

## DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO PENAL DA PERSONALIDADE NO FIM DA VIDA

THE ADVANCED CARE DOCUMENTS AS INSTRUMENTS OF  
THE CRIMINAL PROTECTION OF THE PERSONALITY AT THE  
END OF LIFE

DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS DE VOLUNTAD  
COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PENAL DE LA  
PERSONALIDAD EN EL FINAL DE LA VIDA

\* Pós-Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – UniCesumar. Bolsista Produtividade em Pesquisa do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Maringá (PR), Brasil.  
E-mail: gustavonoronhadeavila@gmail.com.

Gustavo Noronha de Avila\*

Bruna Furini Lazaretti\*\*

\*\* Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – UniCesumar, Maringá (PR), Brasil.

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Os direitos da personalidade correlatos ao tema; 2.1 Direito à vida; 2.2 Dignidade humana; 2.3 Direito à saúde; 2.4 Direito à liberdade e autonomia; 3 Das diretivas antecipadas de vontade; 3.1 Espécies; 3.1.1 Testamento vital; 3.1.2 Mandato duradouro; 4 Da garantia de proteção dos direitos da personalidade no fim da vida; 4.1 A imputação objetiva e o exercício da atividade médica; 4.2 Responsabilidade médica e as diretivas antecipadas de vontade; 5 Considerações finais; Referências.*

**RESUMO:** Apesar de serem diretrizes médicas estabelecidas pela resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, as diretivas antecipadas de vontade não possuem regulamentação legislativa em nível federal. Por isso, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise das diretivas antecipadas de vontade no fim da vida a fim de verificar sua efetividade como instrumentos de proteção e garantia dos direitos da personalidade no fim da vida a partir de uma ótica jurídica. Ademais, por envolver assuntos delicados, tais como a vida, a dignidade e a autonomia humana, é necessário que o tema seja debatido, para que ganhe a devida visibilidade e possa amadurecer. O estudo se divide em três partes, que abordam, em síntese, os direitos da personalidade correlatos ao tema, as diretivas antecipadas de vontade propriamente ditas (seu conceito e espécies) e a responsabilidade penal médica sob a ótica da imputação objetiva. Para que se possa efetivar a análise aqui proposta, foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como métodos de investigação, o exploratório, o bibliográfico e o documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos da personalidade; Diretivas antecipadas de vontade; Responsabilidade médica; Responsabilidade penal; Testamento vital.

**ABSTRACT:** Although there are medical guidelines established by Resolution No. 1995/2012 of the Federal Council of Medicine, the advanced care documents do not have legislative regulations at a federal level. Therefore, the present work aims to analyze advanced care documents

at the end of life in order to verify their effectiveness as instruments of protection and guarantee of the rights of the personality at the end of life from a legal perspective. In addition, because it involves delicate subjects, such as life, dignity and human autonomy, it is necessary that the subject be debated, so that it gains the necessary visibility and can mature. The study is divided into three parts, which summarize the personality rights related to the subject, the advanced care documents (its concept and species) and medical criminal responsibility from the point of view of objective imputation. In order to be able to carry out the analysis proposed here, the hypothetic-deductive and exploratory, bibliographic and documentary methods were used as methods of approach.

**KEY WORDS:** Advanced care documents; Criminal responsibility; Living Will; Medical responsibility; Rights of the Personality.

**RESUMEN:** Pese a ser directrices médicas establecidas por la resolución nº 1.995/2012, del Consejo Federal de Medicina, las directivas anticipadas de voluntad no poseen reglamentación legislativa en nivel federal. Por eso, en el presente estudio se tiene como objetivo realizar un análisis de las directivas anticipadas de voluntad en el final de la vida con la finalidad de verificar su efectividad como instrumentos de protección y garantía de los derechos de la personalidad en el final de la vida a partir de una mirada jurídica. Además, por abarcar temas delicados, tales como la vida, la dignidad y la autonomía humana, es necesario que el tema sea debatido, para que gane la debida visibilidad y pueda madurecer. El estudio se divide en tres partes, que abordan, en síntesis, los derechos de la personalidad correlatos al tema, las directivas anticipadas de voluntad propiamente dichas (su concepto y especies) y la responsabilidad penal médica bajo la mirada de la imputada objetiva. Para que se pueda efectivizar el análisis aquí propuesta, se utilizó como método de abordaje el hipotético-deductivo y, como métodos de investigación, el exploratorio, el bibliográfico y el documental.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos de la personalidad; Directivas anticipadas de voluntad; Responsabilidad médica; Responsabilidad penal; Testamento vital.

## INTRODUÇÃO

Falar sobre o direito à vida, a dignidade humana, o direito à saúde e a possibilidade de disposição da pessoa sobre eles (ou seja, a autodeterminação) é assunto que interliga a área jurídica à área médica. Nesse sentido, nos últimos tempos, grandes têm sido os avanços da medicina, a ponto de prolongar e manter a vida humana em condições que, anteriormente, seriam inimagináveis. Essa evolução, ao mesmo tempo, impôs aos pacientes a sujeição a tratamentos involuntários e ao prolongamento artificial de suas funções vitais, ainda que não existam chances de recuperação da consciência e restabelecimento de uma vida digna em sociedade. Dentro desse contexto, começaram a aflorar discussões acerca da viabilidade, necessidade e conveniência da manutenção de tratamentos que violam a dignidade da pessoa humana, bem como questionamentos acerca dos limites das intervenções médicas.

Como resposta, surgiram as diretivas antecipadas de vontade (*advanced care documents*), gênero do qual são espécies o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*). Elas são instrumentos que visam estabelecer previamente a vontade do indivíduo para que, em caso de incapacidade (temporária ou permanente) daquele, prevaleçam seus desejos sobre seu próprio tratamento e os cuidados médicos que deseja, ou não, receber.

No Brasil, as diretivas antecipadas de vontade (DAVs) foram regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina por meio de sua resolução nº 1.995/2012. Ocorre que, por ter sido editada por um órgão de classe (CFM), e apesar de apresentar diretrizes éticas a serem seguidas pela equipe médica no exercício de suas atividades, a referida resolução não possui força de lei. Nesse sentido, atualmente, inexistente uma regulamentação legislativa específica sobre as DAVs no Brasil, a fim de regulamentar o tema.

Apesar disso, há algum tempo as DAVs têm sido alvo de discussões doutrinárias e, mais recentemente, também têm sido abordadas em casos levados à análise do Poder Judiciário pátrio. Por esse motivo, é de suma importância a realização de análise acerca do referido instituto, que, no presente estudo, volta-se à garantia dos direitos da personalidade no fim da vida. Ademais, por envolver assuntos delicados, tais como a vida, a dignidade e a autonomia da pessoa humana, é necessário que o tema seja debatido, para que ganhe a devida visibilidade, e possa amadurecer. Dessa maneira, a insegurança jurídica poderá ser superada, dando espaço a uma regulamentação específica dentro da legislação pátria.

Foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo, a fim de efetivar a análise do tema. O referido método parte de premissas gerais, universais, como, por exemplo, no que consistem os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, para, ao final, abordar o tema específico do trabalho, que é a efetivação dos direitos fundamentais e a garantia da vontade legítima do autor das diretivas antecipadas de vontade.

Ainda, como método de investigação, foi utilizado o método exploratório, que tem como objetivo propiciar maior familiaridade com o problema de pesquisa, visando delimitá-lo e torná-lo mais claro e preciso. Destaca-se que grande parte das pesquisas exploratórias envolve o levantamento teórico, de maneira a serem utilizados também os métodos bibliográfico e documental no presente estudo. Estes últimos consistem no levantamento de bibliografias pertinentes ao tema, utilizando-se, para tanto, de doutrinas, artigos de periódicos científicos, dissertações, teses e internet, para levantar e utilizar todo o material bibliográfico e documental disponível e acessível.

## 2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE CORRELATOS AO TEMA

Os princípios e direitos fundamentais são sustentáculos do Estado democrático de Direito, resultantes de uma construção histórica. Estão presentes nas Constituições dos Estados Nacionais, em decisões judiciais, dentro do processo legislativo, e assim por diante. São indispensáveis para buscar garantir aos indivíduos uma vida digna, para ratificar o desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação do ser humano. Encontrando-se dentro da

Constituição Federal pátria, e tendo em vista sua fundamentalidade, são cláusulas pétreas, não podendo ser alterados em prejuízo dos cidadãos.

No campo do direito civil, por sua vez, fala-se em direitos da personalidade, que se consubstanciam naqueles direitos inerentes à pessoa e necessários à sua sobrevivência, merecendo proteção por parte do Ordenamento Jurídico pátrio. Eles são intransmissíveis e irrenunciáveis (art. 11, CC), bem como indisponíveis, imprescritíveis, inatos, gerais, extrapatrimoniais, necessários, vitalícios e absolutos (oponíveis *erga omnes*). Sua tutela, prevista no art. 12 do Código Civil Brasileiro, pode ser tanto preventiva quanto repressiva.

Cumpra observar, nesse sentido, a grande importância do direito penal na proteção dos direitos da personalidade, ainda mais porque o rol desses direitos inerentes à pessoa humana não é taxativo, acompanhando o avanço das ciências médicas. Entretanto o legislador deve sempre agir com muita atenção em relação à proteção dos direitos da personalidade, evitando-se a administrativização do direito penal, ao sancionar condutas cuja prevenção e repressão poderiam ficar a cargo de outros ramos do direito<sup>1</sup>.

Serão abordados, abaixo, os direitos fundamentais e, também, da personalidade, correlatos às diretivas antecipadas de vontade.

## 2.1 DIREITO À VIDA

O primeiro e mais elementar dos direitos humanos é o direito à vida. Nesse sentido, além de ser um direito, a vida é também um pressuposto para qualquer outro direito, uma vez que é necessário estar vivo para que estes possam ser exercidos.

344

No Brasil, a vigente Carta Constitucional de 1988 colocou o direito à vida em primeiro plano dentre os direitos individuais e, em seu artigo 5º, declarou que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Veja-se que, atualmente, não apenas a Constituição Federal de 1988 trata do direito à vida em um de seus primeiros artigos, como também o Código Civil e o Código Penal Brasileiros e seus respectivos doutrinadores elencam este direito como supremo, anterior a todos os outros direitos da pessoa.<sup>2</sup>

No direito civil, tem-se que o direito à vida é essencial ao ser humano, condicionando os demais direitos da personalidade, pois significa integridade existencial e constitui objeto de direito personalíssimo<sup>3</sup>. Além disso, a doutrina civilista compreende a vida como um direito inato, supremo, pré-existente aos demais direitos e deve ser respeitado por todos os outros. Por ser extremamente importante, deve ser defendido contra os riscos de sua destruição<sup>4</sup>.

O direito penal, por sua vez, apresenta um caráter subsidiário em comparação com os outros ramos do direito. Prevê condutas delitivas a fim de proteger bens jurídicos relevantes, e é entendido como *ultima ratio legis*, pois tipifica comportamentos para os quais seria insuficiente a resposta de outros ramos do direito. Assim, por constituir suporte indispensável ao exercício de todos os demais direitos, o direito à vida é resguardado pelo direito penal. Isso

<sup>1</sup> CARVALHO, Gisele Mendes de; HENRIQUES, Hamilton Belloto. Direito Penal e Direitos da Personalidade: Organismos Transgênicos e Proteção da Saúde Humana na Lei de Biossegurança. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 2, p. 525-551, jul./dez. 2012, p. 528-529. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2545>. Acesso em: 29 set. 2018.

<sup>2</sup> LAZARETTI, Bruna Furini; CARVALHO, Gisele Mendes de. O Direito Fundamental à vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal brasileira de 1988. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Leticia Carla Baptista; VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). Bioética e biodireito. Maringá, PR: IDDM, 2017, p. 152. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B3E4hIZDDNmMZERfeHBnOUs4YVvk/view>. Acesso em: 30 set. 2018.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135, v. 1.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 197-198, v. 1.

quer dizer que a proeminência que a vida humana recebe da Constituição Federal de 1988 reclama, também, sua proteção no plano do direito penal.

## 2.2 DIGNIDADE HUMANA

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Brasil tem como fundamento a dignidade humana (art. 1º, III), de forma que o Estado existe em função da pessoa, caracterizada como a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal.<sup>5</sup>

Caracterizando-se por ser um direito tão natural e imprescindível quanto o direito à vida, a dignidade humana é um valor construído durante todo o decorrer da história.<sup>6</sup> É evidente, pois, a existência de uma pluralidade de conceitos a respeito da dignidade humana, justamente porque há grande dificuldade em se formular um conceito fechado, estático, sobre este tema. Contemporaneamente, a doutrina ainda busca conceituar o que compreenderia a dignidade humana, merecendo destaque o conceito de dignidade humana formulado pelo doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos<sup>7</sup>.

A dignidade humana está intimamente ligada a todos os princípios constitucionais e direitos fundamentais, servindo-lhes de alicerce e complementando seu conteúdo, a fim de conferir unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao Ordenamento Jurídico. Assim, é possível verificar que o princípio da dignidade humana influencia todos os demais direitos presentes no Ordenamento Jurídico brasileiro, como vida, liberdade, igualdade, entre outros, de maneira que o direito à vida será o direito à vida digna, e assim sucessivamente.

## 2.3 DIREITO À SAÚDE

A Constituição Brasileira de 1988 previu os direitos sociais (e, dentre eles, o direito à saúde), em seu artigo 6º. Veja-se, portanto, que o legislador constituinte, além de preocupar-se com o direito à vida e com a dignidade humana, buscou garantir, também, o atendimento às necessidades básicas dos indivíduos, consolidando direitos sociais (trabalho, saúde, educação, moradia, lazer, assistência), assegurando um mínimo existencial (condições materiais e socioculturais para existência digna) e, ainda, estabelecendo vedação de torturas, penas cruéis, perpétuas e de trabalhos forçados.

Por conseguinte, além da previsão ampla dos direitos sociais no artigo 6º, o artigo 196 da Constituição Federal reconhece a saúde como um direito pertinente a todos, sendo dever do Estado garanti-la, através de políticas sociais

<sup>5</sup> LAZARETTI, Bruna Furini; ROSA, Gerson Faustino. Terrorismo e Direito Penal do Inimigo: uma análise crítica da Lei n. 13.260/2016 em face dos Direitos Fundamentais, p. 160-180. In: BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira; REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de. (coord.). Criminologias e política criminal I. In: ANAIS DO ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., Brasília, DF. Florianópolis: Conpedi, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/ly8373a7/63714yRPUDCA5s1A.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

<sup>6</sup> LAZARETTI, Bruna Furini; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. Cit. 2017.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

e econômicas que busquem a “[...] redução<sup>8</sup> do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A saúde, nesse sentido, pode ser considerada como o “bem-estar físico, espiritual e mental das pessoas, e quando o Poder Público protege a saúde, está, por via de consequência direta, protegendo a vida”<sup>9</sup>. Portanto, o direito à saúde tem grande importância no Ordenamento Jurídico pátrio, sendo obrigação do Estado promovê-lo, com fundamento nos direitos sociais, buscando sempre o bem-estar e a qualidade de vida de seus cidadãos<sup>10</sup>.

## 2.4 DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA

Presente no preâmbulo da Constituição Federal, como objetivo a ser perseguido, e no artigo 5º, *caput*, da referida legislação, como um direito fundamental, a liberdade é “um dos pilares do Estado constitucional e democrático de direito”<sup>11</sup>. Ela “impõe ao Estado o dever de se abster, de violar numa relação vertical, assim como na esfera horizontal o das pessoas nas suas relações interpessoais em sociedade”<sup>12</sup>, salvo se violado o contrato social, quando, então, o Estado passará a intervir para restringir a liberdade em prol da sociedade<sup>13</sup>.

Em razão da autonomia, o indivíduo deve possuir liberdade de pensamento, uma gama de opções sobre como agir e alternativas que lhe convenham. A autonomia faculta à pessoa decidir sobre os rumos de sua existência, com base em seus próprios valores e crenças<sup>14</sup>.

O reconhecimento da autonomia e a autodeterminação da pessoa mostram a superação do paternalismo exacerbado, tanto a partir de uma concepção ética quanto a partir de um ponto de vista jurídico. O paternalismo, entendido como “uma forma de limitar a autonomia humana e liberdade individual”<sup>15</sup>, é aqui criticado na medida em que uma norma jurídica paternalista é “formulada com base no rompimento da liberdade do indivíduo e através da limitação dos seus interesses, de cunho individual, não lhe sendo deferida a oportunidade de recusar esta medida protetiva”<sup>16</sup>.

Portanto, deve-se dizer que a pessoa pode exercer seus direitos com autonomia e liberdade, sendo-lhe facultado dispor a respeito de sua própria vida e saúde – que são direitos e não obrigações (ou seja: a pessoa tem o direito à vida, mas não obrigação de viver, por exemplo)<sup>17</sup>. É nesse sentido que, de acordo com Dworkin, “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”<sup>18</sup>. Portanto, eliminar a manifestação de vontade, ou seja, a autonomia da pessoa, é uma afronta à sua dignidade<sup>19</sup>.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 01 mar. 2018.

<sup>9</sup> ZAGANELLI, Margareth Vetis, et al. Eutanásia social: “morte miserável” e a judicialização da saúde. Lima, Peru: Derecho y Cambio Social, n. 43, Ano XIII, 2016, p. 5.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> PULIDO, Carlos Bernal. O Direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 232.

<sup>12</sup> PÊCEGO, Antônio José Francisco De Souza. Eutanásia: uma (re)leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 73.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> ARAÚJO, Arakén Almeida de; BRITO, Ana Maria de; NOVAES, Moacir. Saúde e autonomia: novos conceitos são necessários?. Revista Bioética, v. 16, n. 1, 2009. Disponível em: [http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/60](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/60). Acesso em: 20 abr. 2018.

<sup>15</sup> SALDANHA, Rodrigo Róger. Testamento vital: aspectos controversos e a autonomia do enfermo. Curitiba: Juruá, 2017, p. 39.

<sup>16</sup> ROHRMANN, Carlos Alberto; REGO, Cristiane. O paternalismo estatal e o fenômeno da juridicização da vida privada. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, v. 27, p. 119-140, 2014. Disponível em: <http://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/view/34/36>. Acesso em: 21 abr. 2018.

<sup>17</sup> PÊCEGO, op. cit.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 307.

<sup>19</sup> SALDANHA, Rodrigo Róger. Testamento vital: aspectos controversos e a autonomia do enfermo. Curitiba: Juruá, 2017, p. 46.

### 3 DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As áreas da tecnologia e das ciências médicas encontram-se em constante evolução, buscando, diariamente, realizar melhorias na qualidade de vida dos indivíduos. A partir de tais avanços, a medicina tem conseguido, nos dias de hoje, precaver doenças, iniciar tratamentos e procedimentos em enfermidades pré-diagnosticadas, melhorar a precisão de exames e procedimentos e, ainda, aprimorar métodos que asseguram um maior tempo de vida aos doentes em situação terminal<sup>20</sup>. Entretanto, toda essa evolução contribuiu para a manutenção da vida humana em condições antes inimagináveis, impondo aos doentes (em especial àqueles em situação terminal ou que possuam doenças graves irreversíveis) a sujeição a tratamentos involuntários e ao prolongamento artificial de suas funções vitais, ainda que não existam chances de recuperação da consciência e restabelecimento de uma vida digna e em sociedade<sup>21</sup>. Nesse sentido, “o prolongamento médico da vida traz, por vezes, consequências pouco compatíveis com a qualidade de vida”<sup>22</sup>.

Em decorrência disso, foram criados institutos “que visam a garantir a dignidade humana, no final da sua vida e garantir o respeito pela sua autonomia, mesmo quando sua capacidade de comunicação está afetada”<sup>23</sup>. Os referidos institutos nada mais são do que as diretivas antecipadas de vontade, gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro (que serão abordados de maneira específica abaixo).

O referido instituto, denominado *Advance directives*, é originário dos Estados Unidos da América (EUA), e encontra-se previsto na lei federal de autodeterminação do paciente (*Patient Self-Determination Act - PSDA*), aprovada pelo Congresso estadunidense em 1991<sup>24</sup>.

Na Europa, o assunto passou a ser discutido a partir da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, também denominada de Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo<sup>25</sup>.

Na América Latina, por sua vez, países como Porto Rico<sup>26</sup>, Argentina<sup>27</sup> e Uruguai<sup>28</sup> possuem legislação sobre o tema. Já no Brasil, não existe legislação federal que garanta a autodeterminação do paciente. Sendo assim, as diretivas antecipadas de vontade encontram-se disciplinadas, atualmente, pela resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina.<sup>29</sup>

Anteriormente à criação da referida Resolução do Conselho Federal de Medicina, a lei estadual nº 10.241/1999 – SP, que estabelece os direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo, foi promulgada pelo então

<sup>20</sup> SALDANHA, Rodrigo Róger. Op. Cit., p. 47.

<sup>21</sup> CARVALHO, Gisele Mendes. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 13-14.

<sup>22</sup> PESSINI, Leocir. Eutanásia: por que abreviar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 299.

<sup>23</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 240.

<sup>24</sup> BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Revista de bioética y derecho, n. 26, p. 22-30, 2012. Disponível em: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872012000300004](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004). Acesso em: 01 set. 2018.

<sup>25</sup> COUNCIL OF EUROPE. Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: convention on human rights and biomedicine. Oviedo, 1997. Disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

<sup>26</sup> PORTO RICO. Ley n. 160, de 17 de noviembre de 2001. Ley de declaración previa de voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal o de estado vegetativo persistente. Porto Rico: Lex Juris, 2001 Disponível em: <http://www.lexjuris.com/LEXLEX/Leyes2001/lex2001160.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>27</sup> ARGENTINA. Ley n. 26.529, de 21 de octubre de 2009. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. [Internet]. Argentina: InfoLeg, 2009. Disponível em: [http://www.msajudjujuy.gov.ar/re2012/Archi\\_Varios%5Cley\\_26529.pdf](http://www.msajudjujuy.gov.ar/re2012/Archi_Varios%5Cley_26529.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>28</sup> URUGUAI. Parlamento del Uruguay. Ley no18.473, de 3 de abril de 2009. Voluntad anticipada. Diário Oficial. 21 abr. 2009. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=18473&Anchor>. Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>29</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 27 ago. 2018.

governador do Estado, Mário Covas, prevendo, em seu texto, a possibilidade de recusa de tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.<sup>30</sup>

No mesmo sentido das normativas acima expostas, destaca-se a existência do enunciado nº 37, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, na data de 15/05/2014, em São Paulo.<sup>31</sup>

O enunciado em questão prevê a possibilidade de que sejam realizadas diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que deverão ser registradas em documento particular, com duas testemunhas, ou público. É inequívoco, portanto, o “direito de manifestação de vontade prévia, ainda que não exista legislação específica regulamentando como deve ser o documento, requisitos de validade, e também seu [...] prazo de validade”<sup>32</sup>.

### 3.1 ESPÉCIES

As diretivas antecipadas de vontade são gênero, da qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro. Ambos serão abordados de maneira detalhada abaixo.

#### 3.1.1 Testamento vital

O testamento vital (ou declaração prévia de vontade do paciente terminal), é um documento escrito, “devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade”<sup>33</sup>.

348 Registre-se que ele possui duas qualidades essenciais: em primeiro lugar, contribui para o empoderamento dos enfermos, no sentido de que cada pessoa é autônoma e possui direito à autodeterminação (aqui focada no direito à saúde) e, também, em relação à facilitação do planejamento prévio do momento da incapacidade e, eventualmente, da morte, que costuma ser desconsiderada por muitos profissionais da área da saúde, focados apenas em salvar.<sup>34</sup> A esse respeito,

Reconhecer a autonomia do paciente não é destituir a autonomia do médico, mas sim reconhecer a alteridade presente nesta relação, onde as decisões devem ser compartilhadas. Da responsabilidade individual, nesta perspectiva de compartilhamento, surge a noção de corresponsabilidade. Não há uma submissão, mas sim o mútuo reconhecimento de uma co-presença ética na relação médico-paciente<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Lei Estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1999. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>. Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>31</sup> I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciado n. 37. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf). Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>32</sup> SALDANHA, Rodrigo Róger. Op. Cit., p. 85.

<sup>33</sup> 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. 956. Disponível em: [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rldb/2012/02/2012\\_02\\_0945\\_0978.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rldb/2012/02/2012_02_0945_0978.pdf). Acesso em: 05 set. 2018.

<sup>34</sup> NUNES, Rui. Testamento vital. Nascer e crescer, Porto, v. 21, n. 4, p. 250-255, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0872-07542012000400010](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542012000400010). Acesso em: 06 set. 2018.

<sup>35</sup> ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. Revista HCPA. Porto Alegre. v. 32, n. 3, 2012, p. 358-362, 2012, p. 361. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/159322/001014659.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2018.

O testamento vital garante, pois, ao indivíduo, que seus desejos serão atendidos quando se encontrar em situação de terminalidade da vida. Propicia, igualmente, ao médico, segurança e respaldo legal em relação à tomada de decisões em situações que podem ser conflituosas.<sup>36</sup>

Se, por um lado, o testamento vital é um documento que apresenta diretrizes antecipadas de saúde de determinado indivíduo, a ser considerado quando aquele, doente, não puder expressar sua vontade; por outro lado também é um novo instituto jurídico, relacionado ao ramo do biodireito, que apresenta regulamentação em diversos países, mas que, no Brasil, ainda é objeto de discussões<sup>37</sup>.

De acordo com a doutrina, o testamento vital é um ato jurídico unilateral, personalíssimo, revogável e gratuito<sup>38</sup>, que pode ser realizado apenas por pessoa civilmente capaz e clinicamente competente, devidamente esclarecida por seu médico, que livremente ateste sua vontade<sup>39</sup>. Além disso, pode ser renovado ou revogado a qualquer tempo e deverá versar sobre os cuidados e tratamentos que a pessoa pretende (ou não) adotar quanto à sua saúde<sup>40</sup>. Em relação à sua forma, é indicado que o testamento vital seja lavrado “por escritura pública perante um notário, em um Cartório de Notas, com a formalidade de uma declaração de vontade, visando garantir a segurança jurídica”<sup>41</sup>.

Destaca-se, ainda, que a inexistência de previsão legal sobre o testamento vital no Brasil não leva, necessariamente, à conclusão de que o referido instituto é incompatível com o Ordenamento Jurídico pátrio. Pelo contrário: “em consonância com os princípios e normas que imperam no ordenamento brasileiro, nada impede que se reconheça a validade daquele instrumento”<sup>42</sup>. Assim, no Brasil, o conteúdo do testamento vital deverá estar em consonância com aquilo que permite o Ordenamento Jurídico pátrio.

### 3.1.2 Mandato duradouro

O mandato duradouro se consubstancia em “uma delegação de poderes específicos incumbindo ao mandatário a tomar decisões em lugar do paciente, suprimindo a sua vontade numa eventual incapacidade”<sup>43</sup>. Ou seja, é um juízo de substituição, através do qual se realiza a nomeação de um ou mais procuradores para que tomem as decisões relativas ao tratamento médico daquele que perdeu – temporária ou permanentemente – a capacidade para tanto<sup>44</sup>.

O procurador de cuidados da saúde deverá ser, então, um transmissor da vontade do outorgante, decidindo de acordo com a vontade deste e atuando como um “interlocutor entre o paciente, cujas instruções deve fielmente

<sup>36</sup> DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Revista de bioética y derecho*, n. 28, p. 61-71, 2013, p. 64. Disponível em: [http://www.ub.edu/fildt/revista/rbyd28\\_art-dadalto.htm](http://www.ub.edu/fildt/revista/rbyd28_art-dadalto.htm). Acesso em: 06 set. 2018.

<sup>37</sup> PICCINI, Cleiton Francisco et al. Testamento vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes. *Bioethikos*, v. 5, n. 4, p. 384-91, 2011, p. 385.

<sup>38</sup> SILVA, Maria Isabel Fernandes; GOMES, Frederico Barbosa. Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, v. 18, p. 205-20, 2012, p. 209. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-261.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>39</sup> 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. 962. Disponível em: [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/02/2012\\_02\\_0945\\_0978.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/02/2012_02_0945_0978.pdf). Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>40</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. *Op. Cit.*, p. 967.

<sup>41</sup> DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, 2013, p. 471. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/3615/361533263011/>. Acesso em: 13 set. 2018.

<sup>42</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. *Op. Cit.*, p. 961-962.

<sup>43</sup> ROCHA, Eneyde Gontijo Fernandes M. Direito à verdade e autonomia da vontade no enfermo. De Jure: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 30 nov. 2007, p. 231. Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/218/direito%20a%20verdade\\_Ocha.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/218/direito%20a%20verdade_Ocha.pdf?sequence=1). Acesso em: 14 set. 2018.

<sup>44</sup> SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro. Diretivas antecipadas de vontade: dignidade e autonomia. *Revista de Direito de família e das sucessões (RDFAS)*. Ano 4, jul./set. 2017, p. 9-37. Disponível em: <http://adfás.org.br/wp-content/uploads/2018/04/RDFAS-13-vers%C3%A3o-para-publica%C3%A7%C3%A3o-1.pdf#page=10>. Acesso em: 14 set. 2018.

seguir, e a equipe médica<sup>45</sup>. Dele exige-se que seja civilmente capaz (ou seja, maior de 18 anos), recomendando-se que o outorgado assine o mandato duradouro, atestando seu aceite em relação ao encargo que lhe foi confiado<sup>46</sup>. Além disso, as formalidades do mandato duradouro são as mesmas exigidas para o testamento vital.

Quando versar apenas sobre a escolha de um procurador para tomar decisões na fase terminal da vida do paciente, o mandato duradouro poderá ser, inclusive, contemplado no mesmo documento em que for lavrado o testamento vital. Em países como Estados Unidos e Espanha, por exemplo, o referido documento “é visto como parte integrante da declaração prévia de vontade do paciente terminal”<sup>47</sup>.

Por outro lado, quando versar sobre a escolha de um procurador que atuará tanto nos momentos de incapacidade transitória quanto de incapacidade permanente do enfermo, sugere-se que seja lavrado um documento específico para o mandato duradouro. Isso porque não seria coerente que o mandato duradouro, relativo à incapacidade temporária, fosse redigido junto com o testamento vital, que se refere apenas ao final da vida (ou seja, à incapacidade permanente do indivíduo).

#### 4 DA GARANTIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO FIM DA VIDA

Durante séculos, a medicina foi vista de maneira subjetiva e religiosa<sup>48</sup>, sendo que não se discutiam os desígnios dos médicos, eis que estes eram cercados por uma “aura divina” e eram tidos como intermediários da vontade dos deuses<sup>49</sup>.

350

Apenas a partir da segunda metade do século XX é que a humanidade passou a vivenciar, efetivamente, a dessacralização da referida área do conhecimento, que começou a tomar forma de ciência objetiva e repleta de responsabilidades<sup>50</sup>, sendo que, a partir de então, houve um enorme aumento das demandas judiciais para lidar com a nova medicina, que passou a ser uma questão do direito, especificamente do ramo do biodireito.<sup>51</sup>

Torna-se imprescindível, dentro do contexto histórico-social que se vivencia nos dias de hoje, o estudo da responsabilidade médica, que se subdivide em três ramos principais: a responsabilidade administrativa, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal<sup>52</sup>. A presente análise trata especificamente da responsabilidade penal médica. A esse respeito, cabe destacar, primeiramente, que

<sup>45</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. Op. Cit., p. 968.

<sup>46</sup> SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro. Op. Cit.

<sup>47</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2010, p. 524-525. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516). Acesso em: 15 set. 2018.

<sup>48</sup> MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular, São José do Rio Preto, v. 11, n. 2, p. 55-59, junho, 1996. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-76381996000200002>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>49</sup> UDELSMANN, ARTUR. Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos médicos. Rev. Assoc. Med. Bras., São Paulo, v. 48, n. 2, p. 172-182, junho 2002. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039>. Acesso em: 07 ago. 2018.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Wesley Fernandes. A relação entre medicina e religião nos ex-votos pictóricos mineiros (sécs. XVIII e XIX). Anais do XIX Encontro Regional de História. Profissão Historiador: Formação e Mercado de Trabalho. Juiz de Fora, julho de 2014. Disponível em: [http://www.encontro2014.mg.anpuh.org/resources/anais/34/1401489216\\_ARQUIVO\\_TextoANPUHWesley.pdf](http://www.encontro2014.mg.anpuh.org/resources/anais/34/1401489216_ARQUIVO_TextoANPUHWesley.pdf). Acesso em: 22 jul. 2018.

<sup>51</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. A responsabilidade penal por erro médico. Revista Jurídica da FURB, n 3, junho de 98, p. 51-64.

<sup>52</sup> JORGE, Marcela Gama. Breve apreciação sobre erro médico. Centro Clínico Castelo Website. Disponível em: [http://www.cccastelo.com.br/erro\\_medico.htm](http://www.cccastelo.com.br/erro_medico.htm). Acesso em: 22 jul. 2018.

Via de regra, as intervenções médicas são adequadas socialmente, devendo ser filtradas pelo âmbito jurídico-penal, aqueles casos em que ocorre “excesso” doloso ou culposo na intervenção médica, estando esta incongruente com o consentimento dado, se for o caso em questão<sup>53</sup>.

Por isso, é necessário abordar a possibilidade (ou não) de responsabilização do médico no âmbito jurídico-penal. Nesse sentido, apesar de as inúmeras diretrizes que buscam orientar a atuação médica e preservar o profissional no exercício de seu ofício, o médico, ainda, encontra-se sujeito a situações das quais podem advir sérias consequências.

#### 4.1 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE MÉDICA

Para o estudo da responsabilidade penal médica, urge compreender a dinâmica das teorias da conduta em relação ao direito penal, em especial no que diz respeito à imputação objetiva, foco deste tópico.

Em termos gerais, o delito é a conduta humana que constitui lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos protegidos pelo direito penal, de caráter individual, coletivo ou difuso.<sup>54</sup> Nesse sentido, “como expressão conceitual preponderante e mais correta em termos técnicos e científicos, o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita e culpável”<sup>55</sup>, sendo que a ação e a omissão “constituem o primeiro nível do conceito do delito, ao qual se agregam os juízos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade (conceito analítico de delito)”<sup>56</sup>.

No âmbito do direito penal, coexistem diferentes teorias a respeito da conduta humana (também denominadas de teorias da ação). No presente estudo, aborda-se, de maneira específica, a teoria da imputação objetiva.

A teoria da imputação objetiva é relevante ao direito penal brasileiro, “pois entende que toda conduta apresenta um significado no seio social, apreendido através do agir comunicativo dos seus integrantes. Assim, a conduta só poderá ser atribuída ao agente se criar um desarranjo na sociedade, desestruturando-a”<sup>57</sup>. Nesse sentido, é possível dizer que “a moderna teoria da imputação objetiva, além de projetar suas valorações exclusivamente sobre a vertente objetiva dos tipos penais, outorga à imputação uma função adicional [...]: a determinação do sentido social de um comportamento”<sup>58</sup>.

A imputação objetiva tem suas origens na filosofia de Friedrich Hegel, propagada no século XIX. Posteriormente, no século XX, Richard Honing e Karl Larenz introduziram-na, também, no sistema penal<sup>59</sup>. Já no início da década de 70, foi retomada e aperfeiçoada por Claus Roxin e Günther Jakobs, que lhe deram seus contornos atuais e chegaram a uma concepção moderna da matéria, que possui como escopo resolver problemas não solucionados pelas teorias causalista e finalista<sup>60</sup>, por meio de “uma nova metodologia de análise e delimitação do alcance do tipo objetivo”<sup>61</sup>.

<sup>53</sup> PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 219-231, jul./dez. 2012, p. 228. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091/8814>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>54</sup> PRADO, Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 14 ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

<sup>55</sup> PRADO, Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. Cit.*, p. 204.

<sup>56</sup> PRADO, Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>57</sup> LUCA, Heloiza Meroto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 739-815, 2005. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67689/70297>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>58</sup> PRADO, Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

<sup>59</sup> VALENTE, Victor Augusto Estevam; OLIVEIRA, André Tito da Motta. Imputação objetiva: um panorama à luz do direito penal brasileiro. *Revista Jurídica Orbis*, v. 2, n. 1, p. 348-368, 2012. Disponível em: <http://www.cesrel.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/116/116>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>60</sup> PELELLA, Eduardo Botão. Da imputação objetiva: aplicabilidade no direito brasileiro e revisão da dogmática penal dominante. *Revista da Esmese*, p. 79-94, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073282.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>61</sup> STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Teoria da imputação objetiva. *Revista CEJ*, v. 7, n. 22, p. 70-75, 2003. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/566/746>. Acesso em: 03 out. 2018.

Ela se consubstancia, em outras palavras, em um “complemento corretivo – e, em certas ocasiões, de superação – das diversas teorias causais”<sup>62</sup>.

Sob o olhar da referida teoria, “para que um fato seja considerado objetivamente típico, não bastam somente a ação, tipicidade, causalidade e resultado; exige-se também outro elemento integrante do tipo penal, que seria a imputação objetiva”<sup>63</sup>. Por conseguinte, pode-se dizer que “não basta apenas que o resultado tenha sido praticado pelo agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade. Passa a ser necessário também que ele possa lhe ser imputado juridicamente”<sup>64</sup>. A teoria da imputação objetiva, portanto, visa estabelecer critérios normativos que possam diferenciar os fatos jurídico-penalmente relevantes daqueles irrelevantes, atribuindo àqueles um sentido social típico<sup>65</sup>.

Parei aquiNa compreensão de Claus Roxin, para que possa haver a imputação objetiva, seria necessária a existência de três condições: a) a criação ou o aumento de um risco não permitido; b) a realização deste risco não permitido no resultado concreto; c) que o resultado se encontre dentro do alcance do tipo, ou seja, dentro da esfera de proteção da norma<sup>66</sup>. A *contrariu sensu*, o resultado não poderá ser imputado ao agente, não se aperfeiçoando o tipo objetivo, sempre que ocorra uma das seguintes situações

- 1) O resultado decorra do exercício de um de risco permitido ou de uma ação do agente que tenha visado apenas diminuir um risco não-permitido; 2) O risco não-permitido não chegue a se realizar no resultado concreto; 3) O resultado se encontre fora do alcance do tipo ou da esfera de proteção da norma.<sup>67</sup>

Günther Jakobs, por sua vez, acrescenta à imputação objetiva um novo elemento, que seria a violação de um papel social por parte do indivíduo. Para ele, como o homem é um ser social, divide seu espaço com outros e mantém contatos sociais, sendo que cada indivíduo é portador de um papel<sup>68</sup>. Dessa forma, “se a conduta do agente transcende os padrões de comportamento da sociedade, falar-se-á em risco proibido, de modo que há uma violação relevante de seu papel social, sendo, por conseguinte, cabível a imputação objetiva”<sup>69</sup>. A partir de tal perspectiva, Jakobs aponta quatro situações delimitadoras da imputação objetiva: a) risco permitido; b) princípio da confiança; c) proibição de regresso; e d) competência ou capacidade da vítima<sup>70</sup>.

Dessa maneira, são necessárias algumas considerações a respeito do consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. Isso porque o consentimento é a principal forma de autocolocação em perigo da vítima, com sua consequente responsabilização, capaz de diminuir ou excluir a responsabilidade penal (ou seja, a imputação objetiva do resultado) do agente<sup>71</sup>. Nesse sentido,

<sup>62</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 23.

<sup>63</sup> VALENTE, Victor Augusto Estevam; OLIVEIRA, André Tito da Motta. Imputação objetiva: um panorama à luz do direito penal brasileiro. Revista Jurídica Orbis, v. 2, n. 1, p. 348-368, 2012. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/116/116>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>64</sup> STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Op. Cit.

<sup>65</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Op. Cit., p. 71.

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 38, p. 11-31, 2002. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37395074/A\\_TEORIA\\_DA\\_IMPUTACAO\\_OBJETIVA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1541271388&Signature=S1yl%2F3pHrT16vf3NppYCR%2BzyDxg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA\\_TEORIA\\_DA\\_IMPUTACAO\\_OBJETIVA.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37395074/A_TEORIA_DA_IMPUTACAO_OBJETIVA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1541271388&Signature=S1yl%2F3pHrT16vf3NppYCR%2BzyDxg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_TEORIA_DA_IMPUTACAO_OBJETIVA.pdf). Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>67</sup> STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Op. Cit.

<sup>68</sup> JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. (Trad.). André Luís Callegari. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

<sup>69</sup> VALENTE, Victor Augusto Estevam; OLIVEIRA, André Tito da Motta. Op. Cit.

<sup>70</sup> JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 33.

<sup>71</sup> LUCA, Heloiza Meroto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 100, p. 739-815, 2005. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67689/70297>. Acesso em: 04 out. 2018.

Ao contrário do posicionamento adotado pela doutrina tradicional, que enfrenta a questão do consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude, atuando sobre o segundo elemento do crime, a teoria da imputação objetiva trabalha a matéria no âmbito do próprio tipo penal, tornando atípica a conduta do agente, por considerar que o resultado se origina de um risco permitido.<sup>72</sup>

Isso posto, diante do consentimento válido da vítima, a ação passa a ser desenvolvida no âmbito de um risco tolerado pela sociedade, como representação da autonomia da pessoa no contexto social, sendo incapaz de ofender o bem jurídico tutelado<sup>73</sup>. Nesse sentido, “a principal função dos bens jurídicos é o livre desenvolvimento do indivíduo, de forma que sua livre disposição pelo portador não implica a lesão destes bens, mas antes a sua expressão”<sup>74</sup>. Entretanto, no entendimento de Roxin, “o consentimento não pode recair sobre bens cuja lesão se dirija à sociedade, pois eles não estão à disposição daquele que consente, não podendo ser objeto de consentimento”<sup>75</sup>. Para ele, há duas teorias que abordam a eficácia do consentimento nos tipos penais que buscam proteger interesses particulares e sociais: para a primeira, deve-se escolher se, no caso concreto, está sendo protegido o interesse particular ou social; para a segunda, ambos os interesses são tutelados simultaneamente, tornando o consentimento ineficaz<sup>76</sup>.

Destarte, é imprescindível a análise da teoria da imputação objetiva voltada à atividade médica<sup>77</sup>, objeto do presente trabalho. Ressalta-se, primeiramente, que o médico, enquanto agir de acordo com a *lex artis*, estará atuando dentro dos limites do risco permitido à medicina, atividade que lhe impõe lidar diariamente com a vida e a morte de inúmeras pessoas. No Brasil, atualmente, 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”<sup>78</sup>, não havendo que se falar em incremento de risco em tais situações, já que o médico estará agindo dentro dos limites de sua atividade profissional, atuando dentro de um risco permitido. A esse respeito,

Quando o médico entende que determinada terapêutica não é adequada para um enfermo, e resolve não iniciar ou descontinuar seu uso, ele está exercitando a faculdade de indicação de um tratamento, perfeitamente compatível com a atividade médica.<sup>79</sup>

Nesse contexto, as atividades médicas com finalidades terapêuticas também seriam atípicas, tendo em vista que são incentivadas pela ordem jurídica posta, hipótese na qual a atuação médica encontra-se dentro dos limites da *lex artis* e, portanto, plenamente justificada.<sup>80</sup> Entretanto, pelos mesmos motivos, permanecem vedadas condutas como, por exemplo, a eutanásia ativa, tendo em vista que demandariam a atuação do médico para além dos limites permitidos pela *lex artis*, que gera um risco não permitido pelo Ordenamento Jurídico pátrio.

<sup>72</sup> SALGE, Cláudia Aparecida. A teoria da imputação objetiva e o nexos de causalidade no direito penal. Revista Jurídica UNIJUS – Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. V. 7, N. 1, p. 35-48, nov. 2004. Uberaba, MG. Disponível em: <http://revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/viewFile/1031/1206#page=35>. Acesso em: 05 out. 2018.

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> LUCA, Heloiza Meroto de. Op. Cit.

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> JESUS, Damásio E. de. Imputação Objetiva. 3 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 158-159.

<sup>78</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). Acesso em: 05 out. 2018.

<sup>79</sup> BOMFIM, Luane Rodrigues. Eutanásia: questões éticas e jurídico-penais relevantes. Salvador: XI Revista do CEPEJ, p. 295-315, 2009. Disponível em: [https://direito.ufba.br/sites/direito.ufba.br/files/revista\\_do\\_cepelj\\_-\\_n\\_11.pdf#page=295](https://direito.ufba.br/sites/direito.ufba.br/files/revista_do_cepelj_-_n_11.pdf#page=295). Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>80</sup> Idem.

Por outro lado, de acordo com a compreensão de Günther Jakobs, enquanto o médico se mantiver nos estritos limites de seu papel, não responderá por um curso lesivo. Nesse sentido, o autor destaca que

O médico deve curar a enfermidade do paciente, se este assim o deseja; se o paciente não quer a cura, o que se sucede será seu próprio risco. O médico, ademais, só domina o risco derivado da enfermidade: que o paciente se incline demasiado para fora ao olhar pela janela, ou que seja ameaçado com uma arma de fogo por uma visitante irada, não é assunto do médico, ao menos não como médico. E, finalmente, está obrigado a preservar o paciente dos riscos da enfermidade só na medida em que isso corresponda a um padrão ideal do comportamento esperado. Nenhum médico está obrigado a realizar semanalmente em seus pacientes exames gerais.<sup>81</sup>

Jakobs afirma, ainda, apoiado na competência ou capacidade da vítima, que, em relação aos cuidados médicos intensivos, seria lícito ao médico suspender certas prestações realizadas através de aparelhos que mantêm o paciente vivo, quando essas prestações não fossem mais indicadas medicamente. Para ele, apesar do desligamento dos aparelhos se caracterizar como um ato comissivo com efeitos causais sobre a morte do doente, o médico se mantém em seu papel e não se atribui uma atividade alheia, sendo que “constitui uma fatalidade do paciente o fato de estar posicionado de uma maneira propensa a sofrer o dano”<sup>82</sup>.

#### 4.2 RESPONSABILIDADE MÉDICA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O estudo da responsabilidade médica, hoje em dia, é uma preocupação tanto de médicos quanto de juristas. Dessa maneira, qualquer intervenção médica “comporta de certa forma uma intrusão na integridade física ou psíquica do ser humano, ou mesmo na sua liberdade”<sup>83</sup>, sendo que, de maneira abrangente, pode-se dizer que o tratamento médico engloba todas as possíveis ações e omissões que o médico desenvolve em seu paciente.

Em geral, o tratamento médico, se realizado de acordo com a *lex artis*, pode ser considerado lícito<sup>84</sup>, sendo possível constatar que “há importantes extensões no campo do Direito Penal em favor da autonomia da vítima”<sup>85</sup>, não podendo ser negada a relevância jurídica do consentimento, eis que diz respeito à vontade própria do indivíduo em relação aos seus direitos personalíssimos<sup>86</sup>. É nesse sentido que se conclui, então, que, no âmbito médico, “o consentimento é um pressuposto necessário à legitimação e justificação da intervenção médica”<sup>87</sup>.

Além disso, as diretivas antecipadas de vontade, legítimas formas de manifestação prévia da vontade do indivíduo, apesar de ainda não possuírem normativas federais que as regulamentem, são reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina e possuem validade jurídica dentro do país.<sup>88</sup>

Por isso, os princípios constitucionais da dignidade humana, da autonomia, bem como os direitos fundamentais à vida digna e à saúde, dão base ao reconhecimento das diretivas antecipadas de vontade no Brasil.

<sup>81</sup> JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. Tradução André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

<sup>82</sup> JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 31-32.

<sup>83</sup> SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Direito penal médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 13.

<sup>84</sup> PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido (na teoria do delito). 3 ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 195.

<sup>85</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela. Testamento Vital: Os Limites e Consequências Jurídico-Penais do Exercício da Autonomia em Face das Diretivas Antecipadas de Vontade. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 10, p. 316-335, 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3423>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>86</sup> PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido (na teoria do delito). 3 ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 201.

<sup>87</sup> PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: O caso dos transplantes de órgãos. *Sistema Penal & Violência*, v. 4, n. 2, p. 220-231. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091/8814>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>88</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 4 ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 101.

Tanto é assim que, além do artigo 15, do Código Civil, reconhecer que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”<sup>89</sup>. Também as leis nº 10.241/1999, do Estado de São Paulo<sup>90</sup>, nº 16.279/2006, do Estado de Minas Gerais<sup>91</sup> e nº 14.254/2003, do Estado do Paraná<sup>92</sup>, trazem em seu bojo a possibilidade de recusa de tratamentos dolorosos ou extraordinários. Registre-se, ainda, que a resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, aborda, especificamente, as diretivas antecipadas de vontade, que aos poucos vêm sendo reconhecidas, também, pelos Tribunais pátrios.

É complexa a tarefa de encontrar o equilíbrio entre “a consideração da vontade do indivíduo e a atenção ao poder/dever estatal de cuidado e proteção dos objetivos jurídicos resguardados pelo ordenamento, notadamente pelo sistema jurídico-penal”<sup>93</sup>. Nesse sentido, as diretivas antecipadas de vontade, além de dar evidência à autonomia do indivíduo, resguardam-no da obstinação terapêutica (ou seja, da realização de tratamentos fúteis ou inúteis, a fim de manter a pessoa viva, prolongando o processo da morte e que pode submeter o paciente a grande sofrimento<sup>94</sup>). Trazem como conteúdo, geralmente, a manifestação de vontade da pessoa em relação à aceitação ou a recusa a determinados cuidados e tratamentos médicos no fim da vida e a nomeação de um representante<sup>95</sup>.

Nessa linha, em relação à manifestação da pessoa sobre a aceitação ou a recusa de cuidados e tratamentos médicos, entende-se que, para que a diretiva seja válida frente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, o paciente não terá o direito de recusar cuidados paliativos (que dão efetividade à dignidade humana) e o documento poderá versar, apenas, a respeito da aceitação ou da recusa de tratamentos fúteis, aferíveis no caso concreto.<sup>96</sup>

Além disso, também se pode nomear um representante, para que este tome decisões de saúde em nome do paciente, como se ele fosse, no momento de terminalidade da vida.

Há, entretanto, a compreensão de que as diretivas antecipadas de vontade (em especial o testamento vital, que contém disposições do próprio doente acerca dos cuidados e tratamentos que deseja, ou não, receber no fim de sua vida) não podem ser compreendidas “como um recurso que tudo permite àquele que é titular do bem jurídico vida”<sup>97</sup>. Portanto, para que sejam válidas, as diretivas antecipadas de vontade devem ser interpretadas de acordo com o que dispõe o Ordenamento Jurídico pátrio.

Ademais, embora seja vedada a disposição de determinados bens jurídicos pelo Ordenamento Jurídico pátrio (tais como a vida humana), destaca-se que, em determinadas situações, “não se trata de proteção da vida como bem, mas tão só de sua indevida protelação sem qualidade, uma vez que ao sofrimento da doença soma-se o sofrimento desproporcional da intervenção”<sup>98</sup>. E é por isso que se permite ao paciente decidir livre e autonomamente se deseja, ou não, ser submetido à obstinação terapêutica, sendo seu direito optar pela ortotanásia.

<sup>89</sup> BRASIL. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>90</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Lei Estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1999. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>91</sup> ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 16.279/2006. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2006&num=16279&tipo=LEI>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>92</sup> ESTADO DO PARANÁ. Lei Estadual nº 14.254/2003. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=735&indice=1&totalRegistros=1>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>93</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela. Testamento Vital: Os Limites e Consequências Jurídico-Penais do Exercício da Autonomia em Face das Diretivas Antecipadas de Vontade. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 10, p. 316-335, 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3423>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>94</sup> CARVALHO, Karen Knopp de; LUNARDI, Valéria Lerch. Obstinação terapêutica como questão ética: enfermeiras de unidades de terapia intensiva. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 17, n. 3, p. 308-313, jun. 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-11692009000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692009000300005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>95</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 4 ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 102.

<sup>96</sup> DADALTO, Luciana. Testamento vital. 4 ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 103.

<sup>97</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela. Op. Cit.

<sup>98</sup> Idem.

As diretivas antecipadas de vontade, portanto, resguardam a vontade do indivíduo, que pode optar pela ortotanásia ao fim de sua vida, ao mesmo tempo em que protegem o médico que agiu de acordo com a *lex artis* e com a vontade previamente manifestada por seu paciente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento deste trabalho, foi possível verificar que a vida, analisada em consonância com o princípio da dignidade humana, merece ser respeitada e preservada enquanto seja digna e possua qualidade. Para tanto, há que se fazer valer o direito à saúde, através de políticas sociais e econômicas que tenham como finalidade precípua garantir o atendimento às necessidades básicas dos indivíduos. Isso porque, a garantia à saúde é, também, a garantia a uma vida digna, em conformidade com o previsto na Constituição Federal.

Dessa forma, considerando que, no presente trabalho, defende-se a possibilidade de que o indivíduo possa decidir antecipadamente (por meio das diretivas antecipadas de vontade) a respeito dos tratamentos e cuidados médicos que deseja, ou não, receber no fim da vida, quando se encontrar incapacitado para expressar sua vontade, abordou-se, também, o direito à liberdade e à autonomia.

Há que se dizer, levando-se em conta os direitos e princípios fundamentais acima expostos, que a pessoa tem direito a uma vida digna. E, mais: que tem direito a decidir, conforme seus valores e anseios, como deseja ser tratada quando se encontrar em situação de terminalidade (o que significa dizer que tem direito, também, a uma morte digna).

356

A vida, dentro desse contexto, deve ser vista a partir de um novo paradigma, ou seja, como um bem individual e passível de disponibilidade por cada um, e não mais como um bem divino e indisponível. O Estado tem a obrigação de proporcionar a vida digna e respeitar a autonomia da pessoa humana quando esta decidir morrer, também de forma digna, a ter uma sobrevida repleta de sofrimentos físicos e morais.

Nesse sentido, a partir de uma análise da teoria da imputação objetiva, aperfeiçoada e propagada por Claus Roxin e Günther Jakobs, foi possível concluir que, no exercício de sua atividade profissional, enquanto atuar dentro dos padrões da *lex artis* e dos limites do consentimento validamente prestado pelo paciente ou por seu representante legal, o médico poderá, no momento de terminalidade daquele: a) realizar atividades com finalidades terapêuticas; b) limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que apenas prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável; c) suspender prestações realizadas através de aparelhos que mantêm o paciente vivo, quando essas prestações não forem mais indicadas medicamente; ou d) deixar o paciente seguir o curso natural de sua vida, mantendo apenas os cuidados paliativos até o final (ocorrendo, neste caso, a denominada ortotanásia).

Permanecem vedadas, entretanto, condutas como, por exemplo, a eutanásia ativa, tendo em vista que atuações desse tipo demandariam a atuação do médico para além dos limites permitidos pela *lex artis*. Se, eventualmente, o médico vier a atuar fora desses limites, estará sujeito a responder pela prática de crimes, tais como homicídio, lesão corporal, entre outros – que podem gerar, também, efeitos na esfera cível.

Nesse contexto, as diretivas antecipadas de vontade mostram-se elementos importantíssimos à realização da atividade médica. Isso porque, além de se caracterizarem como legítimas formas de manifestação prévia da vontade do indivíduo, dando evidência à sua autonomia e resguardando-o da obstinação terapêutica, garantindo seu direito de optar pela ortotanásia, são capazes de proteger o médico que agiu de acordo com a *lex artis* e com a vontade previamente manifestada por seu paciente.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Revista HCPA**. Porto Alegre. v. 32, n. 3, 2012, p. 358-362, 2012. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/159322/001014659.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2018.
- ARAÚJO, Arakén Almeida de; BRITO, Ana Maria de; NOVAES, Moacir. Saúde e autonomia: novos conceitos são necessários?. **Revista Bioética**, v. 16, n. 1, 2009. Disponível em: [http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/60](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/60). Acesso em: 20 abr. 2018.
- ARGENTINA. **Ley n. 26.529, de 21 de octubre de 2009**. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. [Internet]. Argentina: InfoLeg, 2009. Disponível em: [http://www.msaludjujuy.gov.ar/re2012/Archi\\_Varios%5Cley\\_26529.pdf](http://www.msaludjujuy.gov.ar/re2012/Archi_Varios%5Cley_26529.pdf). Acesso em: 03 set. 2018.
- BOMFIM, Luane Rodrigues. Eutanásia: questões éticas e jurídico-penais relevantes. Salvador: **XI Revista do CEPEJ**, p. 295-315, 2009. Disponível em: [https://direito.ufba.br/sites/direito.ufba.br/files/revista\\_do\\_cepej\\_-\\_n\\_11.pdf#page=295](https://direito.ufba.br/sites/direito.ufba.br/files/revista_do_cepej_-_n_11.pdf#page=295). Acesso em: 06 out. 2018.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Revista de bioética y derecho**, n. 26, p. 22-30, 2012. Disponível em: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872012000300004](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004). Acesso em: 01 set. 2018.
- BRASIL. **Código Civil brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 02 out. 2018.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 01 mar. 2018.
- CARVALHO, Gisele Mendes de; HENRIQUES, Hamilton Belloto. Direito Penal e Direitos da Personalidade: Organismos Transgênicos e Proteção da Saúde Humana na Lei de Biossegurança. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 525-551, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2545>. Acesso em: 29 set. 2018.
- CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- CARVALHO, Karen Knopp de; LUNARDI, Valéria Lerch. Obstinação terapêutica como questão ética: enfermeiras de unidades de terapia intensiva. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 17, n 3, p. 308-313, jun. 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-11692009000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692009000300005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 out. 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995**, de 31 de agosto de 2012. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 27 ago. 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). Acesso em: 05 out. 2018.

COUNCIL OF EUROPE. **Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine**: convention on human rights and biomedicine. Oviedo, 1997. Disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de bioética y derecho**, n. 28, p. 61-71, 2013. Disponível em: [http://www.ub.edu/fildt/revista/rbyd28\\_art-dadalto.htm](http://www.ub.edu/fildt/revista/rbyd28_art-dadalto.htm). Acesso em: 06 set. 2018.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 4. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/3615/361533263011/>. Acesso em: 13 set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, teoria geral do direito civil. 29. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTADO DE MINAS GERAIS. **Lei Estadual nº 16.279/2006**. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2006&num=16279&tipo=LEI>. Acesso em: 02 out. 2018.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei Estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999**. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1999. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>. Acesso em: 04 set. 2018.

ESTADO DO PARANÁ. **Lei Estadual nº 14.254/2003**. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=735&indice=1&totalRegistros=1>. Acesso em: 02 out. 2018.

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. Disponível em: [http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/02/2012\\_02\\_0945\\_0978.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/02/2012_02_0945_0978.pdf). Acesso em: 05 set. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 14 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado n. 37**. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf). Acesso em: 04 set. 2018.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação Objetiva**. 3. ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2007.

JORGE, Marcela Gama. Breve apreciação sobre erro médico. **Centro Clínico Castelo Website**. Disponível em: [http://www.cccastelo.com.br/erro\\_medico.htm](http://www.cccastelo.com.br/erro_medico.htm). Acesso em: 22 jul. 2018.

LAZARETTI, Bruna Furini; CARVALHO, Gisele Mendes de. O Direito Fundamental à vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal brasileira de 1988. *In*: CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla

Baptista; VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Bioética e biodireito**. Maringá, PR: IDDM, 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B3E4hIZDDNnMZERfeHBnOUs4YVvk/view>. Acesso em: 30 set. 2018.

LAZARETTI, Bruna Furini; ROSA, Gerson Faustino. Terrorismo e Direito Penal do Inimigo: uma análise crítica da Lei n. 13.260/2016 em face dos Direitos Fundamentais. In: BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira; REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de. (coord.). Criminologias e política criminal I. **Anais do XXVI Encontro Nacional do Conpedi Brasília - DF**. Florianópolis: Conpedi, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/ly8373a7/637T4yRPUDCA5s1A.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

LUCA, Heloiza Meroto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 100, p. 739-815, 2005. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67689/70297>. Acesso em: 04 out. 2018.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. A responsabilidade penal por erro médico. **Revista Jurídica da FURB**, n. 3, junho de 1998.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela. Testamento Vital: Os Limites e Consequências Jurídico-Penais do Exercício da Autonomia em Face das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, p. 316-335, 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3423>. Acesso em: 02 out. 2018.

MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. **Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular**, São José do Rio Preto, v. 11, n. 2, p. 55-59, junho, 1996. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-76381996000200002>. Acesso em: 20 jul. 2018.

NUNES, Rui. Testamento vital. **Nascer e crescer**, Porto, v. 21, n. 4, p. 250-255, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0872-07542012000400010](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542012000400010). Acesso em: 06 set. 2018.

PÊCEGO, Antônio José Francisco De Souza. **Eutanásia: uma (re)leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

PELELLA, Eduardo Botão. Da imputação objetiva: aplicabilidade no direito brasileiro e revisão da dogmática penal dominante. **Revista da Esmese**, p. 79-94, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073282.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética**, v. 17, n. 3, 2010, p. 524-525. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/515/516](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516). Acesso em: 15 set. 2018.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2004.

PESSINI, Leocir. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

PICCINI, Cleiton Francisco *et al.* Testamento vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes. **Bioethikos**, v. 5, n. 4, p. 384-91, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido** (na teoria do delito). 3. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2,

p. 219-231, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091/8814>. Acesso em: 21 set. 2018.

PORTO RICO. **Ley n. 160, de 17 de noviembre de 2001**. Ley de declaración previa de voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal o de estado vegetativo persistente. Porto Rico: Lex Juris, 2001 Disponível em: <http://www.lexjuris.com/LEXLEX/Leyes2001/lex2001160.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ROCHA, Eneyde Gontijo Fernandes M. Direito à verdade e autonomia da vontade no enfermo. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 30 nov. 2007. Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/218/direito%20a%20verdade\\_Ocha.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/218/direito%20a%20verdade_Ocha.pdf?sequence=1). Acesso em: 14 set. 2018.

RODRIGUES, Wesley Fernandes. A relação entre medicina e religião nos ex-votos pictóricos mineiros (sécs. XVIII e XIX). In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA, PROFISSÃO HISTORIADOR: FORMAÇÃO E MERCADO DE TRABALHO, 19., Juiz de Fora. **Anais eletrônicos** [...]. Juiz de Fora, julho de 2014. Disponível em: [http://www.encontro2014.mg.anpuh.org/resources/anais/34/1401489216\\_ARQUIVO\\_TextoANPUHWesley.pdf](http://www.encontro2014.mg.anpuh.org/resources/anais/34/1401489216_ARQUIVO_TextoANPUHWesley.pdf). Acesso em: 22 jul. 2018.

ROHRMANN, Carlos Alberto; REGO, Cristiane. O paternalismo estatal e o fenômeno da juridicização da vida privada. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, v. 27, p. 119-140, 2014. Disponível em: <http://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/view/34/36>. Acesso em: 21 abr. 2018.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 38, p. 11-31, 2002. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37395074/A\\_TEORIA\\_DA\\_IMPUTACAO\\_OBJETIVA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1541271388&Signature=S1y1%2F3pHrT16vf3NppYCR%2BzyDxg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA\\_TEORIA\\_DA\\_IMPUTACAO\\_OBJETIVA.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37395074/A_TEORIA_DA_IMPUTACAO_OBJETIVA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1541271388&Signature=S1y1%2F3pHrT16vf3NppYCR%2BzyDxg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_TEORIA_DA_IMPUTACAO_OBJETIVA.pdf). Acesso em: 03 out. 2018.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital**: aspectos controversos e a autonomia do enfermo. Curitiba: Juruá, 2017.

SALGE, Cláudia Aparecida. A teoria da imputação objetiva e o nexó de causalidade no direito penal. **Revista Jurídica UNIJUS** – Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. V. 7, N. 1, p. 35-48, nov. 2004. Uberaba, MG. Disponível em: <http://revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/viewFile/1031/1206#page=35>. Acesso em: 05 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Maria Isabel Fernandes; GOMES, Frederico Barbosa. Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, v. 18, p.

205-20, 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-261.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro. Diretivas antecipadas de vontade: dignidade e autonomia. **Revista de Direito de família e das sucessões (RDFAS)**. Ano 4, jul./set. 2017, p. 9-37. Disponível em: <http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2018/04/RDFAS-13-vers%C3%A3o-para-publica%C3%A7%C3%A3o-1.pdf#page=10>. Acesso em: 14 set. 2018.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Direito penal médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Teoria da imputação objetiva. **Revista CEJ**, v. 7, n. 22, p. 70-75, 2003. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/566/746>. Acesso em: 03 out. 2018.

UDELSMANN, ARTUR. Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos médicos. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 172-182, junho 2002. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039>. Acesso em: 07 ago. 2018.

URUGUAI. Parlamento del Uruguay. **Ley no 18.473, de 3 de abril de 2009**. Voluntad anticipada. Diário Oficial. 21 abr. 2009. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccessoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor>. Acesso em: 03 set. 2018.

VALENTE, Victor Augusto Estevam; OLIVEIRA, André Tito da Motta. Imputação objetiva: um panorama à luz do direito penal brasileiro. **Revista Jurídica Orbis**, v. 2, n. 1, p. 348-368, 2012. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/116/116>. Acesso em: 04 out. 2018.

ZAGANELLI, Margareth Vetis, et al. Eutanásia social: “morte miserável” e a judicialização da saúde. Lima, Peru: **Derecho y Cambio Social**, n. 43, Ano XIII, 2016.

*Recebido em: 20/08/2020*

*Aceito em: 06/11/2020*