

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LARISSA BECHARA KALLÁS

Telemedicina e a transformação digital da saúde no Brasil: aspectos bioéticos e problemas
de imputação de responsabilidade penal

RIBEIRÃO PRETO

2021

LARISSA BECHARA KALLÁS

Telemedicina e a transformação digital da saúde no Brasil: aspectos bioéticos e problemas de imputação de responsabilidade penal

Versão Original

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz

RIBEIRÃO PRETO

2021

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

KK14t	<p>Kallás, Larissa Bechara</p> <p>Telemedicina e a transformação digital da saúde no Brasil: aspectos bioéticos e problemas de imputação de responsabilidade penal / Larissa Bechara Kallás; orientador Eduardo Saad-Diniz. -- Ribeirão Preto, 2021. 136 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2021.</p> <p>1. TELEMEDICINA. 2. BIOÉTICA. 3. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL. 4. CONVERGÊNCIA DE CONTROLES. 5. ERRO MÉDICO. I. Saad-Diniz, Eduardo, orient. II. Título</p>
-------	--

Nome: KALLÁS, Larissa Bechara

Título: **Telemedicina e a transformação digital da saúde no Brasil:** aspectos bioéticos e problemas de imputação de responsabilidade penal.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências – Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Ribeirão Preto, __ de _____ de 2021.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Fábio Esper Kallás e Cristina Bechara Kallás, por me ensinarem o valor do estudo e do trabalho, e me darem suporte incondicional nesta trajetória.

À minha irmã, Camila Bechara Kallás, por sempre me mostrar que nunca estarei sozinha.

Ao meu namorado, Marco Antônio Figueiredo Fidalgo Donadelli, pelo carinho e apoio diariamente ofertados.

Ao professor Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez, por me iniciar no mundo da pesquisa e despertar meu encanto pelo direito penal.

Ao meu orientador, Eduardo Saad-Diniz, pela confiança em me dizer sim, e paciência em fazer com que este trabalho alcançasse sua melhor versão.

A todos os ños que me impulsionaram com maior assiduidade até aqui.

Para ser feliz há dois valores essenciais que são absolutamente indispensáveis [...] um é segurança e o outro é liberdade. Você não consegue ser feliz e ter uma vida digna na ausência de um deles. Segurança sem liberdade é escravidão. Liberdade sem segurança é um completo caos. Você precisa dos dois.

Zygmunt Bauman

RESUMO

KALLÁS, Larissa Bechara. **Telemedicina e a transformação digital da saúde no Brasil: aspectos bioéticos e problemas de imputação de responsabilidade penal.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021.

A presente pesquisa, a partir de uma revisão narrativa de literatura e por meio da técnica da hermenêutica jurídica aplicada à teoria do delito, pretende levantar, sob o enfoque bioético, as questões de imputação penal de responsabilidade que terão lugar frente aos fenômenos sociais que decorrerão da prática da telemedicina, nova ferramenta para a prestação de cuidados de saúde. A prática, que já estava em vias de se tornar mais abrangente no Brasil, teve a ampliação de sua adoção acelerada pela pandemia de COVID-19, que apareceu como catalisadora dessa transformação, trazendo a admissão excepcional e temporária de modalidades de telemedicina no país, inclusive da teleconsulta. O fato social está acontecendo, e o sistema jurídico, por sua vez, precisará enfrentar e solucionar os novos conflitos sociais decorrentes dessa forma de atuação médica, que o provocarão a dar uma resposta jurisdicional. Será demonstrado como os dilemas bioéticos que envolvem a telemedicina influenciam na atribuição de responsabilidade penal decorrente do erro médico em teleconsulta, inclusive em situações de divergência de diagnóstico em teleinterconsulta; na violação do segredo profissional; no exercício ilegal da medicina; e na atribuição de responsabilidade penal aos agentes em cirurgia robótica. As questões de imputação de responsabilidade penal ressaltam, por sua vez, a necessidade de convergência de controles entre o direito e a bioética, para que aquele, usando desta, chegue em sua potência cognitiva para oferecer reação idônea em complexidade compatível com a sociedade. O resultado da pesquisa engloba a apresentação à comunidade científica e aos profissionais da saúde dos aspectos jurídico-penais que envolvem a telemedicina, bem como oferece soluções bioéticas aptas a auxiliarem tanto o direito na pacificação social dos conflitos, como os profissionais da saúde no uso seguro das novas tecnologias.

Palavras-chaves: Telemedicina; Bioética; Imputação penal de responsabilidade; Convergência de controles; Erro médico; Violação de segredo profissional; Exercício ilegal da medicina; Cirurgia robótica.

ABSTRACT

KALLÁS, Larissa Bechara. **Telemedicine and the digital transformation of health care in Brazil:** bioethical aspects and problems of imputation of criminal liability. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021.

This study, through a narrative review of the literature and the technique of legal hermeneutics applied to the theory of the offense, intends to raise, from a bioethical focus, the questions of criminal imputation of responsibility that will take place in the face of the social phenomena that will result from the practice of telemedicine, a new tool for the provision of health care. The adoption of such practice, which was already on its way to becoming more widespread in Brazil, was accelerated by the COVID-19 pandemic, which appeared as a catalyst for this transformation, bringing about the exceptional and temporary admission of telemedicine modalities in the country, including teleconsultation. The social fact is happening, and the legal system, in turn, will need to face and solve the new social conflicts arising from this form of medical performance, which will provoke it to give a jurisdictional answer. It will be demonstrated how the bioethical dilemmas that involve telemedicine influence the criminal liability arising from medical error in teleconsultation, including situations of divergent diagnosis in teleinterconsultation; in the violation of professional secrecy; in the illegal exercise of medicine; and in the criminal liability of the actors in robotic surgery. The questions of the imputation of criminal responsibility highlight, in turn, the need for convergence of controls between the law and bioethics, to the law reach its cognitive power to offer a reaction suitable in complexity compatible with society. The result of the study includes the presentation to the scientific community and health professionals of the legal-penal aspects involving telemedicine, as well as offering bioethical solutions capable of helping both the law in the social pacification of conflicts and health professionals in the safe use of new technologies.

Keywords: Telemedicine; Bioethics; Imputation of criminal liability; Convergence of controls; Medical error; Violation of professional secrecy; Illegal practice of medicine; Robotic surgery.

Sumário

INTRODUÇÃO	15
1 A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA SAÚDE: ORGANIZAÇÃO SOCIAL DA SAÚDE E NOVAS TECNOLOGIAS	21
1.1 A bioética na revolução digital da saúde	24
1.1.1 O princípalismo bioético e sua crítica	27
1.1.2 A bioética e o direito: uma necessária convergência de controles.....	33
2 TELEMEDICINA	39
2.1 Conceitos	40
2.2 Modalidades de telemedicina.....	42
2.3 Normatização da telemedicina no Brasil.....	45
2.3.1 A pandemia de COVID-19	49
3 ASPECTOS ÉTICOS QUE ENVOLVEM O USO DA TELEMEDICINA.....	55
3.1 Ausência de exame físico.....	55
3.2 Sigilo dos dados do paciente	59
3.3 Desigualdade do acesso	63
3.4 Limites mínimos para uma telemedicina ética	65
4 PROBLEMAS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL NA TELEMEDICINA	67
4.1 Teoria do delito e imputação	68
4.2 Responsabilidade penal por erro médico em teleconsultas	73
4.2.1 Responsabilidade penal por erro médico em teleinterconsultas	81
4.3 Violação do segredo profissional.....	89
4.3.1 Especificidades dos delitos cibernéticos	93
4.4 Exercício ilegal da medicina	96
4.4.1 Exercício ilegal da medicina como crime comum.....	97
4.4.2 Exercício ilegal da medicina como crime próprio	98
4.5 Responsabilidade penal dos atores na cirurgia robótica.	104
4.5.1 Falha do profissional.....	105
4.5.2 Falha de preposto do hospital	106
4.5.3 Falha do fabricante do robô	110
4.5.4 Erro superveniente do cirurgião local.....	112
5 CONCLUSÕES.....	117
6 REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

O avanço significativo das tecnologias da informação e comunicação proporcionaram diversas inovações nos mais variados campos do conhecimento, não sendo diferente na área da saúde, o que levou os Estados membros da Organização Mundial da Saúde (OMS) a reafirmarem em suas estratégias de saúde para todos para o século XXI o princípio enunciado em sua Constituição de que o gozo do mais alto padrão de saúde possível é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, e a apelarem aos parceiros que estes trabalhassem em conjunto com a tecnologia a fim de reduzir o ônus no setor.¹ O apelo foi atendido, e a junção da tecnologia com a demanda crescente de acesso à saúde levou ao desenvolvimento e normatização da telemedicina, tendo como marco a 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, realizada em outubro de 1999, que aprovou a chamada Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina², definindo a prática como “o exercício da medicina a distância, cujas intervenções, diagnósticos, decisões de tratamentos e recomendações estão baseados em dados, documentos e outras informações transmitidas por meio de sistemas de telecomunicação”. A utilização dessa ferramenta em saúde é extremamente vantajosa, principalmente pela promessa de que populações isoladas, para as quais a atenção básica é precária ou inexistente, passarão a contar com atendimento médico, inclusive com especialistas. Tal possibilidade ganha relevância principalmente em países como o nosso, nos quais as grandes dimensões territoriais favorecem a distribuição heterogênea dos serviços de saúde. Contudo, há ambivalências éticas na telemedicina, pois a rede mundial de computadores elimina os limites geográficos, ocasionando em uma experiência nova e fascinante na sociedade global interligada eletronicamente; não obstante, isso desafia todas as formas do exercício tradicional da medicina, confrontando os princípios mais tradicionais da ética médica, principalmente por suprimir o momento mais eloquente do ato médico: a interação física entre o profissional e o paciente, na ocasião do exame clínico.³

As questões éticas que envolvem o uso da telemedicina são objeto de estudo da bioética, saber que tem como objeto questionar as incorporações tecnológicas frente ao bem-estar da

¹WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Health-for-all Policy for the 21st Century**, Executive Board. Provisional agenda item 8. 101ª Sessão. EB 101/9. Geneva: WHO, 1997. p. 2.

²ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina. Israel**: 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, 1999. Disponível em: www.dhnet.org.br/Direitos/codetica/medica/27telaviv.html. Acesso em: 21/11/2019.

³FRANÇA, Genival Veloso de. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 1, 2000, p. 107-126. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57421. Acesso em: 18/11/2019. p. 108-110.

humanidade, validando-as, desde que sirvam ao ser humano. A bioética não conta com um caráter coercitivo, mas oferece padrões quanto ao agir correto em situações de conflito que envolvem a vida e a saúde, podendo ser considerada uma espécie de controle social informal, o qual, quando positivado nos regulamentos profissionais, passa a constituir a principal orientação formal para a prática médica no país.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina é a autarquia responsável por regulamentar o que se considera uma boa prática médica, e o descumprimento dessas orientações é um indício da irregularidade da conduta, ensejando, regra geral, em responsabilização ético-profissional, a qual pode ser afastada caso se demonstre que a ação foi devida, apesar de contrária à norma. Ainda, a medicina lida com a vida, de modo que, caso a conduta do médico atente contra bens jurídicos penalmente tutelados, o direito penal também poderá intervir para levar à pacificação social do conflito. Por mais que as normas ético-profissionais não tenham o condão de preencher a legalidade necessária à imputação de responsabilidade penal, elas são consideradas normas de cuidado, as quais são parâmetro na caracterização do ilícito culposos na leitura dogmática penal. Nesse sentido, infringindo o médico a regulamentação profissional e causando dano penalmente relevante em decorrência desta infração, sua conduta contrária à normatização ético-profissional aponta para a culpa, em uma de suas três modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), cabendo ao profissional o ônus argumentativo e probatório de demonstrar a ausência deste elemento subjetivo.

Sob regulamentação do CFM, até pandemia de COVID-19, os critérios para prestação de serviços por meio da telemedicina estavam disciplinados no Código de Ética Médica⁴ e na Resolução CFM nº 1.643/2002.⁵ A análise conjunta desses normativos demonstrava grande restrição ao uso dessa forma de atuação médica, limitando o seu potencial de aplicação; pois, permitia-se a telemedicina quando presentes médicos em ambas as pontas do canal de comunicação, possibilitando a troca de conhecimentos, experiências e opiniões, mas proibia-se a teleconsulta, realizada diretamente entre médico e paciente.

Houve uma tentativa de mudança desse entendimento, por meio da publicação da Resolução CFM nº 2.227/2018,⁶ que dispunha sobre a possibilidade de os médicos brasileiros realizarem consultas *online*, assim como regulamentava a prática de telecirurgias e

⁴CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Disponível em: https://cem.cfm.org.br/templates/g5_helium/images/cem/pdf/codigo.pdf?5cc88fbf. Acesso em: 22/11/2019.

⁵Idem. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

⁶Idem. **Resolução nº 2.227/2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22/11/2019.

telediagnósticos, entre outras formas de atendimento médico à distância. Não obstante, tal resolução foi revogada pela Resolução CFM nº 2.228/2019⁷, restabelecendo expressamente a vigência da Resolução CFM nº 1.643/2002. A revogação ocorreu, pois, para muitos pacientes e profissionais da área, a relação médico-paciente ainda seria considerada o núcleo moral da experiência em saúde.⁸

A telemedicina já era, portanto, uma realidade no país, que estava em ascensão e em vias de se tornar mais abrangente, como já se apresenta em outros países do mundo. Esse contexto já faria dela um importante objeto de estudo quanto às implicações jurídico-penais desta prática, sob uma análise prospectiva da expectativa de adoção e normatização de suas modalidades mais complexas. Para tornar o objeto de pesquisa ainda mais relevante e urgente, o Ministério da Saúde permitiu, ainda que em caráter excepcional e temporário – condicionadas à Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) ocasionada pela pandemia - ações em telemedicina, que incluíam, inclusive, a teleconsulta.

A possibilidade de orientação médica, sem a exposição do paciente, bem como do médico, a riscos de contágio, é disruptiva, e mostrou-se imensamente benéfica em tempos de coronavírus. No entanto, para que o uso da telemedicina seja legítimo e, conseqüentemente, legal, ele deve estar de acordo com a ética social, o que afasta eventual imputação de responsabilidade penal na ocorrência de lesão a bem jurídico penalmente relevante. Para a definição do que é o uso legítimo dessa ferramenta de atuação em saúde, não basta recorrer às normas regulamentares, as quais podem ser incompletas ou mesmo mera manifestação de poder institucional, e por isso a bioética ganha tamanha relevância, pois, por sua enorme complexidade, ela tensiona o sistema jurídico de modo a provocar sua capacidade decisória a partir de diversas abordagens possíveis, distinguindo-se do direito, pautado pelo legalismo e respostas fechadas aos problemas postos.⁹

Por maior que seja a dificuldade de se manter uma convergência de valores em torno de condutas esperadas em uma sociedade democrática, plural e em constante evolução, é certo que o direito sempre deverá buscar se alinhar às expectativas sociais, e não por meio de prescrições desordenadas, mas, sim, com recurso a uma racionalidade apta a lhe conduzir ao mais elevado grau de abstração necessário para oferecer reação em complexidade compatível com a

⁷CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.228**, de 06 de março de 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 22/11/2019.

⁸BAUER, Keith Alan. **The Ethical Implications of Telemedicine and the Internet for Home Healthcare**. Dissertação de PhD. Universidade do Tennessee, 2002. Disponível em: http://trace.tennessee.edu/utk_graddiss/2091. Acesso em: 15/11/2019. p. 38.

⁹SAAD-DINIZ, Eduardo. Teoria dos sistemas, Bioética e Direito. In: COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020. p. 97-109. p. 98.

sociedade, e esta racionalidade é proporcionada pela bioética. É certo que o direito e, principalmente, o direito penal, não deve coagir as pessoas em razão de sua posição ética, mas não se pode ignorar que as máximas éticas servem como fonte material ao legislador, e fonte de persuasão racional ao aplicador da lei, o que não pode ser diferente, caso se almeje que a justiça material prevaleça nas decisões jurídicas. Nessa perspectiva, além do papel de controle social informal, a bioética auxilia o direito em sua organização racional com o fim de exercer o controle social formal, para que ele parta de orientações legítimas que se externalizem em aplicações jurídicas correspondentes às exigências sociais. Ambos os controles, informal e formal, devem convergir, portanto, na condução dos profissionais de saúde no uso devido da telemedicina.

Assim, será apresentado como a telemedicina modifica o fato social do atendimento médico tradicional, fazendo emergir novos conflitos sociais que merecem respostas jurídico-penais adequadas, bem como em que medida a bioética pode auxiliar o direito na atribuição de responsabilidade penal quando consumadas lesões a bens jurídico-penais decorrentes do uso dessa nova tecnologia em saúde. Para tanto, dentro da casuística do atendimento médico por meio da telemedicina, serão apresentados os limites necessários para fazer prevalecer a ética médica, demonstrando como tais controles, propostos sob o ponto de vista da bioética, podem auxiliar quando da imputação penal de responsabilidade ao profissional que exercer a telemedicina. Em suma, a presente pesquisa, por meio da técnica da hermenêutica jurídica aplicada à teoria do delito, demonstrará como a intersecção entre a telemedicina, a bioética, e o direito penal é essencial para a compreensão e solução dos problemas de imputação de responsabilidade penal que emergem quando da ocorrência de lesões ou perigo de lesões a bens jurídico-penais, decorrentes deste novo meio de atuação em saúde.

O trabalho é dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo, discute-se a transformação digital da saúde, e como a bioética a permeia, considerando suas diversas abordagens. O segundo capítulo coloca enfoque sobre a telemedicina, conceituando-a, expondo suas modalidades e descrevendo como ela é normatizada no Brasil, tendo em vista as alterações legislativas ocasionadas pela pandemia de COVID-19. O terceiro capítulo elenca os aspectos bioéticos que envolvem o uso da telemedicina, propondo possíveis alternativas para a resolução dos conflitos éticos especificados. O quarto capítulo é dividido em cinco partes, sendo a primeira uma abordagem quanto às formas de se atribuir responsabilidade penal e as seguintes referentes a ilícitos penais relacionados à prática da telemedicina, quando se discute, com base em fundamentos bioéticos, como a alteração do fato social propiciada por essa nova forma de atuação médica tem consequências jurídico-penais.

Dentro do capítulo quatro, a segunda parte define os limites entre a iatrogenia, o erro médico, e a atribuição de responsabilidade penal decorrente do erro, quando a atuação se der por meio da teleconsulta. De forma conexa, aborda-se a atribuição de responsabilidade penal decorrente de erro médico em teleinterconsultas. A supressão do contato físico entre o médico e o paciente é um dos dilemas bioéticos que envolvem a prática da teleconsulta, e a ausência deste exame físico, por sua vez, pode diferenciar a aplicação da lei penal na atuação médica à distância, por alterar a concepção da culpa e, conseqüentemente, do erro do profissional de saúde que diagnosticou o paciente e prescreveu condutas sem vê-lo presencialmente, o que justifica a análise pretendida. A bioética aparece como suporte idôneo para embasar a configuração do tipo subjetivo, por munir o direito com limites mais objetivos do que deve ser considerado um ato médico legítimo, ou não, em telemedicina.

A terceira parte faz uma análise da imputação penal de responsabilidade nos casos de quebra da confidencialidade gerada pela prática da medicina via meios de telecomunicação, na medida em que o Código Penal brasileiro aborda o tema em seu art. 154, prevendo como crime a violação de segredo profissional. O sigilo dos dados dos pacientes é outra questão bioética extremamente relevante que decorre do uso da telemedicina, e atualmente em grande debate com a recente promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados. A análise pretendida é imperativa, pois, apesar de a proteção de dados obtidos por meio da atividade profissional sempre ter sido tutelada pelo direito penal, ela muda de roupagem a partir do momento em que essas informações passam a ser transmitidas e armazenadas eletronicamente, de modo que a atribuição de responsabilidade penal, nesses casos, merece uma análise que leve em consideração esses novos aspectos que trazem uma crescente expectativa de proteção social.

A quarta parte discute a possibilidade de atribuição de responsabilidade penal sobre o médico que atuar via telemedicina em exercício irregular da medicina, sob dois aspectos. Em primeiro lugar, fala-se do delito em sua modalidade de crime comum, o qual pode ser cometido por qualquer pessoa que, sem ter autorização legal, exerce atos privativos de profissionais da medicina. Em segundo lugar, o crime é abordado como delito próprio, imputável apenas aos formados médicos por instituições de ensino reconhecidas pelo Ministério da Educação, que praticarem a atividade excedendo os limites normativos que regulam a prática médica. A problemática do acesso à saúde influencia a imputação de responsabilidade penal nesses casos, pois, sendo inviável o atendimento médico, pode-se configurar o estado de necessidade quando da atuação de pessoa inabilitada como médico; no entanto, essa excludente de ilicitude pode ser afastada caso se constate a possibilidade de utilização da telemedicina como alternativa para a proteção do bem jurídico em perigo, e, portanto, caracterizando-se o crime. Ainda, este tipo

penal em branco previsto no art. 282, do Código Penal, é um mecanismo possível de controle formal da conduta médica em telemedicina, pois o sistema jurídico poderia, esclarecido pela bioética médica, idealizar corpos legais contendo determinados requisitos para o bom exercício da telemedicina, sendo um complemento cujo descumprimento caracterizaria infração penal.

A quinta e última parte descreve as possíveis formas de atribuição de responsabilidade penal em uma cirurgia robótica, caso se concretize um dano penalmente relevante. Sabe-se que essa cirurgia envolve não só o médico operador do robô, como outros atores, tais como aqueles envolvidos na fabricação e programação do robô, os responsáveis pelas revisões, os incumbidos da preparação do mesmo para a cirurgia e a equipe cirúrgica que atua presencialmente. Ou seja, os danos causados por dolo ou culpa de qualquer desses atores podem levar à atribuição de responsabilidade penal, a qual merece ser estudada. A dificuldade ao acesso a este tipo de tecnologia acaba por colaborar com a ocorrência de erros, os quais poderiam ser mitigados por meio de políticas públicas que se atentassem para esta questão, levantada pelo conhecimento bioético.

Por fim, o quinto capítulo apresenta as principais conclusões obtidas a partir da feitura do trabalho.

O resultado da pesquisa engloba a apresentação da necessidade de convergência entre os controles sociais formal e informal na regulação da telemedicina, demonstrando: i) aos profissionais de saúde, o que constitui um comportamento ético no uso dessa nova tecnologia; ii) aos responsáveis pela normatização ético-profissional, quais são os padrões éticos que devem ser exigidos no uso da tecnologia; e iii) ao sistema de justiça criminal, quais são as condutas lesivas a bens jurídico-penais que devem ser consideradas ilegítimas e, portanto, puníveis, quando da atuação por meio da telemedicina. Todas essas respostas, por sua vez, serão calcadas em um embasamento teórico bioético, pois o uso deste saber é a forma de se alcançar parâmetros legítimos a conduzir à seleção das soluções dos problemas apresentados.

1 A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA SAÚDE: ORGANIZAÇÃO SOCIAL DA SAÚDE E NOVAS TECNOLOGIAS

No decorrer da história, a palavra revolução foi usada quando novas tecnologias e novas formas de compreender o mundo desencadearam uma profunda mudança nas estruturas sociais e sistemas econômicos. Diante das várias definições e argumentos que fundamentaram que as três primeiras revoluções industriais fossem assim chamadas, Klaus Schwab afirma que, atualmente, o mundo está vivendo sua quarta experiência revolucionária, que teve início na virada do século e se baseia na revolução digital.¹⁰ A fusão das tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos transformaram a vida das pessoas em todos os sentidos. O homem passou a depender totalmente de seus *smarthphones*, por meio dos quais pode-se pedir transporte e comida, fazer compras de todos os tipos de produtos, assistir todos os filmes, ouvir uma infinidade de músicas, fazer amigos e interagir com eles, marcar encontros, localizar pessoas, participar de reuniões, assistir notícias em tempo real, tudo isso com alguns cliques; ou melhor, *touches*. Essa revolução digital trouxe impactos econômicos, políticos e sociais, mudando radicalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos, e também transformaram os serviços de saúde; pois, a partir da aplicação de tecnologias disruptivas na área de saúde, como a inteligência artificial (IA), a análise massiva de dados (*big data*), a internet das coisas (*IoT*), a telemedicina, entre outras, foi possível a implementação de muitas formas de monitoramento e cuidados à distância, além do ganho de precisão nos diagnósticos e tratamentos, resultantes da implementação de prontuários unificados, que concentram toda a história clínica de um paciente, podendo fornecer ao médico, de forma rápida, um quadro significativo. Esses exemplos são apenas a ponta de um grande iceberg que é a transformação digital na saúde.

Resguardadas as peculiaridades dos sistemas de saúde espalhados pelo mundo, todos têm enfrentado desafios semelhantes, que englobam o envelhecimento da população e consequente aumento de doenças crônicas, a alta incidência de diabetes e obesidade, os custos da incorporação tecnológica e de medicamentos, a inadequação das formas de remuneração, dentre outros problemas que evidenciam a necessidade de mudanças profundas nos modelos de assistência, para que eles não colapsem.¹¹ No Brasil, todos esses problemas tomam uma

¹⁰SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. Versão E-pub. p. 18.

¹¹LOTTENBERG, Claudio; SILVA, Patrícia Ellen da; KLAJNER, Sidney. **A Revolução Digital na Saúde: como a inteligência artificial e a internet das coisas tornam o cuidado mais humano, eficiente e sustentável**. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 73.

dimensão muito maior, quando levamos em conta que, aqui, o Estado garante ao cidadão um direito constitucional à saúde universal e integral, o que faz com que os custos decorrentes dos atendimentos de saúde no nosso país caminhem para uma cifra exorbitante, inviabilizando nosso modelo. A aplicação da digitalização aparece como uma solução, ainda que parcial, para este cenário. A própria Organização Mundial da Saúde enfatiza que o uso em larga escala da saúde digital pode ser benéfico para que as pessoas ao redor do mundo consigam acesso a serviços de alto padrão aptos a promover e proteger sua saúde e o bem-estar social.¹²

Os benefícios potenciais das soluções digitais no âmbito da saúde são diversos, mas observa-se duas as áreas nas quais a incorporação de novas tecnologias tem trazido mudanças notáveis: os dados de saúde e os cuidados em saúde.¹³

Os dados de saúde, cujo acúmulo foi decorrente da digitalização de prontuários e exames de pacientes, tornou possível a implementação da inteligência artificial (IA) na tomada de decisão médica. Inteligência artificial é um ramo da ciência da computação que, a partir de algoritmos e de um grande volume de dados, torna-se capaz de realizar tarefas sem receber instruções diretas de humanos¹⁴; ou seja, é um sistema de processamento de dados que procura reproduzir as funções cognitivas humanas, mas com uma capacidade de análise muito maior. O armazenamento de dados, quando muito grande, leva ao conceito de *big data*, o qual tem grande potencial quando visto como um banco de dados para a IA.¹⁵

O estabelecimento de vários tipos de bancos de dados em saúde, decorrentes não só do uso dos dados de prontuários eletrônicos, mas também dos dispositivos vestíveis inteligentes, dos aplicativos de *smartphones*, de pesquisas e exames eletrônicos, entre outros, permitem a geração de estatísticas, antecipação de surtos epidêmicos e prescrição de ações preventivas. Ainda, esse gigantesco acúmulo de dados faz com que a IA promova sistemas computadorizados de apoio à decisão clínica, os quais têm indicado um alto grau de acurácia em suas propostas diagnósticas¹⁶, diminuindo a chance de erro médico, este que, muitas vezes, advém da má percepção, pelo médico, dos dados transmitidos pelo paciente, seja pela pouca

¹²WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Digital Health**, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/digital-health>. Acesso em: 17/01/2021.

¹³DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde: telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial. **Revista de Direito Médico e da Saúde: doutrina, legislação, jurisprudência**, Brasília, n. 21, jul. 2020, p. 11-55. p. 13.

¹⁴LOBO, Luiz Carlos. Inteligência artificial, o Futuro da Medicina e a Educação Médica. **Revista Brasileira De Educação Médica**, v. 42, n. 3, 2018, p. 3-8. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022018000300003. Acesso em: 11/07/2020. p.5.

¹⁵BENKE, Kurt; BENKE, Geza. Artificial Intelligence and Big Data in Public Health. **Int. J. Environ. Res. Public Health**, v. 15, n. 12, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/ijerph15122796>. Acesso em: 11/08/2020. p. 3.

¹⁶LOBO, Luiz Carlos. Ob. cit. p. 5.

atenção dispensada, ou mesmo pela discrepância cultural da relação, que causa essa assimetria de informações; o que não ocorre com a IA, que avalia de forma rápida e eficiente as informações do prontuário eletrônico de um paciente frente a evidências médicas constatadas da análise de milhões de casos, exibindo as melhores opções de tratamento, e cabendo ao médico analisar as conclusões trazidas pela IA e tomar a melhor decisão para o paciente em específico.

A IA apresenta um potencial ainda maior, quando levamos em consideração a implementação de prontuários eletrônicos unificados; ou seja, prontuários que contêm informações de todos os médicos envolvidos com o paciente, nas suas diversas especialidades, bem como todos os resultados dos exames realizados pelo mesmo, além de conter as condições de saúde do paciente que ultrapassam seus dados clínicos, trazendo um panorama geral da saúde daquela pessoa.¹⁷ Essa associação entre a IA e o prontuário unificado de saúde permite que sejam traçadas estratégias mais eficientes para aquele que procura cuidados em saúde, por trazer uma informação mais completa para o médico, que pode tomar uma decisão apoiada em um sistema de processamento de dados que irá confrontar o prontuário completo daquele paciente com uma infinidade de casos semelhantes e evidências médicas, propondo a melhor jornada para o caso.¹⁸

Este primeiro ponto abordado, que demonstra a transformação digital ligada aos dados de saúde, traz diversos benefícios ao observarmos o contexto brasileiro, no qual os pacientes que lidam com o Sistema Único de Saúde (SUS), muitas vezes, não têm instrução suficiente para passar as informações necessárias para o médico; ou, pior, quando mesmo aptos a passar as informações, não são ouvidos pelos doutores que os atendem, pois estes se encontram muito atarefados pela alta demanda de atendimento do SUS, ou, ainda, são ouvidos, mas o médico, por falta de conhecimento técnico, não prescreve o tratamento correto para o caso. Com a incorporação da IA e prontuários unificados ao sistema, a IA pode analisar as queixas do paciente frente ao seu prontuário, melhor auxiliando o médico a respeito dos dados de saúde relevantes do paciente, bem como do diagnóstico e do tratamento.

¹⁷LOTTENBERG, Claudio; SILVA, Patrícia Ellen da; KLAJNER, Sidney. **A Revolução Digital na Saúde: como a inteligência artificial e a internet das coisas tornam o cuidado mais humano, eficiente e sustentável**. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 39.

¹⁸A automação completa de toda a gama de tarefas humanas envolvidas na prestação de cuidados clínicos ainda não é possível. Tomar decisões de tratamento baseadas em um diagnóstico diferencial que integra dados de investigação laboratorial, observação visual e histórico do paciente ainda é tarefa muito complexa para a IA. Ao enfatizar este ponto, sugere-se que, embora a promoção da IA na saúde coloque enfoque em seu papel potencial de automatização de processos de prestação de serviços de saúde, é mais provável que as suas aplicações de curto prazo se enquadrem muito mais na categoria de apoio à decisão. SHAW, James *et al.* Artificial Intelligence and the Implementation Challenge. **Journal of Medical Internet Research**, v. 21, n. 7, 2019. Disponível em: <https://www.jmir.org/2019/7/e13659>. Acesso em: 11/05/2021.

A segunda área da saúde cuja incorporação digital tem sido notável, e que constitui o objeto principal do presente trabalho, é a dos cuidados em saúde, mais precisamente, da telemedicina, que consiste na prestação de serviços médicos, por meio de tecnologias da comunicação e informação, quando médico e paciente se encontram em espaços físicos distintos. Os benefícios potenciais dessa forma de assistência incluem maior disponibilidade de serviços e acesso a profissionais de saúde (incluindo serviços especializados que podem não ser disponíveis em localizações próximas aos que precisam); redução das disparidades na acessibilidade da assistência à saúde; menos tempo de viagem para o paciente e para o médico; e custos mais baixos e melhorias na qualidade do atendimento, que se presume derivar do acesso a informações mais oportunas, dados precisos e fluxo aprimorado de informações disponíveis a qualquer hora ou em qualquer lugar.¹⁹ Todas essas vantagens se mostram extremamente benéficas no contexto do SUS, trazendo uma possibilidade de melhora gigantesca na organização do sistema, que é marcado pela escassez de recursos e distribuição heterogênea dos serviços de saúde.

A transformação digital se mostra como solução para um contexto de crise da assistência em saúde. Se bem utilizada, pode levar a um cenário em que todos ganham: o paciente, com a redução de desperdício de tempo, com um cuidado personalizado e com uma maior segurança diagnóstica; o profissional, com o aumento de sua taxa de sucesso nos tratamentos; e o sistema de saúde, por racionalizar o uso de seus recursos.²⁰ Essas mudanças devem chegar também, senão principalmente, na rede pública, que é a que mais enfrenta os desafios mencionados, já que é nela onde a escassez de recursos financeiros aparece de modo mais evidente. Neste cenário, a incorporação das mencionadas tecnologias é uma saída, mas que não deve se dar com outro fim, senão o de tratar o paciente de forma integral, com qualidade, equidade e de maneira sustentável, ou seja, presando-se pela ética aplicada aos cuidados dispensados.

1.1 A bioética na revolução digital da saúde

Se, por um lado, essas incorporações tecnológicas trazem esperanças de melhoria da qualidade do cuidado e assistência; por outro, criam uma série de contradições éticas que

¹⁹KAPLAN, Bonnie; LITEWKA, Sergio. Ethical Challenges of Telemedicine and Telehealth. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, **Cambridge University Press**, v. 17, 2008, p. 401–416. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18724880>. Acesso em: 20/11/2019. p. 402.

²⁰LOTTENBERG, Claudio; SILVA, Patrícia Ellen da; KLAJNER, Sidney. **A Revolução Digital na Saúde: como a inteligência artificial e a internet das coisas tornam o cuidado mais humano, eficiente e sustentável**. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 16.

necessitam ser analisadas responsabilmente com vistas ao equilíbrio e bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta.²¹ Essa análise responsável é realizada pela bioética, vista como o estudo sistemático multidisciplinar voltado a interpretar a conduta humana na área das ciências da vida e da saúde, à luz dos valores e princípios morais.²² Desde o início, a bioética tentou demonstrar que, se existiam dois aspectos da cultura humana – ciência e humanidades – que pareciam incapazes de falar um com o outro, deveria haver um saber apto a acompanhar o desenvolvimento científico à luz das humanidades.²³ Deve se ter em mente, no entanto, que as novas tecnologias incorporadas pela biologia e pela medicina têm repercussões que ultrapassam em muito a relação médico paciente, incidindo seus reflexos em toda a sociedade. A introdução dessa dimensão social faz com que a bioética seja uma ciência interdisciplinar, de modo que seu discurso não pode ser dogmático nem persuasivo, mas, antes, criativo, baseando-se no diálogo transdisciplinar e pluralista.²⁴

Já em 1973, Hellegers, em seus estudos sobre bioética, afirmava o quão primordial era a preocupação com os efeitos da tecnologia médica na sociedade,²⁵ preocupação esta que não poderia ser mais atual. A contradição entre o potencial benéfico da revolução tecnológica da saúde e seu perigo de dano pode ser fortemente observada nesta fase de pandemia. Ao mesmo tempo que as soluções tecnológicas na área da saúde estão se apresentando como um remédio para o período em que vivemos, proporcionando a possibilidade de atendimentos médicos remotos, mediados por tecnologias, sem exposição do médico e paciente a riscos de contágio, bem como trazendo a esperança de que as tecnologias auxiliem na criação de uma vacina, não se pode ignorar que esta nova doença infectocontagiosa, apesar de ter a origem ainda indefinida, só se transformou em uma pandemia devido à globalização que esta mesma tecnologia proporciona, e consequente transmissão desenfreada da doença para todos os países do mundo (isso sem levar em consideração as teorias de que o vírus tenha atingido os seres humanos pela ação invasora que nossa espécie realiza na natureza; ou pior, que ele tenha sido criado em laboratório). Ou seja, o “homem tecnológico” pode oscilar suas ações entre a criação de novos

²¹GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 99-110. p. 99

²²NOGUEIRA, Fábio Miguel. Aspectos éticos da inovação em saúde em Portugal. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 1, jan.-abr. 2016, p. 83-90. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422016241109>. Acesso em: 11/08/2020. p. 84.

²³LEUTÉRIO, Alex Pereira *et al.* Noções Preliminares: origem, evolução e conceito de Bioética. In: COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020. p. 2.

²⁴Ibid. p. 6-7.

²⁵HELLEGERS, 1973 *apud* REICH, Warren Thomas. The Word "Bioethics": The Struggle Over Its Earliest Meanings. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, Johns Hopkins University Press, v. 5, n. 1, 1995, p. 19-34. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/245728>. Acesso em: 18/11/2019. p. 27.

benefícios extraordinários e a insólita destruição de si mesmo e da natureza²⁶, motivo pelo qual a bioética ganha tamanha relevância no cenário de revolução tecnológica aplicada às áreas das ciências da vida, pois é seu papel atender aos desafios éticos decorrentes da inserção de novas tecnologias na saúde, orientando eticamente os limites deste progresso científico, na medida em que ele envolve os direitos da pessoa humana.

Nesse contexto, a bioética pode aparecer de duas maneiras: sendo usada como instrumento para afirmar doutrinas anticientíficas, ou, de outro lado, sendo considerada como um obstáculo impertinente ao trabalho dos cientistas e ao desenvolvimento das tecnologias aplicadas às ciências da vida e da saúde.²⁷ O ideal é encontrar um equilíbrio entre esses dois extremos, o que não é tarefa fácil. No presente trabalho, buscou-se demonstrar que a saúde digital, mais especificamente a telemedicina, esbarra, sim, com questões éticas, as quais devem ser analisadas racionalmente sob o enfoque bioético, para que este saber auxilie na busca do mencionado equilíbrio, eficaz na mitigação dos riscos à pessoa humana decorrentes deste novo método propedêutico no atendimento médico, de forma a trazer menor impacto social negativo possível. A abordagem bioética do fenômeno social é essencial para que se extraia como as novas tecnologias aplicadas ao atendimento médico podem oferecer seus potenciais benefícios, com a causação de danos em seu mínimo patamar possível.

A bioética é a parte da ética, ramo da filosofia, que enfoca nas questões referentes à vida humana.²⁸ De acordo com os ensinamentos de Marco Segre²⁹, a ética pretende oferecer um instrumental psíquico a cada pessoa, para discutir, questionar e contestar todo ordenamento moral ou legal vigente, com o fim de obter uma dinamização, na sociedade, do julgamento de valores das diferentes situações. Esse conceito de ética visa uma situação teórica de descentramento; ou seja, uma tentativa de cada ser humano posicionar-se individualmente com relação às mais variadas situações passíveis de estudo ético, sendo, portanto, tão descentrado quanto possível dos valores morais do grupo ou sociedade. Tal definição contrapõe-se à moral, definida pelo mesmo autor como resultado de juízos de valores impostos e que exclui a autonomia crítica do indivíduo, trazendo embutida a ideia de prêmio ou de castigo.³⁰ A

²⁶GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 99-110. p. 99

²⁷Ibid. p. 105

²⁸SEGRE, Marco. Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (org.). **Bioética**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 23

²⁹Ibid. p. 23-24

³⁰Ibid. p. 24

interação dos subjetivismos individuais, buscando um ajuste com a realidade necessária, que é o convívio social, resulta na ética social, e esta, sim, passa a superpor-se à moral.³¹

Conforme o exposto, trata-se a bioética de uma área de reflexão onde, para situações semelhantes, várias soluções podem ser aceitas, dependendo de fatores culturais e até pessoais.³² Justamente por ser a ética basicamente livre, é inadmissível o estabelecimento de uma doutrina bioética, mas o que não impede estratégias de abordagem dos problemas inerentes à vida e à saúde. Nesse sentido, diversos modelos teóricos foram idealizados na tentativa de abordar os conflitos emergentes sob objeto de estudo da bioética.

1.1.1 O princípalismo bioético e sua crítica

Na área médica, existe um modelo teórico idealizado pela bioética que propõe alguns princípios fundamentais, que, apesar de não serem absolutos sob o prisma filosófico, passaram a constituir a ferramenta mais utilizada pelos bioeticistas na mediação e/ou resolução dos conflitos pertinentes a essa temática.³³ São eles: respeito à autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, conforme elencados no livro *Principles of biomedical ethics*, escrito por Beauchamp e Childress, em 1979, o qual inaugurou o que depois passou a ser chamado de princípalismo bioético.³⁴

Com esses princípios, recomendava-se aos profissionais de saúde ou pesquisadores que durante as suas práticas: a) respeitassem a liberdade particular de cada indivíduo decidir sobre os aspectos de sua condição de vida (autonomia); b) que não fosse realizado qualquer tipo de intervenção que prejudicasse os indivíduos, abstendo-se das práticas nocivas (não maleficência); c) que procurassem sempre agir no sentido de fazer o bem (beneficência); d) que desenvolvessem suas práticas sem discriminação, agindo de modo justo (justiça).³⁵ A proposição de abordagem dos problemas por intermédio do princípalismo não estabeleceu uma

³¹COHEN, Claudio; SEGRE, Marco. Definição de valores, moral, eticidade e ética. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (org.). **Bioética**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 18.

³²COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020. p. 21.

³³COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. Apresentando a Bioética. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 15-18. p. 15.

³⁴Ibid. p. 15.

³⁵GARRAFA, Volnei; MARTORELL, Leandro Brambilla; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. Críticas ao princípalismo em Bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul. **Saúde e sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 2, Jun. 2016, p. 442-451. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000200442&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07/01/2021. p. 444.

hierarquia entre os princípios elencados, relegando sua ponderação à aplicação ao caso concreto.³⁶

Sob influência do princípalismo, a atuação médica no Brasil veio sendo guiada pela ética hipocrática, a qual elege a máxima *salus aegroti suprema lex* como principal orientação, fazendo prevalecer que a saúde do paciente é a lei suprema da medicina. Essa aplicação dá absoluta primazia aos princípios da beneficência, que impõe a promoção do bem do paciente, e da não maleficência, que proíbe os médicos de causarem danos intencionalmente, deixando em segundo plano o papel do paciente e a relevância de sua vontade; ou seja, o princípio da autonomia.³⁷ Flávia Siqueira, na obra “Autonomia, consentimento e direito penal da medicina”, defende uma ética da autonomia em contraposição à tradicional ética hipocrática, a qual ela caracteriza como paternalista, na medida em dá ao médico o direito de decidir o que é bom para o paciente, em detrimento da vontade deste, que é o receptor da intervenção.³⁸ Para a autora, a autonomia está umbilicalmente ligada à dignidade humana e à liberdade geral de ação, sendo um princípio constitucionalmente assegurado, que confere aos indivíduos o domínio soberano sobre o território do próprio corpo, e, com isso, o direito de tomar suas próprias decisões sobre intervenções médicas. Sob a égide da ética da autonomia, Siqueira afirma que a vontade livre do paciente, expressada por meio do consentimento livre e esclarecido, é não apenas imprescindível, mas também suficiente para a atribuição de legitimidade a uma intervenção médica.³⁹ Nesta via, a autora defende que a compreensão dos bens jurídicos individuais a partir da autonomia do seu titular impede o Estado de proibir autolesões e/ou lesões consentidas, mesmo porque, em sua concepção, não há limites objetivos de disposição do próprio corpo no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que a cláusula dos bons costumes prevista no art. 13, do Código Civil, é conceito muito genérico, ferindo o princípio da legalidade que embasa o direito penal, além de dizer que seu uso permite concepções paternalistas e moralistas, que se contrapõem à autonomia constitucionalmente assegurada ao indivíduo.⁴⁰ Sob este enfoque, para Siqueira, são admissíveis apenas duas exceções à disponibilidade do próprio corpo: i) se a

³⁶CAMPOS, Adriana; OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, jul./dez. 2017, pp. 13-45. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/514/423>. Acesso em: 14/01/2021. p. 37.

³⁷SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da Medicina**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 43.

³⁸Ibid. p. 47.

³⁹Ibid. p. 128. E ainda: O reconhecimento da autonomia como princípio preponderante impede o Estado de definir previamente uma relação de prevalência entre valores como a saúde, a vida e a liberdade, já que somente o paciente poderá proceder à hierarquização de seus próprios valores e direitos individuais.

⁴⁰Ibid. p. 411.

autonomia afetar a liberdade de terceiros; ii) no caso de limitações pontuais, para contextos determinados, previstas em leis específicas, e fundadas em um paternalismo suave.⁴¹

No entanto, apontamos algumas observações relevantes que, no contexto brasileiro, impedem a interpretação proposta por Siqueira. Em primeiro lugar, questiona-se a real legitimidade da fixação do princípio da autonomia diante das condições de vulnerabilidade em que se encontram determinadas sociedades, como é o caso do Brasil. Como fazer uma interpretação favorável à liberdade do indivíduo, na medida em que seu consentimento tenha sido esclarecido, se grande parte da nossa população não tem instrução mínima para compreender as questões mais simples postas para resolução? O módulo Educação, da PNAD Contínua 2019, divulgado pelo IBGE, mostra que a proporção de pessoas de 25 anos ou mais com ensino médio completo foi de 48,8% naquele ano; ou seja, mais da metade (51,2% ou 69,5 milhões) dos adultos brasileiros não concluíram essa etapa educacional básica.⁴² É exclusivo pensar em uma bioética da autonomia, em um país que apresenta dados como o exposto, pois não há razoabilidade em resolver os conflitos calcando-se na opinião de um paciente que sequer concluiu o ensino obrigatório, exigindo que sua opinião se sobreponha ao conhecimento adquirido pelo médico no decorrer de longos anos de estudo direcionado ao correto tratamento de saúde de seus pacientes. Na linha de Siqueira, por mais que em determinados casos o uso do princípalismo com a preponderância da ética da autonomia possa acabar por prevalecer como a melhor resolução ao caso concreto, tendo em vista o real consentimento de indivíduos realmente esclarecidos dispendo de bens jurídicos realmente disponíveis, nem sempre poderíamos garantir que não estariam sendo realizadas intervenções que realmente não prejudicassem seres humanos, mesmo porque não há uma dogmática infalível no campo da bioética, devendo sempre se apurar as nuances do caso concreto.

Além disso, outro ponto que entendemos ser questionável em um país como o Brasil, é o que versa a respeito da disponibilidade do próprio corpo. Por mais que se concorde com o raciocínio exposto quanto a este ponto, e com a restrição de que esta disponibilidade não pode atingir direitos de terceiros, não há como excluir, no nosso país, um terceiro existente em qualquer situação de intervenção médica malsucedida: o Estado, mais precisamente, o Sistema Público de Saúde. Em um país que garante saúde pública gratuita, universal e integral, não há como dizer que os cofres públicos não constituem um terceiro prejudicado, caso seja obrigado

⁴¹SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da Medicina**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 416-417.

⁴²IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Educação 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em: 13/05/2021. p.3.

a arcar com as despesas decorrentes do atendimento de saúde posterior a uma intervenção médica indevida. Todos os usuários do SUS, por sua vez, também passam a ser terceiros prejudicados, ao verem o patrimônio escasso direcionado à saúde pública ser desviado para o atendimento de alguém que tenha deliberado realizar uma intervenção médica não indicada. Ou seja, seguindo a própria exceção proposta pela autora, no nosso país, a autonomia será sempre prejudicada por um terceiro inerente, que é o Sistema de Saúde Público.

Por fim, sob um enfoque da bioética da intervenção, a solução proposta por Siqueira retira do médico o risco inerente ao seu trabalho, potencializando seu lucro, em detrimento da preocupação e indenização a um indivíduo lesado, que assinou um termo de consentimento sem, muitas vezes, a capacidade necessária para tal. Infelizmente nossa sociedade queda perplexa frente à força fragmentadora da ideologia do mercado, e o individualismo exacerbado que dela emana nos torna incapazes de reconhecer e dignificar o outro, de agir no coletivo e lutar pelo bem comum, nos levando a render àquelas opções que potencializam o lucro e a economia de mercado. No entanto, não se pode permitir a institucionalização de um pensamento apto a aceitar que um prazer para poucos revele sofrimento para milhões de pessoas.⁴³ Embora se admire a coerência da proposta da autora, ressalta-se aqui que os diversos cenários existentes nas mais diferentes e plurais sociedades e circunstâncias devem ser analisados, pois o respeito às suas peculiaridades é fundamental para desenvolver a proteção social ética e adequada.

Não apenas a hierarquização absoluta dos princípios elencados por Beauchamp e Childress é perigosa, mas também o seu uso de maneira universal, para todos os problemas postos, pode vir a ser insuficiente. É possível que a autonomia, beneficência, não maleficência e justiça não cheguem a resolver os múltiplos conflitos que a vida suscita, apesar de a sua aplicação simplificar o processo de discernimento ético, abrindo o espaço para os mais variados debates relativos às questões ligadas à bioética, bem como desenvolvendo estratégias efetivas para a busca de soluções para as mesmas.⁴⁴

O principialismo é apenas um dos vários dialetos do chamado “idioma” ou “linguagem bioética”; e, apesar de ser o dialeto mais utilizado, deve haver o cuidado para que o mesmo não seja confundido com o próprio idioma.⁴⁵ Não obstante a quase hegemonia do principialismo na

⁴³PORTO, Dora; GARRAFA, Volnei. Bioética de intervenção: considerações sobre a economia de mercado. **Revista Bioética**, v. 13, n.1, 2005. p. 120-121.

⁴⁴CAMPOS, Adriana; OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, jul./dez. 2017, pp. 13-45. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/514/423>. Acesso em: 14/01/2021. p. 18.

⁴⁵COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. Apresentando a Bioética. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 15-18. p. 16.

resolução dos conflitos bioéticos, hoje, fala-se que ele está doente, ou mesmo que se trata de um “paciente terminal”, pois há quase um consenso de que ele não pode ser visto como um procedimento dogmático infalível na resolução de conflitos éticos.⁴⁶

A crítica ao princípalismo se divide entre as vindas do Hemisfério Norte e do Hemisfério Sul. As primeiras, de acordo com Garrafa, Martorell e Nascimento⁴⁷, podem ser divididas em cinco categorias: i) o sequestro semântico (pela utilização equivocada do termo “princípio”); ii) a questão do protocolo (por não haver um protocolo que possa guiar os profissionais em situações concretas, impedindo a existência de posicionamentos organizados sobre que princípios priorizar); iii) regras morais *versus* ideais morais (por não haver uma distinção sobre os princípios que obrigam que sejam seguidos sob pena de punição e os que só sugerem aderência); iv) de cada princípio (críticas direcionadas aos problemas práticos do uso de cada um dos quatro princípios elencados); v) a situação de fronteira (pela dificuldade existente em transferir os princípios de uma cultura para a outra, devendo ser flexibilizados e adaptados para que haja tal intercâmbio). As críticas sulistas, por sua vez, foram sistematizadas, pelos mesmos autores, em quatro categorias distintas: : i) crítica em perspectiva histórica (por afirmarem que, de um ponto de vista histórico, o termo, que era mais amplo, teria sofrido apropriações reducionistas que limitaram a discussão de questões da bioética à pesquisa científica e à assistência em saúde); ii) princípios desproporcionais (por entenderem haver uma supervalorização da autonomia, criando uma indústria do termo de consentimento informado); iii) universalismo (por não existir uma moralidade universal, o que impede a existência de princípios aptos a resolverem qualquer conflito moral que vier a surgir); iv) a retomada conceitual e política (já que o princípalismo não poderia ser coroado como a única referência no campo da bioética).

Em detrimento à posição uníssona do princípalismo, teóricos latino-americanos passaram a desenvolver outras abordagens para a resolução dos conflitos éticos. Em artigo no qual mapeou-se a bioética na América Latina⁴⁸, os autores apuraram que os principais modelos teóricos utilizados para abordar os problemas bioéticos no continente foram a bioética

⁴⁶PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética: do Princípalismo à Busca de uma Perspectiva Latino-Americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 81-98. p. 86.

⁴⁷GARRAFA, Volnei; MARTORELL, Leandro Brambilla; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. Críticas ao princípalismo em Bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul. **Saúde e sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 2, Jun. 2016, p. 442-451. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000200442&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07/01/2021. p. 444.

⁴⁸GARCIA, Lucas F. *et al.* Mapping Bioethics in Latin America: History, Theoretical Models, and Scientific Output. **Journal of bioethical inquiry**, v. 16, 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-019-09903-7#citeas>. Acesso em: 11/05/2021. p. 327-328.

complexa, a bioética de intervenção e a bioética de proteção. A bioética complexa se relaciona com o trabalho de Edgar Morin e outros estudiosos da teoria sistêmica e é definida como uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver. Surge como alternativa integrativa a partir de diferentes referenciais teóricos, como o princípalismo, a ética das virtudes e os direitos humanos, para a análise de problemas bioéticos.⁴⁹

A bioética da intervenção e da proteção, por sua vez, surgiram de críticas mais diretas ao princípalismo de Beauchamp e Childress, pois argumentou-se que uma estrutura baseada em um modelo individualista de solução de problemas não poderia dar conta das questões de saúde pública. Como, segundo esses estudiosos, os principais conflitos e problemas bioéticos da América Latina estão relacionados à saúde pública, tal quadro jamais poderia ser adequado às múltiplas realidades latino-americanas. A Bioética de intervenção, proposta por Garrafa e Porto, pode ser caracterizada como uma proposta que quebra os paradigmas vigentes e reinaugura um utilitarismo orientado para a busca da equidade entre os segmentos da sociedade e capaz de dissolver essa divisão estrutural centro-periférica do mundo e de assumir um consequencialismo baseado na solidariedade e na igualdade.⁵⁰ É uma bioética pensada para responder à realidade dos países periféricos no contexto mundial, preconizando que, no campo público e coletivo, sejam priorizadas políticas e tomadas de decisão que privilegiem o maior número de pessoas durante o maior espaço de tempo possível, e que resulte nas melhores consequências; e no campo privado e individual, a busca de soluções viáveis e práticas para os conflitos localmente identificados, levando em consideração o contexto em que ocorrem e as contradições que os fomentam.⁵¹

No que tange à bioética da proteção, ela pode ser entendida como uma ética aplicada, constituída de ferramentas teóricas e práticas destinadas a compreender, descrever e resolver conflitos de interesses entre aqueles que possuem os meios que lhes permitem realizar suas vidas e aqueles que não os possuem. O foco da bioética de proteção está, portanto, nos conflitos gerados na saúde pública, com particular atenção às populações vulneráveis.⁵² Esses grupos não são capazes, por alguma razão independente de suas vontades, de se defenderem sozinhos, devido às condições desfavoráveis em que vivem ou mesmo pelo abandono das instituições

⁴⁹GARCIA, Lucas F. *et al.* Mapping Bioethics in Latin America: History, Theoretical Models, and Scientific Output. **Journal of bioethical inquiry**, v. 16, 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-019-09903-7#citeas>. Acesso em: 11/05/2021. p. 327-328.

⁵⁰Ibid. p. 327-328.

⁵¹PORTO, Dora; GARRAFA, Volnei. Bioética de intervenção: considerações sobre a economia de mercado. **Revista Bioética**, v. 13, n.1, 2005. p. 115.

⁵²GARCIA, Lucas F. *et al.* Ob. cit. p. 327-328.

vigentes que não lhes oferecem o suporte necessário para enfrentar sua condição de afetados e tentar sair dela. Nesse sentido, a bioética da proteção não se aplica, via de regra, aos indivíduos e às populações que conseguem enfrentar uma condição existencial difícil com seus próprios meios ou com os meios oferecidos pelas instituições vigentes e atuantes. Caso contrário, a proteção – considerada condição necessária para que a pessoa vulnerada saia de sua condição de vulneração e desenvolva sua competência para ter uma vida pelo menos decente – poderia ser confundida, pertinentemente, com "paternalismo". Em suma, proteger significa dar as condições de vida que cada qual julgue necessárias para capacitá-lo na tomada de suas próprias decisões enquanto ser racional e razoável.⁵³

Na bioética brasileira, observa-se a tentativa de estabelecer-se parâmetros para responder aos conflitos em saúde na dimensão social, como vulnerabilidade e vulneração; proteção; igualdade; e equidade. Entretanto, não obstante o esforço de expandir a discussão bioética à dimensão social, os referenciais principialistas e o foco biomédico continuam sendo mais significativos em termos de quantidade de estudos acadêmicos e artigos científicos.⁵⁴

A verdade é que a experiência ética pode ser expressa em diferentes linguagens, paradigmas ou modelos teóricos, e todos eles estão intrinsecamente inter-relacionados, mas cada um em si é incompleto e limitado. Não podemos considerá-los como sendo exclusivos, mas complementares, na medida em que as dimensões morais da experiência humana não podem ser capturadas numa única abordagem, pois a amplitude e a riqueza da profundidade da experiência humana sempre estarão além do alcance de qualquer sistema filosófico ou teológico.⁵⁵

Sendo assim, compreendemos o principialismo como mais uma das ferramentas acessíveis quando da resolução dos problemas éticos postos frente à inserção das tecnologias na área da saúde, reconhecendo sua contribuição, mas, também, suas limitações.

1.1.2 A bioética e o direito: uma necessária convergência de controles

⁵³SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. **Revista Bioética**, v. 16, n. 1, 2008. p. 17.

⁵⁴PORTO, Dora. Bioética na América Latina: desafio ao poder hegemônico. **Revista bioética**, v. 22, n. 2, 2014. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/29449/1/ARTIGO_BioeticaAmericaLatina.pdf. Acesso em: 14/05/2021. p. 216.

⁵⁵PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética: do Principialismo à Busca de uma Perspectiva Latino-Americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 81-98. p. 94.

Não tem a Bioética a pretensão de estabelecer dogmas gerais para as ações, não contando com força coercitiva para impedir certos comportamentos, tal como ocorre com o direito. Seu papel é questionar as incorporações tecnológicas frente ao bem-estar da humanidade, validando-a, desde que sirva ao ser humano. Esse espaço proporcionado pela bioética é essencial para a tomada de decisão médica em situações nas quais estes profissionais se veem sem um referencial seguro para suas ações, por se depararem com o uso de tecnologias que podem curar e libertar ou violentar e matar.⁵⁶ O objetivo da bioética não está, portanto, em estabelecer normas, não contando com um caráter coercitivo, mas sim em refletir sobre o agir correto em situações de conflito que envolvem a vida e a saúde, podendo ser considerada uma espécie de controle social informal, na medida em que conduz as pessoas a agirem de determinado modo, sem o exercício de nenhum tipo de punição material caso não o façam.

Por mais que a bioética não conte, em si mesma, com punições cominadas, na área médica, em que os profissionais prezam por sua imagem e reputação, um agir antiético, que cause insatisfação ao paciente, é extremamente danoso para a vida social do médico. Desta forma, a apreciação ética das condutas médicas associadas à tecnologia, como controle social, é efetiva não em decorrência de qualquer punição, mas, sim, na medida em que causa apreensão no indivíduo acerca das consequências negativas que a descoberta de uma prática antiética por outras pessoas poderia trazer à sua vida social, vida que deseja manter e continuar a desenvolver. Para Briar e Piliavin⁵⁷, esta seria a questão central do controle social.

O controle social informal exercido pela bioética, por sua vez, se complementa com o biodireito, que é a “materialização da bioética”⁵⁸, convergindo ambos na busca de um genuíno impacto no comportamento médico ético, e, em regra, consequentemente jurídico. Mas, não se pode perder de vista que o progresso da ciência sempre coloca novas questões ao mundo do direito, tornando insuficiente a racionalidade estritamente jurídica, que, restrita a codificações perenes, por vezes, tem dificuldades em disciplinar novos fatos. É certo que o direito e, principalmente, o direito penal, não deve coagir as pessoas em razão de sua posição ética, mas não se pode ignorar que as máximas éticas e morais se tornam costumes que, por sua vez, são fonte material ao legislador.⁵⁹ É indiscutível a dificuldade de se manter uma convergência de valores em torno de condutas esperadas em uma sociedade democrática, plural e em constante

⁵⁶MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia**. Tese de doutorado: Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005.

⁵⁷BRIAR, Scott; PILIAVIN, Irving. Delinquency, situational inducements, and commitment to conformity. **Social Problems**. Berkeley, 1965, p. 39.

⁵⁸HOOFT, Pedro Frederico. Bioética y Derechos Humanos: temas y casos. Buenos Aires: Depalma, 1999. p. 11.

⁵⁹MINAHIM, Maria Auxiliadora. Ob. cit. p. 38.

evolução, mas é certo que o direito sempre deverá buscar se alinhar às expectativas sociais, e não por meio de prescrições desordenadas, mas, sim, por meio de uma racionalidade apta a lhe conduzir ao mais elevado grau de abstração necessário para oferecer reação em complexidade compatível com a sociedade, e esta racionalidade é proporcionada pela bioética. A observação da ciência jurídica por intermédio da bioética potencializa, nas palavras de Saad-Diniz⁶⁰, a capacidade de “autocompreensão do direito” (maior reflexão sobre si mesmo e seus próprios limites de legitimação), representando uma alternativa promissora para questionar as respostas jurídicas aos problemas sociais postos.

A acomodação dos conflitos pela bioética médica, quando positivada nos regulamentos profissionais, elaborados pelo Conselho Federal de Medicina, no uso do poder regulamentar a ele atribuído pela Administração Pública, passa a caracterizar uma espécie de controle social formal, constituindo a principal orientação para a prática da medicina no país. Ocorre que, frequentemente, as pessoas encarregadas da elaboração dos códigos são extremamente moralistas, sendo que os códigos passam a ser utilizados apenas para o exercício do poder institucional, o que deve ser combatido, assegurando-se que as pré-compreensões que servem de pressupostos às decisões tomadas sejam sempre pautadas na ética, e não em qualquer imposição de moral ou de poder. Mas, também, não se pode perder de vista que não é a punição disciplinar prevista por esses códigos que irá transformar uma pessoa em ética, pois, pode ser que ela não volte a delinquir, mas apenas pelo medo da sanção, e não por um real aprendizado ético.⁶¹ Por isso mesmo os controles sociais informal e formal devem convergir, para que o indivíduo ético se contraponha aos regulamentos profissionais, demonstrando que ele foi, de fato, ético, em detrimento de qualquer norma expressiva de mero poder institucional, bem como para que as normas postas, por mais que não acompanhem instantaneamente a evolução da sociedade, possam exercer seu papel de prevenção geral para que os profissionais interajam e trabalhem dentro de determinados padrões, mesmo que estes padrões não estejam neles internalizados. Os indivíduos autônomos, que internalizarem e amadurecerem os conceitos éticos, passando a ter uma noção real de seus limites, devem contribuir, por sua vez, na tentativa de modificação de códigos desatualizados, propiciando esta convergência de controles sociais formais e informais.

⁶⁰SAAD-DINIZ, Eduardo. Teoria dos sistemas, Bioética e Direito. In: COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020. p. 97.

⁶¹COHEN, Claudio; SEGRE, Marco. Definição de valores, moral, eticidade e ética. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (org.). **Bioética**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 20.

O descumprimento dos regulamentos profissionais, por parte do médico, enseja na atribuição de responsabilidade ético-profissional. No entanto, a medicina lida com a vida, de modo que, caso a conduta do médico atente contra bens jurídicos penalmente tutelados, o direito penal também poderá intervir para levar à pacificação social do conflito. Por mais que a norma ético-profissional não tenha o condão de preencher a legalidade necessária à imputação de responsabilidade penal, elas são consideradas normas de cuidado, as quais são parâmetro na caracterização do ilícito culposos na leitura dogmática penal, conforme será melhor abordado no quarto capítulo. Nesse sentido, infringindo o médico a regulamentação profissional e causando dano penalmente relevante em decorrência desta infração, sua conduta contrária à normatização ético-profissional aponta para a culpa, em uma de suas três modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), cabendo ao profissional o ônus argumentativo e probatório de demonstrar a inoccorrência do elemento subjetivo na concretização da lesão perpetrada ao paciente. Conforme analisamos, a análise bioética das situações fáticas é essencial para que o julgador analise, de forma racional e idônea, se aquele comportamento infringiu, de fato, a ética médica, causando dano relevante ao direito penal, ou se as proibições éticas postas como normas de cuidado a incidirem no caso concreto constituíam mera manifestação de poder institucional, sendo, portanto, ilegítimas.

Além da influência que a bioética exerce no direito penal ao formular as normas de cuidado que servem de parâmetro para a caracterização do ilícito penal em sua modalidade culposa, é preciso que o direito dela se utilize também na formulação de limites intransponíveis para o devido exercício da medicina. Por mais que a mutabilidade dos fatos, devido ao avanço constante da tecnologia e da ciência, dificulta a suficiente normatização jurídica das questões que envolvem a bioética, a lei deve precisar parâmetros ao profissional, como já o faz em diversos normativos, estabelecendo demarcações que não podem ser ultrapassadas em situações que lidam com dilemas éticos de forma fronteira. Por mais que esta norma legal não venha a ser normatizada como tipo penal, a infração de uma norma legal, no Brasil, pelo médico, no exercício da medicina, caracteriza exercício ilegal da medicina, nos termos do art. 282.⁶² Deste modo, independentemente da ocorrência de lesão a bem jurídico penalmente tutelado, o profissional responderia penalmente ao agir em discordância com os limites legais estabelecidos. A preocupação desta fixação na esfera penal se deve ao fato de que, atribuindo todo o controle formal aos normativos administrativos, o direito penal só viria a ser aplicado na

⁶²Art. 282 – Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites. BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

ocorrência de um ilícito culposo, que, comprovadamente, demonstrasse o elemento subjetivo na conduta médica que infringiu o poder regulamentar, causando danos. Restringindo-se a aplicação ao tipo culposo, não haveria repressão penal às condutas eticamente indevidas que não causassem um resultado material, pois, não existe tentativa em crimes culposos e, em regra, os crimes culposos são materiais, salvo alguns tipos penais específicos. Nesse sentido, a fixação de normas legais com a precisão de parâmetros para a conduta médica em telemedicina, tal como o faz a Lei do Ato Médico⁶³, por exemplo, daria uma proteção adicional por reprimir, como exercício ilegal da medicina, as condutas médicas que viessem a contrariar as normas legais estabelecidas.

Em suma, os padrões éticos agem como controle social informal e, quando normatizados, seja por meio dos regulamentos profissionais, ou mesmo por normas legais, servem como controle social formal. Ambos os controles devem caminhar em convergência, se readequando um ao outro, frente à constante evolução tecnológica e social. Neste trabalho, buscaremos expor como a telemedicina modifica o fato social do atendimento médico tradicional, suscitando conflitos éticos. O olhar da bioética sobre tal transformação social, por sua vez, pode demonstrar soluções que minimizem os possíveis danos de tal método propedêutico, permitindo que seu potencial benéfico seja difundido na sociedade. O uso ético dessa ferramenta de atuação em saúde é a única forma de possibilitar seu uso legítimo, e, portanto, legal, afastando-se eventual imputação de responsabilidade penal no caso de qualquer lesão a bem jurídico penalmente relevante; pois, como afirma Siqueira⁶⁴, se um modelo é ilegítimo sob a perspectiva ética, é ainda mais evidente sua ilegitimidade para fundamentar proibições penais, logo, a *contrario sensu*, a legitimidade ética conduz à legitimidade penal. Com o levantamento dessas questões, no que tange ao uso da telemedicina, pretendemos colocar em convergência os controles sociais informal e formal, demonstrando: i) aos profissionais de saúde, o que constitui um comportamento ético no uso dessa nova tecnologia; ii) aos responsáveis pela normatização ético-profissional, quais são os padrões éticos que devem ser exigidos no uso da tecnologia; iii) ao sistema de justiça criminal, quais são as condutas lesivas a bens jurídico-penais que devem ser consideradas ilegítimas e, portanto, puníveis, quando da atuação por meio da telemedicina. Todas essas respostas, por sua vez, serão calcadas

⁶³BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 13/05/2021.

⁶⁴SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da Medicina*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 107.

em um embasamento teórico bioético, pois o uso deste saber é a forma de condução à mais elevada abstração idônea a conduzir à seleção das soluções dos problemas apresentados.

2 TELEMEDICINA

A tecnologia passou a compor o cotidiano das pessoas, já que praticamente tudo o que fazemos nos remete ao uso de algum tipo de modernização tecnológica que parece facilitar a vida e o trabalho, o que não é diferente na área dos cuidados médicos, que viveu o início da história da telemedicina concomitantemente aos avanços da tecnologia da comunicação e informação.⁶⁵

Conforme exposto, as tecnologias associadas aos cuidados de saúde surgem com a promessa de solucionar grandes desafios do setor, por trazerem inúmeros benefícios. Por meio da união entre atendimento médico e tecnologias, promete-se uma maior disponibilidade de serviços e acesso a profissionais de saúde (incluindo serviços especializados, que podem não ser disponíveis em localizações próximas aos que precisam); redução das disparidades na acessibilidade da assistência à saúde; menos tempo de viagem para o paciente e para o médico; custos mais baixos; e melhorias na qualidade do atendimento, que se presume derivar do acesso a informações mais oportunas, dados precisos e fluxo aprimorado de informações disponíveis a qualquer hora ou em qualquer lugar.⁶⁶ Acrescenta-se como benefícios potenciais dessa forma de assistência a redução do tempo entre o diagnóstico e a terapia, o apoio à vigilância epidemiológica, e o auxílio na identificação e rastreamento de problemas de saúde pública.⁶⁷

A primeira normatização sobre a telemedicina foi adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, realizada em outubro de 1999, em Israel, sob o título “Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina”.⁶⁸ Esta declaração constituiu uma estrutura ética e legal para essa prática, que foi definida como “o exercício da medicina a distância, cujas intervenções, diagnósticos, decisões de tratamentos e

⁶⁵BAUER, Keith Alan. **The Ethical Implications of Telemedicine and the Internet for Home Healthcare**. Dissertação de PhD. Universidade do Tennessee, 2002. Disponível em: http://trace.tennessee.edu/utk_graddiss/2091. Acesso em: 15/11/2019. p. 33.

⁶⁶KAPLAN, Bonnie; LITEWKA, Sergio. Ethical Challenges of Telemedicine and Telehealth. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Cambridge University Press, v. 17, 2008, p. 401–416. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18724880>. Acesso em: 20/11/2019. p. 402.

⁶⁷MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antônio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, supl. 2, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001402005&lng=en&tlng=en. Acesso em: 18/11/2019. p. 2.

⁶⁸SOUZA, Cláudio de. Report - Reflections on the standardization of Telemedicine in Brazil. *Latin American Journal of Telehealth*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, abr. 2019. p. 89.

recomendações estão baseados em dados, documentos e outras informações transmitidas por meio de sistemas de telecomunicação”.⁶⁹

O tema, por caracterizar uma inovação disruptiva⁷⁰, tem sido objeto de muitas pesquisas científicas que analisam os ônus e os bônus em se adotar a ferramenta na prestação de cuidados médicos, tendo em vista, apesar de suas inúmeras vantagens, existirem problemas éticos e legais envolvendo sua prática, sobre os quais é preciso se ater, para que não se promova uma situação que implique riscos para os pacientes e médicos envolvidos.⁷¹

O entusiasmo sobre o potencial progresso que pode decorrer da telemedicina deve estar aliado, portanto, ao reconhecimento de que ela carrega tensões éticas, para que seu uso se dê de forma segura e benéfica para todos os envolvidos.

2.1 Conceitos

Diversos são os termos utilizados na bibliografia nacional e internacional ao se abordar o tema da transformação digital da saúde. Terminologias como ‘*e-health*’, ‘e-saúde’, ‘*mobile-health*’, ‘*m-health*’, ‘telemedicina’ e ‘telessaúde’ são utilizadas ao referenciar a saúde digital. Contudo, os autores, muitas vezes, usam esses termos como sinônimos, apesar de não o serem, fazendo-se necessária a diferenciação desses conceitos, para demonstrar o motivo da escolha da expressão ‘telemedicina’ neste trabalho.

Em primeiro lugar, todos esses termos se referem ao conceito amplo chamado de saúde eletrônica (*e-health*), traduzido, no português, para e-saúde. Fatehi, Samadbeik e Kazemi⁷², ao realizarem pesquisa para dirimir as dúvidas conceituais a respeito do termo saúde digital, concluíram, após seleção de 1.527 fontes, que a saúde digital trata do uso adequado da tecnologia para melhorar a saúde e o bem-estar das pessoas a nível individual e populacional, bem como melhorar o atendimento de pacientes por meio do processamento inteligente de dados clínicos e genéticos. No mesmo sentido é a definição da OMS, que dispõe ser a e-saúde

⁶⁹ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina. Israel**: 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, 1999. Disponível em: www.dhnet.org.br/Direitos/codetica/medica/27telaviv.html. Acesso em: 21/11/2019.

⁷⁰HERZHEIM, Erno *et al.* Telessaúde como eixo organizacional dos sistemas universais de saúde do século XXI. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v. 14, n. 41, 2019. p.3.

⁷¹SOUZA, Cláudio de. Report - Reflections on the standardization of Telemedicine in Brazil. **Latin American Journal of Telehealth**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, abr. 2019. p. 89.

⁷²FATEHI, Farhad; SAMADBEIK, Mahnaz; KAZEMI, Azar. What is Digital Health? Review of Definitions. **Stud Health Technol Inform**, nov. 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33227742/>. Acesso em: 17/01/2021.

a aplicação das tecnologias de informação e comunicação à saúde.⁷³ Por exemplo, as tecnologias de IA e *big data* relacionadas à saúde, bem como as tecnologias aplicadas aos cuidados de saúde, como a telemedicina, que foram mencionadas no primeiro capítulo, fazem parte da saúde eletrônica.

Dentro da saúde eletrônica, ou *e-health*, ou e-saúde, surge a subdivisão saúde móvel, o *mobile-health*, cuja abreviatura é *m-health*, e que corresponde ao uso da comunicação móvel e sem fio para a prestação de cuidados à saúde.⁷⁴ Apesar de a OMS não ter criado, ainda, uma definição para a saúde móvel, pode-se dizer que ela corresponde à oferta de serviços médicos e/ou de saúde que se utilizam do apoio tecnológico de dispositivos móveis, diretamente conectados ao usuário, os quais passam a ser chamados de dispositivos vestíveis inteligentes⁷⁵, por serem dispositivos portáteis, como, por exemplo, o *apple watch*, que por meio de sensores oferecem serviços e tecnologias que gerenciam a saúde de seus usuários, e, por isso, surgem com a promessa de revolucionar a assistência médica, aumentando o autogerenciamento e o empoderamento dos pacientes.⁷⁶

Outro conceito que se insere no campo mais amplo da e-saúde é a telessaúde, que se refere ao uso de tecnologias da comunicação e informação na saúde, quando os atores envolvidos estão distantes um do outro.⁷⁷ A telessaúde, quando exercida por médicos, ganha o nome de telemedicina.

O uso da expressão telessaúde, portanto, abrange a assistência à saúde de modo multidisciplinar; ou seja, inclui prestações de serviços de saúde que ultrapassam as atividades médicas.⁷⁸ Em outras palavras, ambas, telemedicina e telessaúde, envolvem o uso eletrônico de tecnologias da informação e comunicação para cuidados de saúde quando a distância separa os participantes, mas a telemedicina tem necessariamente um médico como um dos participantes,

⁷³WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Building Foundations for eHealth**: Progress of Member States: Report of the Global Observatory for eHealth. Global Observatory for eHealth, 2006, p. 1.

⁷⁴REZENDE, Edson José Carpintero *et al.* Telessaúde: Confidencialidade e Consentimento informado. **Revista Med. Minas Gerais**, v. 23, n. 3, 2013, p. 367-373. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/223>. Acesso em: 18/11/2019. p. 368.

⁷⁵ROCHA, Thiago Augusto Hernandez *et al.* Saúde Móvel: novas perspectivas para a oferta de serviços em saúde. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 25, n. 1, mar. 2016, p. 159-170. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742016000100016&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16/07/2020. p. 160.

⁷⁶LUCIVERO, Federica; JONGSMA, Karin. A mobile revolution for healthcare? Setting the agenda for bioethics. **Journal of Medical Ethics**, v. 44, 2018. p. 685.

⁷⁷DAMASCENO, Renata Fiúza; CALDEIRA, Antônio Prates. Teleconsultoria na atenção primária no norte de Minas Gerais: cenário e fatores associados à sua não utilização por médicos. **Rev. Eletron. Comun. Inf. Inov. Saúde**, v. 12, n. 4, out.-dez. 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/30825/2/12.pdf>. Acesso em: 13/07/2020. p. 458.

⁷⁸REZENDE, Edson José Carpintero *et al.* Telessaúde: Confidencialidade e Consentimento informado. Ob. cit. p. 368.

enquanto a telessaúde se refere a qualquer uso de tecnologias da informação para quaisquer fins de saúde.⁷⁹ Ambas têm a mesma origem e finalidade, mas a telessaúde abrange outras áreas de saúde além da medicina⁸⁰, de modo que serviços odontológicos e de enfermagem, por exemplo, quando prestados por tecnologias de comunicação, podem ser definidos como telessaúde, mas não como telemedicina.

Como no presente trabalho o objetivo é demonstrar as implicações da interpretação bioética da prática médica à distância, intermediada por tecnologias da informação e comunicação, na atribuição de responsabilidade penal ao profissional que se utilizou dessa ferramenta, optou-se pelo uso do termo telemedicina.

2.2 Modalidades de telemedicina

A telemedicina pode envolver várias práticas. Telediagnóstico, telemonitoramento, teleconsultoria, teleorientação, teletriagem, teleconferência, telecirurgias, tele-educação, entre outras, diversas são as modalidades existentes dentro deste conceito mais amplo que é a prestação de serviços médicos à distância, mediada por tecnologias. O termo abrange, pois, um espectro de aplicações,⁸¹ desde as relativamente simples, como a transmissão de conteúdo médico, com fins educativos, pelos meios de comunicação, o que é chamado de tele-educação; até procedimentos complicados, como telecirurgias.

As práticas mais simples já são descritas na legislação nacional há um tempo, sem que haja muitas discussões a respeito, por não caracterizarem drásticas mudanças éticas, operacionais e monetárias na prática médica tradicional. Já em 2007 o Ministério da Saúde instituiu, por meio da Portaria nº 35 GM/MS, de 2007, o Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes, hoje regulado pela Portaria nº 2.546, de 27 de outubro de 2011⁸², visando melhorar a qualidade do atendimento da atenção básica no SUS, por meio de alguns serviços de telemedicina básicos, como teleconsultorias e telediagnósticos, que têm grande aplicação em países subdesenvolvidos como o nosso, por serem de baixo custo e exigirem menores

⁷⁹KAPLAN, Bonnie; LITEWKA, Sergio. Ethical Challenges of Telemedicine and Telehealth. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Cambridge University Press, v. 17, 2008, p. 401–416. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18724880>. Acesso em: 20/11/2019. p. 401.

⁸⁰CATAPAN, Soraia de Camargo; CALVO, Maria Cristina. Teleconsulta: uma Revisão Integrativa da Interação Médico-Paciente Mediada pela Tecnologia. *Revista Brasileira De Educação Médica*, v. 44, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbem/v44n1/pt_1981-5271-rbem-44-01-e002.pdf. Acesso em 17/07/2020. p. 2.

⁸¹KAPLAN, Bonnie; LITEWKA, Sergio. Ob. cit. p. 401.

⁸²MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 2.546, de 27 de outubro de 2011**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2546_27_10_2011.html. Acesso em: 16/07/2020.

infraestruturas de telecomunicação, proporcionando uma economia significativa para o sistema de saúde.⁸³ O programa disponibiliza, desde então, serviços de teleconsultorias, telediagnósticos, segunda opinião formativa e tele-educação, principalmente aos profissionais da saúde que atuam em cidades de difícil acesso.

A teleconsultoria é utilizada para possibilitar que médicos generalistas que estão em municípios remotos se comuniquem com polos universitários de excelência, oferecendo aos seus pacientes uma atenção primária à saúde mais qualificada e resolutiva.⁸⁴ Ela pode ser síncrona (realizada em tempo real), ou assíncrona (realizada por meio de mensagens *off-line*, que deverão ser respondidas em até 72 horas pelos teleconsultores do Núcleo de Telessaúde).⁸⁵ O telediagnóstico, por sua vez, se refere à situação na qual os exames são realizados em uma determinada localidade e enviados para emissão de laudo por meio de tecnologias da informação e da comunicação, de modo que o laudo é emitido por um especialista vinculado ao Núcleo de Telessaúde.⁸⁶ Ambas as modalidades citadas são práticas de telemedicina que melhoram o atendimento na rede pública de saúde desde 2007, mas que não causaram grande resistência na classe médica, por não alterarem de forma substancial o atendimento médico tradicional.

A segunda opinião formativa e a tele-educação também são duas modalidades previstas desde 2007, sem oposição a respeito, por se voltarem apenas a gerar conteúdo de qualidade para os médicos generalistas que atuam no Sistema Público de Saúde. A primeira modalidade consiste em respostas sistematizadas às perguntas mais relevantes originadas das teleconsultorias, que são construídas com base na revisão bibliográfica das melhores evidências científicas e clínicas, e publicadas na Biblioteca Virtual em Saúde para consulta⁸⁷, e a tele-educação, por sua vez, se refere à promoção de conteúdo educativo, pelo Núcleo Técnico Científico de Telessaúde, por meio da utilização das tecnologias de informação e da comunicação.⁸⁸

As práticas de telemedicina mencionadas já são aplicadas no Brasil há anos, sem que se tenha tido resistência à sua implementação; não obstante, algumas modalidades de

⁸³DAMASCENO, Renata Fiúza; CALDEIRA, Antônio Prates. Teleconsultoria na atenção primária no norte de Minas Gerais: cenário e fatores associados à sua não utilização por médicos. **Rev. Eletron. Comun. Inf. Inov. Saúde**, v. 12, n. 4, out.-dez. 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/30825/2/12.pdf>. Acesso em: 13/07/2020. p. 458.

⁸⁴Ibid. p. 458.

⁸⁵MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Telessaúde Brasil Redes: Manual de Telessaúde para Atenção Básica/Atenção Primária à Saúde**. Brasília, 2012. Disponível em: http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/publicacoes/manual_telessaude.pdf. Acesso em: 15/07/2020. p. 36.

⁸⁶Ibid. p. 55.

⁸⁷Ibid. p. 36.

⁸⁸Ibid. p. 47.

telemedicina, como, por exemplo, teleconsulta e telecirurgias, recebem grande oposição, por transformarem o modo como se faz medicina. É quanto a essas formas de atuação mais complexas, que confrontam postulados milenares do exercício do profissional médico, que este trabalho pretende se ater, voltando-se a demonstrar que os limites éticos da atuação do médico por meio da telemedicina, primordialmente na teleconsulta, teleinterconsulta e telecirurgia, devem ser considerados pelo sistema jurídico-penal quando da apuração da legitimidade de uma conduta médica que cause lesão a bem jurídico penal por meio dessa forma de atendimento à distância.

Essas práticas provocam mudanças tão radicais no exercício médico, que, quando foram normatizadas no Brasil pela Resolução CFM nº 2.227/2018⁸⁹, sofreram tamanho rechaço e pressão da classe médica, que o Conselho Federal de Medicina acabou por revogar essa regulamentação.⁹⁰

De acordo com a resolução, o CFM iria permitir, no Brasil, a prática da teleconsulta, definida no normativo como a consulta médica remota, mediada por tecnologias, com médico e paciente localizados em diferentes espaços geográficos. A teleconsulta médica pode ocorrer em caráter aditivo, alternativo ou parcialmente substitutivo. No primeiro caso, o uso de consultas virtuais acrescenta momentos de interação entre o médico e paciente, em acréscimo às consultas presenciais; no segundo, a teleconsulta substitui a consulta presencial; e, no terceiro, algumas consultas presenciais são substituídas por teleconsultas ao longo do tratamento.⁹¹ No caso da revogada resolução do CFM de 2018, a teleconsulta seria permitida em caráter parcialmente substitutivo, pois o CFM havia estabelecido como premissa obrigatória o prévio estabelecimento de uma relação presencial entre médico e paciente, e também recomendara a ocorrência de consultas presenciais em intervalos não superiores a 120 dias. Essa limitação que o CFM havia imposto mitiga a inquietação daqueles que veem o diagnóstico e prescrição sem exame físico como um absurdo.

A mesma resolução previu a teleinterconsulta como a troca de informações e opiniões entre médicos, com ou sem a presença do paciente, para auxílio diagnóstico ou terapêutico,

⁸⁹CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.227/2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22/11/2019.

⁹⁰LOPES, Marcelo Antônio Cartaxo Queiroga *et al.* Janela para o Futuro ou Porta para o Caos? **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 112, n. 4, abr. 2019, p. 461-465. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2019000400461&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01/07/2020. p. 462.

⁹¹CATAPAN, Soraia de Camargo; CALVO, Maria Cristina. Teleconsulta: uma Revisão Integrativa da Interação Médico-Paciente Mediada pela Tecnologia. **Revista Brasileira De Educação Médica**, v. 44, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbem/v44n1/pt_1981-5271-rbem-44-01-e002.pdf. Acesso em 17/07/2020. p. 7.

clínico ou cirúrgico, a qual não constitui uma novidade, pois já é previsto, desde a resolução de 2002, a possibilidade de consultorias virtuais com médicos nas duas pontas do canal de comunicação.

Por fim, até a telecirurgia seria normatizada, sendo definida, na mesma resolução, como a realização de procedimento cirúrgico remoto, mediado por tecnologias interativas seguras, com médico executor e equipamento robótico em espaços físicos distintos. Previa-se, para esta prática, exigências de infraestrutura adequada e segura; bem como de equipe composta por, no mínimo, um médico operador do equipamento (cirurgião remoto) e um médico responsável pela manipulação instrumental (cirurgião local), ambos habilitados para realizarem este tipo de intervenção. Parece futurístico pensar em uma cirurgia realizada por um robô, mas já é uma realidade no Brasil e no mundo, e que, a princípio, não está regulamentada no nosso país, por gerar receio, assim como tudo que é transformador.

Como se vê, o termo telemedicina faz referência a diversas modalidades de práticas médicas mediadas por tecnologias, algumas mais comuns e aceitas, enquanto outras trazem grande inquietação para uma parcela da classe médica, que as enxerga como um desserviço à Medicina.

2.3 Normatização da telemedicina no Brasil

O Conselho Federal de Medicina (CFM), juntamente com os Conselhos Regionais (CRM's), foram criados no Brasil a partir da promulgação da Lei 3.268, em setembro de 1957⁹², regulamentada pela Portaria nº 44.045, de 19 de julho de 1958⁹³. São autarquias federais, que têm três atividades diferentes como missão: estabelecer regras da prática médica no Brasil; registrar os médicos habilitados para a prática profissional, mesmo em diferentes especialidades médicas; e supervisionar a atividade médica em todo o território nacional.⁹⁴ As autarquias não têm o poder de legislar; não obstante, elas exercem, na qualidade de entidades da Administração, o poder normativo do Estado, com as características gerais a ele atribuídas: estabelecer normas de alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor, desde que não contrariem a lei nem imponham obrigações, proibições e penalidades que nela não estejam

⁹²BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3268-30-setembro-1957-354846-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 17/07/2020.

⁹³Idem. Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm. Acesso em 17/07/2020.

⁹⁴SOUZA, Cláudio de. Report - Reflections on the standardization of Telemedicine in Brazil. *Latin American Journal of Telehealth*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, abr. 2019. p. 89.

previstas.⁹⁵ É fato que as normas ético-profissionais postas pelos conselhos profissionais geram, a princípio, apenas uma presunção relativa de responsabilização administrativa, pois não se constituem normas legais, e o fato de a arte médica evoluir mais rapidamente do que a normatização que a acompanha faz com que seja possível o médico provar ao conselho que agiu eticamente, mesmo havendo infringido determinada norma posta. Como já foi exposto, os códigos de ética materializam princípios éticos assumidos por uma sociedade, mas esses princípios são mutáveis e, sendo superados, podem fazer com que os códigos fiquem retrógrados, levando à necessidade de constante revisão, o que chamamos no capítulo anterior de convergência entre os controles sociais informal e formal.

Nesse sentido, a sociedade, quando se deparou com o início do avanço das tecnologias da informação e comunicação aliadas à prática médica, passou a pressionar os conselhos profissionais para que esses estabelecessem padrões para a prática da medicina associada às tecnologias. Sendo assim, no Brasil, os critérios para prestação de serviços por meio da telemedicina foram disciplinados no Código de Ética Médica⁹⁶ e na Resolução CFM nº 1.643/2002⁹⁷.

Conforme versa o art. 37, do Código de Ética Médica⁹⁸, o atendimento presencial e direto do médico em relação ao paciente constitui regra para a boa prática médica. A Resolução CFM nº 1.974/2011⁹⁹ reforça este entendimento ao proibir que o médico consulte, diagnostique ou prescreva por qualquer meio de comunicação de massa ou a distância. Não obstante essa vedação à prescrição sem exame físico presente no art. 37, do Código de Ética Médica¹⁰⁰, o parágrafo único deste mesmo artigo afirma que o atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina. Essa regulamentação está contida na Resolução CFM nº 1.643/2002¹⁰¹, que restringe o uso da telemedicina, ao conceituá-la como o exercício da medicina por meio da utilização de metodologias interativas de comunicação, audiovisual e dados, aplicadas apenas com fins de assistência, educação e pesquisa em saúde. Tal descrição notoriamente limita o potencial de

⁹⁵PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 03, n. 1, mar. 2002. p. 39.

⁹⁶CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Disponível em: https://cem.cfm.org.br/templates/g5_helium/images/cem/pdf/codigo.pdf?5cc88fbf. Acesso em: 22/11/2019.

⁹⁷Idem. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

⁹⁸Idem. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Disponível em: https://cem.cfm.org.br/templates/g5_helium/images/cem/pdf/codigo.pdf?5cc88fbf. Acesso em: 22/11/2019.

⁹⁹Idem. **Resolução CFM nº 1.974, de 19 de agosto de 2011**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1974_2011.htm. Acesso em: 22/11/2019.

¹⁰⁰Idem. Ob. cit. 2018.

¹⁰¹Idem. Ob. cit. 2002.

aplicação que a telemedicina apresenta¹⁰²; pois, permite-se a telemedicina quando existem profissionais de saúde em ambas as pontas do canal de comunicação, possibilitando que estes troquem conhecimentos, experiências e opiniões, mas proíbe-se a teleconsulta, realizada diretamente entre médico e paciente. Compreende-se as limitações dessa resolução, pois, em 2002, as tecnologias ainda eram muito incipientes, de modo que o CFM apenas permitiu o uso da telemedicina em algumas modalidades mais simples, que eram cabíveis para a época.

Assim, conforme já mencionado, em 2007, por iniciativa do Ministério da Saúde, foi lançado o Programa Nacional de Telessaúde Brasil Redes, com foco na melhora da atenção primária na área pública de saúde, sem, contudo, englobar a teleconsulta (diretamente entre médico e paciente). No entanto, posteriormente, houve um grande avanço da rede mundial de computadores, da internet, e das redes sociais, sendo imensa a revolução tecnológica ocorrida de 2002 para 2021, a qual influenciou também a medicina, fazendo com que muitos profissionais passassem a querer ultrapassar o que estava previsto na resolução de 2002, e que ainda vige sobre a matéria, por considerarem que a experiência social já havia evoluído a ponto de compreender éticas as condutas médicas intermediadas pelas tecnologia, mas os conselhos profissionais continuavam-nas barrando por mero interesse corporativo.

Diante do intenso progresso tecnológico sendo incorporado também à área médica, em 2016, o Conselho Federal de Medicina foi provocado a opinar sobre a possibilidade de os médicos se utilizarem do *WhatsApp* e de outras plataformas similares para tirarem dúvidas de seus pacientes, bem como para discutirem casos com seus colegas, individualmente ou em grupos. Dessa provocação, resultou o Parecer CFM nº 14/2017¹⁰³, que manteve o entendimento pela proibição das consultas virtuais, ao dar seu posicionamento sobre o uso do *WhatsApp* em ambiente hospitalar. No parecer, o Conselho afirmou ser permitido o uso deste aplicativo ou de plataformas similares para comunicação entre médicos e médicos, tanto para trocas individuais, como em grupo, desde que respeitadas as regras impostas pelos instrumentos normativos que tratam do sigilo e da proibição de ter pessoas alheias à medicina compondo grupos de discussão de casos em que se abordam formas de diagnosticar e aplicação de condutas terapêuticas. Da mesma forma, permitiu a troca por *WhatsApp* entre os médicos e seus pacientes, quando se tratar de pessoas que já recebem assistência, com o fim de elucidar dúvidas, tratar de aspectos

¹⁰²MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antônio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, supl. 2, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001402005&lng=en&tlng=en. Acesso em: 18/11/2019. p. 5.

¹⁰³CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer CFM Nº 14/2017**. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/parecer-cfm-no-14-2017/>. Acesso em: 17/07/2020.

evolutivos e passar orientações ou intervenções de caráter emergencial; mas, se pertinente, o médico deve orientar que o paciente compareça ao consultório. No entanto, o CFM, apesar de ter admitido em certa medida o uso dessa ferramenta, ressaltou a vedação explícita em substituir as consultas presenciais e aquelas para complementação diagnóstica ou evolutiva a critério do médico por quaisquer das plataformas existentes ou que venham a existir.

Houve uma tentativa de mudança desse entendimento, por meio da publicação da Resolução CFM nº 2.227/2018¹⁰⁴, que dispunha sobre a possibilidade de os médicos brasileiros realizarem consultas *online*, assim como regulamentava telecirurgias e telediagnósticos, entre outras formas de atendimento médico à distância. Não obstante, tal resolução foi revogada pela Resolução CFM nº 2.228/2019¹⁰⁵, restabelecendo expressamente a vigência da Resolução CFM nº 1.643/2002¹⁰⁶. A revogação ocorreu, pois, para muitos pacientes e profissionais da área, a relação médico-paciente ainda seria considerada o núcleo moral da experiência em saúde, o qual estaria sendo violado caso permitissem que esta relação se desse na modalidade *online*.¹⁰⁷

O Conselho fez a resolução por reconhecer os benefícios causados pela aplicação dessas práticas tecnológicas em saúde, tanto que na sua exposição de motivos¹⁰⁸, o CFM asseverou ser a telemedicina uma evolução natural dos cuidados de saúde, sendo indiscutível sua capacidade de melhorar a qualidade, a equidade e a acessibilidade desses serviços. No entanto, posteriormente, por pressão da classe médica, afirmaram a necessidade de dar mais atenção ao poder disruptivo dessa tecnologia, que confronta postulados milenares da prática médica, acabando por solicitar a revogação da resolução, diante das manifestações de rechaço dos médicos brasileiros e das entidades representativas da classe.

Esta breve análise da normativa brasileira sobre a telemedicina demonstra que ela é uma realidade no país que está em ascensão e em vias de se tornar mais abrangente, como já ocorre em outros países do mundo. Este contexto já faria dela um importante objeto de estudo quanto às questões bioéticas que a envolvem e suas conseqüentes implicações jurídico-penais, que estaria inserida em um futuro próximo. Para tornar este objeto de pesquisa ainda mais relevante, o Ministério da Saúde permitiu, durante a pandemia de COVID-19, ainda que em caráter

¹⁰⁴CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.227/2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22/11/2019.

¹⁰⁵Idem. **Resolução CFM nº 2.228, de 06 de março de 2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 22/11/2019.

¹⁰⁶Idem. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

¹⁰⁷BAUER, Keith Alan. **The Ethical Implications of Telemedicine and the Internet for Home Healthcare**. Dissertação de PhD. Universidade do Tennessee, 2002. Disponível em: http://trace.tennessee.edu/utk_graddiss/2091. Acesso em: 15/11/2019. p. 38.

¹⁰⁸CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Ob. cit. 2018.

excepcional e temporário, ações em telemedicina que incluíram, inclusive, a teleconsulta. Como visto, a evolução da telemedicina para modalidades mais complexas já vinha ocorrendo na sociedade, havendo uma mudança de pensamento que estava a conduzir a ética social a aceitar sua aplicação como legítima, sendo a pandemia uma catalisadora dessa aceitação; mas, os profissionais da área médica foram pegos de surpresa, despreparados sobre como atuar de maneira ética nesta modalidade, e regulados por uma normatização de 2002, o que aumenta os riscos de responsabilização por eventuais danos causados quando da atuação médica por esta via virtual, e ressalta a importância da análise a que este trabalho se propõe.

2.3.1 A pandemia de COVID-19

O surgimento de um novo tipo de coronavírus, que antes não atingia seres humanos, foi identificado na província de Hubei, na China, levando a um número crescente de óbitos, e fazendo com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarasse, em 30 de janeiro de 2020, uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). Um pouco mais tarde, em 11 de março do mesmo ano, o surto do novo coronavírus foi caracterizado como uma pandemia, devido à sua distribuição geográfica em vários países e regiões do mundo.¹⁰⁹ No Brasil, a ESPII foi declarada por meio da Portaria nº 188, do Ministério da Saúde, de 03 de fevereiro de 2020¹¹⁰ e, a partir daí, preparou-se o Plano de Contingência Nacional, publicado na data de 13 de fevereiro do mesmo ano.¹¹¹

A doença, que apresenta alta transmissibilidade, apesar de ser assintomática na maioria dos pacientes infectados, pode causar quadros mais graves em 15% dos infectados, e levar 5% destes a precisarem de hospitalização. Dessa forma, a existência de muitos doentes ao mesmo tempo representaria um risco de sobrecarga no sistema de saúde, o que levanta significativamente a letalidade da doença.¹¹²

¹⁰⁹CAETANO, Rosângela *et al.* Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, n. 5, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00088920>. Acesso em: 30/06/2020. p. 2.

¹¹⁰MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 19/07/2020.

¹¹¹Idem. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19**. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública, Brasília, fev. 2020. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 18/07/2020.

¹¹²CAETANO, Rosângela *et al.* Ob. cit. p. 2.

Essa situação sem precedentes na História fez emergir diversas medidas com foco à prevenção na transmissão do coronavírus, as quais se fizeram essenciais para desacelerar a propagação da doença, achatando-se a curva de contágio do vírus, e reduzindo o pico de necessidade por assistência médica em hospitais e UTI's.¹¹³ Além de determinações como isolamento social e quarentena, o Governo Federal publicou, na data de 23 de março de 2020, a Portaria nº 467 de 20 de março de 2020¹¹⁴, do Ministério da Saúde, permitindo, em caráter excepcional e temporário (condicionadas à situação de ESPII decorrente do coronavírus), ações em telemedicina, as quais poderiam contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação, no âmbito do SUS, bem como na saúde suplementar e privada.

Antes disso, em 13 de março de 2020, o Conselho Federal de Medicina, por meio do Ofício CFM nº 1756/2020¹¹⁵, havia reconhecido a possibilidade do uso de três modalidades de telemedicina durante o período de combate ao contágio do COVID-19, além das já reconhecidas pela Resolução 1.643/2002¹¹⁶, quais sejam: teleorientação (realização, à distância, de orientação e encaminhamento de pacientes em isolamento); telemonitoramento (ato realizado sob orientação e supervisão médica para monitoramento ou vigilância a distância de parâmetros de saúde e/ou doença); e teleinterconsulta (exclusivamente para troca de informações e opiniões entre médicos, para auxílio diagnóstico ou terapêutico). O CFM não havia previsto a teleconsulta (consulta médica remota, mediada por tecnologias, com médico e paciente localizados em diferentes espaços geográficos) dentre as modalidades liberadas. Inicialmente, as três formas de atendimento abarcadas pelo ofício visavam, exclusivamente, o cuidado e direcionamento dos pacientes suspeitos ou acometidos por sintomas do coronavírus. Posteriormente, o Ministério da Saúde publicou a mencionada portaria, que foi mais abrangente, incluindo a teleconsulta, e não sendo ela restrita ao tratamento dos casos de COVID-19.

¹¹³CAETANO, Rosângela *et al.* Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, n. 5, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00088920>. Acesso em: 30/06/2020. p. 2.

¹¹⁴MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria MS/GM Nº 467, de 20 de março de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20467-20-ms.htm. Acesso em 30/03/2020.

¹¹⁵CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Ofício CFM Nº 1756/2020**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf. Acesso em 20/03/2020.

¹¹⁶Idem. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

Por fim, as duas casas do Congresso Nacional aprovaram o Projeto de Lei nº 696/2020¹¹⁷, autorizando o uso da telemedicina no Brasil, inclusive da teleconsulta, em quaisquer atividades da área de saúde, enquanto durar a crise ocasionada pelo coronavírus. O Presidente da República sancionou o projeto de lei na forma da Lei nº 13.989/2020, de 15 de abril de 2020, realizando 2 vetos. O primeiro veto foi relativo ao artigo sexto, que transferia para o CFM a regulamentação da telemedicina após o fim da pandemia, argumentando que¹¹⁸, findo este período, a matéria deve ser regulada, ao menos em termos gerais, em lei. O outro veto foi contra o disposto no parágrafo único do artigo segundo, que validava as receitas médicas digitais, desde que tivessem assinatura eletrônica, ou apenas assinatura digitalizada, afirmando¹¹⁹ ofensa do dispositivo ao interesse público e risco sanitário à população, por equiparar o documento eletrônico assinado digitalmente com certificados ICP-Brasil a um mero documento digitalizado, e de fácil adulteração.

A pandemia impôs mudanças na normatização da prática de telemedicina no Brasil; pois, tratando-se de um vírus altamente contagioso, com elevado potencial de propagação em espaços fechados, mostra-se uma estratégia de cuidado fundamental a possibilidade de consulta médica à distância, sem que o paciente seja submetido aos riscos de contágio que ele enfrentaria nos hospitais e serviços de urgência.¹²⁰ Com a permissão da teleconsulta médica, aquela porcentagem de pacientes que se contaminam com sintomas leves, e que provavelmente procurariam assistência médica nos hospitais, podendo contaminar outras pessoas, passa a ser atendida sem romper o isolamento social. Também não se pode ignorar que as outras doenças que coexistem com o COVID-19 ainda precisam ser cuidadas¹²¹, e a telemedicina possibilita que as pessoas não contaminadas, que precisam de atendimento médico, seja por terem doenças crônicas, ou por situações de urgência, possam receber essa assistência sem se submeterem ao risco de contaminação. Ou seja, com o fim de evitar as aglomerações nas salas de espera dos consultórios médicos e hospitais e, sendo os serviços médicos, em muitos casos, essenciais e

¹¹⁷BRASIL. **Projeto De Lei nº 696 de 2020.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867127&filename=PL+696/2020. Acesso em: 19/07/2020.

¹¹⁸Idem. **Despachos Do Presidente Da República.** Publicado em: 16/04/2020, Edição 73, Seção 1, Página 6. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-252726486>. Acesso em 19/07/2020.

¹¹⁹Ibid.

¹²⁰SARTI, Thiago Dias *et al.* Qual o papel da Atenção Primária à Saúde diante da pandemia provocada pela COVID-19? **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 29, n. 2, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222020000200903&lng=en&nrm=iso. Acesso em 01/07/2020. p. 2.

¹²¹LUNG WEN, CHAO. Telemedicina: cuidado aos pacientes e proteção para os profissionais da saúde. **COVID-19 artigos**, ANAHP, 2020. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/COVID-19/artigo-telemedicina-cuidado-aos-pacientes-e-protecao-para-os-profissionais-da-saude/>. Acesso em: 01/07/2020. p.1.

improrrogáveis, permitiu-se aos profissionais da medicina a realização de consultas, nas suas diversas especialidades, via remota, por meio das tecnologias da comunicação.

O período que vivemos mostra o quão indiscutível é o potencial benéfico da telemedicina. A possibilidade de orientação médica, inclusive com especialistas, sem a exposição do paciente, bem como do médico, a riscos de contágio é disruptiva. No entanto, trata-se a atual permissão de um estado de exceção, que está prevista, a princípio, apenas durante a pandemia de COVID-19, e sem a regulamentação necessária para conduzir os profissionais dentro de determinados padrões quando de sua prática. Ademais, não se sabe se a telemedicina persistirá como uma prática aceita pelo conselho profissional após a pandemia; pois, como foi visto, por mais que a prática esteja sendo aceita pela sociedade, os regulamentos profissionais, infelizmente, ainda manifestam, por muitas vezes, muito mais a expressão de interesses corporativos, do que um retrato real da ética social. A busca para que as normatizações sejam sempre um retrato fiel da ética descentrada de qualquer manifestação de poder institucional deve ser incessante, no entanto, não é o que sempre prevalece na prática.

Na exposição de motivos da Resolução CFM nº 2.228/2019,¹²² que revogou a Resolução CFM nº 2.227/2018¹²³, o CFM afirma que realizou a revogação para ter mais tempo de fazer uma análise criteriosa das contribuições trazidas médicos brasileiros e suas entidades de classe, com o objetivo de entregar aos médicos e à sociedade em geral um instrumento que seja eficaz em sua função de normatizar a atuação do médico e a oferta de serviços médicos a distância, mediados pela tecnologia. Ou seja, o CFM deixa implícito que uma nova resolução que regule o assunto será, sim, publicada.

A posterior situação de pandemia serviu como um catalisador para essa transformação que já vinha ocorrendo de forma incipiente no país. A classe médica foi pega de surpresa, e passou a ter de lidar com a teleconsulta, sem grandes preparações e com pouca normatização a respeito. A partir dessa situação forçosa e excepcional, imagina-se que a adoção definitiva de novas modalidades de telemedicina seja menos polêmica, e que modalidades como a teleconsulta e a telecirurgia venham a ser, sim, regulamentadas de forma definitiva no Brasil, seja por meio de lei, seja por regulamentação do CFM. No entanto, não conseguimos nem mesmo saber quem estabelecerá o regramento dessas atividades posteriormente à pandemia, tendo em vista o veto realizado pelo Presidente da República ao artigo sexto do Projeto de Lei

¹²²CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.228, de 06 de março de 2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 22/11/2019.

¹²³Idem. **Resolução CFM nº 2.227/2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22/11/2019.

nº 13.989/2020, muito menos a forma exata como essa regulamentação se dará. O que se sabe é que, qualquer que seja o regramento a respeito, ele deve convergir com a ética médica e social, constituindo, em simultaneidade à ética pessoal dos profissionais, mais uma espécie de controle, mas um controle formal, para que os atos médicos intermediados pelas tecnologias da comunicação e informação sejam perpetrados de forma a trazer os maiores benefícios possíveis à sociedade, sem importarem em riscos à vida e à saúde humana.

3 ASPECTOS ÉTICOS QUE ENVOLVEM O USO DA TELEMEDICINA

Algumas modalidades de telemedicina são apontadas como formas de atuação profissional que, apesar de trazerem muitos benefícios, confrontam os princípios mais tradicionais da ética médica, colocando em xeque as práticas usuais de saúde, por suprimirem o contato físico entre profissional e paciente; colocarem em risco a confidencialidade das informações transmitidas pelo paciente ao profissional; e, por fim, por terem o potencial de gerar mais uma forma de desigualdade no acesso à saúde, tendo em vista que as tecnologias da comunicação e informação não são acessíveis a todos.

O enfoque bioético dessas questões nos leva a questionar o papel da tecnociência para o bem-estar da humanidade, validando-a apenas na medida em que ela serve ao ser humano, mitigando ao máximo seus possíveis prejuízos. As reflexões decorrentes deste exercício racional levam ao estabelecimento de marcos aptos à condução do desenvolvimento tecnocientífico de forma sustentável; ou seja, de modo que os interesses do ser humano não sejam relegados em nome de uma ilusória evolução, mas sem também se deixar acomodar em uma inércia aprisionadora.

3.1 Ausência de exame físico

É fato que, apesar de o atendimento em saúde convencional envolver o encontro presencial, os recursos tecnológicos atuais conseguem promover um encontro virtual entre profissional e paciente, o que muda paradigmas e traz implicações éticas e legais, sendo uma das grandes críticas éticas à teleconsulta.¹²⁴ A teleconsulta é aquela realizada mediante um meio de telecomunicação, como a internet, onde não existe contato frontal com o examinado, nem os dados semióticos disponíveis, bem como inexistente a presença de outro médico no local, junto ao paciente. A permissão desse tipo de atendimento abre margem para uma série de riscos, que orbitam pela incerteza, insegurança e desconfiança das informações, por parte do médico; bem como, por parte do paciente, pelo medo da ausência de qualificação do médico e da divulgação de suas declarações.¹²⁵ Ou seja, a ausência do encontro presencial acaba por desencadear dois

¹²⁴REZENDE, Edson José Carpintero *et al.* Ética e telessaúde: reflexões para uma prática segura. **Rev. Panam Salud Publica**, v. 28, n.1, 2010, p. 58-65. Disponível em: <https://scielosp.org/pdf/rpsp/2010.v28n1/58-65/pt>. Acesso em: 17/07/2020. p.58,59.

¹²⁵FRANÇA, Genival Veloso de. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 1, 2000, p. 107-126. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57421. Acesso em: 18/11/2019. p. 110.

tipos de preocupação, quais sejam a insuficiência de uma relação de confiança entre médico e paciente, bem como a de um possível mau diagnóstico médico, devido à ausência de exame físico.

Classicamente, a consulta médica inclui, de forma integrada e “em carrossel”, a tríade anamnese, exame físico e exame complementar. A teleconsulta, por inviabilizar o exame físico, pode representar uma metodologia incompleta, ocasionando possíveis falhas decorrentes dessa nova forma de assistência¹²⁶, por comprometer o rigor tecnocientífico dos diagnósticos¹²⁷, já que o exame físico pode ser considerado etapa fundamental para o raciocínio clínico e o estabelecimento do diagnóstico e tratamento.¹²⁸ O exame físico é uma parte essencial na avaliação e manejo do paciente em diversas especialidades médicas, pois, juntamente com a entrevista, ele constitui meio de coleta de dados necessários para resolver as queixas apresentadas. É muito difícil, por exemplo, pensar em um diagnóstico de apendicite aguda sem a palpação do abdome do paciente. No entanto, é possível visualizar, em diversas especialidades, atendimentos médicos que não exigem o toque físico, não sendo um impeditivo a ausência deste contato pessoal, no que tange à conclusão do diagnóstico.

Além da questão da ausência do exame físico, questiona-se o quão a relação-médico-paciente seria abalada no caso da supressão do contato presencial. Esta relação, cuja base é a confiança mútua, é construída não só a partir da expressão verbal, mas na avaliação do paciente em seus aspectos bio-psico-sociais (inclusive de sua linguagem corporal), a qual é difícil de ser realizada à distância, por meio da tela do computador ou do celular.¹²⁹ A ausência da construção dessa relação pode trazer diversos prejuízos, na medida em que o paciente pode se abster de passar todas as informações necessárias à formação do adequado diagnóstico, bem como pode deixar de seguir o tratamento prescrito, pela falta de confiança em relação ao médico. É preciso ter cuidado para que o uso dessas tecnologias não seja feito de forma superficial, de modo a transformar os processos em cada vez mais impessoais, o que poderia liquidar com a relação entre o médico e o paciente, comprometendo a boa prática médica, pois, os médicos, pela essência de sua profissão, não deveriam se transformar em operadores de telemarketing.¹³⁰

¹²⁶LOPES, Marcelo Antônio Cartaxo Queiroga *et al* . Janela para o Futuro ou Porta para o Caos? **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 112, n. 4, abr. 2019, p. 461-465. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2019000400461&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01/07/2020. p. 461.

¹²⁷Ibid. p. 463.

¹²⁸AZEVEDO JÚNIOR, Renato. Teleatendimento, Revolução com Ética e Segurança. **Rev. Soc. Cardiol. Estado de São Paulo**, v. 29, n. 4, out.-dez., 2019. p. 362-364. p. 363.

¹²⁹Ibid. p. 363.

¹³⁰LOPES, Marcelo Antônio Cartaxo Queiroga *et al* . Ob. cit. p. 462.

Assim, cada caso concreto exige que se analise o quão a relação médico-paciente, que é essencial para a boa prática médica, será abalada ao se inserir uma ferramenta *online* nessa interação, e a resposta para essa análise definirá se a telemedicina configura uma opção adequada para atender às necessidades daquele paciente. A literatura afirma que a teleconsulta não é adequada para todos os pacientes ou para todas as situações¹³¹, sendo necessário que se prossiga identificando em quais situações ela é indicada, assim como o meio de comunicação apropriado para cada um dos casos.¹³² É preciso levar em consideração que, muitas vezes, a consulta presencial pode ser mais eficiente, ou até insubstituível, devido à necessidade de exame físico, sensibilidade dos problemas, validação dos dados de saúde móvel ou para manutenção da relação médico-paciente.¹³³

Uma alternativa apta a mitigar os mencionados problemas decorrentes da ausência do encontro presencial entre o médico e o paciente é a exigência e uma primeira consulta presencial, a qual serviria como forma de estabelecer essa relação entre o profissional e o paciente, bem como para que o médico realize o exame físico daquele cliente. O estabelecimento de intervalos máximos que sujeitem ao paciente a uma nova consulta presencial, intervalos estes baseados em evidências científicas da área, também tem o potencial de diminuir os riscos levantados.

Ademais, é preciso ter em mente que, para evitar a inefetividade da teleconsulta, deve-se considerar a vontade do paciente. Neste ponto, suscita-se o princípio da autonomia, que significa autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica e suas relações sociais.¹³⁴ Imprescindível notar que algumas variáveis contribuem para que um indivíduo seja considerado autônomo e para que a decisão seja livre e esclarecida. A autonomia está relacionada a condições biológicas, psíquicas e sociais, de modo que o médico deve se atentar sobre a capacidade de o indivíduo realmente estar consentindo com a situação apresentada; ou seja, se o consentimento se mostra devidamente esclarecido. Ainda, para que exista ação autônoma, é necessário a existência de alternativas de ação.¹³⁵ A teleconsulta aparece como um novo método propedêutico, conforme

¹³¹CATAPAN, Soraia de Camargo; CALVO, Maria Cristina. Teleconsulta: uma Revisão Integrativa da Interação Médico-Paciente Mediada pela Tecnologia. **Revista Brasileira De Educação Médica**, v. 44, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbem/v44n1/pt_1981-5271-rbem-44-01-e002.pdf. Acesso em 17/07/2020. p. 9.

¹³²Ibid. p. 10.

¹³³LUCIVERO, Federica; JONGSMA, Karin. A mobile revolution for healthcare? Setting the agenda for bioethics. **Journal of Medical Ethics**, v. 44, 2018. p. 686.

¹³⁴MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 53-70. p.57.

¹³⁵Ibid. p.57.

consta da exposição de motivos da revogada Resolução do CFM nº 2.227/2018¹³⁶, e não como um remédio para todos os problemas de assistência à saúde. Sendo assim, tanto o médico, como o paciente, devem exercer sua autonomia em querer, ou não, atender e ser atendido por este método, respectivamente. Se existe a alternativa entre o atendimento por meio da telemedicina e o atendimento presencial, e ambas as modalidades são igualmente proveitosas, o paciente deve estar ciente de ambas as opções. Não se pode supor que um paciente prefira um encontro de telemedicina à uma avaliação presencial, mesmo que o indivíduo more longe do local em que se preste o atendimento físico, ou tenha alguma incapacidade de locomoção, e ao mesmo tempo não se deve presumir que um paciente que esteja perto e livre de impedimentos será mais bem atendido por cuidados presenciais. Em ambos os casos, os pacientes devem receber informações sobre ambos os formatos de atendimento no momento do agendamento, podendo então tomar uma decisão informada sobre como desejam receber seus cuidados, a qual deve ser manifestada por meio de um termo de consentimento.¹³⁷ A decisão esclarecida está ligada, portanto, ao conhecimento, pelo paciente, de todas as implicações referentes a cada modalidade de atendimento. Optando, médico e paciente, pela teleconsulta, eles devem estar cientes dos possíveis limites deste método propedêutico, de modo que o médico deverá manifestar a necessidade de conversão da consulta virtual em física, caso seja necessário, negando dar continuidade do tratamento por meio da telemedicina, sob pena de agir de forma imprudente ou negligente; e o paciente, por sua vez, deve entender que, para sua segurança, pode ser que seja preciso se dirigir à consulta presencial. Sob o olhar da ética hipocrática, ao médico cabe a escolha do melhor tratamento para o paciente, só a ele podendo ser imputada a responsabilidade pela concretização de eventuais riscos decorrentes da escolha de uma modalidade de atendimento indevida. Por isso, é essencial que haja a devida orientação aos profissionais a respeito dos riscos do atendimento à distância em cada especialidade, como forma de se reduzir a ocorrência de eleições indevidas, pelo médico, de teleconsultas. Por isso, mais pesquisas devem ser desenvolvidas com o fim de se entender quais tipos de intervenções podem ser deixadas para as tecnologias da comunicação e informação, e quando será necessário manter um relacionamento pessoal e síncrono, para garantir um bom atendimento.¹³⁸ Evidências consistentes, direcionadas a cada especialidade, de que a teleconsulta pode ser benéfica são

¹³⁶CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.227/2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22/11/2019.

¹³⁷FIELDS, Barry G. Regulatory, Legal, and Ethical Considerations of Telemedicine. **Sleep Med Clin**, v. 15, n. 3, set. 2020, p. 409-416. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7340020/>. Acesso em: 14/01/2021.

¹³⁸LUCIVERO, Federica; JONGSMA, Karin. A mobile revolution for healthcare? Setting the agenda for bioethics. **Journal of Medical Ethics**, v. 44, 2018. p. 686.

necessárias para auxiliar a sua adoção definitiva, de forma realmente ética. Os médicos devem ser instruídos, pelos órgãos que regulamentam a profissão e pelas sociedades médicas, sobre os riscos inerentes ao tratamento sem consulta presencial, orientação que pode se dar a partir da elaboração de protocolos sobre a necessidade de exame físico, bem como por análises científicas sobre quais especialidades são mais suscetíveis a intercorrências, quando da atuação à distância, servindo esses documentos como embasamento objetivo para que o profissional decida pelo atendimento virtual, ou prefira a modalidade presencial.

Ademais, os médicos devem estar aptos a manter, mesmo no atendimento à distância, os mais altos padrões de assistência. Não é viável, no entanto, supor que eles possam fazer a transição perfeita do atendimento presencial ao cuidado baseado em telemedicina sem treinamento, tanto didático, quanto experiencial.¹³⁹ O médico foi formado para realizar seus atendimentos de forma presencial, de modo que, com essa mudança de prática, é essencial que a ele sejam fornecidos meios de adquirir a experiência necessária para ingressar de maneira adequada nesta nova dinâmica de atendimento. Aos pacientes, por sua vez, também é imprescindível que a eles seja assegurada a qualidade do atendimento médico, por meio do estabelecimento de controles que atestem a habilidade do profissional de atender pela via virtual. Os conselhos deveriam regulamentar espécies de cursos de capacitação, com posterior fornecimento de certificações que atestem a habilidade do médico para proceder com as consultas a distância, constituindo tal certificado um requisito essencial para a boa prática médica quando em teleconsulta, sob pena de sua conduta não ser considerada ética e, portanto, não ser considerada como uma intervenção médica legítima.

3.2 Sigilo dos dados do paciente

Também imprescindível para o estabelecimento desta relação de confiança entre médico e paciente, é que este acredite que seus dados de saúde estejam igualmente seguros quando atendido à distância.¹⁴⁰ Esse temor quanto ao sigilo dos dados envolvidos na prática da telemedicina é outra questão ética de extrema relevância ao se tratar do tema.

¹³⁹FIELDS, Barry G. Regulatory, Legal, and Ethical Considerations of Telemedicine. **Sleep Med Clin**, v. 15, n. 3, set. 2020, p. 409-416. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7340020/>. Acesso em: 14/01/2021.

¹⁴⁰MCCULLOUGH, Laurence B. Philosophical Provocation: The Lifeblood of Clinical Ethics. **The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine**, v. 42, n. 1, fev. 2017, p.1-6. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jmp/jhw034>. Acesso em: 25/11/2019. p. 3.

O sigilo das informações do paciente representa um dos pilares da relação médico/paciente, e, portanto, faz-se necessário que se estabeleçam medidas capazes de minimizar a preocupação diante da proteção dos dados transmitidos por meio da telemedicina.

Sabe-se que as informações de saúde do paciente são de sua propriedade e devem permanecer em sigilo, sendo sua guarda confiada aos profissionais de saúde envolvidos no atendimento e às instituições que os acolhem.¹⁴¹ Os profissionais que entram em contato com as informações têm apenas acesso às mesmas em função da necessidade profissional, sem nenhum direito de usá-las livremente.¹⁴²

A preservação de segredos profissionais é direito do paciente e uma conquista da sociedade, sendo que muito do vínculo que se estabelece entre médico e paciente pode ser creditado a essa garantia, que gera a confiança deste em relação àquele, confiança esta que se estende aos demais profissionais envolvidos que possam vir a ter contato com as informações derivadas do atendimento médico.¹⁴³

A guarda das informações do paciente se ligam tanto à questão da privacidade, quanto da confidencialidade. A primeira é um dever institucional, que visa preservar o paciente em sua dignidade, independentemente de relação direta estabelecida com o mesmo. A segunda deriva de um vínculo de confiança estabelecido com o profissional, que passa a ter o dever de guarda das informações transmitidas.¹⁴⁴

A preservação das informações transmitidas pelo paciente contra seu uso indevido é uma questão que permeia a prática médica desde os prontuários físicos. A preocupação adicional trazida pela incorporação dos recursos tecnológicos à área médica deriva da pressuposição de que informações sobre a saúde das pessoas serão transmitidas e armazenadas eletronicamente.¹⁴⁵ O perigo reside no fato de que a telemedicina incluiu novos personagens na dinâmica da relação que antes só comportava o médico e o paciente, mas que agora inclui outros atores, como engenheiros eletrônicos e operadores de sistemas, que poderão ter acesso a esses dados, se não forem estabelecidos os controles necessários.¹⁴⁶

¹⁴¹REZENDE, Edson José Carpintero *et al.* Telessaúde: Confidencialidade e Consentimento informado. **Revista Med. Minas Gerais**, v. 23, n. 3, 2013, p. 367-373. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/223>. Acesso em: 18/11/2019. p. 368-369.

¹⁴²FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Aspectos Bioéticos da Confidencialidade e Privacidade. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 269-284. p. 269.

¹⁴³Ibid. p. 270.

¹⁴⁴Ibid. p. 271.

¹⁴⁵REZENDE, Edson José Carpintero *et al.* Telessaúde: Confidencialidade e Consentimento informado. Ob. cit. p.369.

¹⁴⁶ROSA, Michele dos Santos; FAGUNDES, Silvia Lemos. Olhar diferenciado da Bioética e seus comprometimentos sociais em Telemedicina. **Rev. AMRIGS**, v. 57, n. 2, abr.-jun. 2013, p. 155-159. Disponível

Novas situações de quebra de privacidade ou confidencialidade podem derivar do uso crescente de recursos tecnológicos de transmissão de dados sobre pacientes. A telemedicina não alterará o compromisso de sigilo do profissional para com seu cliente, mas sempre haverá a participação de outros atores, mediando a relação entre ambos, o que, por si só, já pode ser considerado uma afronta à privacidade¹⁴⁷ e, portanto, um problema ético. Sendo assim, a educação e informação aos médicos também deve ter como pauta a proteção das informações repassadas pelo paciente, conforme os diplomas normativos nacionais.

Aqui, ressalta-se a importância de os profissionais tomarem ciência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nº 13.709/2018¹⁴⁸, legislação que trará grandes implicações quanto à questão ética do sigilo dos dados, inclusive em relação ao tratamento desses dados por pessoas físicas, de modo que todos os profissionais que realizarem a telemedicina devem se inteirar sobre as implicações legais do tratamento indevidos dos dados obtidos por este meio de atuação.

Em suma, o objetivo da lei, que pode ser depreendido já da leitura de seu primeiro artigo, é dispor sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com a intenção de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Para ser aplicada nestes termos, de acordo com o artigo terceiro da mesma lei, a operação de tratamento deve ser realizada no território nacional; a atividade de tratamento deve ter por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços, ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; e os dados pessoais objetos do tratamento devem ter sido coletados no território nacional (consideram-se coletados no território nacional os dados cujo titular nele se encontre no momento da coleta). O artigo quarto, por sua vez, dispõe sobre as exceções da aplicação da lei, que devem ser interpretadas taxativamente¹⁴⁹, as quais se referem ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; ou realizado para fins exclusivamente jornalístico e artísticos; acadêmicos; ou realizado para fins exclusivos de segurança pública; defesa nacional; segurança do Estado; atividades de investigação e repressão de infrações

em:https://www.researchgate.net/publication/257655802_A_differentiated_view_of_Bioethics_and_its_social_commitment_in_Telemedicine. Acesso em: 10/10/2019. p. 156.

¹⁴⁷FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Aspectos Bioéticos da Confidencialidade e Privacidade. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 269-284. p. 282.

¹⁴⁸BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 07/01/2021.

¹⁴⁹KLEE, Antonio Espíndola Longoni; NETO, Alexandre Nogueira Pereira. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): uma visão panorâmica. In: **Cadernos Adenauer XX**, n.3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, out. 2019.p. 17.

penais (esse tratamento será regido por legislação específica); ou provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD. A legislação, que compõe o arcabouço regulatório brasileiro da informação, tem efeitos amplos e ainda não perfeitamente dimensionáveis, atingindo o campo econômico, social e político.¹⁵⁰

A LGPD divide os dados entre dois grupos. O primeiro grupo é o dos dados pessoais, que são aquelas informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável. O segundo grupo diz respeito aos dados pessoais sensíveis, os quais seriam dados pessoais específicos elencados no art. 5º, II, da lei, dentre os quais se inserem os dados de saúde, e são sujeitos a um tratamento ainda mais rigoroso. O alcance da lei, portanto, parece certo quanto aos profissionais que obtêm dados sensíveis de pacientes, quando da prestação de atendimento médico por meio da telemedicina, até mesmo porque a legislação dispõe que o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado em hipóteses determinadas, dentre as quais consta a tutela de saúde realizada por profissional da saúde.

Conforme a lei, os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos na legislação e às demais normas regulamentares. Ademais, a lei cria uma autoridade nacional de proteção de dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, a qual compete fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso. Nos termos da LGPD, portanto, o que se prevê no caso de violação das normas contidas na legislação, são sanções administrativas, aplicáveis pela autoridade nacional, que compreendem, dentre outras penalidades administrativas, multas de até cinquenta milhões de reais por infração, as quais não substituem a aplicação de sanções administrativas, civis ou

¹⁵⁰ARAGÃO, Suélyn; SCHIOCCHET, Taysa. Lei Geral de Proteção de Dados: desafio do Sistema Único de Saúde. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, v.14, n. 3, Set. 2020. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/2012/2391>. Acesso em: 10/12/2020. p. 695.

penais definidas no CDC e em legislação específica. Ressalta-se que a LGPD não tem conteúdo penal.

Sob o ponto de vista ético, a questão do compartilhamento dos dados pessoais pode ser remediada por meio de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido no qual o paciente concorda que seus dados estarão sendo processados por um *software*, bem como poderão ser acessados pelos responsáveis eleitos pelo profissional de saúde para o tratamento desses dados sensíveis. No entanto, este consentimento não exclui do profissional seu dever de adotar todas as medidas de segurança exigidas pelos normativos nacionais na busca da preservação dos dados do seu paciente.

3.3 Desigualdade do acesso

Outro dilema ético que envolve a telemedicina é a questão da acessibilidade a tal método, levando ao questionamento sobre se a saúde digital irá exacerbar, ao invés de atenuar, a injustiça social no acesso à saúde.¹⁵¹

Uma das vantagens prometidas pela telemedicina é levar assistência em saúde à população que vive longe dos grandes centros, e, portanto, longe dos serviços especializados. Contudo, é essa mesma população que talvez não tenha alcance e domínio aos meios de comunicação e informação utilizados pela telemedicina, o que pode ser um fator limitante do acesso a esta forma de assistência. A exigência de equipamentos com uma conexão rápida de internet e algumas habilidades para interagir com esses dispositivos, acaba por excluir certos grupos (por exemplo, grupos de baixa renda ou idosos com menos destreza para manusear as tecnologias), o que levanta a questão de saber se as pessoas que realmente precisam de melhores cuidados ou melhor acesso a estes cuidados serão atendidas pelas novas tecnologias de saúde.¹⁵²

Celes *et al.*,¹⁵³ ao realizarem estudo de revisão sistemática da literatura sobre políticas de telessaúde como estratégia de resposta do Estado a problemas ou necessidades de saúde da população, concluíram que, no continente africano, por exemplo, dos projetos de telessaúde já implementados, quase nenhum se localizava em áreas marginalizadas, menos urbanizadas e com maiores necessidades de acesso à saúde, onde havia poucos médicos e infraestrutura de

¹⁵¹LUCIVERO, Federica; JONGSMA, Karin. A mobile revolution for healthcare? Setting the agenda for bioethics. **Journal of Medical Ethics**, v. 44, 2018. p. 687.

¹⁵²Ibid. p. 687.

¹⁵³CELES, Rafaela Santana *et al.* A telessaúde como estratégia de resposta do Estado: revisão sistemática. **Rev. Panam Salud Publica**, v. 42, ed. 84, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.84>. Acesso em: 15/07/2020. p. 4.

saúde inadequada, conclusão que deveria ter se dado ao inverso, diante do que a telessaúde promete. Os mesmos autores asseveram que os fatores educacional e cultural interferem muito na aceitação da utilização da telessaúde, afirmando que, na África, o misticismo e as religiões são grandes barreiras para que a população aceite o uso da tecnologia nos cuidados em saúde.

Além das barreiras culturais, existem as financeiras. No Brasil, o acesso à internet não é universal, e os aparelhos eletrônicos que propiciam uma teleconsulta, como computadores e *smartphones*, são caros. Não só isso, muitos aparelhos que estão sendo desenvolvidos para que o paciente use ele próprio para medir seus dados e enviá-los ao médico que estará atuando à distância têm alto custo, o que pode limitar a possibilidade de consulta via telemedicina àqueles que não tenham condições de adquirir tais dispositivos. Esta falta de infraestrutura para a implementação dos serviços de telemedicina à população em geral pode ser considerada uma “nova estratificação social da globalização”, a qual é composta por ricos globalizados (com acesso irrestrito a todos os cuidados) e pobres localizados (sem acesso à saúde básica).¹⁵⁴

É necessário entender que, mesmo com recursos limitados, desigualdades podem ser minimizadas por meio de políticas públicas e medidas práticas fundamentadas na equidade e responsabilidade social, não baseadas somente no princípio da eficiência econômica.¹⁵⁵ Para solucionar essa problemática, cabe ao Governo, tendo em vista o potencial benéfico da ferramenta, estabelecer infraestrutura adequada para que os serviços de telemedicina funcionem também, senão principalmente, no âmbito do sistema público, proporcionando a justiça necessária no acesso aos serviços de saúde. Os hospitais públicos devem disponibilizar o atendimento virtual com especialistas, oferecendo não só a tecnologia imprescindível ao desempenho desta consulta, como também o auxílio para o manejo do equipamento e o controle da agenda das teleconsultas oferecidas.

Para os usuários do sistema público que possuam habilidade e infraestrutura para que o atendimento seja realizado de suas próprias casas e equipamentos, seria essencial a elaboração de um *software* seguro, que mediante login e senhas pessoais, com técnicas de autenticação, possibilite o agendamento, alimentação dos dados, assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido mediante assinaturas eletrônicas com reconhecidos padrões de segurança, constituindo-se uma plataforma apta à realização da teleconsulta pelo sistema público, de forma controlada e efetiva, com o fornecimento seguro de receitas, se necessário. Caso o tratamento

¹⁵⁴BECK, Ulrich. **What is globalization?** John Wiley & Sons, 2014. E-pub. p.67

¹⁵⁵FORTES, Paulo de Carvalho. Reflexões sobre o princípio ético da justiça distributiva aplicado aos sistemas de saúde. In: COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020. p. 43.

seja passível de ser efetivado por meio da teleconsulta, considera-se um resultado positivo, na medida em que o paciente teve seu problema solucionado sem a necessidade de se dirigir à unidade de atendimento à saúde primária. Caso o paciente tenha que se deslocar ao atendimento presencial, seja pela necessidade de anamnese, ou mesmo pela não adaptação do paciente ao diálogo virtual, a telemedicina terá funcionado, pelo menos, como uma triagem apta a esvaziar os postos de atendimento do SUS, levando a um aumento na qualidade da assistência àqueles que tiverem que ser atendidos necessariamente de forma presencial.

Diante de todo o exposto, fica claro que o desenvolvimento de tecnologias na assistência em saúde é imensamente benéfico, mas que não se pode ignorar seus possíveis riscos e desvantagens. A leitura bioética dos conflitos apresentados é essencial para sua resolução adequada, sendo que, neste trabalho, ela será utilizada como subsídio para fundamentar ou afastar a atribuição de responsabilidade penal quando da atuação dos profissionais por meio da telemedicina.

3.4 Limites mínimos para uma telemedicina ética

Da leitura dos tópicos acima, depreende-se que existem algumas medidas capazes de mitigar os riscos à vida e à saúde humana que decorrem do uso da telemedicina, as quais podem vir a constituir marcos objetivos na caracterização da legitimidade da conduta do profissional que se utilizar dessas ferramentas tecnológicas.

Quanto aos problemas levantados pela ausência de exame físico, apresentam-se como controles possíveis: i) a necessidade de consultas presenciais periódicas, fixadas em intervalos de tempos cientificamente pensados, para reavaliação física do paciente, bem como para manutenção da relação médico-paciente; ii) a existência de evidências científicas consistentes que direcionem o profissional de cada especialidade, por meio de protocolos padronizados, sobre as situações que permitem que o acompanhamento médico se dê por meio da telemedicina; iii) o uso de termos de consentimento livres e devidamente esclarecidos, que atestem a vontade do paciente em se submeter à consulta virtual, em detrimento da possível consulta presencial, bem como sua ciência e concordância de que o médico tem total liberdade caso entenda necessária a conversão da consulta *online* em presencial; iv) a existência de cursos formadores que atestem a capacidade do profissional em realizar a transição do atendimento médico tradicional para a telemedicina.

No que tange à questão do sigilo do dados, apresentam-se como controles possíveis: i) o estabelecimento e exigência de padrões mínimos de segurança a ser adotados pelos

profissionais que se utilizam da telemedicina, convergindo todos os normativos do país no resguardo dos dados sensíveis do paciente; ii) o uso de termos de consentimento livres e esclarecidos no qual o paciente consente que seus dados de saúde serão acessados por outros atores, além do médico, como os responsáveis pelo tratamento dos dados, bem como pelos *softwares* utilizados.

Por fim, sobre a desigualdade no acesso a essa forma de assistência médica, propõe-se como solução: i) a disponibilização de triagem e atendimento médico, inclusive com especialistas, por meio da telemedicina no âmbito do SUS; ii) o fornecimento, pelo sistema público, do aparato necessário à realização de uma teleconsulta médica, e de auxílio para o manejo do equipamento; iii) um controle efetivo sobre o agendamento e ocorrência das teleconsultas marcadas.

Esses limites, extraídos de uma abstração bioética, mostram os valores éticos que a sociedade considera necessários para que o médico possa atuar, de modo a respeitar a vida humana em toda sua dignidade, sem deixar de explorar os benefícios da tecnologia aplicada à saúde. O profissional que assimilar e amadurecer esses valores, compreendendo a necessidade de determinadas proibições, este, sim, passa a ter uma noção mais realista de suas fronteiras, estando apto a conduzir situações limítrofes que se colocam em sua atividade.

Além de agir de acordo com os limites, cabe também ao indivíduo, observando sua superação, defender uma atuação diversa da proposta, estimulando uma convergência dos controles sociais informais e formais na busca de uma prática médica ética.

4 PROBLEMAS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL NA TELEMEDICINA

Na antiguidade, o exercício da medicina era ligado ao divino, e portanto não era questionado. No início deste século, observava-se uma relação médico-paciente assentada em uma confiança irrestrita do cliente no médico. Mas, com o avanço do tempo, o que se viu foi o profissional da medicina se transformar em um fornecedor, que vende seus serviços ao consumidor. Isso se deve ao fato de que o progresso da ciência da medicina despiu o médico de sua aura sacral e o vestiu com a roupagem do homem comum, sendo capaz de acertos, mas também de erros, os quais precisaram ser disciplinados em normas legais, e passaram a constituir direitos cujas violações são passíveis de punição.¹⁵⁶ Conforme asseveram Campos e Destro¹⁵⁷, se, outrora, em nossos tribunais, eram esporádicos os processos penais relacionados à responsabilidade médica e estes culminavam com a absolvição do profissional, atualmente, a situação é alterada, com o aumento das demandas criminais e condenações mais frequentes.

A responsabilização médica por atuação inadequada pode envolver mais de uma esfera jurídica, não sendo incomum que a prática de um único ato ilícito pelo profissional da medicina no seu exercício possa desencadear consequências nas esferas administrativa (por exemplo, com a suspensão do CRM), cível (com possível pagamento de indenização por erro médico) e penal (por exemplo, no caso de o paciente vir a óbito após uma cirurgia mal executada).

A questão da atribuição de responsabilidade penal médica é há muito tempo estudada e debatida pelo direito, mas as análises foram trilhadas com base no atendimento presencial. Com a incorporação de alta tecnologia na prestação dos serviços médicos, altera-se o fato social, e, conseqüentemente, a necessidade de tutela diferenciada quanto às lesões a bens jurídicos penalmente relevantes que vierem a ser perpetradas nessas novas formas de atendimento.

É nesse cenário que o médico que atua por meio da telemedicina se insere, pois, ele, que já lidava com riscos potenciais, vê esses riscos incrementados quando incorpora tecnologias em suas atividades, sem que o sistema jurídico apresente claramente quais os limites deste aumento. A forma como as novas modalidades de telemedicina foram permitidas no Brasil, em um cenário de pandemia e sem normativa específica precisando os limites do seu uso na atuação

¹⁵⁶PIRES, Ariosvaldo de Campos. Responsabilidade Penal e Civil do Médico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 39, 2001. Disponível em: <https://www.Direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1187/0>. Acesso em: 01/12/2020.

¹⁵⁷CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; DESTRO, Paulo. Lesão corporal culposa e a responsabilidade penal do médico: reflexões à luz da lei n. 9.099/95. **Rev. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, v. 110, jan.-dez. 2015, p. 417-450. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115501>. Acesso em: 02/12/2020. p. 417.

médica, traz um vácuo operacional social e jurídico, e por isso o papel da bioética ganha tamanha relevância, oferecendo o subsídio que o direito penal, ao ser aplicado, requer. Em suma, a telemedicina foi legalizada, não sendo seu uso uma violação automática às normas de cuidado, como outrora poderia ser caracterizada; no entanto, as críticas éticas a essa forma de atuação demonstram a existência de riscos que, se não observados, podem fazer, sim, com que os profissionais ajam culposamente quando da utilização da ferramenta, com consequente atribuição de responsabilidade penal quanto aos danos eventualmente consumados.

Nesse contexto, a presente análise tem como objeto as questões de imputação penal que envolvem o profissional médico que atua por meio de tecnologias da informação e comunicação, buscando demonstrar como a inserção das tecnologias no atendimento médico alteram o fato social da consulta médica tradicional, fazendo emergir a necessidade de respostas jurídico-penais adequadas, as quais devem ser legitimadas pela leitura bioética dos problemas postos. A bioética passa a prover à responsabilidade penal de uma melhor compreensão da legitimidade da conduta do profissional que acaba causando um dano quando do atendimento médico à distância. Será feita uma abordagem em relação a algumas situações específicas: erro médico em teleconsulta, inclusive em situações de divergência de diagnóstico em teleinterconsulta; violação do segredo profissional; exercício ilegal da medicina; e atribuição de responsabilidade penal dos atores em cirurgia robótica.

4.1 Teoria do delito e imputação

O estudo do crime de forma estruturada foi trilhado por grandes nomes que deram origem aos modos como, hoje, imputa-se responsabilidade penal. As transformações sofridas pelo sistema penal perpassam os institutos da conduta, tipo, ilicitude e culpabilidade, por meio de teorias que buscaram criar um método apto a promover, cientificamente, tal atribuição de responsabilidade. Serão tecidas breves notas sobre os cânones da imputação de responsabilidade penal, com o objetivo de introduzir a forma como aqui se defenderá a atribuição de responsabilidade penal em conflitos envolvendo a telemedicina.

Na primeira metade do século XX, Hans Welzel criou a teoria finalista, base sobre a qual é assentada até hoje a atribuição de responsabilidade penal no Brasil, se contrapondo ao causalismo que vigia à época, idealizado por Franz Von Litz e Ernst von Beling, que sucumbiu por esvaziar o conteúdo da ação ao inserir o elemento volitivo do agente na culpabilidade, ao invés de na conduta. Welzel, por sua vez, afirmava a finalidade ser baseada na capacidade do indivíduo de prever, dentro de certos limites, as consequências de suas ações no curso causal,

e, portanto, direcionar-se de acordo com este entendimento, de modo a tornar a vontade a espinha dorsal da ação final, reitora do acontecer causal.¹⁵⁸ A diferença fundamental entre o finalismo e o causalismo, portanto, residiu justamente na localização do dolo dentro da estrutura do delito, que, na teoria de Welzel está da ação; e na de Von Liszt e Beling, na culpabilidade. A problemática dos crimes culposos, diante do finalismo, foi resolvida reprovando-se, ao invés da finalidade do agente, os meios que este elegeu para a consecução de seu fim; de modo que, nesses casos, apesar de o agente dirigir sua vontade para um fim lícito, para alcançar esse fim, ele elege um meio com negligência, imprudência, ou imperícia, sendo essa eleição punida a título de culpa.¹⁵⁹

Apesar de o finalismo ter sido a base sobre a qual os sistemas posteriores se estruturaram, muitas críticas foram tecidas quanto a ele, fundamentando a tentativa de sua superação por novas teorias. Claus Roxin foi um dos grandes expositores dentre as correntes pós-finalistas, afirmando que as tradicionais categorias de estrutura do crime - tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade - deveriam ser sistematizadas, desenvolvidas e contempladas sob o prisma de sua função político criminal.¹⁶⁰ Para ele, a estrutura do delito deveria atender às finalidades da política criminal, pois, sem fim político, uma pena não teria o porquê de ser aplicada. Nesse sentido, o autor afirma que, no que diz respeito ao tipo penal, sua função político-criminal é de garantir o princípio da legalidade, havendo duas formas de o legislador tipificar condutas: por meio dos delitos de ação ou por meio dos delitos de infração de dever.¹⁶¹ Enquanto em crimes de ação só pode ser autor a pessoa que tem o domínio do fato - seja da ação, da vontade ou domínio funcional do fato, e partícipe, delimitando-se negativamente, todo aquele que, sem exercer domínio do fato, preste colaboração a quem o exerce, nos delitos de infração de dever, só pode ser autor aquele sujeito que, pela norma penal, está em especial posição de evitar o resultado desvalorado (garantidor).¹⁶² A teoria foi intitulada pelo próprio autor de normativismo, por passar a estabelecer critérios externos para o injusto, a exemplo da política criminal, deixando de estar totalmente ligada a um injusto pessoal e subjetivo.¹⁶³ Em contraposição à deficiência do nexos causal (ação e reação) para caracterizar a responsabilidade

¹⁵⁸WELZEL, Hans. El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. **Coleção Maestros del Derecho Penal**, n. 4. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004. p. 42.

¹⁵⁹Ibid. p. 111.

¹⁶⁰ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. **Coleção Claves del derecho penal**, v.2, Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 19.

¹⁶¹Ibid. p. 19.

¹⁶²Ibid. p. 20.

¹⁶³RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 51.

penal em todas as condutas, o autor traz outros elementos para se afirmar a ocorrência do tipo, como critérios de imputação (normativos).

Wolfgang Frisch critica a imputação objetiva de Roxin, afirmando que a criação ou o incremento de riscos proibidos relevantes que, para Roxin, fariam parte da imputação objetiva, constituem, na verdade, pressuposto material da responsabilidade penal, devendo ser objeto de um juízo valorativo autônomo, que ele chama de juízo de desaprovação da conduta; não integrando, pois, matéria de imputação, já que a imputação só poderia versar sobre o resultado.¹⁶⁴ A adequação social e a criação de riscos permitidos ou tolerados seriam temas pertinentes a esse juízo de desvalor da conduta, e não ao da imputação objetiva do resultado. O desvalor da conduta, para esse autor, constitui um requisito absolutamente autônomo e imprescindível para a tipicidade penal, por separar o que é relevante para o direito penal daquilo que está dentro do âmbito da liberdade geral de atuação.

Como outro grande pós-finalista, Jakobs propôs uma corrente que levou a alcunha de funcionalismo sistêmico, radical ou lógico, a qual tem como base o sistema social que o ordenamento jurídico procura manter. Nesse sentido, Jakobs afirma que o direito penal, sendo partícipe do fenômeno da comunicação social, tem a função de estabilizar expectativas normativas, refutando comportamentos contrários às normas definidoras da própria identidade social.¹⁶⁵ O delito seria, assim, a negação dessa identidade; e, a pena, sua confirmação.¹⁶⁶ Para o autor, o fator decisivo para a aplicação da penalidade é a proteção da validade da norma, e não a proteção do bem jurídico.¹⁶⁷

Urs Kindhäuser oferece um fundamento para a culpabilidade baseado nas teses do comunitarismo, procurando associá-lo a uma realidade comunicativa. O conceito básico do comunitarismo é de que o indivíduo nasce já no interior da vida em sociedade, de modo que ele constrói com ela uma relação chamada de laço comunitário, sendo titular de direitos e obrigações para com essa comunidade, especialmente no que tange à corresponsabilidade pelo bem-estar comunitário. Para Kindhäuser, o direito tem função de ajustar os comportamentos no interior da comunidade, possuindo os indivíduos o dever de lealdade para com essas normas.¹⁶⁸ Grosso modo, a infração da norma representaria a expressão da culpabilidade, na medida em

¹⁶⁴FRISCH, Wolfgang. **Desvalor e imputar**. Tradução de Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2004, p. 19 e ss.

¹⁶⁵JAKOBS, Günter. Sociedade, norma e pessoa. Coleção Estudos de Direito penal. v. 6, 1. ed, 2003. p. 1.

¹⁶⁶Ibid. p. 1.

¹⁶⁷JAKOBS, Günter. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Cuadernos Civitas, 1. ed. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 48.

¹⁶⁸KINDHÄUSER, Urs. La culpa penal en un estado democrático de derecho. In: **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 35.

que se traduz pelo abandono da comunidade; pois, com a quebra da norma, o autor nega o acordo que a embasa e, com isso, a autonomia comunicativa de quem com ele participa da comunidade.¹⁶⁹

Pawlik, por sua vez, questiona a tradicional distinção entre injusto e culpabilidade, na medida em que tal diferenciação não pertence à essência eterna da dogmática jurídico penal, de modo que renunciar a essa categoria leva ao aprofundamento da visão em relação às diferenças sistemáticas entre as instituições jurídicas em jogo, possibilitando um mais adequado tratamento das questões materiais concretas.¹⁷⁰ Para ele, apenas alguém que o direito reconheça a competência com capacidade e imputabilidade estaria em condições de agir de forma relevante em contrariedade aos comandos e proibições da norma.¹⁷¹ Nesta via, o autor aprofunda a ideia de deveres negativos e positivos em direito penal sob uma perspectiva crítica, com alguns de seus desenvolvimentos que tendem a conceber os segundos como equivalentes aos primeiros, permitindo que sua infração dê lugar à imputação do resultado. O autor analisa o conceito de instituição e responsabilidade institucional como forma de imputação jurídico-penal de responsabilidade, e propõe uma concepção estrita daquela vinculada à assunção, por parte do Estado, das funções de proporcionar prestações positivas para a generalidade em certos âmbitos de importância significativa.¹⁷²

Frente às teorias colacionadas acima, é possível reconhecer distintos esquemas argumentativos justificantes da intervenção jurídico-penal. Não há, até hoje, um consenso quanto aos fundamentos do processo de imputação, pelo qual se fundamenta a atribuição de responsabilidade pela prática da conduta proibida.¹⁷³ A codificação penal brasileira, já no seu art. 1º, afirma o princípio da legalidade, definindo que não há crime sem lei anterior que o defina; mas a verdade é que, ainda que consagrado o império da lei, a partir do final do século passado, o jurista penal concentrou sua atividade na elaboração de teorias dogmáticas, que levam à construção de modelos dogmáticos, a partir dos quais retiram-se consequências não evidentes no texto legal.¹⁷⁴ Os modelos dogmáticos operam sobre a norma posta, mas a escolha da teoria dogmática altera a estrutura compreensiva da norma jurídica, por meio da qual se

¹⁶⁹KINDHÄUSER, Urs. La culpa penal en un estado democrático de derecho. In: **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 52-53.

¹⁷⁰PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 108.

¹⁷¹Ibid. p. 98.

¹⁷²ROBLES, Ricardo. Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal Econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, v. 6. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 6.

¹⁷³TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 198.

¹⁷⁴REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 170.

analisa suas condições de eficácia.¹⁷⁵ A depender da teoria dogmática adotada, alteram-se nuances da atribuição de responsabilidade penal.

Em meio às diversas correntes de pensamento, que, conforme exposto, podem originar interpretações distintas a respeito da eficácia do direito positivo, a presente pesquisa pretende analisar os tipos penais propostos, usando a visão bioética com o fim de organizar racionalmente o direito para cumprir seu planejamento funcional na sociedade. O direito penal não pode ser ordenado como um sistema fechado, no qual um pensamento tópico se opera à margem do sistema; mas, sim, deve se construir como um sistema aberto, no qual os novos problemas sejam discutidos com todo o conhecimento disponível no sistema, resolvendo-se de modo a integrar este sistema, ou mesmo forçar a sua modificação.¹⁷⁶ Um modelo fechado, por conduzir a uma abstração desmedida das categorias penais, acaba por abandonar as particularidades do caso concreto, podendo resultar em resultados materialmente injustos.¹⁷⁷ Por isso, conforme ensina Figueiredo Dias¹⁷⁸, o direito penal deve buscar uma solução justa ao caso concreto, que seja simultaneamente adequada ao sistema jurídico-penal, o que, neste trabalho, pretende-se fazer com o recurso à bioética.

Não se objetiva, aqui, realizar uma leitura dogmática dos delitos, mas tão somente demonstrar como a bioética pode fornecer ao direito penal e às suas categorias dogmáticas subsídios necessários à análise das questões de imputação que envolvem o profissional que se utiliza da telemedicina, para que o sistema de justiça criminal seja capaz de apurar de forma funcional e idônea a legitimidade da conduta do médico que agir nesta nova modalidade de atendimento. As tecnologias trazem problemas que podem, até certo nível, ser resolvidos à luz da ética social e de normas regulamentares, cujo descumprimento acarreta sanções na esfera administrativa. No entanto, alguns riscos que emergem do uso da telemedicina, em razão da gravidade das lesões possíveis para a vida humana, podem assumir o status de delitos. Esse espaço a ser garantido no direito penal não pode, contudo, ser utilizado de forma desordenada, devendo o sistema de justiça criminal extrair da bioética a necessidade e os limites da sua intervenção, buscando uma convergência entre as esferas de atribuição de responsabilidade.

¹⁷⁵REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 171.

¹⁷⁶FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (org.). **Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, Ago. 2003. p. 76.

¹⁷⁷Ibid. p. 77.

¹⁷⁸Ibid. p. 78.

4.2 Responsabilidade penal por erro médico em teleconsultas

Não se trata a medicina de uma ciência exata, na qual o cientista tem absoluto controle sobre os resultados esperados, o que faz com que nos refiramos à profissão como sendo uma atividade meio, na qual se espera que o profissional empregue toda a diligência e recursos disponíveis para conduzir o caso que a ele se apresenta, mas sem ter que garantir o sucesso da intervenção médica. Isso faz com que a responsabilização pelo insucesso do tratamento não seja automática, visto que, se o médico atua regularmente, mesmo que para isso cause lesões ao paciente, há um certo consenso na doutrina brasileira de que ele age de forma justificada dogmaticamente pelo exercício regular do direito, de modo que as intervenções médicas passaram a constituir um “direito de profissão” do profissional. Essa justificação formal seria corroborada por outra material, qual seja o fato de a atividade médica ser um meio justo para se atingir um fim justo.¹⁷⁹ Portanto, para que haja responsabilização médica, deve-se demonstrar que o profissional não esgotou todos os meios possíveis para que os fins fossem atingidos, agindo ou se omitindo de forma culposa, caracterizada por uma de suas três modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.¹⁸⁰

O erro médico pode levar às três esferas de responsabilização: administrativa, cível e penal. Mas, como o que interessa no presente estudo é a esfera penal, o erro penalmente relevante é apenas aquele resultante de conduta culposa, a qual esteja prevista na norma como crime e não esteja amparada por nenhuma causa excludente de ilicitude, e cujo autor seja culpável. Por exemplo, como existe a previsão de lesão corporal culposa (art. 129, § 6º e 7º) e de homicídio culposo (art. 121, §§ 3º e 4º) no Código Penal, um erro médico que leve a um desses dois resultados pode ensejar na atribuição de responsabilidade penal do autor da conduta ilícita.¹⁸¹

¹⁷⁹SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da Medicina**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 132.

¹⁸⁰No art. 1º do Código de Ética Médica extrai-se o conceito de erro médico como o dano provocado no paciente pela ação ou omissão do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Disponível em: https://cem.cfm.org.br/templates/g5_helium/images/cem/pdf/codigo.pdf?5cc88bf. Acesso em: 22/11/2019.

¹⁸¹A ocorrência de lesão corporal ou morte decorrente de erro médico pode ser tratada de modo mais severo do que a lesão corporal ou homicídio culposos ocorridos em outra situação, pois há previsão nos parágrafos quarto do art. 121 do Código Penal (no caso do homicídio), e sétimo do art. 129 do mesmo diploma legal (no caso de lesão corporal), de que se o resultado advier de “inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício” deve incidir um aumento de pena correspondente. No que tange às lesões corporais, que consistem em ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, importante salientar que, apesar de as mesmas serem divididas, pelo Código Penal, quanto a sua gravidade, em simples, grave e gravíssima, tal classificação só tem aplicação nos casos em que o agente teve a intenção de lesionar. Sendo a lesão corporal culposa, mais precisamente quando em inobservância de regra técnica de profissão, a gravidade da lesão não influi na pena. PRATES, Núria Derviche;

A ação culposa se caracteriza quando a vontade do agente se dirige apenas para a conduta, não sendo o resultado previsto pelo mesmo, muito embora o pudesse ter sido. Se o agente houvesse guiado sua conduta observando as regras objetivas de cuidado (dever objetivo de cuidado), teria previsto a possibilidade do resultado, e por causa dessa previsão, teria deixado de agir. Assim, o autor de um delito culposo é aquele que: i) realize uma ação perigosa; ii) que essa ação perigosa se confronte com uma norma de cuidado que se destina a regular aquela espécie de atividade que está sendo desenvolvida; iii) que a execução dessa atividade descuidada se tenha exaurido no resultado proibido, o qual lhe será imputado.¹⁸² No tipo de injusto culposo, o essencial não é a simples causação do resultado, mas sim a forma com que a ação causadora se realiza, e por isso a observância do dever objetivo de cuidado, isto é, a diligência devida, constitui seu elemento fundamental, cuja análise constitui uma questão preliminar no exame da culpa.

As normas de cuidado, conforme assevera Juarez Tavares¹⁸³, estão associadas, em muitos casos, a regulamentos profissionais ou a regras específicas relativas à execução de certas atividades. Entre estas, o autor menciona explicitamente as disposições relativas ao exercício da medicina, cujas normas legais são complementadas por resoluções e pareceres dos respectivos órgãos de fiscalização, como criadoras de deveres de cuidado. Esse dever objetivo de cuidado pode ser violado por três formas de culpa, quais sejam a imprudência, a negligência e a imperícia, modalidades expressamente previstas no art. 18, II, do Código Penal. As modalidades de culpa se caracterizam, respectivamente, no que tange ao ato médico, pela atitude desprovida da cautela que a situação requeria (imprudência), pela omissão nos cuidados durante o tratamento (negligência), ou pela ausência ou má aplicação de conhecimentos necessários (imperícia).¹⁸⁴ A distinção entre o que caracteriza cada uma dessas modalidades nem sempre é fácil, mas isso não chega a trazer problemas para a identificação da culpa, tendo em vista que quaisquer das três atitudes caracterizam o mesmo elemento subjetivo, e esta caracterização é o que importa, independentemente da espécie que a possibilitou. Ademais, o dever de cuidado a que o profissional se sujeita merece ser avaliado individualmente. Por exemplo, para analisar a violação do dever de cuidado e, como consequência, a incidência típica, verifica-se a capacidade particular do profissional; de modo que, um grande especialista

MARQUARD, Marcelo. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. **J. Vasc. Br.**, v. 2, n.3, 2003. p. 245.

¹⁸²TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 499-500.

¹⁸³Ibid. p. 381-382.

¹⁸⁴CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; DESTRO, Paulo. Lesão corporal culposa e a responsabilidade penal do médico: reflexões à luz da lei n. 9.099/95. **Rev. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, v. 110, jan.-dez. 2015, p. 417-450. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115501>. Acesso em: 02/12/2020. p. 429.

que, embora tenha atuado de modo superior à média, atuou aquém da sua capacidade e cometeu danos, incorrerá em conduta culposa, enquanto um generalista que tenha atuado da mesma forma poderá não incorrer.¹⁸⁵

Conforme ensina Rodríguez¹⁸⁶, o entendimento do delito culposo faz o penalista enfrentar as peculiaridades do que seria um delito sem intenção, divergindo dos pressupostos anteriores e elementares do direito penal, os quais condenam uma responsabilização sem vínculo psicológico (intencional). Mas a criação, pelo homem, de fontes de risco na sociedade moderna demanda a formulação de regras de conduta, que são o que já aqui definimos como deveres objetivos de cuidado, e cujo descumprimento pode levar à atribuição de responsabilidade penal, tratando-se de uma necessária expansão do direito penal.

Ao se discutir sobre o erro médico, depara-se também com o conceito de iatrogenia, o qual merece ser levado em consideração, realizando-se a devida distinção. Apesar de não existir um consenso entre os doutrinadores sobre a definição dessa figura, a partir da revisão bibliográfica realizada, concluiu-se que a iatrogenia consiste nos resultados negativos da prática médica que estavam fora do alcance do médico evitar. Ou seja, a iatrogenia seria um dano decorrente do atuar médico correto.

Interessante é o entendimento¹⁸⁷ de que a iatrogenia deve ser vista sob dois aspectos, *lato e stricto sensu*. *Lato sensu*, seria o dano causado ao paciente por um ato médico, seja com falha ao atuar (caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia), seja decorrente de um atuar realizado dentro das normas recomendadas. *Stricto sensu*, a iatrogenia seria apenas o dano decorrente do devido atuar do médico. Sob este ponto de vista, para alguns autores¹⁸⁸, os erros médicos, tais como constam do Código de Ética Médica (imperícia, imprudência, negligência) se enquadram na categoria de iatrogenias *lato sensu*, sendo passíveis de responsabilização. Não obstante, no presente trabalho será seguida a definição daqueles que afirmam a existência da iatrogenia apenas em seu sentido estrito, alegando não ser possível se assemelhar a iatrogenia ao erro, pois o erro profissional pressuporia a prova de negligência, imprudência ou imperícia, enquanto a iatrogenia não. Neste caso, o profissional, apesar de ter tomado todos os cuidados clínicos e paraclínicos, avaliando seu paciente adequadamente antes e depois da prescrição,

¹⁸⁵GORGA, Maria Luiza. **Minimizando riscos: compliance penal para o profissional da medicina**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 31.

¹⁸⁶RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 335.

¹⁸⁷COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31.

¹⁸⁸TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, v.31, n.2. 2007, p. 180-185. p. 181.

pode se deparar com algum resultado adverso e danoso ao paciente, tendo em vista a imprevisibilidade biológica.¹⁸⁹ Sendo assim, somente se identifica a iatrogenia em circunstâncias especiais, nas quais o dano é imprevisível¹⁹⁰, afastando-se a culpabilidade, na medida em que esta tem como pressuposto a previsibilidade.

O erro do profissional resultante de imprudência, imperícia, ou negligência pode surgir em qualquer uma das fases da atividade médica, seja no diagnóstico, prognóstico, escolha do tratamento terapêutico, e aplicação da terapia.¹⁹¹ O diagnóstico é a etapa na qual o médico busca identificar o que aflige o indivíduo, sendo fase extremamente complexa e, por isso, bastante exposta a erros que acarretarão equívocos por toda a cadeia de atuação do profissional.¹⁹² No exercício médico tradicional, o médico pode estar sujeito a erros de diagnóstico decorrentes de uma anamnese imprecisa ou defeituosa, de um exame clínico incompleto, ou mesmo por falta de conhecimento técnico e embasamento conforme a *lex artis*.

A atividade médica obedece às *lex artis*, que é considerada o conjunto de regras consagradas pela prática médica no estágio atual, de modo que a atuação médica é teoricamente adequada quando executada conforme essas mesmas regras, por corresponder à generalidade de condutas profissionais perante casos análogos.¹⁹³ Sobre a *lex artis*, Figueiredo Dias¹⁹⁴ ensina que se tratam de normas escritas de comportamento, portanto não-jurídicas, fixadas por certos círculos profissionais e destinadas a conformar as atividades respectivas dentro de padrões de qualidade e a evitar a concretização de perigos para bens jurídicos resultantes das práticas reguladas pela norma. No entanto, o mesmo autor adverte que a essas normas técnicas não se pode atribuir o mesmo relevo conferido às normas jurídicas, mesmo porque aquelas podem se embasar em interesses meramente corporativos, ao invés de conformarem precipuamente a defesa de bens jurídicos, e também porque existe a possibilidade de o progresso técnico ter superado a norma posta, de modo a tornar imprescindível a demonstração, no caso concreto, de que de fato houve uma atitude contrária ao ordenamento jurídico. Nesta linha, na medicina, a violação da *lex artis* apenas sugere a violação do dever objetivo de cuidado; ou seja, aponta para a culpa, e, conseqüentemente, para a possível atribuição de responsabilidade penal, já que

¹⁸⁹SILVA, Ricardo Henrique Alves da *et al.* Iatrogenia - modalidade culposa ou excludente de ilicitude. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103. jan./dez. 2008. p. 675-683. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88929. Acesso em: 19/11/2019. p. 677.

¹⁹⁰Ibid. p. 679.

¹⁹¹GORGA, Maria Luiza. **Minimizando riscos: compliance penal para o profissional da medicina**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 31.

¹⁹²Ibid. p. 31.

¹⁹³LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do Médico e a “lex artis”. **Revista dos Tribunais**, v. 695, n. 422, 1993. p. 427.

¹⁹⁴FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 703.

são formas de violação do dever de cuidado - mais conhecidas como modalidades de culpa - a imprudência, a negligência e a imperícia. Contudo, pode ocorrer do médico ter infringido a *lex artis* sem ofender de fato ao dever de cuidado no caso concreto, bem como o contrário; ou seja, violar o dever objetivo de cuidado, ainda que cumprindo a *lex artis*.¹⁹⁵ Em se tratando de delitos cometidos por médicos, a culpa decorrerá, sobretudo, se a atividade do profissional não corresponder ao que estatui a respectiva *lex artis*, que diz respeito às normas corporativas da profissão, de modo que sua eventual inobservância – seja por imprudência, negligência ou imperícia – constituirá em forte indício de contrariedade ao dever de cuidado.¹⁹⁶

O problema trazido pela telemedicina, o qual se constitui uma questão bioética relevante, e que influencia na aplicação do direito ao caso concreto, reside no fato de que, com a teleconsulta, além de se comprometer colaboração e capacidade de comunicação do paciente para a realização da anamnese, inviabiliza-se o exame físico, podendo representar uma metodologia incompleta, situação que pode vir a resultar em erros decorrentes da incompletude do exame clínico, na medida em que o contato direto com o paciente constitui a regra para a boa prática médica, conforme o art. 37, do Código de Ética Médica.¹⁹⁷

Não significa que de qualquer consulta realizada por meio da telemedicina que resultar erro irá se presumir a culpa. Em primeiro lugar, como a teleconsulta foi liberada, pelo menos enquanto durar a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional decorrente do novo coronavírus, o médico que a realiza está amparado pela regulamentação profissional, não infringindo, portanto, qualquer dever de cuidado quando da atuação por meio dessa modalidade. E, mesmo se ainda fosse vedada, o descumprimento, pelo médico, de uma disposição regulamentar, apesar de ser indicativo de uma conduta ilícita, não enseja automaticamente em culpa e, conseqüentemente, em atribuição de responsabilidade penal, pois a inobservância de disposição regulamentar apenas aponta para a culpa, admitindo-se prova em sentido contrário. Mas, não se pode negar que, em uma situação de erro posterior a uma consulta à distância, na qual se apure a previsibilidade de conseqüências adversas advindas de uma prescrição sem exame físico, tendo em vista que, naquele caso, o médico deveria saber que a ausência da

¹⁹⁵ROMEO CASABONA, Carlos María. **El médico y el derecho penal I: la actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)**. Barcelona: Ed. Bosch, 1981. p. 238.

¹⁹⁶DE SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, v. 14, n. 2, 2006. p. 229-238. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/24. Acesso em: 02/12/2020. p. 231.

¹⁹⁷É vedado ao médico: Art. 37: Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nessas circunstâncias, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Disponível em: https://cem.cfm.org.br/templates/g5_helium/images/cem/pdf/codigo.pdf?5cc88fbf. Acesso em: 22/11/2019.

avaliação presencial poderia levar a um diagnóstico equivocado, a culpa seria facilmente caracterizada.

Ressalta-se que o erro do profissional pode se perfazer de forma comissiva ou omissiva. Se o profissional atender o paciente de forma virtual e, pela ausência do exame físico, deixar de se ater a determinada moléstia que acabe levando o paciente à óbito, deve o médico que se omitiu em realizar o tratamento devido responder como se houvesse causado ativamente o resultado. A fundamentação apta à condução a este raciocínio é muito semelhante da realizada no erro comissivo, com a diferença que, na ação, o médico age de forma lesiva ao paciente, por ter se equivocado no diagnóstico realizado à distância; enquanto, na omissão, o médico deixa de agir de forma a salvá-lo, decorrente do fato de ter deixado de apreender doença que acometia o paciente, em decorrência da ausência do encontro presencial.

Ao discutir delitos omissivos, remete-se às hipóteses em que um não atuar é reputado pelo ordenamento como infração de um dever positivo. Mas, para que se possa falar em infração de dever positivo, é necessário que exista um sujeito determinado a quem se vincule o dever em questão. Ou seja, nem toda omissão é considerada relevante do ponto de vista jurídico-penal, mas apenas aquela que parte do sujeito que, pela norma penal, está em especial posição de evitar o resultado desvalorado (garantidor).¹⁹⁸

Sabe-se que a parte geral do Código Penal (§2º do art. 13, do Código Penal) prevê a possibilidade de equiparação de certas omissões à causação positiva de resultados lesivos, de modo que, nesses casos, a norma indica que certas pessoas - denominadas garantidas - têm, em certas situações, o dever de evitar resultados lesivos, sob pena de responderem por eles como se os tivessem causado ativamente, o que se denomina omissão imprópria. Os requisitos fundamentais, sem o qual não há que se falar em omissão imprópria com relevância penal, são o dever e o poder de agir, sendo que a fonte do dever legal de agir para evitar o resultado está formalizada na lei, nas alíneas do art. 13, §2º, as quais versam que tem o dever de agir aquele que: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) como seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Figueiredo Dias ressalta o solidarismo entre os homens como a verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia, mas sem ignorar que “toda a manifestação imposta de solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico”.¹⁹⁹ Sobre

¹⁹⁸ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. p. 98-99.

¹⁹⁹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 643-65, 703.

a hipótese geradora do dever de garantia aos médicos, há dois entendimentos na doutrina. Para uns, como por exemplo para Bitencourt, a base legal da garantia está prevista na alínea a; para outros, a fonte jurídica de garantia dos médicos está localizada na alínea b, posição advogada por, por exemplo, Prado e Assis Toledo.²⁰⁰ Paulo Vinícius Sporleder de Souza defende que devem ser reduzidas as hipóteses de garantia do médico aos casos em que este tenha efetivamente assumido o tratamento do paciente e naqueles onde o paciente esteja nas mãos do médico.²⁰¹

Os crimes omissivos, para Roxin²⁰², podem ser definidos como delitos de infração de dever, pois são casos em que a autoria decorre do não impedimento do resultado lesivo, o qual o garante teria o dever de evitar. O delito de infração de dever apoia-se na ideia roxiniana de que a infração de um dever especial de caráter extrapenal consistiria no fundamento da restrição do círculo de autores possíveis naqueles tipos delitivos, casos em que se afasta o domínio do fato, e por isso passam a ser opostos aos chamados “delitos de domínio”.²⁰³ O dever jurídico faz nascer no delito omissivo um conteúdo semelhante àquele dos delitos culposos.²⁰⁴

O médico que assume o paciente passa a cumprir o papel de garante, seja sob o argumento de que existe corpo legal que o vincule ao tratamento do paciente; seja por ter assumido, na consulta médica, a responsabilidade pelo tratamento. O fato de o paciente procurar o médico para o tratamento de determinada moléstia e este, ao atendê-lo por teleconsulta, assumir voluntariamente a responsabilidade do atendimento, não traz dificuldades para a caracterização deste dever jurídico.²⁰⁵ Assumindo o médico a posição de garante, ele passa a responder pelo resultado lesivo, na medida de sua culpabilidade.

Em ambos os casos, seja no erro por ação ou omissão, a análise do elemento subjetivo do profissional traz um enquadramento extremamente desafiador para o aplicador da lei, levando-se em consideração que a medicina não é uma ciência exata, de modo que, para que se apure a culpa e, conseqüentemente, se atribua a responsabilidade penal, torna-se necessário verificar, no caso concreto, se o profissional foi negligente, imprudente ou imperito ao tomar,

²⁰⁰DE SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, v. 14, n. 2, 2006. p. 229-238. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/24. Acesso em: 02/12/2020. p. 235.

²⁰¹Ibid. p. 236.

²⁰²ROXIN, Claus. La autoría mediata por dominio em la organización. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, 2005. p. 9-28.

²⁰³ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. p. 103.

²⁰⁴TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 294-295.

²⁰⁵Para maiores esclarecimentos sobre as diversas nuances da omissão penalmente relevante no direito médico, remete-se a AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito Médico: A Omissão Penalmente Relevante**. Dissertação de Mestrado. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2018.

ou se abster de tomar, uma conduta sem o exame físico, sendo que a conclusão final dependerá sempre das provas produzidas no curso do processo. Conforme assevera Rodríguez, ao tratar sobre a criação dos deveres de cuidado em relação às inúmeras regras de conduta profissional para dominação de riscos, o jurista terá, ao aplicar ou interpretar a norma penal, de observar todos os critérios possíveis para desvendar o que pode ser a conduta culposa em cada ato.²⁰⁶

Como alternativa a uma possível aplicação infundada do direito penal, é essencial que o aplicador da lei, principalmente neste estágio inicial em que ainda não existem normativas que fixem limites ao ato médico mediado por tecnologias, recorra ao conhecimento da bioética para analisar a legitimidade da conduta do profissional no caso concreto. O uso da telemedicina, conforme exposto, tem sido considerado uma prática lícita, apesar de levantar conflitos relevantes, os quais representam um controle social informal aos profissionais de saúde. O profissional, desde que perito e diligente em sua profissão, tem a capacidade de discernir sobre a necessidade de contato físico com o paciente, e deve manifestar sobre tal necessidade, caso, dentro de sua experiência profissional, apure ser impreterível uma consulta presencial, pois, se não o fizer, estará agindo de forma não ética, violando os deveres de cuidado inerentes ao ato médico, e devendo ser responsabilizado no caso de dano decorrente de um ato indevido.

A princípio, como não existe normativa a respeito, se o médico usar da telemedicina e nenhum resultado negativo advir desse uso, não há problemas, pois a caracterização do crime culposos, neste caso, exige o resultado material. Mas, caso um resultado adverso se perfaça, e o julgador interpretar, a partir do saber bioético que envolve a utilização dessa biotecnologia, inclusive munido de provas periciais, que havia a previsibilidade de o dano ocorrer, tendo em vista a incompletude do exame clínico devido à ausência de exame físico, o ato médico realizado por meio da telemedicina deve ser tido como ilegítimo, por contrariar a bioética médica.

O direito deve, por sua vez, convergir com a bioética na delimitação objetiva e abstrata de limites a guiarem o profissional na boa condução de uma teleconsulta médica, e para tanto reiteramos as soluções bioéticas apresentadas no item 3.4 do presente trabalho. Caso sejam esses limites estabelecidos em normas regulamentares, sua desobediência e consequente causação de dano penalmente relevante levaria a uma presunção relativa de crime culposos, sobre a qual o médico teria o direito de provar que, no caso concreto, haveria agido de forma ética, ainda que desobedecidas as normas de cuidado. Caso sejam os limites estabelecidos em

²⁰⁶RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 336.

lei, ainda que não seja lei penal, sua inobservância poderia ensejar em exercício irregular da medicina, delito que será melhor abordado no item 4.4.

Não pode o juiz, no entanto, ainda que não haja norma clara a respeito, escusar-se de julgar um dano a bem jurídico-penal, cometido com infração ao dever objetivo de cuidado que a situação exigia, mesmo porque o tipo culposo, por maiores divergências que o circundem, é aceito no nosso Código Penal. Essa imputação não deve, contudo, ser arbitrária, e para tanto a bioética é o saber necessário a fornecer uma aplicação com embasamento idôneo a dar funcionalidade à aplicação da lei penal.

4.2.1 Responsabilidade penal por erro médico em teleinterconsultas

A telemedicina abre a possibilidade de médicos consultarem colegas, com ou sem a presença do paciente, para auxílio diagnóstico ou terapêutico, clínico ou cirúrgico, caracterizando-se a teleinterconsulta. Nas hipóteses em que a teleinterconsulta resulta em danos tutelados pelo direito penal, surge a questão da responsabilização dos médicos que atuaram em conjunto, tanto daquele que atendeu o paciente presencialmente, quanto do que prestou assistência à distância.

De acordo com a normativa brasileira que vige desde 2002 sobre telemedicina, Resolução CFM nº 1.643/2002²⁰⁷, o médico que exerce a Medicina a distância, sem ver o paciente, deve avaliar cuidadosamente a informação que recebe, só podendo emitir opiniões e recomendações ou tomar decisões médicas se a qualidade da informação recebida for suficiente e pertinente para o cerne da questão. Quando desta normatização, só havia permissão de atendimento médico remoto com médicos em ambas as pontas do canal de comunicação, não sendo permitido, à época, a teleconsulta diretamente entre médico e paciente. A mencionada norma foi pensada, portanto, justamente para as situações de comunicação entre médicos por meio das tecnologias. Assim, nas situações de teleinterconsultas, a norma regulamentar afirma que o médico que atua à distância, para agir de forma ética, deve estar ciente, conforme explicitado no subitem anterior (item 4.2), que detém a responsabilidade pela opinião que emite, podendo responder por crime culposo no caso de erro médico que cause lesão corporal ou morte.

²⁰⁷CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

A interpretação do erro médico com o uso do saber bioética na caracterização da culpa, conforme explicitado no subitem anterior, se aplica integralmente neste caso, com a diferença de que, havendo dois profissionais envolvidos na causação do resultado, torna-se imperativo analisar a incidência típica de cada um deles.

É fato que, se a opinião equivocada do profissional que atua a distância não for seguida, não se perfaz o dano decorrente da teleinterconsulta, e, portanto, não há necessidade da análise aqui proposta a respeito da tutela penal. Isso, pois, conforme já exposto, ao se referir ao erro, o elemento subjetivo é necessariamente a culpa, e os delitos de lesão corporal ou homicídio culposos existentes em nosso Código Penal exigem o resultado danoso. Deste modo, não haverá imputação por delito culposos caso não exista qualquer lesão a bem jurídico, posto que o crime, nesses casos, não se aperfeiçoa.

No entanto, se a opinião equivocada, dada com negligência, imprudência ou imperícia, apuradas mediante um suporte bioético legitimador, vier a ser seguida pelo médico que atua presencialmente, e resulte em lesão corporal ou morte, é preciso enfrentar diversas situações de responsabilização.

Primeiramente, importa levantar que os delitos culposos não são delitos de domínio, nos quais o importante é o controle que o agente exerce sobre sua realização, mas, sim, delitos cuja substância se encontra na forma e no modo como o agente é alcançado pela proibição, a partir do não atendimento a um dever de cuidado, o qual, inclusive, deverá impregnar todo o processo de imputação. A compreensão da autoria culposa, portanto, é derivada de um juízo de imputação diferenciado sobre a base de uma relação normativa complexa, o que conduz a maiores exigências para sua caracterização. De acordo com Juarez Tavares²⁰⁸, dada essa relação normativa complexa, os delitos culposos não admitem coautoria, mas somente autoria colateral. Deste modo, caso um determinado evento tenha contado com a participação de mais de uma pessoa, cada uma responderá individualmente pelo delito culposos respectivo. Como cada agente tem uma relação própria com a norma de cuidado, é preciso um processo de avaliação mais pormenorizado. Tavares afirma que, ainda que o art. 229, do Código Penal disponha que quem concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, isso não implica admitir o concurso

²⁰⁸TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 500-501. A opinião deste autor está em consonância com a doutrina alemã, que não admite a possibilidade de coautoria nos crimes culposos, entendendo que qualquer contribuição na causa produtora do resultado não querido caracteriza, em si, a autoria. Insta dizer que grande parte da doutrina brasileira admite a coautoria em crime culposos, rechaçando, contudo, a participação. Todavia as concepções são, em essência, semelhantes, pois, enquanto os brasileiros que admitem coautoria sustentam que toda contribuição causal a um delito não doloso equivale a produzi-lo, na condição de coautor, para os alemães, essa condição é de autor.

de agentes a todas as espécies de crime.²⁰⁹ Da mesma forma, é inviável conceber a participação em delitos culposos, ainda que concebidos como delitos de dever, de modo que cada participante deve responder como autor da sua respectiva ação.²¹⁰

Seguindo, portanto, os ensinamentos de Juarez Tavares, autor da obra “Teoria do Crime Culposo”, caso ocorra erro médico em teleinterconsulta, imperativo analisar a conduta de cada profissional na causação do resultado, na medida de sua culpabilidade, para apurar se houve, ou não, autoria colateral.

Há duas situações que devem ser consideradas: na primeira, ambos os médicos, com capacitação para tanto, idealizam em conjunto uma conduta que seja caracterizada como erro médico; na segunda, um médico generalista, sem conhecimento amplo sobre a questão, apenas intermedeia uma teleinterconsulta com um médico especialista.

Na situação em que ambos os médicos, em conjunto, agem conduzindo uma conduta lesiva ao paciente, cada um responde pelo resultado do erro, analisando-se separadamente o elemento subjetivo de cada agente. A análise a pautar a atribuição de responsabilidade penal, nesta hipótese, é idêntica à realizada no erro médico cometido por um só agente, com a diferença de que, aqui, esta é repetida para cada um dos profissionais envolvidos.

É preciso, no entanto, pensar nas situações, possibilitadas pela telemedicina, nas quais médicos generalistas em cidades remotas consultam os médicos especialistas dos grandes centros, para requererem auxílio a respeito do diagnóstico e tratamento de seus pacientes, e acabam por aplicar a seus pacientes, sob orientação de terceiro, conduta definida como erro médico penalmente relevante. Nesses casos, o médico assistente não possui a perícia necessária para tratar de determinada moléstia, mas, por meio da telemedicina, ele conta com a possibilidade de levar assistência especializada a pessoas que não têm condições de chegarem aos grandes centros de saúde.

A Resolução CFM nº 1.643/2002²¹¹ dispõe que a responsabilidade profissional do atendimento cabe ao médico assistente do paciente, sendo que os demais envolvidos responderão solidariamente na proporção em que contribuirão por eventual dano ao mesmo. A partir da leitura deste artigo, conclui-se que, na teleinterconsulta, o médico que atua presencialmente (médico assistente) terá sempre a responsabilidade profissional. A apreciação

²⁰⁹TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 504.

²¹⁰Ibid. p. 510.

²¹¹CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

do dever jurídico do médico assistente em relação ao paciente é essencial para a determinação de sua responsabilidade penal por eventual dano perpetrado.

A análise dessa situação pode se dar no âmbito da culpabilidade ou da tipicidade. No âmbito da culpabilidade, sabe-se que esta decorre da previsibilidade subjetiva, que é apurada considerando-se características pessoais do agente, segundo suas aptidões individuais e na medida de seu poder de prever o resultado. Pode se dizer que não há no profissional generalista que segue a opinião do especialista potencial consciência da ilicitude cometida, pois o mesmo não conta com rigor tecnocientífico para realizar esta análise. Trata-se de hipótese de erro de proibição, prevista no art. 21, do Código Penal como capaz de isentar o agente que o comete de pena, desde que seja um erro inevitável, por afastar a potencial consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade sem o qual ela não se caracteriza. O erro de proibição será escusável na medida em que essa falta de consciência da ilicitude também o for.²¹² Assim, a evitabilidade do erro de proibição, em concreto, se dará a partir do exame das peculiaridades de cada caso que vier a ocorrer.²¹³ Nessa situação, o agente se engana sobre a ilicitude do fato, não sendo a ele possível saber que aquele fato era ilícito. No caso exemplo, o médico generalista que segue os comandos do especialista, em quem ele confia seu paciente, não sabe que, ao prescrever a conduta sugerida, está agindo de modo a causar dano do paciente; pelo contrário, ele pensa o estar salvando.

Coadunando com a impossibilidade de se atribuir responsabilidade penal ao médico assistente generalista no caso esboçado, por ausência de culpabilidade, ensina Antônio Evaristo de Moraes Filho que "a responsabilidade penal é pessoal e intransferível, não respondendo o médico, em regra, pelos erros cometidos por colegas ou auxiliares, aos quais delegou a realização de parte das atividades, confiando na correção da conduta técnica dos mesmos, com assento no denominado princípio da confiança".²¹⁴ O princípio da confiança encontra o seu fundamento material no princípio da autorresponsabilidade de terceiros, já que esses também são seres responsáveis e devem responder por seus próprios atos, em caso de descuido.²¹⁵ É fato que no direito penal a culpa jamais é presumida, assim como nele não existe responsabilidade objetiva. Desse modo, para atribuir-se ao médico assistente a prática de crime culposo em face de dano causado por conduta imprudente de terceiro, é preciso identificar-se, na sua própria

²¹²TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 269.

²¹³Ibid. p. 270.

²¹⁴FILHO, Antônio Evaristo de Moraes. Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 4, 1996. p. 296.

²¹⁵DE SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, v. 14, n. 2, 2006. p. 229-238. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/24. Acesso em: 02/12/2020. p. 233.

conduta, inequívoca inobservância do dever objetivo de cuidado. No caso exposto, para haver imputação penal de responsabilidade ao médico generalista que seguiu a opinião do especialista, seria preciso provar, por exemplo, que aquele agiu com imprudência em solicitar assistência a um profissional que deveria saber não estar plenamente capacitado para exercer aquela função; ou, ainda, negligência em não ter checado se a capacitação ou especialização daquele profissional eram adequadas e suficientes para o bom desempenho de sua função. Conforme já exposto, a análise da culpa deve se dar de forma individual, analisando-se se o agente agiu da forma mais diligente possível dentro de suas capacidades e possibilidades. No caso exemplificado, não há culpa do profissional que elege corretamente um especialista para consultar, como única forma de dar andamento a um caso que carece de atenção especializada e que só conta com médicos generalistas disponíveis no local, e acaba, sem culpa, acatando a um diagnóstico e tratamento equivocados, que acabam por gerar dano penalmente relevante. Neste caso, apenas o médico especialista, que agiu com culpa, e, portanto, cometeu um erro, deve responder pelo dano penalmente tutelado.

Outra interpretação possível se encontra no âmbito da tipicidade, a partir da conclusão de que a incidência típica não teria ocorrido, pois não teria o médico assistente assumido a posição de garante no caso concreto, não podendo sua omissão em contrariar o diagnóstico do especialista ser equiparada à causação positiva do resultado danoso. Conforme já exposto sobre o erro por omissão, pode-se dizer que o médico assistente tem o dever estabelecido pela Lei do Ato Médico²¹⁶ de preservar a vida do paciente; e pode-se defender, também, que, ao atender a consulta médica, ele assumiu, de outra forma, este dever para com o paciente. Sob este aspecto, o médico assistente será garante, e terá, portanto, o dever legal de impedir um resultado danoso. Nesse sentido, caso se interprete que o médico que atua presencialmente assume a posição de garante do seu paciente, na eventualidade de o profissional assistente não contestar o tratamento prescrito pelo especialista que atuou a distância, se houver erro, o assistente responderá pelo resultado por ser garante, e o médico que atuou a distância responderá pela infração do dever de cuidado, incidindo no tipo penal culposo correspondente.

Ao discutir a omissão penal médica, Leonardo Agapito²¹⁷ apresenta interessante concepção da omissão a partir do funcionalismo normativo, afirmando que ao pensar sobre as obrigações daquele que possui a posição de garante é preciso pensar normas (formais e

²¹⁶BRASIL, Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 13/05/2021.

²¹⁷AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito Médico: A Omissão Penalmente Relevante**. Dissertação de Mestrado. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2018. p. 73.

informais) vigentes na sociedade, que servem de base para o estabelecimento de relações sociais permeadas pela confiança mútua, havendo normas sociais e contratuais que direcionam essa responsabilidade.²¹⁸ Essa percepção compreende como centro da proteção penal não os bens jurídicos, mas a própria norma. As normas protegidas não são (ou não somente são) as leis penais, mas as próprias normas sociais, sobre as quais se abstraem deveres entre os cidadãos, que por sua vez pautam a confiança para que se desenvolvam as relações interpessoais. Portanto, afirma que para pensar a autoria dentro das relações médico-paciente é preciso questionar: em quem o paciente confiava para tanto?²¹⁹

Sob o enfoque proposto por este trabalho, em que se utiliza do saber bioético como alicerce apto a munir o direito penal de funcionalidade, se houvesse a colocação do médico generalista na posição de garante, o direito levaria a um esvaziamento do fim de igualdade do acesso à saúde prometido pela telemedicina, pois nenhum profissional correria o risco de intermediar a consulta médica com especialista que atue à distância, caso ele pudesse ser responsabilizado por isso, mesmo não sendo capaz de compreender a qualidade da conduta sugerida. A questão bioética da desigualdade do acesso seria ainda mais preocupante, caso se caracterizasse a atribuição de responsabilidade penal nesses casos, pois nenhum médico correria o demonstrado risco; ou seja, o direito penal não estaria sendo funcional, não estaria convergindo com o controle social informal exercido pela bioética. Neste caso, não sendo imputada responsabilidade penal ao médico assistente generalista, que intermediou a consulta com o especialista, seja por ausência de tipicidade ou de culpabilidade, apenas o médico especialista que atuou à distância e agiu em erro responderia por sua conduta.

No entanto, é necessário ressaltar a possível situação de o médico assistente falhar na transmissão das informações do paciente, transmitindo informações inverídicas, caso em que, a despeito do dano causado pelo diagnóstico equivocado, afasta-se a culpa no médico que atuou à distância, tendo em vista que o mesmo atuou de forma diligente a partir das informações que recebeu, as quais, contudo, eram viciadas, caso em que responde apenas o médico assistente que provocou a ocorrência do resultado, isentando de responsabilidade o médico que atuou à distância, já que ele teria agido em evidente erro de tipo provocado por terceiro, conforme art. 20, §2º, do Código Penal.

A imputabilidade, que se define pela capacidade de entender e de determinar-se com consciência e vontade, é o que permite o juízo de censura da culpabilidade. Seguindo esta

²¹⁸AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito Médico: A Omissão Penalmente Relevante**. Dissertação de Mestrado. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2018. p. 69.

²¹⁹Ibid. p. 72.

premissa, deve ser excluído o mencionado juízo de censura onde a capacidade de compreensão do injusto esteja irremediavelmente ausente, seja de modo permanente, seja de modo episódico. Em outros termos, para que o sistema não seja incoerente, não se pode emitir um juízo de reprovação em relação a um agente que, ao cometer o fato, não sabia nem tinha a possibilidade de saber o exato significado daquilo que fez.²²⁰ Daí emerge a problemática do erro jurídico-penal, que, hoje, abandonou qualquer pretensão de valorar o instituto sob a oposição entre o fático e o jurídico, e passou a colocar a distinção, já bem elaborada doutrinariamente, entre tipo e ilicitude. Feito isso, o erro jurídico-penal relevante ora tem por objeto elementos ou circunstâncias integrantes do tipo legal de crime (fáticos ou jurídico-normativos), ora tem por objeto a ilicitude da ação. Na primeira hipótese tem-se “erro de tipo” e na segunda “erro de proibição”, sendo que ambos podem, ou não, ser escusáveis, dentro de certos critérios.²²¹

O erro de tipo diz respeito a uma falsa percepção da realidade sobre um elemento do ilícito, e é previsto no art. 20, do Código Penal²²². O erro de tipo inescusável exclui o dolo, mas permite a punição pelo tipo culposos; enquanto o erro de tipo escusável exclui o dolo e a culpa, e como consequência, torna o fato atípico. No caso em comento, caso o médico que atue à distância receba informações sobre o paciente que estão equivocadas, ele age achando estar salvando o paciente, quando na verdade o está lesionando, mas ele assim o faz por não ter informações verídicas sobre a realidade do estado de saúde do paciente, tendo em vista que o médico assistente lhe transmitiu dados falsos. Se o médico que atua à distância provar que não teria como ele saber que as informações não condiziam com a realidade, ele demonstra que o erro era desculpável, e, portanto, mostra não ter cometido fato típico.

O profissional que transmitiu erroneamente as informações, por sua vez, deve responder por sua contribuição ao dano. O Código penal prevê essa situação de erro provocado por terceiro, versando, no parágrafo segundo de seu art. 20, que responde pelo crime o terceiro que determina o erro. Quando o indivíduo provocador do erro age impelido por dolo, deve a ele ser imputado o delito praticado pelo agente imediato, na sua modalidade dolosa, sendo que o sujeito provocado ficará impune, caso seja o erro desculpável. Sendo o equívoco inescusável, o seu autor imediato responderá por culpa, caso haja previsão da modalidade imprudente do crime. Se o agente provocador agiu culposamente, será a ele imputado o delito culposos praticado pelo indivíduo provocado, caso exista a modalidade prevista no ordenamento jurídico. Também

²²⁰TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 256.

²²¹Ibid. p. 267.

²²²Art. 20: O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

neste último caso, se for comprovado que o equívoco era inescusável, o seu autor imediato responderá também por culpa. Assim sendo, se o médico assistente passa, dolosamente, as informações equivocadas ao médico que atua a distância, responderá pelo delito perpetrado de forma dolosa. Se passa culposamente, responderá pelo correspondente crime culposos, se houver. Em todas as hipóteses, o médico que atua à distância não comete crime algum, se restar provado que ele não teria como saber que as informações transmitidas estavam equivocadas, tratando-se de erro desculpável e, conseqüentemente, de fato atípico.

Juarez Tavares²²³ fornece exemplo muito semelhante ao aqui discutido, ao comentar o caso do instrutor de autoescola que determina que seu aluno faça manobra arriscada, da qual resulta acidente e lesão a terceiros, afirmando que as condutas de cada um devem ser analisadas individualmente. Neste caso, o autor afirma que, caso o instrutor, como garantidor da boa condição do aprendiz, o induza culposamente, está ele também atuando contrariamente aos seus deveres de cuidado que lhe são impostos por sua condição de garante, devendo responder pelo resultado em sua modalidade culposa. Se o aprendiz, por sua vez, desconhecia que sua manobra implicava em violação a uma norma de cuidado e só a efetuara por confiar na habilidade do instrutor, não poderá evitar pessoalmente o resultado, o que lhe exclui a culpabilidade, por ocorrer erro quanto à norma de cuidado.

Por todas as fundamentações esboçadas, conclui-se que, havendo erro médico decorrente de teleinterconsulta, por não haver coautoria em crimes culposos de acordo com o entendimento adotado, deve-se apurar individualmente a responsabilidade de cada médico envolvido, para se depreender se houve, ou não, autoria colateral. Na situação em que ambos os médicos, em conjunto, agem conduzindo uma conduta lesiva ao paciente, cada um responde pelo resultado do erro, analisando-se separadamente o elemento subjetivo de cada agente. Por sua vez, no caso de um médico generalista que consulta um especialista para dar andamento a consulta cuja doença ele não domina, não há responsabilização do médico que demandou a ajuda quanto a erro orientado pelo especialista, analisando-se tanto no âmbito da tipicidade, quanto da culpabilidade. Quanto à incidência típica, o médico assistente generalista não deve ser considerado garante, não podendo sua omissão em contrariar a conduta do especialista ser equiparada a uma conduta causadora do resultado. No âmbito da culpabilidade, sua conduta não pode ser considerada culpável, por ser ausente o potencial conhecimento da ilicitude, decorrente de erro de proibição, ocasião em que apenas o médico especialista que orientou em erro responde pelo dano causado. A utilização do saber bioético com o fim de tornar o direito

²²³TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. p. 509-510.

penal funcional, orienta à conclusão de que a atribuição de responsabilidade penal, nesses casos, levaria a um esvaziamento do fim de igualdade do acesso à saúde prometido pela telemedicina, pois nenhum profissional correria o risco de acatar a conduta do médico que atue à distância, caso ele pudesse ser responsabilizado por isso, mesmo não sendo capaz de compreender a qualidade da conduta sugerida. No entanto, caso o médico assistente tenha transmitido informações errôneas ao especialista, este age em erro de tipo determinado por terceiro, não respondendo por seu erro, na medida em que apenas o provocador do erro deve responder pelo resultado.

4.3 Violação do segredo profissional

O exercício da prática médica exige que o profissional tenha acesso a informações pessoais do paciente, sendo este conhecimento imprescindível para uma anamnese bem-feita, a qual consiste em uma etapa do atendimento médico na qual o profissional tem a possibilidade de compreender, por meio dos relatos do seu cliente, quais são os sintomas que o acometem, permitindo a definição de um diagnóstico. Ademais, a coleta desses dados do paciente é essencial à atividade, na medida em que todo o histórico de saúde do paciente e as condutas do profissional devem ser lançados em um documento denominado prontuário médico, o qual consiste em “um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membro da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”²²⁴. Essa imprescindibilidade dos dados do paciente permanece quando da prestação de serviços por meio da telemedicina, levando a questão do sigilo desses dados a um patamar ainda mais relevante, na medida em que, primeiro, conforme levantado no item 3.2 do presente trabalho, quando nessa modalidade de atendimento, caso não haja a segurança necessária na transmissão dos dados, a relação médico-paciente pode ser abalada pelo medo do cliente de ter seus dados e fatos íntimos revelados, e, segundo, devido ao fato de que, quando em telemedicina, a inserção de outros atores na dinâmica que anteriormente só comportava médico e paciente torna a exposição e possível vazamento dos dados pessoais mais arriscada, questão que também foi mencionada no item 3.2 supra. Caso haja o vazamento dos dados pessoais do paciente,

²²⁴CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.638, de 10 de julho de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 04/04/2021.

transmitidos durante uma prestação de serviços por meio da telemedicina, ocorre a violação de diversos normativos do país.

A Constituição Federal Brasileira²²⁵, em seu art. 5º, X, estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; e ainda, no inciso XIV, versa que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O Código Penal Brasileiro²²⁶ aborda o tema em seu art. 154, o qual tipifica a conduta de revelar, sem justa causa, segredo de que tenha ciência, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem, caracterizando o crime de violação de segredo profissional, que sujeita seu autor a detenção, de três meses a um ano, ou multa.

No âmbito infralegal, a resolução CFM nº 2.217/2018, mais conhecida como o novo Código de Ética Médica²²⁷, trata o sigilo como princípio fundamental, versando que o médico deve guardar segredo a respeito das informações de que detém conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei. A Resolução CFM nº 1.643/2002²²⁸, no que tange à telemedicina, exige que os serviços prestados nesta modalidade tenham a infraestrutura tecnológica apropriada e obedeçam às normas técnicas do CFM pertinentes à guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional. Ademais, a mesma resolução dispõe que o médico só pode transmitir as informações sobre o paciente identificado a outro profissional com prévia permissão deste paciente, mediante seu consentimento livre e esclarecido, e sob rígidas normas de segurança capazes de garantir a confidencialidade e integridade das informações. Há, ainda, outra norma que pode ser relacionada à guarda dos dados obtidos por meio dos serviços de telemedicina no Brasil, a qual trata do armazenamento de registros de saúde do paciente de forma informatizada, qual seja a Resolução CFM nº 1.821/07²²⁹, que dispõe sobre a possibilidade de a guarda de prontuários médicos se dar de forma eletrônica, desde que seguidas as normas específicas referentes à segurança dessas informações (requisitos contidos no “Nível de garantia de

²²⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07/01/2021.

²²⁶Idem. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

²²⁷CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Disponível em: https://cem.cfm.org.br/templates/g5_helium/images/cem/pdf/codigo.pdf?5cc88fbf. Acesso em: 22/11/2019.

²²⁸Idem. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

²²⁹Idem. **Resolução nº 1.821, de 23 de novembro de 2007**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>. Acesso em: 22/11/2019.

segurança 2 -NGS2”, estabelecidos no Manual de Certificação para Sistemas de Registro Eletrônico em Saúde). Quando em meio digital, a norma dispõe que a guarda deve ser permanente; enquanto, em meio físico, estabelece o prazo mínimo de vinte anos, a partir do último registro.

Todo o exposto implica que as informações do paciente, quaisquer que sejam, só poderão ser reveladas pelo médico caso haja a autorização daquele ou de seus familiares, por meio de um consentimento esclarecido.²³⁰ Ademais, para que seja mantida esta confidencialidade, o médico deve ter toda a cautela necessária demandada por certos tipos de comunicações eletrônicas.²³¹ Caso o médico não assegure o sigilo das informações do paciente, pode ser responsabilizado cível, penal e administrativamente.

Como o objeto do presente trabalho é a atribuição de responsabilidade penal, deve-se analisar os casos em que as informações obtidas por meio de atendimento em telemedicina são usadas indevidamente pelo médico, sendo essas situações tuteladas por tipo penal específico, qual seja o previsto no art. 154, do Código Penal, o qual trata da revelação de segredo, mas não de qualquer segredo, mas daquele segredo que se sabe apenas pelo exercício específico da atividade profissional, bem como que seja apto a produzir um dano ao paciente. O artigo em questão narra como criminosa a conduta de revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.²³² Depreende-se da leitura do artigo em comento que, se houver justa causa (elemento normativo do tipo) para a revelação, o fato será atípico. Ademais, no tipo penal em comento, somente no caso de o agente manifestar vontade livre e consciente de revelar um segredo, estarão preenchidas as características aptas a denotar o cometimento de um injusto penal pelo profissional da medicina²³³, na medida em que o crime de violação de segredo profissional é uma infração penal tipicamente dolosa.²³⁴ Assim sendo, conclui-se que uma conduta negligente de um médico que, por exemplo, esquece o diagnóstico de seu paciente em local indevido não deverá ser punida no âmbito penal.²³⁵ Ademais, ressalta-se que a revelação

²³⁰PRATES, Núria Derviche; MARQUARD, Marcelo. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. **J. Vasc. Br.**, v. 2, n.3, 2003. p. 242.

²³¹FRANÇA, Genival Veloso de. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 1, 2000, p. 107-126. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57421. Acesso em: 18/11/2019. p. 116.

²³²BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

²³³PENNA, João Bosco; MORAIS, Jucemar da Silva. Da responsabilidade criminal do médico e da imputação objetiva. **Arquivos da Polícia Civil: revista tecno-científica**, São Paulo, n. 47, 2004, p. 206-228. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=51623. Acesso em: 18/11/2019. p. 214

²³⁴PRATES, Núria Derviche; MARQUARD, Marcelo. Ob. cit. p. 242.

²³⁵Ibid. p. 242.

de segredo deve ser capaz de causar dano a outrem, podendo ser o próprio paciente, seus familiares ou terceiros; o que não significa que a mesma exija dano efetivo, mas simplesmente a sua possibilidade.²³⁶ De toda forma, trata-se de crime que, conforme parágrafo único do art. 254, somente se procede mediante representação da vítima ou de seus sucessores processuais.

A proteção dos dados é uma questão bioética extremamente relevante, que merece ser tutelada de maneira eficiente. A obrigação de selecionar plataformas adequadas à proteção dos dados contra vazamentos e *hackeamentos* teve sua importância exacerbada com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, que foi previamente abordada. Apesar de a mesma não dispor sobre imputação penal de responsabilidade, o fato de ela criar obrigações de proteção dos dados cuja violação implica sanções na esfera cível e administrativa demonstra a preocupação crescente da comunidade jurídica em proteger os dados do cidadão. Esta legislação é uma demonstração de como o direito, como controle social formal, persegue os fenômenos sociais na tentativa de convergir com os controles informais na busca de dar tutela efetiva aos direitos das pessoas.

Na hipótese de um vazamento decorrente do uso da telemedicina, a aplicação da lei penal deve considerar, conforme a análise bioética realizada, a necessidade de proteção social. Nos casos mais graves, de total desprezo do profissional em relação à segurança dos dados do paciente, é possível vislumbrar, inclusive, o crime de violação de segredo, a partir da compreensão do elemento subjetivo do tipo penal como dolo eventual, depreendido da falta de cautela do médico ao selecionar os *softwares* para se comunicar com seus pacientes. Pensando em uma situação prática, imaginemos um caso de um médico que se utilize do *whatsapp* para fazer os atendimentos e, posteriormente, deixe este aparelho celular desbloqueado na mão de terceiros com o conteúdo do atendimento acessível, levando ao vazamento desses dados. A interpretação do elemento subjetivo não deve, no entanto, ser arbitrária. A bioética é capaz de fornecer a racionalidade necessária para a legitimação de eventual caracterização do profissional como tendo “assumido o risco de produzir o resultado”, a partir do momento em que ele não foi diligente em escolher plataformas seguras para se comunicar com seus pacientes, quando atuando por meio da telemedicina.

Conclui-se, portanto, que o profissional que agir com culpa na revelação de informações do paciente, pode ser responsabilizado cível e administrativamente, inclusive com sanções altíssimas de acordo com a LGPD. Não obstante, para incidir no art. 154, do Código Penal,

²³⁶PRATES, Núria Derviche; MARQUARD, Marcelo. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. **J. Vasc. Br.**, v. 2, n.3, 2003. p. 242.

deve o médico agir com dolo na divulgação do segredo do paciente, seja direto ou eventual, tendo em vista que não existe modalidade culposa do delito. A caracterização do dolo eventual na conduta do profissional que age por este meio sem a diligência necessária deve se fundar no conhecimento bioético, o qual fornece idoneidade para eventual atribuição de responsabilidade nesse sentido.

4.3.1 Especificidades dos delitos cibernéticos

As determinações que dizem respeito ao sigilo dos dados e exigência de cuidados sobre o seu tratamento são essenciais, visto que, já em 1997, um estudo feito pelo Instituto de Criminologia da Austrália apontava, dentre os perigos a que a telemedicina estaria sujeita, a possibilidade de *hackers* acessarem os sistemas com as informações médicas, destruindo-as, alterando-as, divulgando-as ou utilizando-se dessas como chantagem para extorquir hospitais.²³⁷ Trata-se dos cibercrimes.

Cibercrimes podem ser definidos como aqueles delitos relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computador, sendo esses dados acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou fraudar; sendo que, para tal prática, é indispensável a utilização de um meio eletrônico.²³⁸ A maioria dos crimes cometidos na rede também ocorre no mundo real. A internet surge como um facilitador, principalmente por proporcionar anonimato ao sujeito ativo do delito.²³⁹ No direito digital, IP constitui uma forma de identificação virtual, o que significa que o anonimato na rede é relativo; mas, muitas identidades virtuais podem não ter um correspondente de identidade real.²⁴⁰ Uma boa prática seria obrigar os provedores gratuitos a identificar suas contas ativas e inativas, utilizando uma tecnologia de fotografia do usuário para comprovar os dados fornecidos e, se possível, sua imagem digital. Isso, associado a uma prática de cadastramento dos usuários, no mesmo procedimento adotado pelos bancos, permite que realmente existam meios de prova confiáveis, rompendo-se a maior barreira à segurança na rede.²⁴¹

²³⁷SMITH, Russell G. Telemedicine and Crime. In: **Trends & Issues in Crime and Criminal Justice**. Australian Institute of Criminology, n. 69, abr. 1997. p. 3.

²³⁸CORREIA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

²³⁹PINHEIRO, Patricia Peck (org.). **Segurança Digital: Proteção de Dados nas Empresas**. São Paulo: Atlas, 2020. E-pub. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026405/>. Acesso em: 30/03/2021. p. 380.

²⁴⁰Ibid. p. 381.

²⁴¹Ibid. p. 381.

As notícias de invasões de computadores e servidores por *hackers* e *crackers* pelos mais variados fins são frequentes. Essa conduta passou a ser expressamente considerada crime em razão do acréscimo do art. 154-A ao Código Penal, por meio da Lei nº 12.737/2012, o qual foi alterado pela Lei nº 14.155/2021. Consiste o crime previsto no caput deste artigo em invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não a rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo, ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, prevendo pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa para aquele que assim agir. A lei não especificou o que venha a ser “dispositivo informático”, mas pode ser compreendido como: computadores em geral, servidores, celulares, entre outros equipamentos equivalentes.²⁴² Aquele que oferece, distribui, vende ou difunde programa de computador ou dispositivo objetivando permitir a prática criminal estabelecida no caput do art. 154-A, do Código Penal, também comete o crime em discussão, conforme consta do § 1º do mesmo artigo. Ocorrendo prejuízo de ordem econômica à vítima, a pena será aumentada de um terço a dois terços, conforme o § 2º. Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena passa a ser de reclusão, de dois a cinco anos, e multa, hipótese em que ainda aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. Ainda, aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra as pessoas específicas descritas no § 5º do artigo em comento. Em todas as modalidades de crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Pode se ver que, por tratar a telemedicina de dados sigilosos (dados de saúde), a penalização daquele que invade dispositivo que contém dados médicos é mais severa.

Os furtos de dados realizados contra empresas- no caso, contra hospitais ou clínicas que se utilizam de telemedicina- têm o objetivo da obtenção de informações que possuem um valor econômico, com o fim de repassá-las a concorrentes ou vendê-las para outras empresas de segmentos diversos. Dados de saúde podem ser vendidos, por exemplo, para farmacêuticas e seguradoras, instituições que podem lucrar cifras exorbitantes, se munidas das corretas

²⁴²TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-pub. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591484/>. Acesso em: 30/03/2021. p. 219.

informações sobre seus clientes. Outro fim muito comum é o de extorquir dinheiro da empresa, quando o criminoso está de posse de dados sigilosos ou sensíveis da corporação e exige vantagem financeira para não divulgar publicamente tais dados. Ocorre que o pagamento ao criminoso pela não divulgação dos dados pode ser preferível para o hospital, por exemplo, do que arcar com as indenizações cíveis e multas administrativas aplicadas, caso o vazamento seja de fato perpetrado. Em ambos os casos, vale notar que, em diversas oportunidades, os dados são fornecidos pelos próprios funcionários ou terceirizados da empresa, cabendo grande atenção por parte dos administradores dos sistemas e da rede, auxiliados preferencialmente por profissional de segurança da informação, para evitar que tais atos criminosos sejam bem-sucedidos.²⁴³

A respeito da possibilidade de atribuição de responsabilidade penal do provedor por atos dos seus usuários, por se tratar de uma pessoa jurídica, ela não é cabível. Mas, mesmo no que tange à responsabilização dos responsáveis dentro da cadeia de comando da empresa, esta não é viável, pois o provedor é apenas um instrumento para a prática do delito; ou seja, é o meio de acesso à rede, não tendo controle sobre o conteúdo, e não podendo, portanto, ser criminalizado, já que o Brasil nega a responsabilidade penal objetiva.²⁴⁴

Mesmo com todas as barreiras de segurança, muitos bancos de dados, inclusive de grandes empresas, acabam sendo vítimas da criminalidade digital. A já discutida situação emergencial de adoção da telemedicina, tendo em vista o coronavírus, fez com que muitos profissionais passassem a praticar esta forma de atendimento sem *softwares* aptos a lhes proporcionarem adequados níveis de segurança. Assim sendo, o fato de informações sigilosas estarem circulando sem a adequada proteção se faz um atrativo para os criminosos cibernéticos, que buscam usar dessas informações de saúde para fins escusos.

A verdade é que existem inúmeros vetores de ataques e pouca cultura de segurança na maioria das empresas e, para a continuidade de negócios em uma era na qual a informação tem um valor financeiro elevado, é indispensável a alteração deste cenário. Os programas de *compliance* podem ser vistos como alternativas possíveis neste cenário, conduzindo a empresa em uma autorregulação necessária à sua sustentabilidade no mercado e efetiva no controle

²⁴³PINHEIRO, Patricia Peck (org.). **Segurança Digital: Proteção de Dados nas Empresas**. São Paulo: Atlas, 2020. E-pub. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026405/>. Acesso em: 30/03/2021. p. 22.

²⁴⁴TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-pub. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591484/>. Acesso em: 30/03/2021. p. 225.

social do negócio.²⁴⁵ É essencial que o desenvolvimento de produtos e tecnologias sejam amplamente testados, além do comprometimento de fabricantes e desenvolvedores no sentido de providenciarem correções cada vez mais rápidas para as falhas descobertas. Os profissionais de TI precisam estar plenamente envolvidos com as questões de segurança da informação e, os proprietários das empresas, por sua vez, devem ter a consciência de que investimentos sempre serão necessários, e que os mesmos valem a pena, diante do risco a que a empresa fica sujeita, caso não sejam feitos, inclusive com a recente possibilidade de sanções altíssimas, de acordo com a LGPD. O sistema de justiça criminal precisa convergir com a necessidade social de proteção dos dados de saúde, e, para isso, as punições não podem ficar restritas aos hackers e indivíduos que vierem a violar normas. As grandes corporações, ao criarem os *softwares* de telemedicina, precisam temer uma resposta efetiva do direito penal, caso não se comprometam com a segurança das informações que passará a guardar. Uma coalizão de controles é a única forma de garantir ao usuário que seus dados não sejam captados e usados pelo cibercrime. Conforme afirma França²⁴⁶, a telemedicina é um avanço indiscutível, mas não se pode olvidar que ela traz o risco de ficarmos à mercê de pessoas capazes de concentrar em suas mãos um terrível poder: o da informação.

4.4 Exercício ilegal da medicina

Subordinado ao capítulo III dos "crimes contra a saúde pública", no qual o legislador consagrou fatos que acarretam perigo à coletividade, está o delito de exercício ilegal da medicina, tipificado no art. 282, do Código Penal²⁴⁷, o qual criminaliza a conduta do médico que exercer a profissão sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites, ainda que a título gratuito. Para configurar o crime, basta o perigo, não exigindo a lei que venham a se consumir quaisquer lesões ou malefícios, sendo necessária unicamente a possibilidade de dano. O que o

²⁴⁵Para atingir este fim, Saad-Diniz defende a superação da obsessão pela atribuição de responsabilidade individual, de modo que o controle social formal do negócio encontre métricas sólidas para atribuição de responsabilidade penal frente ao comportamento corporativo socialmente danoso, na mesma medida em que se vale do controle informal para reestruturar normativamente o comportamento prossocial na empresa. **Ética Negocial e Compliance: Entre a educação executiva e a interpretação judicial.** São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

²⁴⁶FRANÇA, Genival Veloso de. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 1, 2000, p. 107-126. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57421. Acesso em: 18/11/2019. p. 117.

²⁴⁷Art. 282 – Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites. BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

legislador buscou impedir com essa tipificação legal é que a saúde pública seja ameaçada por pessoas não qualificadas e incompetentes.²⁴⁸

Este delito pode se dividir em duas partes, sendo perpetrado de duas maneiras. Na primeira, caracteriza-se como crime comum; ou seja, a conduta prevista na norma pode ser cometida por qualquer pessoa, quando esta passa a exercer, sem autorização, práticas médicas. Já na segunda parte, fala-se em crime próprio, pois diz respeito ao médico que excede aos limites de sua própria atividade.²⁴⁹ Trata-se de delito doloso, cuja configuração exige a habitualidade do exercício irregular, pois, exercer é um verbo indicativo de habitualidade, razão pela qual não é suficiente a prática de um único ato, sendo necessário que haja uma reiteração.

4.4.1 Exercício ilegal da medicina como crime comum

A pessoa sem formação médica que exerça atividades privativas desta profissão incidirá no delito de exercício ilegal da medicina, no que tange à sua primeira parte; ou seja, por exercê-la “sem autorização legal”. Não obstante, existem muitas situações nas quais as circunstâncias exigem que uma pessoa que não seja habilitada exerça as funções de um médico, para salvar a vida de um terceiro, em uma ocasião de total ausência de um profissional habilitado, por exemplo. Em hipóteses como esta, resta caracterizado estado de necessidade, o qual constitui uma causa de exclusão de ilicitude, que é prevista do art. 24, do Código Penal²⁵⁰. Em situações como a narrada, a conduta não constitui crime, por não contar com o elemento da ilicitude, tendo em vista objetivar o salvamento de um bem jurídico mais relevante, qual seja a saúde de outrem. Trata-se de uma casuística frequente em muitas cidades interioranas, que não contam com profissionais habilitados para atender as demandas de saúde.

Ocorre que, com a possibilidade trazida pela telemedicina de realização de teleconsultas médicas, o estado de necessidade pode não se configurar, pois não se justificaria que um profissional sem habilitação profissional exercesse o papel de médico, se o paciente contava com a opção de se consultar com um médico devidamente qualificado, por meio de uma teleconsulta.

²⁴⁸FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Grupo GEN, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 05/02/2021. p. 63.

²⁴⁹PENNA, João Bosco; MORAIS, Jucemar da Silva. Da responsabilidade criminal do médico e da imputação objetiva. **Arquivos da Polícia Civil: revista tecno-científica**, São Paulo, n. 47, 2004, p. 206-228. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=51623. Acesso em: 18/11/2019. p. 220.

²⁵⁰Art. 24 – Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

A telemedicina traz, portanto, uma situação de exclusão do estado de necessidade, por caracterizar uma forma de se evitar a lesão ao bem jurídico ameaçado, sem que seja necessário o cometimento do crime. No entanto, não são todas as situações em que a telemedicina será meio apto e viável para se evitar a lesão ao bem jurídico, devendo ser excepcionados os casos urgentes que impossibilitarem a comunicação com o profissional devidamente habilitado, até mesmo porque a urgência descaracteriza a habitualidade necessária para a configuração do delito; ou mesmo os casos em que o local não conta com rede eficiente, por exemplo, para que as teleconsultas sejam efetuadas, ou por qualquer outra hipótese que as impossibilite. Imperativa a análise casuística para se aferir se o acesso à teleconsulta era viável e exequível no contexto apresentado.

4.4.2 Exercício ilegal da medicina como crime próprio

O tipo penal em comento descreve a conduta daqueles que, sem autorização legal, exercem a medicina, conforme já analisado, e também a daqueles que, com autorização para exercê-la, excedem os limites da profissão. Neste ponto, serão abordadas apenas as condutas de quem, tendo a autorização para exercer a medicina, a exerce excedendo-lhe os limites.

O exercício de atos médicos é função privativa de quem é formado em Medicina, de modo que são exigidos daqueles que executam esse ofício uma habilitação profissional e uma habilitação legal. A primeira é adquirida mediante a prática médica, a qual confere o *know-how* necessário para o exercício da profissão ao seu praticante; a segunda exige tanto a diplomação, como o efetivo registro no órgão competente.²⁵¹

No que tange à habilitação legal, a Lei nº 3.268/57²⁵², regulamentada pelo Decreto nº 44.045/58²⁵³, instituidora dos conselhos federal e regionais de medicina, estabelece que os médicos diplomados em instituições reconhecidas só poderão desempenhar a atividade depois de inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.²⁵⁴

²⁵¹MEHMERI, Adilson. **Noções básicas de direito penal**, 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 792.

²⁵²BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13268.htm. Acesso em: 07/02/2021.

²⁵³Idem. **Decreto nº 44.045 de 19/07/1958**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm. Acesso em: 07/02/2021.

²⁵⁴Art. 1. Os médicos legalmente habilitados ao exercício da profissão em virtude dos diplomas que lhes foram conferidos pelas Faculdades de Medicina oficiais ou reconhecidas do país só poderão desempenhá-lo efetivamente depois de inscreverem-se nos Conselhos Regionais de Medicina que jurisdicionarem a área de sua atividade profissional.

Como se vê, o médico, mesmo que habilitado a desempenhar a profissão, tendo em vista ser titular de um diploma de instituição de ensino reconhecida, só poderá exercer efetivamente a Medicina se estiver devidamente registrado no conselho regional da jurisdição onde atua. A leitura desses dispositivos em conjunto leva ao entendimento de que, caso uma pessoa, ainda que formada médica, exerça a profissão sem o devido registro no CRM, será punida com base no art. 282, do Código Penal ²⁵⁵, incidindo em exercício ilegal da medicina, por exceder os limites legais da profissão.

Não obstante, de acordo com Genival Veloso de França, não pode ser classificado como crime o exercício médico daquele profissional que, possuindo um título que lhe permita exercer legalmente a profissão, não o registrou nos Conselhos de Medicina, pois nesta situação haveria apenas uma transgressão administrativa, mesmo faltando-lhe preencher as exigências legais, pois a saúde pública não estaria em jogo.²⁵⁶

Essa interpretação pode se fundamentar pelo princípio da lesividade, que constitui um princípio fundamental para legitimar o direito penal no Estado Democrático de Direito. Em resumo, tal princípio determina que o direito penal somente deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expor a perigo de lesão um bem jurídico penalmente tutelado, pois, caso não o faça, a conduta carece de tipicidade material, não constituindo crime. A interpretação bioética do delito também conduz à mesma conclusão, pois, não havendo conflito ético envolvendo a ação, mas, sim, mera expressão de poder institucional na norma legal, não se pode permitir que o direito penal aja para reprimir uma ação humana, com todo seu arsenal sancionatório, sem um fundamento legítimo que o embase a intervir. No caso, um médico devidamente diplomado

Parágrafo único. A obrigatoriedade da inscrição a que se refere o presente artigo abrange todos os profissionais militantes, sem distinção de cargos ou funções públicas.

[...]

Art. 17. Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

Art. 18. Aos profissionais registrados de acordo com esta lei será entregue uma carteira profissional que os habitará ao exercício da medicina em todo o País.

§ 1º No caso em que o profissional tiver de exercer temporariamente, à medicina em outra jurisdição, apresentará sua carteira para ser visada pelo Presidente do Conselho Regional desta jurisdição.

§ 2º Se o médico inscrito no Conselho Regional de um Estado passar a exercer, de modo permanente, atividade em outra região, assim se entendendo o exercício da profissão por mais de 90 (noventa) dias, na nova jurisdição, ficará obrigado a requerer inscrição secundária no quadro respectivo, ou para ele se transferir, sujeito, em ambos os casos, à jurisdição do Conselho local pelos atos praticados em qualquer jurisdição.

§ 3º Quando deixar, temporária ou definitivamente, de exercer atividade profissional, o profissional restituirá a carteira à secretaria do Conselho onde estiver inscrito. BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13268.htm. Acesso em: 07/02/2021.

²⁵⁵Idem. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

²⁵⁶FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Grupo GEN, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 05/02/2021. p. 63.

conta com a presunção de ter a capacidade de prestar atendimento médico, independentemente de possuir, ou não, o registro no CRM, tratando-se tal exigência uma formalidade expressiva do poder dos conselhos de classe. A existência do mencionado registro não altera em nada o risco para a saúde pública gerado pela atuação desse profissional na sociedade, tendo em vista que sua formação se deu independentemente do registro, sendo a concretização do mesmo um mero requisito formal para o exercício da profissão.

Levando o conhecimento delineado para o campo da telemedicina, menciona-se a Resolução CFM nº 1.643/2002, a qual versa que as pessoas jurídicas que prestarem serviços de telemedicina deverão inscrever-se no Cadastro de Pessoa Jurídica do CRM do estado onde estão situadas, com a respectiva responsabilidade técnica de um médico regularmente inscrito no Conselho e a apresentação dos médicos componentes de seus quadros funcionais, e no caso de prestador pessoa física, o mesmo deverá ser médico e devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina.²⁵⁷

Em primeiro lugar, temos que, conforme será exposto em seguida, as resoluções do CFM não podem servir de parâmetro para fundamentar punições penais, pois não há crime sem lei anterior que o defina. No caso, uma resolução do CFM como complemento da norma penal em branco do art. 282, do Código Penal, seria contrária ao princípio da reserva legal, constitucionalmente assegurado. De toda sorte, a previsão de necessidade de inscrição do CFM é uma norma legal que se aplica, também, no caso da prestação de serviços por meio da telemedicina, independentemente de nova previsão, pois, ao cabo, permanece sendo uma atividade médica, alterando-se apenas o método propedêutico utilizado.

Assim sendo, deve-se transpor o entendimento esboçado acima para o campo da telemedicina, concluindo-se que, da mesma forma que o profissional da saúde diplomado, com diploma devidamente registrado no Departamento Nacional de Saúde Pública, que não está inscrito no Conselho Regional do local que atua presencialmente não pode responder pelo art. 282, do Código Penal, por ausência de lesividade ou ilegitimidade da conduta, deve ocorrer com o profissional que exerce a telemedicina sem o devido registro, se devidamente diplomado. O profissional pode responder administrativamente por essa irregularidade; mas, se a ausência do registro no Conselho Estadual do local não deve implicar criminalmente os profissionais

²⁵⁷Art. 5º - As pessoas jurídicas que prestarem serviços de Telemedicina deverão inscrever-se no Cadastro de Pessoa Jurídica do Conselho Regional de Medicina do estado onde estão situadas, com a respectiva responsabilidade técnica de um médico regularmente inscrito no Conselho e a apresentação da relação dos médicos que componentes de seus quadros funcionais. Parágrafo único - No caso de o prestador for pessoa física, o mesmo deverá ser médico e devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

diplomados que atuam presencialmente, por constituir-se como fato materialmente atípico, também não pode implicar os que atuam por meio da telemedicina.

Outra questão sobre os crimes próprios de exercício ilegal da medicina diz respeito ao profissional que, possuindo diploma de graduação em Medicina e estando regularmente inscrito perante o Conselho Regional de Medicina, exerce seu ofício ultrapassando os limites estabelecidos na normatização da prática médica. A interligação deste ponto com a telemedicina se dá quando se depreende que a possibilidade de contato com especialistas das mais diversas áreas pode ser capaz de mudar o entendimento de que médicos em áreas remotas e de difícil acesso geográfico e técnico teriam a liberdade de ultrapassar as limitações da sua atividade. Essa correlação faz sentido para aqueles autores que entendem que aquele profissional que age fora de sua especialidade estaria incidindo em exercício ilegal da medicina, como por exemplo João José Leal²⁵⁸:

Finalmente, não devemos esquecer que o conceito de excesso ou abuso no exercício da medicina é relativo e não absoluto. Um médico que seja o único profissional de uma pequena comunidade, distante de um centro médico mais avançado, não estará excedendo os limites de sua profissão se realizar os mais diversos atos de tratamento cirúrgico ou clínico, desde que estes se revelarem necessários.

Possuindo o mesmo entendimento, Prates²⁵⁹ assevera que, logicamente, admite-se que um médico do interior, que atua em cidade onde não existam outros profissionais da medicina, pode realizar atos clínicos e cirúrgicos em variados tratamentos, caso seja necessário.

Em primeiro lugar, importa frisar que, conforme parecer do CFM²⁶⁰, os Conselhos Regionais de Medicina não exigem que um médico seja especialista para trabalhar em qualquer ramo da Medicina, podendo exercê-la em sua plenitude nas mais diversas áreas, desde que se responsabilize por seus atos e não as propague ou anuncie sem realmente estar nelas registrado como especialista. O parecer dispõe que nenhum especialista possui exclusividade na realização de qualquer ato médico, sendo o título de especialista apenas um presuntivo de *plus* de conhecimento em uma determinada área da ciência médica. Ou seja, a atuação do médico fora de sua área de especialidade não é sequer uma infração ética.

²⁵⁸LEAL, João José. Exercício da medicina e responsabilidade criminal. **Revista Bioética**, Brasília, v. 2, n. 2, 1994, p. 151-162. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=47652. Acesso em: 19/11/2019, p. 157.

²⁵⁹PRATES, Núria Derviche; MARQUARD, Marcelo. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. **J. Vasc. Br.**, v. 2, n.3, 2003. p. 244.

²⁶⁰CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer CFM nº 21/10**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2010/21_2010.pdf. Acesso em 11/01/2021.

Apesar de existirem publicações científicas e livros de direito penal alegando que comete o crime de exercício ilegal da medicina o médico que atua em área diversa da qual se especializou, pois estaria excedendo os limites legais de sua atuação enquanto médico, afirmando uma tendência da medicina atual de que cada profissional ocupe a sua área de atividade bem delimitada e específica²⁶¹, a verdade é que essa afirmação não se sustenta sob nenhum aspecto. O crime de exercício ilegal da medicina é uma norma penal em branco homogênea, cabendo tão somente à lei especificar os limites de atuação de um médico, já que o próprio tipo penal se refere apenas ao excesso quanto aos limites legais (das leis). Aceitar que as resoluções do CFM complementem o tipo penal em branco do art. 282, do Código Penal, seria uma afronta tanto à previsão normativa, que exige que o limite seja previsto em lei, quanto ao princípio da reserva legal, na medida em que o tipo em questão não descreve minuciosamente a conduta proibida, relegando a norma complementar apenas dados acessórios; mas, sim, deixa uma margem muito ampla de possíveis criminalizações à norma complementadora.²⁶²

Entendemos, no mesmo sentido de Siqueira²⁶³, que as resoluções editadas pelo CFM, bem como as resoluções e portarias do Ministério da Saúde, não produzem os mesmos efeitos vinculantes de uma lei, já que sua elaboração não passa pelo processo democrático, sendo essas normas apenas indiciárias quanto à regularidade da conduta médica. Dessa forma, para que a punição seja automaticamente enquadrada em exercício irregular da medicina, a previsão deve

²⁶¹Como por exemplo, além dos já citados, BITENCOURT, Carlos Roberto. Tratado de direito penal 2 - Parte Especial: Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590265/>. Acesso em: 14/05/2021. p. 454.

²⁶²De acordo com Fábio André Guaragni, pode-se enumerar três exigências cumulativas que o legislador deve observar para a confecção da norma penal em branco sem infração ao princípio da reserva legal, em sua dimensão formal: 1) que a norma penal estabeleça o “núcleo duro” da norma, ligado aos verbos, à definição de o que necessita de complemento e aos destinatários da norma, de maneira a controlar exclusivamente a escolha político-criminal do penalmente punível; 2) que remeta ao complemento apenas aspectos técnicos, de caráter científico, por uma necessidade clara, proveniente sobretudo daquilo que se necessita para eficaz proteção do bem jurídico, ou pela necessidade de ajustes regionais e locais, derivados de especificidades geográficas, socioculturais, econômicas etc.; 3) que a instância complementadora do branco já tenha atribuições atinentes à área da vida sobre a qual incide a norma penal, sobretudo regulação extrapenal ou atividade de gestão, controle, etc. GUARAGNI, Fábio André. **Crítérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: <https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/criterios.pdf>. Acesso em: 05/04/2021

²⁶³SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da Medicina**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 126.

estar expressa em lei federal, como, por exemplo, se a atitude do médico contrariar o disposto na lei nº 3.268/1957²⁶⁴ e no decreto nº 20.931/1932²⁶⁵, o qual tem status de lei.²⁶⁶

De toda forma, como o próprio Conselho Federal de Medicina, em diversos atos normativos, é expresso em não exigir de um médico, regra geral, que este seja especialista para trabalhar em ramo específico da atividade profissional, essa conduta não configura sequer indício de ilegalidade. Se o médico agiu além dos seus limites e cometeu erro, ele responderá pelo mesmo, sendo totalmente cabível a alegação de estado de necessidade, caso comprovada a necessidade da prestação do serviço especializado que excedia as aptidões do prestador do atendimento. Não obstante, independentemente de ter havido erro, não deverá este mesmo profissional ser acusado de exercer a medicina excedendo-lhe os limites, tendo em vista que o médico que possui diploma de graduação em medicina pode exercer quase qualquer ato médico, por mais especializado que ele seja, desde que dentro dos limites estabelecidos em lei federal.

Não entendemos, portanto, que a telemedicina irá influenciar na imputação penal de responsabilidade no que tange ao art. 282, do Código Penal, quanto aos médicos em cidades remotas que exercem sua profissão em todos os ramos de atuação, pois não há lei específica vedando tal prática que tenha o condão de completar o tipo penal em branco do exercício ilegal da medicina.

Para finalizar este ponto, há de se pensar que a bioética que envolve a telemedicina levanta preocupações sobre os limites desta modalidade de intervenção médica. Conforme já exposto, existem limites que, se ultrapassados, só serão punidos à título de crime culposo, caso seja consumado um resultado lesivo. Não obstante, para que o ato perigoso seja punido, independentemente da ocorrência do resultado material, este tipo penal em branco do art. 282, do Código Penal, é um mecanismo possível de controle formal da conduta médica em telemedicina. O sistema jurídico poderia, esclarecido pela bioética médica, idealizar corpos legais contendo determinados requisitos para o bom exercício da telemedicina. Ainda que a

²⁶⁴BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm. Acesso em: 07/02/2021.

²⁶⁵Idem. Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm. Acesso em: 05/04/2021.

²⁶⁶Nesse sentido, o STJ entendeu ser atípico o exercício da acupuntura por profissional não médico, porquanto não há legislação federal que prescreve ser a acupuntura uma atividade exclusivamente médica. Asseverou ainda que o Ministério Público, ao indicar complementação da norma penal em branco do art. 282, do CP, indicou apenas uma resolução do CREMESP que trata do tema e não lei federal, o que equivale à ausência de indicação de complementação. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus**: RHC 66641 SP 2015/0320180-8. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em: 03/03/2016, DJe: 10/03/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1493189&tipo=0&nreg=201503201808&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160310&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 05/04/2021.

legislação implementada não se configure como norma penal, torna-se complemento para a norma em branco do tipo penal em comento, sendo um meio formal de controle desta nova e tão polêmica modalidade de atendimento médico. Sobre os limites necessários que poderiam constar da lei, remetemos ao subitem 3.4 do presente trabalho.

4.5 Responsabilidade penal dos atores na cirurgia robótica.

Atualmente existe possibilidade de médicos realizarem cirurgias minimamente invasivas por meio de tecnologia robótica apta a traduzir os movimentos da mão humana com uma maior amplitude de movimento e visão, alta precisão, e tudo isso por meio de pequeníssimas incisões. Neste tipo de procedimento, o cirurgião fica sentado no console, controlando os instrumentos que se situam em um carrinho que fica posicionado ao lado do paciente.²⁶⁷ Trata-se de uma modalidade de telemedicina chamada telecirurgia, e cujo avanço impulsiona a ponderação acerca das questões de atribuição de responsabilidade penal, tendo em vista os riscos que esta forma de atuação sujeita os profissionais que a utilizam, bem como os demais atores envolvidos nesta modalidade de ato médico.

No âmbito civil, para atribuição da responsabilidade por eventos adversos na cirurgia robótica, deve-se verificar a gênese do dano, ou seja, se decorreu: a) de serviço essencialmente médico (falha do profissional), ocasião em que o profissional responde por culpa e, se o médico for preposto do hospital, este responde solidariamente; b) de serviço paramédico (falhas praticadas pela enfermagem e outros profissionais da saúde, auxiliares ou colaboradores), ocasião em que o hospital tem responsabilidade objetiva pelos atos da sua equipe; c) ou de serviço extramédico (quando o dano resulta da inadequada instalação do aparato robótico nas dependências do estabelecimento hospitalar ou má conservação do robô pelo não atendimento aos cuidados recomendados pelo fabricante), casos em que o hospital também responde objetivamente, nos termos do art. 14, Código de Defesa do Consumidor.²⁶⁸

Observa-se, pois, que para a apuração da responsabilidade civil, o hospital pode ser responsabilizado por ato de seus prepostos. Não obstante, no que tange à responsabilidade penal, não se pode falar em responsabilização objetiva, e muito menos em responsabilização de

²⁶⁷About da Vinci Systems: surgical robotics for minimally invasive surgery. **Intuitive Surgical**, 2019. Disponível em: <https://www.davincisurgery.com/da-vinci-systems/about-da-vinci-systems>. Acesso em: 24/08/2020.

²⁶⁸NOGAROLI, Rafaella; NETO, Miguel Kfourri. Procedimentos cirúrgicos assistidos pelo robô Da Vinci: benefícios, riscos e responsabilidade civil. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/615>. Acesso em: 14/12/2020. p. 203-204.

pessoa jurídica por crimes que não sejam ambientais. Assim sendo, no caso da atribuição de responsabilidade penal, a análise a respeito da atribuição de responsabilidade torna-se um pouco mais complexa, motivo pelo qual aqui se pretende levantar as questões de imputação penal na cirurgia robótica, levando-se em consideração que o dano penalmente relevante tenha decorrido: a) de falha do profissional; b) de falha de qualquer preposto do hospital tanto no manuseio do robô, quanto na instalação e conservação do mesmo; c) de falha do fabricante do robô. Em qualquer dessas hipóteses, pode haver a possibilidade de intervenção posterior da equipe cirúrgica que fica de prontidão para atuar presencialmente, no caso de necessidade, a qual também pode incidir em erro superveniente, hipótese que também será analisada.

4.5.1 Falha do profissional

No caso de dano decorrente não de mera iatrogenia, mas de culpa do profissional, faz-se um raciocínio semelhante ao realizado no item 4.2, no qual discutiu-se a culpa do médico por erro em teleconsulta. Ou seja, na hipótese de uma lesão corporal ou morte resultante de culpa do profissional que realiza a telecirurgia, pode haver a atribuição de responsabilidade penal pelos tipos penais correspondentes. Aqui, a questão bioética que mais chama a atenção é a perícia do profissional para atuar nesta modalidade de intervenção médica, pois a maioria dos cirurgiões atuantes completou sua formação sem receber treinamento neste tipo de intervenção cirúrgica, o que levanta o problema da qualificação dos cirurgiões em praticá-la, já que, por ser uma tecnologia recente, ainda não há uma espécie de certificação que ateste a habilidade do profissional em manusear o robô cirúrgico.²⁶⁹ Os médicos que possuem experiência em cirurgias robóticas apontam a necessidade de 200 procedimentos realizados por intermédio de robótica para que um cirurgião possa se considerar perito no sistema.²⁷⁰ Assim sendo, um profissional que atua com imperícia, realizando suas primeiras cirurgias robóticas, pode ser acusado de lesão corporal culposa no caso de um evento adverso, caso seja comprovado que a lesão perpetrada tenha nexos de causalidade com a imperícia do profissional em utilizar o sistema; ou mesmo de homicídio culposo, na ocasião do evento adverso morte decorrente de erro médico, caso se ateste a inabilidade do mesmo no manuseio do robô cirúrgico.

²⁶⁹USLUOĞULLARI, Fatih Hitam; TIPLAMAZ, Sitki; YAYCI, Nesime. Robotic surgery and malpractice. **Turk. J. Urol.**, v. 43, n. 4, 2017. P. 425-428. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29201502/>. Acesso em: 11/12/2020. p. 426.

²⁷⁰NOGAROLI, Rafaella; NETO, Miguel Kfourri. Procedimentos cirúrgicos assistidos pelo robô Da Vinci: benefícios, riscos e responsabilidade civil. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/615>. Acesso em: 14/12/2020. p. 204.

Para facilitar a análise a respeito de qual foi o fator responsável pela causação da lesão ao paciente, foi desenvolvido, em 2017, um equipamento muito eficiente, chamado *dVLogger*, espécie de caixa preta acoplada ao robô cirurgião, que grava vídeo e metadados durante a cirurgia. Por meio desse recurso, captura-se o posicionamento dos instrumentos e como o médico está conduzindo o movimento do robô, podendo-se constatar, por exemplo, se durante a cirurgia o robô emitiu algum aviso de erro, o qual foi ignorado pelo médico que optara por assumir o risco de dar continuidade ao ato cirúrgico. Ou, ainda, pode-se analisar se o robô agiu com mau desempenho ao realizar inesperadamente algum movimento. Deste modo, é possível restar provado se o médico, durante a realização da cirurgia robótica, agiu com culpa, ou se o dano resultou de uma falha do equipamento tecnológico decorrente de defeito de fabricação ou por ato de terceiros.²⁷¹

O manuseio de equipamentos robóticos para a realização de telecirurgias deve compor a formação do médico, e este deve comprovar sua qualificação para tanto no caso de um resultado adverso decorrente do procedimento, sob pena de caracterização de culpa, na sua modalidade de imperícia, e conseqüente imputação de responsabilidade penal. Não seria legítima sob o ponto de vista da bioética a conduta de um profissional que se dispõe a realizar este tipo de procedimento sem a capacitação necessária, e, portanto, este enfoque deve auxiliar o magistrado na atribuição do elemento subjetivo da culpa, caracterizando-se eventual erro médico.

Como já mencionado, paralelamente, a legislação poderia exigir determinadas certificações que atestem a capacidade do profissional em exercer telecirurgias em cada especialidade, constituindo pré-requisitos para o exercício regular desta modalidade de telemedicina. Assim o fazendo, o profissional responderia na esfera penal, ainda que o dano não se consumasse, incidindo no tipo penal do art. 282, do Código Penal. A tutela penal do perigo que emerge com a telecirurgia representa uma busca do direito em se alinhar com as expectativas sociais criadas diante da imensa evolução tecnológica empregada na área da saúde e necessária proteção da vida humana.

4.5.2 Falha de preposto do hospital

²⁷¹NOGAROLI, Rafaella; NETO, Miguel Kfour. Procedimentos cirúrgicos assistidos pelo robô Da Vinci: benefícios, riscos e responsabilidade civil. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/615>. Acesso em: 14/12/2020. p. 205-206.

Além do médico, deve-se garantir que toda a equipe de profissionais envolvidos na telecirurgia seja apropriadamente capacitada e receba treinamento e atualização na tecnologia, pois a ausência de calibragem adequada, rede móvel ineficiente, falta de revisão, tudo isso pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de um movimento impreciso do robô cirurgião ou, ainda, ocasionar uma falha na transmissão da imagem ou movimento para o sítio cirúrgico.

Assim como os passageiros que entram em um avião esperam que as manutenções da aeronave estejam em dia, isentando seus usuários dos riscos além dos legitimamente esperados, alguém que se submeta a uma cirurgia robótica espera que o equipamento esteja funcionando corretamente, sendo mantido conforme as orientações do fabricante. No entanto, caso os responsáveis não tenham executado devidamente suas funções, há um aumento de riscos imprevisíveis ao consumidor, que ultrapassam aqueles que são inerentes à atividade. Nesse contexto, o direito penal aparece como instrumento adequado para a proteção social frente aos indivíduos que atuam no cenário empresarial fazendo circular produtos, eventualmente, perigosos,²⁷² e, apesar de as pessoas jurídicas não poderem ser responsabilizadas criminalmente no Brasil, salvo quanto aos crimes ambientais, o direito penal se desenvolveu no sentido de responsabilizar os membros das companhias no implemento de causas do acidente, tutelando as situações nas quais um membro de uma empresa que lucra com o produto deve ser responsabilizado por não agir com diligência para manter o produto em condições próprias ao consumo.

É fato que são inúmeras as dificuldades que se apresentam ao se tentar aferir, no âmbito da empresa, se há alguém – pessoa natural - que deva ser responsabilizado pelo resultado delituoso, tendo em vista que essa imputação de responsabilidade deve ser sempre pautada pelos princípios fundamentais que regem o direito penal, sendo necessário, para tanto, apurar-se quem, na cadeia de responsabilidades da empresa, foi o autor da conduta, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, em consequência da qual o bem jurídico protegido foi exposto a perigo, ou mesmo lesionado.²⁷³ Devem ser consideradas questões de hierarquia, divisão de trabalho e responsabilidades, e a capacidade de tomada de decisão em cada um dos setores da empresa.²⁷⁴ Por isso, as empresas devem ter em seus estatutos a cadeia de responsabilidades de forma clara, definindo onde vão as competências de cada um dos seus diretores, executores e funcionários em geral.²⁷⁵

²⁷²BONETTI, Juiana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 26.

²⁷³Ibid. p. 113.

²⁷⁴Ibid. p. 114.

²⁷⁵Ibid. p. 113.

A dogmática penal e a teoria do delito foram concebidas sob a perspectiva dos crimes comissivos, praticados por ações positivas, e, por mais que autores clássicos tratem tangencialmente da omissão, a estrutura da tipicidade foi moldada pela atividade.²⁷⁶ Dessa forma, não temos dificuldade em caracterizar a imputação penal e consequente penalização de um enfermeiro que, capacitado para preparar o robô cirúrgico, aja com dolo ou culpa no seu trabalho, preparando-o incorretamente e, dessa forma, ocasionando com sua atitude uma lesão corporal ou morte no momento da telecirurgia.

No entanto, muitas vezes os danos são gerados por um não fazer, o que causa estranhamento na imputação de responsabilidade penal, pois, como extrair um resultado de uma inatividade dentro de um sistema todo construído sobre a causalidade, a relação naturalística entre conduta e dano?²⁷⁷ E aí surgem as figuras de omissões penalmente relevantes, que podem ser próprias ou impróprias, a depender da existência de um tipo penal específico que obrigue a atividade em determinada circunstância. Se existe o tipo penal específico que pune a omissão, trata-se de uma omissão própria. Mas, conforme já explicitado neste trabalho, se não existe o tipo específico, tem-se na parte geral do Código Penal (§2º do art. 13, do Código Penal) a possibilidade de equiparação de certas omissões à causação positiva de resultados lesivos, de modo que, nesses casos, a norma indica que certas pessoas — denominadas garantes — têm, em certas situações, o dever de evitar resultados lesivos, sob pena de responderem por eles como se os tivessem causado ativamente, o que denomina-se omissão imprópria.²⁷⁸ Foi dito que o requisito fundamental, sem o qual não há que se falar em omissão imprópria, é o dever de impedir a ocorrência do resultado típico. Esse dever está previsto nas alíneas do mencionado §2º do art. 13, do Código Penal, e existirá quando o omitente "a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado; c) com o seu comportamento anterior, tenha criado o risco da ocorrência do resultado".²⁷⁹ Essa última hipótese, chamada de ingerência, refere-se ao dever de evitar o resultado para aquele que cria riscos de sua produção, de modo que todo aquele que cria um risco, mesmo permitido, tem o dever de mantê-lo dentro dos parâmetros toleráveis, definidos pelas normas de cuidado correspondentes, devendo evitar que esse risco ultrapasse os limites do permitido, e nessa condição produza o resultado. Nesses termos, no âmbito do controle do

²⁷⁶BOTTINI, Pierppaolo Cruz. O estranho e fascinante crime omissivo impróprio — Parte 1. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/Direito-defesa-estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte>. Acesso em: 06/01/2021.

²⁷⁷Ibid.

²⁷⁸Ibid.

²⁷⁹BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

risco, a omissão será relevante se não restituir um risco desaprovado criado pelo agente ao seu patamar tolerável, ou se transformar o risco permitido em não permitido, pelo descumprimento das normas de cuidado pertinentes.²⁸⁰

Ao se abordar a ocorrência de delitos dentro da estrutura empresarial, a imputação passa a depender da infração dos deveres decorrentes de competências internamente determinadas, a partir da qual resultados danosos foram atingidos.²⁸¹ Quando da existência de um programa de *compliance* efetivo na estrutura hospitalar, a atribuição de responsabilidades dentro da estrutura empresarial torna mais fácil a análise daqueles que assumem a posição de garante quanto a determinada atividades. Inicialmente, todo o dever de cuidado e não produção de lesões cabe aos administradores da empresa; mas, por meio de uma sequência de delegações de poder, novas competências são criadas e as antigas são repartidas, de modo que a delegação das funções dentro da empresa passa a ser considerada um fenômeno gerador de deveres de garantia. No entanto, ela não pode piorar as condições de vigilância e controle apresentados originalmente, devendo cada delegação manter controlado o risco de dano, abstratamente considerado, que se deve evitar, sendo certo que o descumprimento deste preceito passa a poder fundamentar imputação no caso de um resultado lesivo decorrente deste aumento do risco autorizado pelo ordenamento jurídico.²⁸² Como afirma Roxin²⁸³, no caso dos delitos omissivos, a omissão somente pode ser imputada na hipótese em que o comportamento que se omite seja capaz, com grande probabilidade, de evitar o resultado danoso. Dessa forma, os administradores do hospital podem delegar as funções de manutenção e manuseio dos robôs, desde que haja a correlata capacitação dos delegados para a realização dessas funções. Caso não haja, eventual dano cometido por falta de conservação adequada do aparato cirúrgico pode levar à responsabilização dos administradores, por terem aumentado o risco da ocorrência do resultado, devido à delegação indevida. Não obstante, caso haja a correta capacitação e instrução para que os delegados procedam com o trato do robô cirúrgico, mas, mesmo assim houve falha do subordinado em realizar os mandamentos da forma devida, deve-se apurar o dolo ou culpa na falha do subordinado em cumprir suas funções, devendo responder pessoalmente e exclusivamente caso seja confirmado este elemento subjetivo. Conforme asseveram Fernandes e Agapito sobre os mecanismos de *compliance* nos hospitais, sua implementação auxilia o

²⁸⁰BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O estranho e fascinante crime omissivo impróprio — Parte 2. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-14/estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte>. Acesso em: 06/01/2021.

²⁸¹ARELLANO, Luis Felipe Vidal. **Fronteiras na responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. p.117.

²⁸²Ibid. p.118.

²⁸³ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1968. p. 237

sistema jurídico-penal, na medida em que organiza normativamente um ambiente bastante nebuloso, definindo responsabilidades individuais e fundamentando a responsabilidade de entes coletivos. Tal racionalização do ambiente, sem distorcer o meio em que se insere, aprofunda aquilo que os institutos dogmáticos não são capazes de compreender por sua rigidez, ainda que também os reproduza em um nível menor, como se atuasse por uma lógica fractal.²⁸⁴

O ambiente empresarial, cada vez mais complexo, torna difícil a aferição da responsabilidade individualizada, devendo ser consideradas as questões de hierarquia, divisão das tarefas e capacidade de tomada de decisão; no entanto, isso não deve ser empecilho para que se investigue a participação efetiva de cada ator no cometimento da infração. Talvez, se o sistema de justiça criminal abandonasse a obsessão pela atribuição de responsabilidade individual e encontrasse métricas sólidas para a imputação de responsabilidade penal frente ao comportamento corporativo socialmente danoso, seriam atingidos com mais êxito as funções da pena e do direito penal.²⁸⁵

4.5.3 Falha do fabricante do robô

Conforme já exposto, o avanço tecnológico e a busca desenfreada pelo progresso científico exigiram uma expansão do direito penal na tentativa de convergir com os anseios sociais na efetiva repressão e prevenção de lesões a bens-jurídicos relevantes frente aos perigos desencadeados pelas biotecnologias. Nesse sentido, também inobstante a infeliz ausência de atribuição de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, é possível haver a atribuição de responsabilidade penal, dentro da estrutura empresarial da companhia que fabricou o produto, da pessoa física culpada por colocar no mercado um produto defeituoso, que pode gerar dano.

Esse tipo de preocupação quanto aos robôs cirúrgicos é legítima, tendo em vista que, na última década, a Intuitive Surgical promoveu 175 *recalls* do robô Da Vinci, tanto para pequenos ajustes, bem como recalls mais graves, como o caso de uma faca cirúrgica que não podia se mover quando necessário para realizar algum corte; braços cirúrgicos que apresentaram falhas; e outros componentes do robô que realizaram movimentos inesperados.²⁸⁶

²⁸⁴FERNANDES, Fernando Andrade; AGAPITO, Leonardo Simões. Responsabilidade médica e o compliance como instrumento auxiliar da tutela penal. In: Zub, **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. Ed. Curitiba, Juruá, 2018. p. 68.

²⁸⁵Para profunda análise, SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética Negocial e Compliance**: Entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

²⁸⁶NOGAROLI, Rafaella; NETO, Miguel Kfourri. Procedimentos cirúrgicos assistidos pelo robô Da Vinci: benefícios, riscos e responsabilidade civil. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 2020.

Sob o mesmo raciocínio mencionado no item acima, no qual tratou-se dos delitos omissivos, mais precisamente sobre a ingerência, deve-se ter em mente que, para que alguém assuma a posição de garante, é necessária uma condição anterior que tenha causado risco de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. No caso do fabricante, a conduta em questão é a produção ou colocação do produto no mercado de consumo.

Sabendo que seu produto, mesmo se utilizado conforme as regulares condições de uso, pode ser lesivo à vida ou integridade física do consumidor, o produtor deve retirá-lo do mercado de consumo, sob pena de responder pelo resultado a que seu produto perigoso der causa.²⁸⁷

Para essa análise, deve-se ter em mente que, dentro da estrutura empresarial do fabricante, existem os técnicos em determinados assuntos, e os diretores da empresa, e somente esses últimos têm poder de decisão, mas apoiando-se nos pareceres dos primeiros. No entanto, de acordo com a teoria da decisão²⁸⁸, as responsabilidades que abarcam esses dois papéis podem ser concorrentes ou excludentes: se o técnico informa equivocadamente a ausência de potencial lesivo, somente ele será responsabilizado, por ter agido com imperícia. Por sua vez, caso haja a informação de lesividade pelo técnico e, mesmo assim, o decisor não retire o bem do mercado de consumo, somente o decisor será responsabilizado, pois o agente teria cumprido seu papel, mas ausente a correlata capacidade decisória.

O importante é que, verificado que o produto é efetivamente o responsável pela lesão causada ao consumidor, seja apurado quem, dentro da cadeia que vai da produção à comercialização, deu origem ao defeito do referido bem, para que seja possível identificar quais integrantes da empresa são responsáveis, dolosa ou culposamente, pelo dano causado.²⁸⁹

Não se pretende aqui realizar uma análise sobre as nuances da imputação de responsabilidade penal no âmbito empresarial; mas, sim, deixar claro que nem sempre o médico é o único responsável pelos danos perpetrados no caso de uma telecirurgia, podendo, também, haver dolo ou culpa de outros atores sobre os quais a responsabilidade penal pode, da mesma forma, ser imputada, tais como os fabricantes do robô, ou mesmo os administradores do hospital, ou os seus subordinados responsáveis pela preparação do robô para a cirurgia. Nesse sentido, o que importa salientar é que, no âmbito empresarial, por serem as responsabilidades

Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/615>. Acesso em: 14/12/2020. p. 202.

²⁸⁷VOGEL, Joachim *apud* BONETTI, Juiana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 112.

²⁸⁸GOMES, Luiz Flavio Autran Monteiro, 2006 *apud* BONETTI, Juiana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 114.

²⁸⁹BONETTI, Juiana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 134.

organizadas de forma hierárquica e nem sempre os subordinados terem capacidade/possibilidade de agirem de modo a não cometer ou a evitar determinado resultado, é possível a imputação de responsabilidade aos seus superiores, pela omissão do dever de cuidado em realizarem a delegação a pessoa incompetente, ou qualquer outra atitude omissiva que aumente o risco tolerado para aquela atividade.

4.5.4 Erro superveniente do cirurgião local

Na ocorrência de uma telecirurgia, deve ficar de prontidão um médico local, que deverá se responsabilizar pela intervenção cirúrgica em situações de emergência ou em ocorrências não previstas, tais como falha no equipamento robótico, falta de energia elétrica, flutuação ou interrupção de comunicação. Essa previsão de uma equipe cirúrgica no local estava, inclusive, prevista na revogada Resolução CFM nº 2.227/2018, em seu art. 8º, §5º.²⁹⁰

A questão de imputação surge quando há um erro anterior imputável a terceiro, em uma das situações acima mencionadas, com posterior intervenção do cirurgião local, que também age com erro superveniente.

A problemática em comento é respondida pela interpretação do art. 13, §1º, do Código Penal.²⁹¹ Trata o mencionado artigo da hipótese de concausa superveniente relativamente independente, que, se por si só produzir o resultado, exclui a imputação do primeiro agente, respondendo este apenas pelos fatos anteriores que praticou; mas, se não produzir por si só o resultado, por sua vez, o primeiro agente responde pelo resultado em coautoria com o segundo, cada um na medida de sua culpabilidade.

A regra geral do nosso Código Penal, prevista em seu art. 13, *caput*, é a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes (ou teoria da *conditio sine qua non*), para a definição do que é causa do delito, a qual afirma ser causa todo fato oriundo de comportamento humano sem o qual o resultado não teria ocorrido. Salienta-se que, para impedir que essa teoria leve ao regresso *ad infinitum* (regresso ao infinito), a doutrina criou a figura da *imputatio delicti* (causalidade psíquica), que nada mais é do que a exigência de dolo ou culpa do agente para a

²⁹⁰Art. 8º, § 5º O médico local deverá se responsabilizar pela intervenção cirúrgica em situação de emergência ou em ocorrências não previstas, tais como falha no equipamento robótico, falta de energia elétrica, flutuação ou interrupção de comunicação. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.227/2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22/11/2019.

²⁹¹Art. 13, §1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

produção do resultado. No entanto, como a lei não utiliza palavras desnecessárias, deve-se ater que ela se serviu do §1º do art. 13 para excepcionar as situações que devem se valer de outra teoria, qual seja a teoria da causalidade adequada, a qual considera causa como sendo uma conduta adequada à produção do resultado. A consequência dessa exceção é que, se houver uma circunstância superveniente a uma conduta, que cause por si só o resultado, o agente da primeira conduta responde apenas pelo que cometeu, e não pelo resultado.

Existem dois exemplos clássicos a respeito das concausas supervenientes relativamente independentes que produzem ou não produzem por si só o resultado. No primeiro caso (produzem por si só o resultado), tem-se a hipótese de uma pessoa que, após levar um tiro, é transportada em ambulância para o hospital, e acaba por sofrer um acidente neste transporte, sendo o acidente definido como causa da morte. Nesta hipótese, o agente que deu o tiro responde por tentativa de homicídio, e não pelo homicídio consumado, tendo em vista que, por tratar-se de exceção, aplica-se a teoria da causalidade adequada, e conclui-se que o disparo não foi causa adequada para configuração do homicídio, pois qualquer pessoa que ali estivesse fatalmente iria morrer, e não apenas a vítima alvejada por disparos. Na segunda situação (não produzem por si só o resultado), tem-se o exemplo de uma pessoa que, alvejada por disparos não fatais, vem a falecer em virtude de imperícia médica na ocasião da cirurgia a qual teve que ser submetida em virtude dos ferimentos. Como trata-se da regra geral, e, nesses casos, a lei dispõe pela aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes, constata-se que a vítima somente veio a falecer em virtude da intervenção cirúrgica necessária em razão dos ferimentos causados por disparos de arma de fogo (suprimindo-se os disparos, a cirurgia não seria realizada e, portanto, considera-se os disparos causa do homicídio). Assim sendo, no caso, o agente responde por homicídio consumado.

Conforme o exposto, pode-se concluir que, no caso de erro do cirurgião local superveniente a conduta penalmente relevante perpetrada durante a telecirurgia, está-se diante de hipótese muito semelhante ao exemplo clássico da concausa superveniente relativamente independente que não produz por si só o resultado. Desta forma, aplica-se a regra geral da teoria da equivalência dos antecedentes, respondendo o agente da primeira conduta pelo resultado, na medida em que deu causa a ele. Assim sendo, se o médico que atua do console causa uma lesão corporal culposa no paciente durante a telecirurgia, e o cirurgião local que assume para tentar salvar o paciente age em erro e acaba por levar o paciente à morte, ambos responderão por homicídio culposamente consumado. Da mesma forma, se o robô lesionou o paciente por defeito de fabricação ou falta de manutenção, e, posteriormente, o paciente acabou morrendo nas mãos do

cirurgião local por imperícia médica, tanto o responsável pelo defeito ou má conservação, quanto o cirurgião local, responderão por homicídio culposo consumado.

Ao se discutir telecirurgia, muitos questionamentos surgem a respeito da atribuição de responsabilidade penal no caso de eventos adversos, afirmando-se que não faz sentido punir um robô. A presente pesquisa pretendeu também demonstrar que o robô, no caso da telecirurgia, não deixa de ser um escravo, um mecanismo para que pessoas atinjam seus fins. Haverá sempre um humano por trás da máquina, o qual deve agir de forma ética, com vistas à preservação da vida humana. A tecnologia só serve na medida em que serve ao ser humano, devendo sempre as ações em telemedicina serem analisadas sob este enfoque, que visa mitigar os efeitos nocivos dessas evoluções para a saúde e a vida do paciente. Assim, o direito penal tem o papel de atender às expectativas sociais de proteção dos pacientes, devendo, sendo necessário, encontrar e punir os culpados por danos penalmente relevantes àqueles que se submetem a este tipo de intervenção. Em regra, sempre haverá alguém – pessoa física - responsável pela conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, que causou o dano, sendo que a dificuldade reside, muito mais, em conseguir encontrar, nos casos em que a lesão não decorreu de erro do médico, quem é essa pessoa natural que, dentro da estrutura empresarial da pessoa jurídica responsável pelo mau funcionamento do robô, merece punição. Como já exposto, talvez o direito penal lograsse melhor em atingir seus fins se houvessem métricas sólidas de atribuição de responsabilidade penal ao comportamento corporativo socialmente danoso, em detrimento da obsessão à imputação de responsabilidade individual.

Por fim, deve-se levar em consideração que a tecnologia necessária à telecirurgia ainda é muito cara, e a exigência de perícia em manuseá-la, não só do cirurgião, mas de toda a equipe hospitalar, leva a uma aplicação reduzida dessa forma de intervenção. De acordo com notícia publicada pelo Hospital Albert Einstein²⁹², em 2018, este hospital havia investido R\$ 46 milhões apenas em cirurgia robótica ao longo de 10 anos, cifra inalcançável para a maioria dos demais hospitais do país, públicos ou privados. A mesma notícia ainda menciona fala do presidente da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Albert Einstein e médico cirurgião certificado em cirurgia robótica desde 2009, na qual ele afirma que "o diferencial de um Centro de Excelência em Cirurgia Robótica não é apenas o robô, mas toda a infraestrutura e capacitação de médicos e enfermeiros para que os procedimentos tenham resultados extremamente positivos." Conforme analisado, a atribuição de responsabilidade penal decorrente dessa modalidade de telemedicina tem grande relação com a perícia do profissional ou dos

²⁹²Brasil comemora 10 anos de cirurgia robótica. **Einstein**, 2018. Disponível em: <https://www.einstein.br/sobre-einstein/imprensa/press-release/brasil-comemora-10-anos-de-cirurgia-robotica>. Acesso em: 06/01/2021.

funcionários do hospital em manuseá-la. Tendo em vista a dispendiosidade da aquisição e manutenção de um equipamento como este, pode-se associar a questão da desigualdade do acesso a esta forma de assistência - não só pelos pacientes, mas também pelos profissionais - à imputação de responsabilidade penal. Cabe ao Estado oferecer o treinamento e a tecnologia necessárias para mitigar os riscos causados pela dificuldade de acesso a este sistema operacional, não podendo se esquivar sob o argumento de que seus recursos são limitados. Desigualdades podem ser minimizadas por meio de políticas públicas e medidas práticas fundamentadas responsabilidade social, necessárias, no caso, à minimização de danos a bens-jurídico-penais.

5 CONCLUSÕES

A pesquisa realizada possibilitou as seguintes notas conclusivas:

1 – O avanço tecnológico em saúde, apesar de prometer inúmeras vantagens, traz diversas preocupações éticas, as quais são objeto de estudo da bioética, saber que exerce um controle social informal na sociedade ao refletir sobre o agir correto em situações de conflito que envolvem a vida e a saúde frente à incorporação de novas tecnologias. Por mais que a bioética não conte, em si mesma, com punições cominadas, na área médica, em que os profissionais prezam por sua imagem e reputação, um agir antiético, que cause insatisfação ao paciente, é extremamente danoso para a vida social do médico. Desta forma, a apreciação ética das condutas médicas associadas à tecnologia, como controle informal, é efetiva não em decorrência de qualquer punição, mas, sim, na medida em que causa apreensão no indivíduo acerca das consequências negativas que a descoberta de uma prática antiética por outras pessoas poderia trazer à sua vida social. Os padrões éticos agem como controle social informal e, quando normatizados, seja por meio dos regulamentos profissionais, ou mesmo por normas legais, servem como controle social formal. Ambos os controles devem caminhar em convergência, se readequando um ao outro, frente à constante evolução tecnológica e social.

2- No Brasil, a pandemia de COVID-19 serviu como um catalisador para a incorporação tecnológica nos cuidados de saúde, transformação que já vinha ocorrendo de forma incipiente no país. A classe médica foi pega de surpresa, e passou a ter de lidar com a teleconsulta, sem grandes preparações e com pouca normatização a respeito. A partir dessa situação forçosa e excepcional, imagina-se que a adoção definitiva de novas modalidades de telemedicina seja menos polêmica, e que modalidades como a teleconsulta e a telecirurgia venham a ser, sim, adotadas e regulamentadas de forma permanente no Brasil. No entanto, ressalta-se que, qualquer que seja o regramento a respeito, ele deve convergir com a ética médica e social, constituindo, em simultaneidade à ética pessoal dos profissionais, mais uma espécie de controle, mas um controle formal, para que os atos médicos intermediados pelas tecnologias da comunicação e informação sejam perpetrados de forma a trazer os maiores benefícios possíveis à sociedade, sem importarem em riscos à vida e à saúde humana; pois, apesar de trazerem inúmeros benefícios, algumas formas de telemedicina confrontam alguns elementos que eram tidos como essenciais para a boa prática médica, por suprimirem o contato físico entre profissional e paciente; colocarem em risco a confidencialidade das informações transmitidas pelo paciente; e, por fim, por terem o potencial de gerar mais uma forma de desigualdade no

acesso à saúde, tendo em vista que as tecnologias da comunicação e informação não são acessíveis a todos.

O enfoque bioético sobre as questões levantadas leva ao estabelecimento de marcos aptos à condução do desenvolvimento tecnocientífico de forma sustentável. Apresentou-se como controles possíveis para mitigar os riscos à vida e à saúde humana trazidos pela telemedicina: i) a necessidade de consultas presenciais periódicas, fixadas em intervalos de tempos cientificamente pensados, para reavaliação física do paciente, bem como para manutenção da relação médico-paciente; ii) a existência de evidências científicas consistentes que direcionem o profissional de cada especialidade, por meio de protocolos padronizados, sobre as situações que permitem que o acompanhamento médico se dê por meio da telemedicina; iii) o uso de termos de consentimento livres e devidamente esclarecidos, que atestem a vontade do paciente em se submeter à consulta virtual, em detrimento da possível consulta presencial, bem como sua ciência de que o médico tem total liberdade caso entenda necessária a conversão da consulta *online* em presencial; iv) a existência de cursos formadores que atestem a capacidade do profissional em realizar a transição do atendimento médico tradicional para a telemedicina; v) o estabelecimento e exigência de padrões mínimos de segurança a ser adotados pelos profissionais que se utilizam da telemedicina, convergindo todos os normativos do país no resguardo dos dados sensíveis do paciente; vi) o uso de termos de consentimento livres e esclarecidos no qual o paciente consente que seus dados de saúde serão acessados por outros atores, além do médico, como os responsáveis pelo tratamento dos dados, bem como pelos *softwares* utilizados; vii) a disponibilização de triagem e atendimento médico, inclusive com especialistas, por meio da telemedicina no âmbito do SUS; viii) o fornecimento, pelo sistema público, do aparato necessário à realização de uma teleconsulta médica, e de auxílio para o manejo do equipamento; e ix) um controle efetivo sobre o agendamento e ocorrência das teleconsultas marcadas.

3- As questões éticas suscitadas demonstram que a inserção das tecnologias no atendimento médico altera o fato social da consulta médica tradicional, fazendo emergir a necessidade de respostas jurídico-penais adequadas. As tecnologias trazem problemas que podem, até certo nível, ser resolvidos à luz da ética social e de normas regulamentares, cujo descumprimento acarreta sanções na esfera administrativa. No entanto, alguns riscos decorrentes do uso dessas ferramentas, em razão da gravidade das lesões possíveis para a vida humana, podem assumir o status de delitos. Esse espaço a ser garantido no direito penal não deve, contudo, ser utilizado de forma desordenada, devendo o sistema de justiça criminal extrair

da bioética a necessidade e os limites da sua intervenção, buscando uma convergência estre as esferas de atribuição de responsabilidade.

4- No que tange ao erro médico em teleconsultas, para que se apure a culpa do profissional que atendeu o paciente de forma virtual, e disso decorreu um dano, como alternativa a uma possível aplicação infundada do direito penal, é essencial que o aplicador da lei, principalmente neste estágio inicial em que ainda não existem normativas que fixem limites ao ato médico mediado por tecnologias, recorra ao conhecimento da bioética para analisar a legitimidade da conduta do profissional no caso concreto. O uso da telemedicina está permitido aos médicos, apesar de levantar conflitos relevantes. O profissional, desde que perito e diligente em sua profissão, tem a capacidade de discernir sobre a necessidade de contato físico com o paciente, e deve manifestar sobre tal necessidade, caso, dentro de sua experiência profissional, apure ser impreterível uma consulta presencial, pois, se não o fizer, estará agindo de forma não ética, violando os deveres de cuidado inerentes ao ato médico, e devendo ser responsabilizado no caso de dano decorrente de ato ou omissão indevida.

A princípio, como não existe normativa a respeito, se o médico usar da telemedicina e nenhum resultado negativo advir desse uso, não haverá punição, pois a caracterização do crime culposos, neste caso, exige o resultado material. Mas, caso um resultado adverso se perfaça, e o julgador interpretar, a partir do saber bioético que envolve a utilização dessa biotecnologia, que havia a previsibilidade de o dano ocorrer, tendo em vista a incompletude do exame clínico devido à ausência de exame físico, o ato médico realizado por meio da telemedicina deve ser tido como ilegítimo, por contrariar a bioética médica.

O direito deve, por sua vez, convergir com a bioética na delimitação objetiva e abstrata de limites a guiarem o profissional na boa condução de uma teleconsulta médica. Caso sejam esses limites estabelecidos em normas regulamentares, sua desobediência e consequente causação de dano penalmente relevante, apesar de não ensejar em responsabilização imediata na esfera penal, aponta para a existência de crime culposos, podendo o médico, no caso concreto, provar ter agido de forma ética, ainda que desobedecidas as normas de cuidado. Caso sejam os limites estabelecidos em lei, ainda que não seja lei penal, sua inobservância poderia ensejar em exercício irregular da medicina.

Não pode o juiz, no entanto, ainda que não haja norma clara a respeito, escusar-se de julgar um dano a bem jurídico-penal, cometido com infração ao dever objetivo de cuidado que a situação exigia, mesmo porque o tipo culposos, por maiores divergências que o circundem, é aceito no nosso Código Penal. Essa imputação não deve, contudo, ser arbitrária e disfuncional,

e para tanto a bioética é o saber necessário a fornecer uma aplicação com o embasamento necessário a dar funcionalidade à aplicação da lei penal.

5- Havendo erro médico decorrente de teleinterconsulta, por não haver coautoria em crimes culposos de acordo com o entendimento adotado, deve-se apurar individualmente a responsabilidade de cada médico envolvido, para se concluir se houve, ou não, autoria colateral. Nas hipóteses possibilitadas pela telemedicina em que um médico generalista de cidades remotas consulta um especialista de um grande centro, para dar andamento a consulta cuja doença ele não domina, não há responsabilização do médico que demandou a ajuda quanto a erro orientado pelo especialista. Em primeiro lugar, no âmbito da culpabilidade, não se pode considerar que a conduta do médico assistente foi culpável, por ser ausente o potencial conhecimento da ilicitude, decorrente de erro de proibição, ou mesmo por aplicação do princípio da confiança, ocasião em que apenas o médico especialista que orientou em erro responde pelo dano causado. Em segundo lugar, se a análise se der no campo da tipicidade, a utilização do saber bioético como alicerce apto a munir o direito penal de funcionalidade impede a colocação do médico generalista na posição de garante, não sendo penalmente relevante a sua omissão em impedir o resultado danoso; pois, caso fosse, o direito levaria a um esvaziamento do fim de igualdade do acesso à saúde prometido pela telemedicina, pois nenhum profissional correria o risco de intermediar a consulta médica com especialista que atue à distância, caso ele pudesse ser responsabilizado por isso, mesmo não sendo capaz de compreender a qualidade da conduta sugerida. Exceção para a hipótese de o médico assistente transmitir informações equivocadas ao seu colega, induzindo-o ao erro, caso em que haverá a caracterização de erro de tipo determinado por terceiro, devendo apenas o médico assistente que falhou no repasse dos dados ser responsabilizado, desde que o outro profissional prove que sua conduta foi escusável.

6- Sobre a violação de segredo, tem-se que o profissional que agir com culpa na revelação de informações do paciente pode ser responsabilizado cível e administrativamente, inclusive com sanções altíssimas de acordo com a LGPD. Não obstante, para incidir no art. 154, do Código Penal, deve o médico agir com dolo na divulgação do segredo do paciente, seja direto ou eventual, tendo em vista que não existe modalidade culposa do delito. Ocorre que, na hipótese de um vazamento decorrente do uso da telemedicina, a aplicação da lei penal deve considerar, conforme a análise bioética realizada, a necessidade de proteção social dos dados de saúde do paciente. Nos casos mais graves, de total desprezo do profissional em relação à segurança dos dados do paciente, é possível vislumbrar, inclusive, o crime de violação de segredo, a partir da compreensão do elemento subjetivo do tipo penal como dolo eventual,

depreendido da falta de cautela do médico ao selecionar os *softwares* para se comunicar com seus pacientes. A bioética é capaz de fornecer a racionalidade necessária para a legitimação de eventual caracterização deste elemento subjetivo do tipo penal, por facilitar a compreensão do que seria a “assunção do risco de produzir o resultado”, aliada à necessidade de dar funcionalidade ao direito penal.

7- O exercício ilegal da medicina pode se caracterizar em duas situações: como crime comum ou como crime próprio, sendo que em ambas as situações a imputação penal de responsabilidade sofre influências da telemedicina. Em primeiro lugar, tem-se que uma pessoa que não é médica e exerce atos médicos por estar em local onde não existam médicos para prestar o atendimento necessário não seria responsabilizada criminalmente pelo tipo penal do art. 282, do Código Penal, por agir amparada pela excludente de ilicitude do estado de necessidade. No entanto, a telemedicina pode vir a descaracterizar o estado de necessidade, na medida em que ela se mostra como alternativa para o salvamento do bem jurídico em perigo, sem a necessidade de cometimento da conduta típica.

Ainda sobre o exercício irregular da medicina, mas na hipótese de configurar-se como um delito próprio, concluiu-se pela não caracterização do delito quando o profissional devidamente diplomado em medicina exercer a telemedicina sem registro no conselho, podendo o mesmo responder administrativamente por essa irregularidade, mas não criminalmente, tendo em vista a ausência de lesividade social da conduta, e, portanto, de tipicidade material. A análise bioética conduz à mesma conclusão, pois, não havendo conflito ético envolvendo a ação, mas, sim, mera expressão de poder institucional na norma legal, não se pode permitir que o direito penal aja para reprimir uma ação humana, com todo seu arsenal sancionatório, sem um fundamento legítimo que o embase a tal intervenção.

Ademais, seria possível estabelecer uma intersecção com a telemedicina se considerássemos viável a incriminação do médico que atua além de sua especialidade, por estar em cidade remota ou de difícil acesso, como estando exercendo irregularmente a medicina, pois, partindo-se dessa premissa, a possibilidade de teleconsultas com especialistas retiraria deste profissional o estado de necessidade apto a lhe permitir realizar o atendimento médico especializado sem enquadramento penal. No entanto, o tipo do art. 282 é norma penal em branco homogênea, que deve ser complementada por lei, e, como não há lei que vede a ampla atuação do médico, não é possível tal imputação de responsabilidade penal com base no art. 282 àquele profissional que aja em qualquer ramo da profissão, ainda que sem especialização.

A bioética que envolve a telemedicina levanta preocupações sobre os limites desta modalidade de intervenção médica. Alguns limites, se ultrapassados, só serão punidos à título

de crime culposos, caso seja consumado um resultado lesivo. Não obstante, para que o ato perigoso seja punido, independentemente da ocorrência do resultado material, este tipo penal em branco do art. 282, do Código Penal, é um mecanismo possível de controle formal da conduta médica em telemedicina. O sistema jurídico poderia, esclarecido pela bioética médica, idealizar corpos legais contendo determinados requisitos para o bom exercício da telemedicina. Ainda que a legislação implementada não se configure como norma penal, torna-se complemento para a norma em branco do tipo penal em comento, sendo um meio formal de controle desta nova e tão polêmica modalidade de atendimento médico.

8- Para a apuração da responsabilidade penal dos atores na cirurgia robótica, em primeiro lugar, é necessário analisar qual foi o fator responsável pela causação da lesão ao paciente: falha do profissional, falha do fabricante, ou falha do hospital em conservar e preparar o robô cirúrgico. Essa análise resta facilitada com a existência de um equipamento, chamado *dVLogger*, espécie de caixa preta acoplada ao robô cirurgião, que registra o ato cirúrgico, mostrando a causa do dano. Na hipótese de lesão corporal ou morte resultante de dolo ou culpa do profissional que realiza a telecirurgia, pode haver a atribuição de responsabilidade penal pelos tipos penais correspondentes, sendo que a modalidade de culpa que mais chama a atenção, nesses casos, é a imperícia, tendo em vista que a maioria dos cirurgiões atuantes completou sua formação sem receber treinamento neste tipo de intervenção cirúrgica. Não seria legítima, sob o ponto de vista da bioética, a conduta de um profissional que se dispõe a realizar este tipo de procedimento sem a capacitação necessária, e, portanto, este enfoque deve auxiliar o magistrado na atribuição do elemento subjetivo da culpa, caracterizando-se eventual erro médico. Paralelamente, a legislação poderia exigir determinadas certificações que atestem a capacidade do profissional em exercer telecirurgias em cada especialidade, constituindo-se pré-requisitos para o exercício regular desta modalidade de telemedicina.

Além do médico, deve-se garantir que toda a equipe de profissionais envolvidos na telecirurgia seja apropriadamente capacitada e receba treinamento e atualização na tecnologia. Se houver falha do robô cirúrgico por preparo inadequado ou conservação indevida do robô, imperativo tentar aferir, no âmbito da empresa, quem é a pessoa natural que deve ser responsabilizada pelo resultado delituoso. É certo que o ambiente empresarial, cada vez mais complexo, torna difícil a aferição da responsabilidade individualizada, devendo ser consideradas as questões de hierarquia, divisão das tarefas e capacidade de tomada de decisão; no entanto, isso não deve ser empecilho para que se investigue a participação efetiva de cada ator no cometimento da infração. Da mesma forma, apurando-se que o dano foi decorrente de defeito de fabricação, deve-se verificar quem, dentro da cadeia que vai da produção à

comercialização, deu origem ao defeito do referido bem, para que seja possível identificar quais integrantes da empresa são responsáveis, dolosa ou culposamente, pelo dano causado. O que importa salientar é que, no âmbito empresarial, por serem as responsabilidades organizadas de forma hierárquica e nem sempre os subordinados terem capacidade/possibilidade de agirem de modo a não cometer ou a evitar determinado resultado, é possível a imputação de responsabilidade aos seus superiores, pela omissão do dever de cuidado em realizarem a delegação a pessoa incompetente, ou qualquer outra atitude omissiva que aumente o risco tolerado para aquela atividade. A existência de programas de *compliance* na estrutura hospitalar facilita a análise daqueles que assumem a posição de garante quanto a determinadas atividades no âmbito empresarial; mas, para contribuir com a efetividade desses programas, o sistema de justiça criminal deveria abandonar a obsessão pela atribuição de responsabilidade individual e encontrar métricas sólidas para a imputação de responsabilidade penal frente ao comportamento corporativo socialmente danoso.

Ainda sobre a cirurgia robótica, no caso da necessidade de intervenção do cirurgião local para sanar dano decorrente de conduta imputável a qualquer um dos atores que participaram da cirurgia (erro do médico que operou no console, defeito na fabricação do robô ou falha de manutenção/conservação do robô), com superveniente erro deste cirurgião, aplica-se a teoria da equivalência dos antecedentes, por tratar-se o erro médico superveniente de concausa superveniente relativamente independente que não produz por si só o resultado, respondendo tanto o agente da primeira conduta, quanto o cirurgião local que agiu em erro posterior, pelo resultado que advier.

Como se vê, a telemedicina traz inúmeras questões de imputação penal de responsabilidade, as quais tentou-se levantar na presente pesquisa, que teve como fim não só demonstrar à comunidade científica médica e jurídica os necessários passos que o direito deverá dar para convergir com a bioética no estabelecimento de boas práticas médicas à distância, mas também elucidar os profissionais que vêm atuando por este método a respeito dos limites bioéticos que já devem funcionar como controle social informal da atividade, para que seu uso não se desdobre em questões jurídico-penais. O direito penal, para obter resultados materialmente justos e funcionais para a sociedade, deve unir as categorias sistemáticas e dogmáticas com todo o conhecimento disponível no sistema, e, neste trabalho, demonstrou-se como o saber bioético é capaz de munir o direito da legitimação necessária a fundamentar punições penais, por tencioná-lo a refletir sobre si mesmo, inclusive sobre sua necessidade e seus limites.

6 REFERÊNCIAS

About da Vinci Systems: surgical robotics for minimally invasive surgery. **Intuitive Surgical**, 2019. Disponível em: <https://www.davincisurgery.com/da-vinci-systems/about-da-vinci-systems>. Acesso em: 24/08/2020.

AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito Médico: A Omissão Penalmente Relevante**. Dissertação de Mestrado. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2018.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ARAGÃO, Suélllyn; SCHIOCCHET, Taysa. Lei Geral de Proteção de Dados: desafio do Sistema Único de Saúde. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, v.14, n. 3, Set. 2020. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/2012/2391>. Acesso em: 10/12/2020.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. **Fronteiras na responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina**. Israel: 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, 1999. Disponível em: www.dhnet.org.br/Direitos/codetica/medica/27telaviv.html. Acesso em: 21/11/2019.

AZEVEDO JÚNIOR, Renato. Teleatendimento, Revolução com Ética e Segurança. **Rev. Soc. Cardiol. Estado de São Paulo**, v. 29, n. 4, out.-dez., 2019. p. 362-364.

BAUER, Keith Alan. **The Ethical Implications of Telemedicine and the Internet for Home Healthcare**. Dissertação de PhD. Universidade do Tennessee, 2002. Disponível em: http://trace.tennessee.edu/utk_graddiss/2091. Acesso em: 15/11/2019.

BECK, Ulrich. **What is globalization?** John Wiley & Sons, 2014. E-pub.

BENKE, Kurt; BENKE, Geza. Artificial Intelligence and Big Data in Public Health. **Int. J. Environ. Res. Public Health**, v. 15, n. 12, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/ijerph15122796>. Acesso em: 11/08/2020.

BITENCOURT, Carlos Roberto. **Tratado de direito penal 2 - Parte Especial: Crimes Contra a Pessoa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590265/>. Acesso em: 14/05/2021.

BONETTI, Juiana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

BOTTINI, Pierppaolo Cruz. O estranho e fascinante crime omissivo impróprio — Parte 1. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez->

07/Direito-defesa-estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte. Acesso em: 06/01/2021.

_____. O estranho e fascinante crime omissivo impróprio — Parte 2. **Revista Consultor Jurídico**, dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-14/estranho-fascinante-crime-omissivo-improprio-parte>. Acesso em: 06/01/2021.

BRASIL. **Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm. Acesso em: 05/04/2021.

_____. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07/01/2021.

_____. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3268-30-setembro-1957-354846-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 17/07/2020.

_____. **Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm. Acesso em 17/07/2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07/01/2021.

_____. **Lei Nº 12.842, de 10 de julho de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em: 13/05/2021.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 07/01/2021.

_____. **Projeto De Lei nº 696 de 2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867127&filenome=PL+696/2020. Acesso em: 19/07/2020.

_____. **Despachos Do Presidente Da República**. Publicado em: 16/04/2020, Edição 73, Seção 1, Página 6. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-252726486>. Acesso em 19/07/2020.

_____. **Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 19/07/2020.

Brasil comemora 10 anos de cirurgia robótica. **Einstein**, 2018. Disponível em: <https://www.einstein.br/sobre-einstein/imprensa/press-release/brasil-comemora-10-anos-de-cirurgia-robotica>. Acesso em: 06/01/2021.

BRIAR, Scott; PILIAVIN, Irving. Delinquency, situational inducements, and commitment to conformity. **Social Problems**. Berkeley, 1965, p. 35-45. Disponível em: <https://academic.oup.com/socpro/article-abstract/13/1/35/2924955>. Acesso em: 15/05/2021.

CAETANO, Rosângela *et al.* Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, n. 5, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00088920>. Acesso em: 30/06/2020.

CAMPOS, Adriana; OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, jul./dez. 2017, pp. 13-45. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/514/423>. Acesso em: 14/01/2021.

CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; DESTRO, Paulo. Lesão corporal culposa e a responsabilidade penal do médico: reflexões à luz da lei n. 9.099/95. **Rev. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, v. 110, jan.-dez. 2015, p. 417-450. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115501>. Acesso em: 02/12/2020.

CATAPAN, Soraia de Camargo; CALVO, Maria Cristina. Teleconsulta: uma Revisão Integrativa da Interação Médico-Paciente Mediada pela Tecnologia. **Revista Brasileira De Educação Médica**, v. 44, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbem/v44n1/pt_1981-5271-rbem-44-01-e002.pdf. Acesso em 17/07/2020.

CELES, Rafaela Santana *et al.* A telessaúde como estratégia de resposta do Estado: revisão sistemática. **Rev. Panam Salud Publica**, v. 42, ed. 84, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.84>. Acesso em: 15/07/2020.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Crime Comissivo por Omissão. **RDP nº 7 - DOCTRINA**, abr./mai. 2001. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_07_16.pdf. Acesso em: 17/01/2021.

COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **Bioética, Direito e Medicina**. Barueri: Manole, 2020. p. 97-109.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.638, de 10 de julho de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 04/04/2021.

_____. **Resolução CFM nº 1.643 de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 22/11/2019.

_____. **Resolução nº 1.821, de 23 de novembro de 2007**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>. Acesso em: 22/11/2019.

_____. **Parecer CFM nº 21/10.** Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2010/21_2010.pdf. Acesso em 11/01/2021.

_____. **Resolução CFM nº 1.974, de 19 de agosto de 2011.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1974_2011.htm. Acesso em: 22/11/2019.

_____. **Parecer CFM Nº 14/2017.** Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/parecer-cfm-no-14-2017/>. Acesso em: 17/07/2020.

_____. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018.** Disponível em: https://cem.cfm.org.br/templates/g5_helium/images/cem/pdf/codigo.pdf?5cc88fbf. Acesso em: 22/11/2019.

_____. **Resolução CFM nº 2.227/2018.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>. Acesso em: 22/11/2019.

_____. **Resolução CFM nº 2.228, de 06 de março de 2019.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 22/11/2019.

_____. **Ofício CFM Nº 1756/2020.** Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf. Acesso em 20/03/2020.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. Apresentando a Bioética. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 15-18.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/9393889/Manual_de_Medicina_Legal. Acesso em: 22/11/2019.

DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde: telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial. **Revista de Direito Médico e da Saúde**: doutrina, legislação, jurisprudência, Brasília, n. 21, jul. 2020, p. 11-55.

DAMASCENO, Renata Fiúza; CALDEIRA, Antônio Prates. Teleconsultoria na atenção primária no norte de Minas Gerais: cenário e fatores associados à sua não utilização por médicos. **Rev. Eletron. Comun. Inf. Inov. Saúde**, v. 12, n. 4, out.-dez. 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/30825/2/12.pdf>. Acesso em: 13/07/2020.

DE SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, v. 14, n. 2, 2006. p. 229-23. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/24. Acesso em: 14/05/2021.

FATEHI, Farhad; SAMADBEIK, Mahnaz; KAZEMI, Azar. What is Digital Health? Review of Definitions. **Stud Health Technol Inform**, nov. 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33227742/>. Acesso em: 17/01/2021.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (org.). **Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, Ago. 2003. p. 53-83.

_____; AGAPITO, Leonardo Simões. Responsabilidade médica e o compliance como instrumento auxiliar da tutela penal. In: Zub, **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. Ed. Curitiba, Juruá, 2018. p. 53-74.

FIELDS, Barry G. Regulatory, Legal, and Ethical Considerations of Telemedicine. **Sleep Med Clin**, v. 15, n. 3, set. 2020, p. 409-416. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7340020/>. Acesso em: 14/01/2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

FILHO, Antônio Evaristo de Moraes. Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 4, 1996.

FOUREAUX, Rodrigo. O médico que atua fora de sua área de especialização pratica crime de exercício ilegal da medicina? **Atividade Policial**, jul. 2020. Disponível em: <https://atividadepolicial.com.br/2020/07/12/o-medico-que-atua-fora-de-sua-area-de-especializacao-pratica-crime-de-exercicio-ilegal-da-medicina/>. Acesso em: 11/01/2021.

FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Aspectos Bioéticos da Confidencialidade e Privacidade. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 269-284.

FRANÇA, Genival Veloso de. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 1, 2000, p. 107-126. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57421. Acesso em: 18/11/2019.

_____. **Direito Médico**. Grupo GEN, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 05/02/2021.

FRISCH, Wolfgang. **Desvalor e imputar**: tradução de Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2004.

GARCIA, Lucas F. *et al.* Mapping Bioethics in Latin America: History, Theoretical Models, and Scientific Output. **Journal of bioethical inquiry**, v. 16, 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-019-09903-7#citeas>. Acesso em: 11/05/2021.

GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 99-110.

_____; MARTORELL, Leandro Brambilla; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. Críticas ao principlismo em Bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul. **Saúde e sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 2, Jun. 2016, p. 442-451. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000200442&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07/01/2021.

GORGA, Maria Luiza. **Minimizando riscos: compliance penal para o profissional da medicina**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.

GUARAGNI, Fábio André. **Crériterios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: <https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/criterios.pdf>. Acesso em 05/04/2021.

HERZHEIM, Erno *et al.* Telessaúde como eixo organizacional dos sistemas universais de saúde do século XXI. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v. 14, n. 41, 2019.

HOOFT, Pedro Frederico. **Bioética y Derechos Humanos: temas y casos**. Buenos Aires: Depalma, 1999.

IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Educação 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em: 13/05/2021.

JAKOBS, Günter. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Cuadernos Civitas, 1. ed. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Coleção Estudos de Direito penal. v. 6, 1. ed, 2003.

KAPLAN, Bonnie; LITEWKA, Sergio. Ethical Challenges of Telemedicine and Telehealth. **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, Cambridge University Press, v. 17, 2008, p. 401–416. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18724880>. Acesso em: 20/11/2019.

KINDHÄUSER, Urs. La culpa penal en un estado democrático de derecho. In: **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

KLEE, Antonio Espíndola Longoni; NETO, Alexandre Nogueira Pereira. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): uma visão panorâmica. In: **Cadernos Adenauer XX**, n.3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, out. 2019.

LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do Médico e a “lex artis. **Revista dos Tribunais**, v. 695, n. 422, 1993.

LOBO, Luiz Carlos. Inteligência artificial, o Futuro da Medicina e a Educação Médica. **Revista Brasileira De Educação Médica**, v. 42, n. 3, 2018, p. 3-8. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022018000300003. Acesso em: 11/07/2020.

LOPES, Marcelo Antônio Cartaxo Queiroga *et al* . Janela para o Futuro ou Porta para o Caos? **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 112, n. 4, abr. 2019, p. 461-465. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2019000400461&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01/07/2020.

LOTTENBERG, Claudio; SILVA, Patrícia Ellen da; KLAJNER, Sidney. **A Revolução Digital na Saúde**: como a inteligência artificial e a internet das coisas tornam o cuidado mais humano, eficiente e sustentável. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

LUCIVERO, Federica; JONGSMA, Karin. A mobile revolution for healthcare? Setting the agenda for bioethics. **Journal of Medical Ethics**, v. 44, 2018.

LUNG WEN, CHAO. Telemedicina: cuidado aos pacientes e proteção para os profissionais da saúde. **COVID-19 artigos**, ANAHP, 2020. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/COVID-19/artigo-telemedicina-cuidado-aos-pacientes-e-protecao-para-os-profissionais-da-saude/>. Acesso em: 01/07/2020.

LUZ, Protásio Lemos da. Telemedicina e a Relação Médico-Paciente. **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 113, n. 1, jul. 2019, p. 100-102. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2019000700100&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 16/06/2020.

MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, supl. 2, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001402005&lng=en&tlng=en. Acesso em: 18/11/2019.

MCCULLOUGH, Laurence B. Philosophical Provocation: The Lifeblood of Clinical Ethics. **The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine**, v. 42, n. 1, fev. 2017, p.1–6. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jmp/jhw034>. Acesso em: 25/11/2019.

MEHMERI, Adilson. **Noções básicas de direito penal**, 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Apontamentos penais e processuais no Direito médico: limites entre o erro médico e a responsabilidade criminal. **Revista Iusgentium**, v. 9, n. 6, Ed. Extra, 2014.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia**. Tese de doutorado: Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. **Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 302, de 13 de outubro de 2005.** Disponível em: portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_302_2005_COMP.pdf/7038e853-afae-4729-948b-ef6eb3931b19. Acesso em: 22/11/2019.

_____. **Portaria nº 2.546, de 27 de outubro de 2011.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2546_27_10_2011.html. Acesso em: 16/07/2020.

_____. **Telessaúde Brasil Redes: Manual de Telessaúde para Atenção Básica/Atenção Primária à Saúde.** Brasília, 2012. Disponível em: http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/publicacoes/manual_telessaude.pdf. Acesso em: 15/07/2020.

_____. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 19/07/2020.

_____. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19.** Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública, Brasília, fev. 2020. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 18/07/2020.

_____. **Portaria MS/GM Nº 467, de 20 de março de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20467-20-ms.htm. Acesso em 30/03/2020.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. **Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular.** v. 11, n.2. 1996, p. 55-59.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 53-70.

NOGAROLI, Rafaella; NETO, Miguel Kfourri. Procedimentos cirúrgicos assistidos pelo robô Da Vinci: benefícios, riscos e responsabilidade civil. **Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit.,** Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodinsa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/615>. Acesso em: 14/12/2020.

NOGUEIRA, Fábio Miguel. Aspectos éticos da inovação em saúde em Portugal. **Rev. Bioét.,** Brasília, v. 24, n. 1, jan.-abr. 2016, p. 83-90. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422016241109>. Acesso em: 11/08/2020.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

PENNA, João Bosco; MORAIS, Jucemar da Silva. Da responsabilidade criminal do médico e da imputação objetiva. **Arquivos da Polícia Civil: revista tecno-científica**, São Paulo, n. 47, 2004, p. 206-228. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=51623. Acesso em: 18/11/2019.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética: do Princípalismo à Busca de uma Perspectiva Latino-Americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 81-98.

PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.

PINHEIRO, Patricia Peck (org.). **Segurança Digital: Proteção de Dados nas Empresas**. São Paulo: Atlas, 2020. E-pub. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026405/>. Acesso em: 30/03/2021.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. Responsabilidade Penal e Civil do Médico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 39, 2001. Disponível em: <https://www.Direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1187/0>. Acesso em: 01/12/2020.

PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do Conselho Federal de Medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 03, n. 1, mar. 2002.

PORTO, Dora. Bioética na América Latina: desafio ao poder hegemônico. **Revista bioética**, v. 22, n. 2, 2014. p. 213-224. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/29449/1/ARTIGO_BioeticaAmericaLatina.pdf. Acesso em: 14/05/2021.

_____; GARRAFA, Volnei. Bioética de intervenção: considerações sobre a economia de mercado. **Revista Bioética**, v. 13, n.1, 2005. p. 111-123. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24289>. Acesso em: 15/05/2021.

PRATES, Núria Derviche; MARQUARD, Marcelo. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. **J. Vasc. Br.**, v. 2, n.3, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REICH, Warren Thomas. The Word "Bioethics": The Struggle Over Its Earliest Meanings. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, Johns Hopkins University Press, v. 5, n. 1, 1995, p. 19-34. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/245728>. Acesso em: 18/11/2019.

REZENDE, Edson José Carpintero *et al.* Ética e telessaúde: reflexões para uma prática segura. **Rev. Panam Salud Publica**, v. 28, n.1, 2010, p. 58-65. Disponível em: <https://scielosp.org/pdf/rpsp/2010.v28n1/58-65/pt>. Acesso em: 17/07/2020.

_____. Telessaúde: Confidencialidade e Consentimento informado. **Revista Med. Minas Gerais**, v. 23, n. 3, 2013, p. 367-373. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/223>. Acesso em: 18/11/2019.

ROBLES, Ricardo. Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal Econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, v. 6. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROCHA, Thiago Augusto Hernandes *et al.* Saúde Móvel: novas perspectivas para a oferta de serviços em saúde. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 25, n. 1, mar. 2016, p. 159-170. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742016000100016&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16/07/2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; Silva e Costa, Carlos Eduardo Batalha da; Barbosa, Samuel Rodrigues. Formalismo, Dogmática Jurídica e Estado de Direito: Um debate sobre o Direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. **Caderno Direito GV**. v. 7, n. 3, mai. 2010.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **El médico y el derecho penal I: la actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)**. Barcelona: Ed. Bosch, 1981.

ROSA, Michele dos Santos; FAGUNDES, Silvia Lemos. Olhar diferenciado da Bioética e seus comprometimentos sociais em Telemedicina. **Rev. AMRIGS**, v. 57, n. 2, abr.-jun. 2013, p. 155-159. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/257655802_A_differentiated_view_of_Bioethics_and_its_social_commitment_in_Telemedicine. Acesso em: 10/10/2019.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1968.

_____. Política criminal y sistema del derecho penal. **Coleção Claves del derecho penal**, v.2, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. La autoría mediata por dominio em la organización. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, 2005.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética Negocial e Compliance: Entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SARTI, Thiago Dias *et al.* Qual o papel da Atenção Primária à Saúde diante da pandemia provocada pela COVID-19? **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 29, n. 2, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222020000200903&lng=en&nrm=iso. Acesso em 01/07/2020.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. **Revista Bioética**, v. 16, n. 1, 2008. p. 11-23.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. Versão E-pub.

SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (org.). **Bioética**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

SHAW, James *et al.* Artificial Intelligence and the Implementation Challenge. **Journal of Medical Internet Research**, v. 21, n. 7, 2019. Disponível em: <https://www.jmir.org/2019/7/e13659>. Acesso em: 11/05/2021.

SILVA, Ricardo Henrique Alves da *et al.* Iatrogenia - modalidade culposa ou excludente de ilicitude. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103. jan./dez. 2008. p. 675-683. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88929. Acesso em: 19/11/2019.

SIMOES, Luiz Carlos Séllos. Consentimento informado: o desafio médico-jurídico de nossos dias. **Rev. bras. ortop.**, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 191-195, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-36162010000200015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14/01/2021.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da Medicina**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SMITH, Russell G. Telemedicine and Crime. In: **Trends & Issues in Crime and Criminal Justice**. Australian Institute of Criminology, n. 69, abr. 1997.

SOARES, Francisco José Passos; SHIMIZU, Helena Eri; GARRAFA, Volnei. Código de Ética Médica brasileiro: limites deontológicos e bioéticos. **Revista bioética**, v. 25, n. 2, 2017, p. 244-254. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0244.pdf>. Acesso em: 02/04/2021.

SOUZA, Cláudio de. Report - Reflections on the standardization of Telemedicine in Brazil. **Latin American Journal of Telehealth**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, abr. 2019.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Revista Bioética**, v. 14, n. 2, 2006, p. 229-238. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/24. Acesso em: 02/12/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus**: RHC 66641 SP 2015/0320180-8. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em: 03/03/2016, DJe: 10/03/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1493189&tipo=0&nreg=201503201808&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160310&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 05/04/2021.

TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, v.31, n.2. 2007, p. 180-185.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

_____. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-pub. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591484/>. Acesso em: 30/03/2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

TORRES, Adriana de Freitas. Bioética: O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido. **Jornal do CRM-PB**, n. 72, Abr./Jun. 2007. Disponível em: http://www.crpm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&Itemid=483. Acesso em: 14/01/2021.

USLUOĞULLARI, Fatih Hitam; TIPLAMAZ, Sıtkı; YAYCI, Nesime. Robotic surgery and malpractice. **Turk. J. Urol.**, v. 43, n. 4, 2017. P. 425-428. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29201502/>. Acesso em: 11/12/2020.

WELZEL, Hans. El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. **Coleção Maestros del Derecho Penal**, n. 4. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Building Foundations for eHealth: Progress of Membe States: Report of the Global Observatory for eHealth**. Global Observatory for eHealth, 2006.

_____. **Digital Health**, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/digital-health>. Acesso em: 17/01/2021.