanhar os fatos sociais, quando tratamos das DAVs, entramos em um assunto ainda não pacificado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica o aprofundamento de conhecimentos acerca dos conflitos que envolvem à vida, a autonomia privada do indivíduo e a conduta do profissional da saúde.

Portanto, o objetivo do presente artigo, é identificar se o médico que cumpre determinação expressa em DAV poderá incorrer na prática de algum dos crimes tipificados no Código Penal, bem como, se tais manifestações de vontade possuem alguma validade jurídica.

Assim, para alcançar a finalidade deste estudo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, e as metodologias de investigação exploratória, bibliográfica e documental.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AUTONOMIA DOS PACIENTES

Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Todavia, esse princípio surgiu bem antes da elaboração da Carta Magna. Dessa forma, podem ser encontrados dentro do Código de Hamurabi da Babilônia, no Código de Manu da Índia (KUMAGAI, NATA, 2010), ou ainda no movimento europeu chamado Iluminismo e na Revolução Francesa (séculos XVII e XVIII), as sementes do que hoje entendemos como Dignidade.

Entretanto, segundo FACHINI (2020), o primeiro documento a trazer o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada em 1948.

A dignidade é um valor espiritual e moral característico da pessoa e se manifesta na autodeterminação da própria vida, e exige uma pretensão de respeito por parte do Estado e das outras pessoas que deve ser assegurado pela lei (MORAES, 2021).

A Carta Magna brasileira definiu a dignidade como garantia fundamental entrelaçando a vida com a ideia de vida digna. Neste sentido, é possível observar que em algumas situações o direito à vida poderá chocar-se diretamente com o direito à dignidade, e, deste modo, será necessário fazermos o balanceamento correto desse embate.

Do supracitado conflito entre os princípios, temos a noção da importância do viver dignamente, que seria o balizamento ideal entre eles. Para viver com dignidade o sujeito deve ter a possibilidade de escolha. Tal direito se manifesta no princípio da Autonomia, sendo este um derivado da dignidade da pessoa humana, reconhecido por proporcionar ao indivíduo a liberdade de fazer escolhas que adequem-se com seus valores morais, lhe possibilitando decidir quanto aos tratamentos que opte ou não seguir. Em razão disto, o discutiremos no tópico seguinte.

Autonomia

A autonomia significa a capacidade da pessoa de fazer suas próprias leis e relaciona-se com a capacidade de agir de acordo com uma decisão tomada de maneira independente. (COSTA, 2022). Refere-se também a um princípio bioético, o qual determina a aceitação de que os indivíduos se autogovernem em suas escolhas, bem como

demanda ao médico que respeite a vontade do paciente ou representante, a fim de resguardar seus valores morais e crenças (CLOTET, 1993).

Deste modo, em respeito à autonomia do paciente, o médico deve buscar o consentimento do enfermo sobre o tratamento a ser realizado e os riscos em caso de aceite ou recusa do tratamento.

Este consentimento pode ser obtido de modo escrito ou verbal, devendo obrigatoriamente ser feito de modo voluntário, bem como deve ser assegurada a capacidade e compreensão do paciente, não podendo haver de modo algum, práticas de coação ou qualquer outro ato que impeça a livre manifestação de vontade pessoal do indivíduo (COSTA, 2022).

O não consentimento do paciente sobre os tratamentos apresentados configura a chamada recusa terapêutica, estabelecida pela Resolução CFM, nº 2.232/2019. Assim, o princípio da autonomia garante ao indivíduo o direito de ter a sua vontade ouvida, como meio de impedir que o médico exclua a participação do enfermo nas decisões que envolvem sua vida (COSTA, 2022).

Sob esse prisma, tem-se aqui evidenciado ao paciente um respaldo, para que sua voz, finalmente seja ouvida em relação a condutas médicas que firam sua dignidade, possibilitando, dessa forma, a adoção de medidas preventivas para tanto, quais sejam as chamadas diretivas antecipadas de vontade, que serão abordadas mais adiante.

Em decorrência da autonomia, deve-se levar em consideração a questão íntima do sujeito, ou seja, qual é a concepção de uma boa vida para ele. Se para uma pessoa viver de forma degradante seja mais danoso do que a morte, então é imprescindível que sua escolha seja respeitada e, assim, lhe seja concedido o direito a um fim nobre.

Viver e Morrer Dignamente

O direito a uma vida digna está preconizado em todo o nosso ordenamento jurídico, nesta perspectiva, a Constituição Federal de 1988 assegura que todos, sem distinção, devem viver dignamente. Neste seguimento, verifica-se a necessidade de uma maior valorização da dignidade da pessoa, de modo que o paciente não seja submetido a procedimentos médicos que prolongue sua vida, sem, contudo, promover uma existência nobre.

Interpreta se então, que o viver digno está diretamente ligado aos princípios da autonomia e da liberdade. Segundo as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, o Estado

não pode interferir na vida do indivíduo para prevenir escolhas equivocadas, pois o que parece errado para um não significa que será para o outro, e assim permita que cada pessoa viva conforme seu ideal de vida boa (RE 898.450/SP, STF, PLENO, J. 17/08/2016).

Ora, como já expressei neste artigo, cada indivíduo tem o seu ideal de vida boa, portanto é absurdo que vivamos com nossas escolhas limitadas pelo Estado, sendo impedidos de exercer de fato a nossa existência com autonomia e dignidade. Ainda utilizando os ensinamentos do Barroso entende-se que:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas (RE 898.450/SP, STF, Pleno, j. 17/08/2016).

Assim, para aquele que deseja colocar fim em sua existência, em razão de enfermidade incurável ou até mesmo por não possuir condições saudáveis de exercer o seu ideal de vida, faz – se necessário o prevalectimento de sua liberdade de escolha, considerando a sua competência de decidir, de modo a incluir na vivencia do indivíduo o direito de morrer, obedecendo seus valores e interesses legítimos (JUNGES; CREMONESE; OLIVEIRA; SOUZA; BACKE, 2010).

Por oportuno, vale ressaltar que no atual sistema jurídico brasileiro, a única maneira do paciente manifestar sua autonomia e liberdade quanto as condutas médicas que lhes serão aplicadas, será por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV).

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Conceito de Diretivas Antecipadas de Vontade

Conforme entendimento do Conselho Federal de Medicina, as Diretivas Antecipadas de Vontade são 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”. (CFM, resolução nº 1995/2012).

Todavia, Dadalto, Tupinambás e Greco (2013, p. 464), definem que as diretivas antecipadas de vontade (DAV) constituem um gênero de manifestação de interesse para

tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro, que visam exteriorizar os desejos do paciente através do direito a autonomia.

Nessa esteira, a implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade no âmbito da medicina, proporcionou grandes alterações no vínculo médico-paciente, dado que antes, essa relação era conhecida como verticalizada, caracterizando o médico como detentor exclusivo do conhecimento, e possuidor de autoridade suficiente para decidir o destino do enfermo; o que modificou-se com a evolução da medicina e abriu espaço para uma estrutura horizontalizada, onde o paciente tem a liberdade de escolher o seu próprio destino, utilizando dos conhecimentos de seu médico para medir os riscos de sua decisão (ALVIM, MELLO, RODRIGUES E ALVIM; 2021).

Dessa forma, mesmo que as Diretivas Antecipadas de Vontade, sejam uma maneira de reconhecer a autonomia da vontade do indivíduo, inclusive em situações de discordância sobre a realização ou não do tratamento, acredita-se que a independência e liberdade trazidas por elas, acabaram por provocar um enfraquecimento na relação de confiança entre o profissional e o doente, fragilizando o vínculo que deveria estar presente na relação médico-paciente. Porém, de acordo com Strasser, Silva e Sartoro (2021) mesmo com tais críticas, deve-se reconhecer que as DAV proporcionaram uma quebra de paradigmas, que valorou a autonomia de vontade do paciente.

Neste mesmo raciocínio o Conselho Federal de Medicina, estabelece em seu artigo 2º, §3º da resolução 1995/2012 que “as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”. Sendo assim, entende-se as DAV, como um instrumento que garante uma morte digna para aquele paciente que deseja ser conduzido ao processo de morrer.

Portanto, tais diretivas, se consubstanciam em um documento construído por uma pessoa capaz, que objetiva determinar os tratamentos médicos, que por um acaso tenha que um dia se submeter. Como demonstrado, esse gênero se divide em espécies, entre elas o Testamento Vital e Mandato Duradouro.

Espécies de Diretivas Antecipadas

Entre as espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade, abordaremos o testamento Vital e os mandatos Duradouros, passemos a estudá-los:

Testamento Vital

O testamento para o ordenamento jurídico brasileiro é um negócio jurídico, o qual possibilita que qualquer pessoa capaz, possa dispor de seus bens para depois de sua morte (BRASIL, 2002).

Em contrapartida a este conceito, o testamento Vital, é um documento que surte efeito quando o indivíduo ainda está vivo. Esta modalidade surgiu em 1969 nos Estados Unidos, através de Luis Kutner, um advogado, que conforme necessidade de seu cliente, elaborou documento jurídico onde este se recusava a receber determinados tratamentos médicos, caso algum dia adquirisse enfermidade terminal (OLIVEIRA, 2017).

Leonardo Bocchi Costa, em sua obra *Condutas Médicas Restritivas e Direito à Morte Digna no Brasil* (2022, p. 48) *relata* que “o testamento Vital tem origem nos Estados Unidos e foi proposto para proteger os direitos do paciente que se encontrasse em estado clínico irreversível (doença terminal) ou estivesse em Estado vegetativo persistente”.

Neste raciocínio, Aucélio Gusmão (2013), afirma que a vida possui um único significado, que é o próprio ato de viver, assim, destaca que o Testamento Vital abre portas para um debate novo e pertinente, onde o paciente terminal pode determinar os limites dos tratamentos, aos quais aceita ser submetido, estando livre para manifestar sua vontade a respeito de decisões terapêuticas, dividindo a responsabilidade da sua escolha.

Portanto, entende-se que apesar de possuírem características em comum, estas duas espécies se diferenciam em sua eficácia, ou seja, o testamento normal provoca efeitos *post mortem*, enquanto o testamento vital gera eficácia *inter vivos*, neste sentido, Adriano Godinho (2012) assegura que o testamento vital tem por objeto, firmar antecipadamente a vontade do paciente frente aos atos médicos a que pretende se submeter, na proporção em que o testamento propriamente dito, geralmente implica em uma divisão de patrimônio, sendo inviável conter em seu texto a inclusão sobre cuidados médicos, vez que sua eficácia jurídica é suspensa até a morte do testador.

Neste sentido, Dadalto, Tupinambás e Greco (2013, p. 464) compreendem que quando o estado clínico do paciente for irreversível, o testamento vital surgirá como mecanismo hábil a evitar que o enfermo seja submetido a tratamento que vise unicamente o prolongamento da vida. Por essa razão, Kutner estabeleceu alguns critérios para a validação do Testamento Vital, quais sejam: (a) Deixar expressamente escrita a recusa de

ser submetido a tratamentos caso permanecesse em estágio vegetativo ou ficasse em situação de terminalidade de vida, (b) manifestar sua expressa vontade no documento, com a presença mínima de duas testemunhas, além de entregar o documento ao seu médico pessoal, ao cônjuge, advogado, ou a um confidente, (c) deveria ainda, o documento ser referendado pelo comitê do hospital em que o paciente estava sendo tratado, (d) poder revoga-lo a qualquer tempo, antes de atingir estado de inconsciência (ALVIM; MELLO; RODRIGUES; ALVIM, 2021).

Neste tocante, o Conselho Federal de Medicina, por meio das resoluções 1995/12 e 2232/2019 estabeleceu os preceitos éticos necessários para a sustentação das diretivas antecipadas de vontade e das recusas terapêuticas, considerando-as como um direito do paciente a ser respeitado pelo profissional.

Entretanto, é necessário destacar que mesmo não infringindo a Constituição Federal, tais resoluções, carecem de força normativa, pois são meros atos legislativos que produzem efeitos internos em relação ao órgão em que estão vinculadas, no presente caso o Conselho Federal de Medicina, posto isto, salienta-se que as mencionadas resoluções não são suficientes para regulamentar tais medidas no território nacional.

Nesta esteira, observa-se que apesar de estar disciplinado em resolução do CFM, ainda inexistente previsão legal para o testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, ressalta-se que não há empecilhos quanto a sua validade e eficácia, pois conforme Adriano Godinho (2012, p. 927) “Os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal conduta não venha a representar qualquer afronta ao ordenamento”.

Partindo desse pressuposto, e observada a inexistência de proibição quanto as diretivas antecipadas de vontade frente à legislação brasileira, passamos a análise da sua segunda espécie, qual seja, o mandato duradouro.

Mandato Duradouro

Para Bruna Furini (2018) o mandato duradouro é o documento no qual o indivíduo nomeia uma pessoa para tomar decisões relativas a tratamentos médicos em seu nome quando estiver incapacitado - temporária ou permanentemente - para tanto. Semelhantemente, Luciana Dadalto (2009), brasileira especialista no tema, aponta essa modalidade como o instrumento no qual o paciente constitui um ou mais procuradores que

deverão ser consultados pelos médicos na circunstância de sua incapacidade, para decidirem sobre o tratamento.

Por sua vez, o artigo 682, incisos II e III, do Código Civil, estabelece que este mandato será extinto caso o mandante se torne incapaz, não podendo expressar sua vontade ou estando inconsciente, contudo, nota-se um claro choque entre a normativa estabelecida pela Código Civil de 2002 e a resolução 1995/2012 que atesta como finalidade do mandato duradouro o poder do mandatário de representar o mandante, em casos de incapacidade, de forma a ter total autonomia para decidir sobre os tratamentos médicos aos quais ele será submetido (BRASIL, 2002).

Neste ponto, é importante ressaltar, que também inexistente regulamentação jurídica para o Mandato Duradouro. Assim, para Adriano Godinho (2012) utiliza –se da mesma racionalidade empregada ao testamento vital para estabelecer a sua validade e eficácia no Brasil, não sendo justo recusar a legitimidade de um instrumento que outorgado pelo próprio interessado, nomeia um terceiro para manifestar –se sobre os futuros cuidados referentes a sua saúde.

Como já exposto acima, o único regimento que dispõe sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil, é a resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que, todavia, carece de força legal. Em virtude disso, vive –se em uma constante insegurança jurídica quanto a aplicabilidade destas manifestações de vontade, abrindo consequentemente grandes espaços para debates e gerando incertezas para aqueles que um dia venham a necessitar delas. (ALVIM; MELLO; RODRIGUES; ALVIM, 2021).

Por esta forma, embora estejamos diante da falta de um suporte legal, as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são a única maneira apta para que o paciente expresse sua autonomia diante de um posicionamento médico o qual não concorde, logo para que estas surtam efeitos é imprescindível a presença do Consentimento livre e esclarecido.

Consentimento Livre e Esclarecido em Intervenções Médicas

O médico e professor Paulo Antônio de Carvalho fortes (2009), afirma que é imprescindível que o consentimento seja livre e voluntário, não podendo ser obtido mediante práticas de coação, ou por meio de simulação, sob pena de não prevalecer o desejo do indivíduo.

Assim, conforme apresentado no item 1.2, no momento reservado para a sua decisão, o paciente deve estar informado sobre todos os riscos da realização ou não do

tratamento indicado, estando ciente que somente após sua manifestação expressa de vontade, serão adotadas as medidas necessárias para o cumprimento de seu desejo.

Por tais motivos, o consentimento livre e esclarecido, tem como protagonistas o médico e o paciente, sendo confirmado através de um documento jurídico que determina os limites da atuação do profissional, que deve sempre estar atento a ânsia do enfermo.

O termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) é um documento criado para proteger a autonomia dos pacientes, onde atestam ciência de suas condições, bem como proteger os médicos em relação as ações judiciais. O paciente que assina este termo, concorda com a realização de procedimentos médicos, mesmo que estes possam lhe causar efeitos não desejados, mas previstos, além de assumir a responsabilidade de escolha conjuntamente com o médico (LISBOA, PIMENTEL E VIEIRA, 2010).

Portanto, entende se que através dessa autonomia, tornou se direito do paciente decidir sobre o início e o fim de seu tratamento, de forma que o médico na maioria dos casos não possa descumprir a sua manifestação de vontade, neste sentido, o artigo 1º da resolução 2.232/19 do Conselho Federal de Medicina estabelece que a recusa terapêutica é um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e as consequências previsíveis da sua condição. Cumprido estes requisitos, a sua não obediência poderá causar grandes consequências tanto para o profissional da saúde quanto para o paciente.

DOS ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Requisitos do Fato Típico e Responsabilidade Penal

A medicina tem como característica principal, a responsabilidade de cuidar de vidas humanas. Tal prática é considerada quase como uma atividade de risco (UDELSMANN, 2002), uma vez que seu exercício requer vasto conhecimento e profissionalismo para que não haja danos à vida do paciente e assim caracterize a prática de um crime. Por certo, para que seja configurado o delito, deve-se atender aos requisitos do fato típico, quais sejam, conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

A conduta compreende o comportamento humano, podendo ele ser comissivo ou omissivo, além de também poder ser classificada em dolosa ou culposa (GRECO, 2019). Assim, nos crimes comissivos o agente pratica uma ação que resulta no ilícito, enquanto nos crimes omissivos o agente se omite de fazer algo que a lei obriga.

Por sua vez, o resultado consiste no dano ou perigo de dano a um bem jurídico protegido por lei. Conforme o artigo 13 do Código Penal, o resultado só será imputável a quem lhe deu a causa (BRASIL, 1940), devendo haver a relação entre a conduta do agente com o ilícito causado.

O terceiro elemento necessário para caracterizar o fato típico, é o nexos de causalidade, que consiste no elo que une a conduta do agente com o resultado provocado por ela. Desta feita, ausente este vínculo inexistirá atribuição do resultado ao autor da conduta (GRECO, 2019).

Por fim, a tipicidade diz respeito à adequação de um fato com a descrição prevista na lei penal, pois em observação ao princípio da legalidade, apenas os casos tipificados na lei penal podem ser considerados delituosos (MUÑOZ CONDE, 1988). Dessa forma, configurado o crime, sendo atendidos todos os elementos acima citados, poderá incidir sobre o médico, a responsabilização penal.

A vista disso, conceitua-se crime como a conduta típica, antijurídica e culpável, que possui certo grau de reprovabilidade perante a coletividade (ASSIS; FRAGA; MASSARUTTI; TEIXEIRA; GUIMARÃES; PERDOMO; GIACOMELLI; BONFADA, 2018).

Crimes em Espécie

Aplicando ao tema do direito médico, entende-se que, se a conduta perpetrada pelo profissional da saúde, que ocasionar lesão, incapacidade ou óbito, em razão de uma assistência equivocada, poderá esta ser considerada um ilícito penal (BRUNA FURINI, 2018).

Todavia, trazendo esta discussão para o tema objeto desse artigo, indagamos o seguinte questionamento: “O médico que em obediência de DAV, através de sua atuação, ou da ausência dela, causar lesão ou morte do paciente, estará cometendo algum tipo de crime?”, pois bem, como já estudado, a legislação brasileira, ainda não estabeleceu norma que regule as DAV no país, o que gera um grande conflito no que tange a obtenção de respostas para o questionamento acima.

Nesta esteira, o Conselho Federal de Medicina, em seu capítulo V, artigo 31 do Código de ética médica, estabelece que é vedado ao profissional da saúde desrespeitar o direito de seu paciente ou representante legal no que diz respeito a decidir livremente quanto a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, excetuados os casos de risco

iminente de morte. A partir daí, percebe-se então, que ao mesmo tempo em que esse trecho da resolução abre grandes precedentes para o cumprimento da vontade do enfermo, traz limitações ao estabelecer exceções quanto a sua aplicação.

Nesse raciocínio, o texto da resolução 2.232/2019, garante como direito do paciente a recusa terapêutica, desde que este tenha ciência de seus riscos. Contudo, esta mesma diretriz ética, em seu artigo 3º, preceitua que em casos de risco relevante à saúde, o médico não poderá aceitar a recusa de paciente incapaz, mesmo que representado por um terceiro (CFM, 2019)

Deste modo, segundo a resolução do CFM nº 1.995/2012, nas decisões que versem sobre cuidados e tratamentos de pacientes que encontram-se incapazes de expressar suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas, ou considerará as informações prestadas por representantes escolhidos para tal fim, todavia, estabelece também que o profissional deixará de leva-las em consideração quando, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Assim, compreende-se que ao mesmo tempo em que as resoluções do CFM, reconhecem e autorizam as DAVs, acabam por retirar o requisito principal desse instrumento, qual seja o prevalecimento da vontade do indivíduo, vez que estabelece sérios limites quanto a utilização desse procedimento.

Portanto, as resoluções acima mencionadas, proporcionam contradições que atrapalham a tomada de decisão do médico que se deparara com uma Diretiva antecipada. Ocorre que, como já exposto, tais determinações éticas, não possuem força normativa fora do órgão ao qual são vinculadas, deste modo, passaremos a análise de alguns dos crimes previstos no Código Penal, afim de verificar se quando cumpridas pelo profissional da saúde, as condutas previstas nas DAVs podem configurar um crime.

Partindo desse pressuposto, estudaremos as elementares dos crimes de homicídio, auxílio ao suicídio, lesão corporal e omissão de socorro, todos previstos no CPB, de forma a expor a impossibilidade da aplicação de analogia através da conduta perpetrada pelo médico e o crime estabelecido na lei penal.

Em observância ao delito de homicídio, disposto no artigo 121 do CP, entende-se que este pode ser dividido em duas modalidades, quais sejam, dolosa, quando há a intenção de matar, e culposa, quando o resultado advém de uma imprudência, imperícia ou negligência.

Sendo assim, encontra-se cristalina, a ausência de relação desta tipificação com a conduta praticada pelo profissional que cumpre uma Diretiva Antecipada, eis que nela o médico não possui o animus de matar e muito menos cumpre os requisitos de sua configuração culposa, vez que seu único objetivo é respeitar a autonomia do paciente.

Quanto ao crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, estabelecido no artigo 122 do Código Penal, interpreta-se também pela sua não caracterização, pois cumprir a expressa manifestação de vontade do paciente, redigida através de documento jurídico, registrado em cartório, não constitui qualquer prática de crime relacionada a assistência ao suicídio, dado que o médico não realiza conduta ativa para a finalidade do crime em questão.

Já no que tange a lesão corporal, estabelecida no capítulo II dos crimes contra a pessoa, também podendo ser classificada como dolosa ou culposa, verifica-se a ausência de requisito imprescindível para a sua configuração, vez que no cumprimento das DAV inexistente a intenção de causar o dano, ou a prestação de serviço ineficaz por parte do profissional da saúde (BRASIL, 1940).

Ademais, a respeito do crime de Omissão de Socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal, é válido destacar que a narrativa de “deixar de prestar assistência, quando possível faze-la sem risco pessoal” (Brasil, 1940), não vincula a obediência de uma diretiva a elementar criminosa, visto que durante todo o processo de decisão, o médico está incumbido de informar o paciente sobre as consequências de sua escolha, prestando todo o auxílio necessário para a definição ou não de tratamento a ser seguido.

Neste contexto, utilizando os ensinamentos de NUCCI (2018) e fazendo uma analogia entre as diretivas que determinam conduta passiva e a ortotanásia, sendo esta última considerada homicídio privilegiado em razão do seu relevante valor moral, entende-se que foge da alçada do direito penal estabelecer regras sobre a morte natural, de modo que cabe exclusivamente ao indivíduo consentir sobre os tratamentos os quais deseja ser submetido.

Entendimento Jurisprudencial

Nessa vertente, cabe mencionar que as recentes lides ajuizadas no território brasileiro tem por objetivo apenas atestar a livre e consciente manifestação de vontade do indivíduo, que nos referidos casos, não possuem qualquer enfermidade no ato de

ajuizamento do processo judicial. Portanto, observa-se que o único propósito das aludidas ações, seriam o reconhecimento da declaração de vontade de seu titular.

Todavia, as decisões proferidas nos últimos três anos, entendem pela a ausência do interesse de agir, justificando que o pleito declaratório não deve ser utilizado em caráter genérico e abstrato, evidenciando a desnecessidade de provocar o judiciário apenas para atestar a sanidade do indivíduo no momento da declaração de vontade. Ou seja, o atual posicionamento jurisprudencial, estabelece que para o reconhecimento da vontade do autor, faz-se necessária apenas a declaração de seu consentimento em cartório extrajudicial. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC 1000938-13.2016.8.26.0100 SP 1000938-13.2016.8.26.0100).

Nessa esteira, encontra-se clara a insegurança jurídica, em relação ao tema, vez que além de não existir normativa que regule as DAVs no Brasil, os atuais tribunais não reconhecem as ações que visam assegurar o cumprimento da vontade do indivíduo que não esteja com enfermidade durante o processo litigioso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, e embasado no princípio da autonomia, compreende-se que o consentimento livre e esclarecido do indivíduo, real detentor do direito à vida, acaba por afastar a violação à norma jurídica, de modo a eliminar a antijuricidade, proporcionando assim, a não responsabilização penal do médico que realiza conduta passiva, em cumprimento de diretiva antecipada de vontade.

Portanto, verifica-se que o respeito à autonomia da vontade, sendo esta uma garantia advinda do princípio da dignidade humana, possibilita a concretização do direito do paciente de decidir sobre suas próprias escolhas de acordo com aquilo que entende ser o correto.

Dessa forma, é necessário reconhecer a liberdade de escolha como um direito soberano, que proporciona ao indivíduo um livre-arbítrio para decidir quanto às intervenções médicas, as quais deseja ou não ser submetido, mesmo que estas sejam contrárias as recomendações e dever médicos.

Posto isso, ressalta-se ainda que o princípio da legalidade, estabelecido no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988, estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem sanção penal sem prévia cominação legal, de modo que inexist

responsabilidade penal médica diante da ausência de legislação que configure crime a conduta de cumprir diretiva antecipada de vontade que determine conduta passiva.

Todavia, enquanto inexistir tipificação legal para as DAVs, haverá insegurança jurídica em relação ao seu cumprimento, de maneira a afetar a conduta médica e o direito a autonomia do paciente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; MELLO, Cecilia; RODRIGUES, Daniel Conalço; ALVIM, Thereza. Direito médico, aspectos metrais, éticos e processuais. 1ªEd, São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2021.

ASSIS, Mariana Glória; FRAGA, Patrícia Fernandes; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza; TEIXEIRA, Francisco Kralmer Micelli; GUIMARÃES, Marina Sartori; PERDOMO, Ariane; GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira; BONFADA, Elton. Direito Penal I. São Paulo, SAGAH Educação, 2018.

BRASIL. Código de ética médica. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Disponível: [cem2019.pdf \(cfm.org.br\)](http://cem2019.pdf(cfm.org.br))

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 1988. Disponível: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituição(planalto.gov.br))

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível: [DEL2848compilado \(planalto.gov.br\)](http://DEL2848compilado(planalto.gov.br))

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível: [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada(planalto.gov.br))

BRASIL. LUIZ FUX. Recurso Extraordinário nº 898.450/SP, STF, 17/08/2016.
CLOTET, Joaquim. Por que bioética?. Revista bioética. 1993. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/474#:~:text=A%20Bioética%20nova%20imagem%20da,dos%20valores%20e%20princípios%20morais. Acesso em: 4 maio 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 1995 de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.2012. Disponível: [termo de atesto - 1995_2012.pdf \(cfm.org.br\)](http://termo de atesto - 1995_2012.pdf (cfm.org.br))

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 2.232 de 16 de setembro de 2019. Dispõe sobre as normas éticas de recusa terapêutica e objeção de consciência na relação médico-paciente. 2019. Disponível: [termo de atesto - 2232_2019.pdf \(cfm.org.br\)](http://termo de atesto - 2232_2019.pdf (cfm.org.br))

Camilla Frederico GIUVANNUCCI; Luís Henrique Santana SÁ; Lara de Paula RIBEIRO. A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO QUE CUMPRE DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE QUE DETERMINE CONDUTA PASSIVA. JNT-Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. FLUXO CONTÍNUO. JUNHO/2022. Ed. 37 V. 1. Págs. 149-165. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. Erro médico e responsabilidade civil. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. 92 p.

COSTA, Leonardo Bocchi. Condutas Médicas Restritivas e Direito a morte digna no Brasil: uma análise da prática da ortotanásia à luz da constituição e do direito penal. Londrina/PR: Thoth, 2022

DADALTO, L; TUPINAMBÁS, U; GRECO, D. B. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética (Impr.), v. 21, p. 463-76, 2013. <https://www.scielo.br/j/bioet/a/SzZm7jf3WDTczJXfVFpF7GL/?format=pdf>

DADALTO, Luciana Penalva. Declaração Prévia de Paciente Terminal. Revista bioética, v.17, p. 524, 2009.

FACHINI, Thiago. Princípio da dignidade humana: como surgiu e importância. 18 nov. 2020. Disponível em : https://www.projuris.com.br/principio-da-dignidade-humana/#Quando_surge_o_principio_da_dignidade_da_pessoa_humana. Acesso em: 4 maio 2022.

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2012. 614 p.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido. Revista Bioética. V2, n.2, 2009.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, São Paulo, n. 1, p. 945-978, 2012, p. 961-962

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. 21. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2019.

GUSMÃO, Aucélio. Testamento Vital. Conselho Federal de Medicina, 2013. Disponível: Testamento Vital | (cfm.org.br)

JUNGES, José Roque; CREMONESE, Cleber; OLIVEIRA, Edilson Almeida; SOUZA, Leonardo Lemos; BACKES, Vanessa. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. Revista Bioética, v.12, n.2, 2010.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade. 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/#_ftn2. Acesso em: 4 maio 2022.

LAZARETTI, Bruna Furini. Análise jurídico-penal das Diretivas Antecipadas de Vontade no fim da vida. UNICESUMAR, 2018. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/1009>

Camilla Frederico GIUVANNUCCI; Luís Henrique Santana SÁ; Lara de Paula RIBEIRO. A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO QUE CUMPRE DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE QUE DETERMINE CONDUTA PASSIVA. JNT-Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. FLUXO CONTÍNUO. JUNHO/2022. Ed. 37 V. 1. Págs. 149-165. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

LISBOA OLIVEIRA, Vitor; PIMENTEL, Déborah; VIEIRA, Maria Jésia. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. *Revista de Bioética*, v.18, n. 3, 2010.

MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. 37ª Edição. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre/RS: Fabris, 1988. 238 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.230, v2.

OLIVEIRA, Gabriela; JUNIOR, João Batista de Araújo. Testamento Vital em face do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*. n5, p. 265-283, 2017.

PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008.

STRASSER, F.A.C; SILVA C.A.M; SANTORO A.S. As Diretivas antecipadas de Vontade e o filme mar adentro: Um diálogo com a autonomia privada do indivíduo. *Revista Bioética*, v.5, p. 28, 2021.

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC 1000938-13.2016.8.26.0100 SP 1000938-13.2016.8.26.0100

TRONCO, Fernando Kitzmann. Eutanásia: A vida como direito, a morte como dignidade.

UDELSMANN, Artur. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 48, n. 2, p. 172-182, jun. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0104-42302002000200039>. Acesso em: 5 maio 2022.

VALE, Renata Braga. A responsabilização civil médica pelo descumprimento de diretivas antecipadas de vontade no fim da vida. 14 maio 2021. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/20368>. Acesso em: 4 maio 2022.

Camilla Frederico GIUVANNUCCI; Luís Henrique Santana SÁ; Lara de Paula RIBEIRO. A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO QUE CUMPRE DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE QUE DETERMINE CONDUTA PASSIVA. JNT-Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. FLUXO CONTÍNUO. JUNHO/2022. Ed. 37 V. 1. Págs. 149-165. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.