

OS REFLEXOS DA REGULAÇÃO DA TELEMEDICINA NA RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO DE SOBREAVISO NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

THE EFFECTS OF TELEMEDICINE REGULATION ON THE CRIMINAL LIABILITY OF ON-CALL DOCTORS IN CASES OF IMPROPER OMISSION CRIMES

Recebido em 03.02.2025

Aprovado em 07.05.2025

Gabriela Ruschel de Lia Pires¹

RESUMO

O médico de sobreaviso, por ser autorizado a permanecer fora do local de trabalho e apenas acionado em caso de necessidade, não raro é responsabilizado pela ocorrência de resultado típicos diante de seu não deslocamento até o hospital, respondendo por crime omissivo diante da violação a um dever funcional. Por outro lado, após a pandemia de COVID-19 e as medidas tomadas por consequência do distanciamento social, normalizou-se e regulamentou-se o atendimento médico por meios virtuais, autorizando-se que o médico realizasse consultas, diagnósticos e consultorias por telemedicina, desde que este se mostrasse proporcional ao quadro apresentado pelo paciente. Nesse contexto, ao autorizar a realização de atendimento médico à distância sem maiores restrições, ampliou-se as possibilidades de atendimento do médico de sobreaviso, deixando de existir uma presunção de malefício ao paciente em caso de atendimento virtual. Assim, questiona-se quais as alterações, sob um ponto de vista jurídico-penal, que a regulação da telemedicina, por meio da Resolução nº 2.314/2022 do CFM, trouxe à responsabilização do médico de sobreaviso por crime omissivo e qual os impactos em seus requisitos essenciais. A abordagem utilizada foi qualitativa, exploratória e teórico-dogmática, com método dedutivo e pesquisa bibliográfica-documental sobre normas, doutrina e jurisprudência em Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito Penal Médico; Crimes Omissivos; Sobreaviso; Telemedicina.

¹ Mestranda com vínculo CAPES em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Unisinos. Advogada sócia em de Lia Pires Advogados, em Porto Alegre/RS. E-mail: gabriela@deliapiresadvogados.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5237-9022>.

ABSTRACT:

An on-call doctor, being authorized to remain off-site and only summoned when necessary, is often held liable for typical outcomes due to their failure to report to the hospital, facing charges of omission crimes for violating a functional duty. However, after the COVID-19 pandemic and the consequent social distancing measures, medical care through virtual means became normalized and regulated, allowing physicians to conduct consultations, diagnoses, and advising via telemedicine, provided that such an approach is proportionate to the patient's condition. In this context, by authorizing remote medical care without major restrictions, the opportunities for on-call physicians to provide care have expanded, eliminating the presumption of harm to the patient in cases of virtual care. Thus, the question arises as to what changes, from a legal-criminal perspective, the regulation of telemedicine through CFM Resolution nº 2.314/2022 has brought to the criminal liability of on-call physicians for omission crimes and what impacts it has on their essential requirements.

KEYWORDS: Criminal Law. Medical Criminal Law. Omissive Crimes. On-call Doctor. Telemedicine.

1. INTRODUÇÃO

Na realidade hospitalar, é comum a contratação de médicos em regime de sobreaviso, que autoriza que o profissional permaneça fora do local de trabalho, sendo chamado pela equipe presencial apenas caso seja necessário, permanecendo disponível durante toda a jornada. Apesar da autorização expressa e da regulamentação deste regime, é frequente a acusação de médicos por violação aos deveres de cautela por deixar de se deslocar imediatamente ao hospital e prestar atendimento presencial, respondendo por crime omissivo impróprio por ter o dever de assistência, bem como por ser possível a evitação do resultado em caso de atendimento médico. Apesar da regulamentação da atividade, partia-se do pressuposto, em um contexto pré pandemia, de que a consulta médica de forma presencial seria qualitativamente superior, presumindo-se que, caso houvesse o deslocamento, evitar-se-ia a lesão ao bem jurídico.

Por outro lado, a pandemia de Covid-19 expôs a necessidade de permissão da realização de atendimentos de forma remota, havendo um crescimento desta demanda em razão do afastamento social. Diante disso, apesar de a telemedicina já ser regulada desde o ano de 2002 – ainda que não fosse frequentemente utilizada –, foram criadas novas regulações médicas a fim de normativizar o atendimento, todas elas condicionadas ao decreto que determinou o estado de calamidade pública. Ao

longo dos meses de pandemia, aliados às tecnologias atualmente disponíveis, percebeu-se que a utilidade e facilidade do atendimento virtual ia muito além do contexto pandêmico, tratando-se de medida que facilita e agiliza o acesso à saúde.

Contudo, em sendo revogado o decreto que instituía o estado de calamidade pública e, conseqüentemente, todos aqueles a ele condicionados – aí incluídas as normativas referentes à telemedicina – o atendimento médico virtual caiu em um vácuo legislativo, sendo insuficientes as normativas anteriormente editadas e que não correspondiam ao atual estado das tecnologias e à nova realidade social. Por este motivo e a fim de normativizar de forma definitiva a telemedicina, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução nº 2.314/2022, que autorizou as mais diversas formas de atendimento virtual e o equiparou, ao menos *a priori*, ao atendimento presencial, ao autorizar a sua realização, desde que proporcional à demanda do paciente.

Dessa forma, a realidade do regime de sobreaviso se alterou de forma substancial, uma vez que à dicotomia entre ir ou não ir prestar o atendimento no hospital acresceu-se uma nova variável: a possibilidade de atendimento por meio da telemedicina. Nesse contexto, resta expressamente autorizado o atendimento e a consulta por meio telefônico, o que apenas pode levar à conclusão de que o atendimento de forma remota, pelo médico em regime de disponibilidade, não gera um prejuízo presumido ao paciente.

O que demanda a compreensão a respeito de quais as alterações na análise da tipicidade da omissão do médico de sobreaviso, essencialmente nos limites da posição de garantidor e na definição dos deveres de cautela exigidos. Questionando-se, assim: no que a regulamentação do regime de sobreaviso impactou na definição dos deveres impostos ao médico e de que forma pode alterar a tipificação da omissão médica?

Para essa compreensão, utilizou-se de uma abordagem qualitativa, de natureza exploratória e teórico-dogmática, voltada à análise crítica e interpretativa de normas jurídicas, especialmente no âmbito do Direito Penal. Utilizou-se o método dedutivo, partindo da análise geral dos institutos jurídicos relacionados ao crime

omissivo impróprio e ao dever do médico de sobreaviso a partir das implicações da Resolução nº 2.314/2022 do Conselho Federal de Medicina, definindo-se, a partir disso, os limites da relevância penal da omissão de atendimento médico presencial.

A investigação apoia-se em pesquisa bibliográfica e documental, com base em legislações, resoluções normativas, doutrina especializada em Direito Penal, além de jurisprudência correlata. O objetivo é compreender as mudanças nos requisitos de responsabilização penal do médico de sobreaviso, à luz das novas possibilidades de atendimento médico virtual, introduzidas após a pandemia da COVID-19.

2. O MÉDICO DE SOBREAVISO E A TELEMEDICINA

Ao médico de sobreaviso é autorizado que permaneça em casa ou em outro lugar que permita o pronto deslocamento ao hospital, até que (ou se) chamado para prestar atendimento presencial pela equipe que se encontra no local. Nesse contexto, permanecem no hospital médicos e equipe de enfermagem responsáveis pelo plantão, que realizarão o atendimento inicial aos pacientes e, em caso de identificação de necessidade do médico de sobreaviso – normalmente especializado –, entrarão em contato e solicitarão o atendimento ou as informações necessárias.

Tal regime é autorizado expressamente pelo Conselho Federal de Medicina desde 2008, com desdobramentos que serão a seguir melhor expostos, sendo comum, à época, que se realizasse o contato telefônico, com o pronto deslocamento do médico ao plantão presencial. Contudo, com as evoluções das tecnologias, tornou-se possível que o contato realizado pela equipe presencial possuísse mais eficácia e agilidade, sendo possibilitado que o médico prestasse informações e consultas à distância por diferentes meios de comunicação.

Este contexto se intensificou após os rápidos avanços advindos da pandemia de Covid-19, que tornaram necessária a regulamentação dos atendimentos médicos à distância, especialmente para que se evitasse o contato pessoal prescindível. Assim, normalizou-se a prestação de serviços de saúde de modo virtual, levando a uma necessária regulação dos conselhos profissionais e do poder legislativo.

2.1 O médico de sobreaviso

O regime de sobreaviso é previsto pela Consolidação das Leis Trabalhistas, apenas em relação aos trabalhadores ferroviários, no artigo 244, que determina que “as estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada” (BRASIL, 1943). Apesar da especificação da categoria aplicável, o Superior Tribunal do Trabalho consolidou entendimento de que, por aplicação dos princípios da igualdade e analogia, a permissão do regime de sobreaviso se estenderia a todas as categorias, autorizando-se a contratação de profissionais em regime de disponibilidade em qualquer área.

No âmbito da medicina, essa modalidade é frequentemente utilizada em áreas especializadas, notadamente em instituições de saúde de menor porte e no interior dos Estados, a fim de evitar-se a necessidade de manutenção de médicos em plantão (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016). Assim, realiza-se a contratação dos profissionais de modo que estes se mantenham disponíveis em local próximo para que, em caso de necessidade, sejam chamados e realizem o atendimento em tempo hábil. Nesses termos, o Conselho Federal de Medicina regulou o regime de sobreaviso na Resolução nº 1.834/2008 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2008), dispondo, no artigo 1º:

Art. 1º Definir como disponibilidade médica em sobreaviso a atividade do médico que permanece à disposição da instituição de saúde, de forma não-presencial, cumprindo jornada de trabalho preestabelecida, para ser requisitado, quando necessário, por qualquer meio ágil de comunicação, devendo ter condições de atendimento presencial quando solicitado em tempo hábil.

Nesses termos, é autorizado às instituições de saúde a contratação de médicos para regime de sobreaviso, devendo permanecer disponível para o atendimento presencial quando solicitado, ficando a cargo do médico de plantão e equipe de enfermagem a comunicação com o médico e anotações em prontuário,

conforme dispõe o artigo 3º da mesma resolução (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2008). Assim, o médico permanece fora do local de trabalho, em constante disponibilidade, devendo escolher os meios de atendimento em conformidade com a necessidade do caso, apenas devendo se deslocar para o atendimento físico quando entender necessário.

A despeito da expressa previsão de desnecessidade de permanecer de forma presencial, não raro médicos são acusados por prestar atendimento à distância, imputando-lhes o resultado típico a título de omissão, por deixar de prestar atendimento presencial à vítima². Por essa razão, a análise do tipo de regime conduz a questões que impactam diretamente na tipificação das condutas destes profissionais, não havendo requisitos objetivos em relação ao “tempo hábil”, “qualquer meio ágil de comunicação” ou “quando necessário”, definições estas que se fazem fundamentais para fins de análise de eventuais omissões, delineando os contornos da possibilidade e do dever de agir, pressupostos do crime omissivo.

No que tange à disponibilidade do médico, não restam dúvidas que este deve estar plenamente disponível para o atendimento, sendo-lhe viável que, quando acionado, compareça à instituição para a prestação do atendimento. Assim, nos termos das consultas reiteradamente realizadas aos Conselhos Regionais de Medicina, o médico não poderia, exemplificativamente, prestar atendimento em outra instituição, simultaneamente, por violar a necessidade de poder realizar o atendimento de forma presencial (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ, 2018). Desse modo, violaria o dever, ao menos a nível extrapenal, empecilhos diretos de comparecimento ao local de trabalho, tais quais a realização de outras atividades simultaneamente ou se ausentar da cidade de forma a impedir o pronto atendimento dos pacientes.

² Nesse sentido, cita-se, exemplificativamente, as decisões: Apelação Crime, Nº 70057536310, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em: 16-02-2017, Apelação Crime, Nº 70057128183, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em: 16-02-2017, AgRg no AREsp 1206558/RS stj, 1.0384.00.008361-6/001/TJMG

Conforme dispõe a regulação do Conselho Federal de Medicina, o profissional de sobreaviso deve ter condições de atendimento presencial quando solicitado, sendo o paciente atendido e monitorado por uma equipe presencial, em regime de plantão, que deve manter o médico informado sobre o quadro e solicitar a sua presença quando entender necessário (Art. 4º). Ou seja, a gravidade do caso e a necessidade de comparecimento fica a cargo do médico de plantão ou mesmo da equipe de enfermagem, a depender da instituição, que, por meios ágeis de comunicação, em geral por chamada telefônica, solicitam e anotam em prontuário a comunicação com o médico.

E, dadas as evoluções decorrentes, principalmente, das novas demandas advindas da pandemia de COVID-19, a realidade do atendimento remoto e a necessidade da presença física do médico sofreu diversas variáveis, não se mantendo as mesmas práticas em curso durante o ano de 2008, o que impacta diretamente no conceito de disponibilidade e na real necessidade de atendimento presencial.

2.2. A telemedicina

A despeito de ter se consolidado apenas após as demandas apresentadas em razão da pandemia e a consequente necessidade de se estabelecerem meios de contato virtual, a telemedicina é regulada pelo Conselho Federal de Medicina desde 2002, através da Resolução nº 1.643/02, que assim determina:

Art. 1º - Definir a Telemedicina como o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audio-visual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002)

Apesar de sua autorização, a telemedicina não era prática recomendada ou utilizada no meio médico, caindo em desuso e a legislação não sendo recorrentemente aplicada. Contudo, após o início da pandemia e decretação do estado de emergência através da Lei nº 1.979/2020 (BRASIL, 2020), foi novamente autorizado, em caráter excepcional e temporário, o exercício da telemedicina,

através da Portaria nº 467/2020 (BRASIL, 2020), ressaltando, em seu art. 1º, parágrafo único:

Parágrafo único. As ações de Telemedicina de que tratam o caput ficam condicionadas à situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), declarada por meio da Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020.

A partir de então, regularizou-se a utilização da telemedicina como meio de atendimento, sendo comum, em todas as áreas médicas, que fossem agendados e mantidas consultas por meios virtuais, notadamente por videoconferência, sendo possível, inclusive, a prescrição de exames e de medicamentos por este meio, o que beneficiou inúmeros pacientes e facilitou o acesso à saúde, especialmente aos atendimentos de baixa urgência e com desnecessidade de realização de exames físicos.

A realidade da telemedicina no contexto pandêmico, naturalmente, não se limitou ao Brasil, tratando-se de tendência mundial em razão do imperativo distanciamento, mas já se encontrava em desenvolvimento em países desenvolvidos, tal qual os Estados Unidos, onde, entre os anos de 2010 e 2017, houve um aumento da utilização dos meios digitais de comunicação de 35% para 75% nas instituições de saúde (KICHLÖO et. al, 2020), indicando uma tendência global antes de sua necessária implementação a partir de 2020.

Ainda assim, após o fim da pandemia e do estado de emergência, por meio da revogação da Lei nº 1.979/20 através do Decreto nº 11.077/2022 (BRASIL, 2022), o exercício da telemedicina entrou em um vácuo legislativo, tratando-se de prática consolidada e, a partir da revogação do decreto e portarias dele decorrentes, com insuficiências legislativas, sendo a Resolução do Conselho Federal de Medicina do ano de 2002 claramente defasada e insuficiente em relação às novas tecnologias que emergiram diante das novas demandas.

Assim, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 2.314/2022 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022), definiu e regulamentou a telemedicina, consolidando, de forma definitiva, a sua utilização como meio de atendimento. Nesse contexto, a regulação abrange as diversas formas de

atendimento médico, incluindo consultas (art. 6), diagnósticos (art. 8), cirurgias (art. 9), monitoramento (art.10) e triagem (art. 11) de pacientes, desde que preenchidos os requisitos ali dispostos e que o médico e o paciente possuam acesso às tecnologias digitais, de informação e comunicação, nos termos do artigo 1. No mesmo ano, foi aprovada a Lei 14.510/22 (BRASIL, 2022), autorizando, por meio legislativo, a prática da telemedicina, desde que não solicitado o atendimento presencial pelo paciente, mas sendo competência do Conselho Federal de Medicina a sua regulamentação.

2.2.2. Os meios de atendimento remoto

Para a realização do atendimento por meio de telemedicina, tanto o médico quanto o paciente devem ter acesso a tecnologias digitais, de informação e de comunicação (TDIC), possibilitando a conexão e troca de informações para o melhor atendimento, podendo incluir videoconferências, mas também textos, e-mails e contatos telefônicos (KICHLOO et. al, 2020), a depender das demandas do caso, e podendo dar-se de forma síncrona ou assíncrona, conforme autoriza o artigo 2º (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

No âmbito legislativo, o PL 1998 define a telemedicina como “transmissão segura de dados e informações médicas, por meio de texto, som, imagens ou outras formas necessárias para a prevenção, diagnóstico, tratamento, incluindo prescrição medicamentosa, e acompanhamento de pacientes” (artigo 4º). Desse modo, inexistente, tanto na Resolução do Conselho quanto Lei, meios determinados de atendimento, podendo variar em conformidade com as exigências do quadro do paciente, tratando-se de decisão subjetiva dos médicos em atendimento.

Simultaneamente, a normativa define que o atendimento remoto deve ser pautado pelos mesmos princípios do presencial, sendo a autonomia do médico na decisão pelo atendimento remoto limitada pela “beneficência e à não maleficência do paciente, em consonância com os preceitos éticos e legais” (Art. 4º, §1º), não podendo a falta de atendimento presencial importar em quaisquer prejuízos ao atendimento ao paciente. Além disso, o mesmo artigo que assegura a autonomia do médico para a realização do atendimento por meio remoto (art. 4º) determina que ele

indique “o tratamento presencial sempre que necessário”, denotando que os meios de realização deste atendimento devem ser suficientes a suprir as demandas do quadro, devendo haver um juízo de proporcionalidade entre as queixas, sintomas, tratamentos e avaliações e a forma de prestação do serviço.

Nesse contexto, a despeito da garantia da autonomia do médico, é garantido ao paciente a recusa ao atendimento por este meio, sendo a sua concordância requisito indispensável para o uso da telemedicina (art. 15), bem como é explicitada a responsabilidade pelo ato e a necessidade de que a telemedicina seja suficiente a garantir a segurança e qualidade de assistência, sendo imperativa a indicação de atendimento presencial caso haja riscos. Desse modo, a despeito de inexistir determinações expressas em relação aos meios de atendimento autorizados no âmbito da telemedicina, a escolha do médico deve ser sempre pautada pela ética médica e com base na melhor prestação da assistência à saúde, jamais podendo optar pelo atendimento remoto quando este puder importar em prejuízos ao paciente.

2.2.3. As hipóteses de atendimento por telemedicina no plantão de sobreaviso

Também nos termos da resolução e da Lei, inexistem maiores restrições quanto aos serviços médicos autorizados para realização por meios virtuais, dispondo o artigo 5º da Resolução (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022):

A telemedicina pode ser exercida nas seguintes modalidades de teleatendimentos médicos:

- I) Teleconsulta;
- II) Teleinterconsulta;
- III) Telediagnóstico;
- IV) Telecirurgia;
- V) Telemonitoramento ou televigilância;
- VI) Teletriagem;
- VII) Teleconsultoria.

Além da teleconsulta, para efeitos de impacto no serviço prestado pelo médico de sobreaviso, merecem destaque os conceitos de teleinterconsulta, telediagnóstico e telemonitoramento, previstos nos artigos 7º, 8º e 10º, respectivamente, da Resolução (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022):

Art. 7º A TELEINTERCONSULTA é a troca de informações e opiniões entre médicos, com auxílio de TDICs, com ou sem a presença do paciente, para auxílio diagnóstico ou terapêutico, clínico ou cirúrgico.

Art. 8º O TELEDIAGNÓSTICO é o ato médico a distância, geográfica e/ou temporal, com a transmissão de gráficos, imagens e dados para emissão de laudo ou parecer por médico com registro de qualificação de especialista (RQE) na área relacionada ao procedimento, em atenção à solicitação do médico assistente.

Art. 10. O TELEMONITORAMENTO ou TELEVIGILÂNCIA médica é o ato realizado sob coordenação, indicação, orientação e supervisão por médico para monitoramento ou vigilância a distância de parâmetros de saúde e/ou doença, por meio de avaliação clínica e/ou aquisição direta de imagens, sinais e dados de equipamentos e/ou dispositivos agregados ou implantáveis nos pacientes em domicílio, em clínica médica especializada em dependência química, em instituição de longa permanência de idosos, em regime de internação clínica ou domiciliar ou no traslado de paciente até sua chegada ao estabelecimento de saúde.

Retomando-se as obrigações do médico em regime de disponibilidade, este pode permanecer fora do local de trabalho até que seja acionado pela equipe presencial, que lhe fornecerá todos os dados do paciente e, em caso de necessidade, ele se desloca para o atendimento presencial. Nesses termos, em razão da natureza do serviço prestado, é necessário médico em atendimento presencial ao paciente, capaz de manter os cuidados e a informação ao especialista, havendo uma constante comunicação entre os profissionais. Contudo, em se considerando as disposições colacionadas, vê-se que grande parte do serviço prestado pelo especialista (inclusive a cirurgia, a despeito de tratar-se de situação excepcional e com equipamentos específicos) está abrangido pela teleinterconsulta (na hipótese de o plantonista solicitar auxílio ao especialista), telediagnóstico (acaso a equipe presencial necessite tão somente do diagnóstico do especialista, tendo qualificação para proceder ao tratamento) e telemonitoramento (em todos os casos anteriores, não sendo necessário que o médico se mantenha presente para avaliar a evolução do quadro), passando a ser subjetiva a determinação de disponibilidade, podendo prestar os serviços de forma virtual.

Logo, em um cenário de amplo avanço digital, é perceptível que alterou-se o conceito de necessidade de atendimento presencial, sendo possível que o profissional de saúde se mostre disponível e realize pronto atendimento sem que seja preciso o seu deslocamento. Dessa forma, dentro de um atendimento em

sobreaviso, à disponibilidade do médico é acrescentado um novo elemento de análise: a dispensabilidade ou não de um atendimento presencial, sempre tendo em conta a autonomia médica e escolha do paciente, recaindo sobre o médico a responsabilidade pela escolha pelo atendimento virtual.

A modificação na ideia de disponibilidade, passando-se de uma necessária prontidão para atendimento físico para uma possibilidade de acessibilidade por meios virtuais gera uma inquestionável alteração na responsabilidade do médico de sobreaviso, que não mais violará, necessariamente, a um dever de se fazer presente no local quando chamado. Tal não equivale a dizer que inexistirá qualquer tipo de responsabilização a nível administrativo, que não é objeto da presente pesquisa; mas acaso o médico opte por realizar o atendimento por telemedicina, a regulamentação supracitada mitiga a sua responsabilidade ao deixar de restringir este tipo de atendimento. Assim, a regulação da telemedicina, da forma como realizada, autoriza a conclusão de que não há um impedimento direto às prescrições, consultas, consultorias ou monitoramento por meios remotos, senão quando a situação concreta assim indicar, devendo haver riscos que impeçam o atendimento por este meio.

Vale dizer, o não deslocamento, por si só, deixa de representar a violação do dever funcional, não mais se aplicando entendimentos até então utilizados, no sentido de que, acaso não realizado o atendimento presencial, o médico se desincumbiu de cumprir com sua obrigação, já havendo entendimentos jurisprudenciais nesse sentido (SANTA CATARINA, 2021). Nesse contexto, a análise da indisponibilidade do médico de sobreaviso passa a conter novas variáveis, não havendo uma dicotomia entre ir ou não ir, mas incluindo-se uma zona intermediária onde ele pode decidir sobre prestar os cuidados ao paciente sem o seu deslocamento, ficando a cargo do médico de plantão e equipe hospitalar a realização dos procedimentos por ele indicados, sempre tendo em conta a sua capacidade técnica para tanto.

3. DOS EFEITOS PENAIIS DA INDISPONIBILIDADE DO MÉDICO DE SOBREAVISO E AS EVOLUÇÕES DA TELEMEDICINA

Em se tratando da hipótese do médico que, chamado a prestar o atendimento, não o realiza ou não se dirige à instituição, em sobrevivendo um resultado típico, poder-se-á estar diante de crime omissivo impróprio, equiparando-se a omissão do agente na prestação do atendimento à efetiva causação do resultado. Nessa senda, caso constatado que o médico, dolosa ou culposamente, omitiu-se de prestar o atendimento devido, responde pelo tipo penal correspondente ao resultado, por desobediência a uma norma mandamental: a obrigação de atendimento presencial quando solicitado.

Através destes critérios, a jurisprudência tem qualificado como crime omissivo a conduta do médico de sobreaviso que, diante de um risco conhecido de lesão, deixa de prestar atendimento presencial ao paciente, diante da sua obrigação funcional de prestar o devido atendimento, presumindo-se, em regra, que é sua obrigação o deslocamento ao local e que a sua presença seria capaz de evitar o resultado.

O Código Penal Brasileiro prevê, em seu artigo 13, §2º, que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (BRASIL, 1940), extraindo-se daí dois critérios de tipificação da omissão: o dever, consubstanciado na posição de garantidor, ou seja, na obrigação de agir; e a possibilidade de evitação da lesão ao bem jurídico, caracterizada pela possibilidade fático-concreta de alterar o desfecho do fato. Tais elementos são ainda complementados pela doutrina, através de critérios correspondentes a (i.) situação de perigo ao bem jurídico; (ii.) omissão de uma ação devida; (iii.) resultado típico, segundo uma corrente minimalista; além de (vi.) a existência de nexo causal; e (vii.) a satisfação de critérios normativos de imputação, segundo uma corrente maximalista (ROCHA, 2013, pg. 171).

Trata-se da equiparação da omissão à ação, a partir da valoração de atos considerados valiosos à ordem jurídica e, conseqüentemente, a criação de normas de mandato que obriguem determinados agentes a agirem no sentido de evitar resultados lesivos (KAUFFMAN, 2006, pg. 25). Dessarte, a tipificação de um não fazer fundamenta-se na expectativa social que recai sobre determinados papéis

exercidos, quer em razão da função que desempenham, quer razão de seus atos antecedentes, que geram a obrigação de eliminar ou mitigar os riscos de resultados típicos, tratando-se de “uma expectativa frustrada de ação, somente conhecível por um juízo de valor” (TAVARES, 2018, p. 206). Analisa-se, assim, os aspectos do agente e do contexto em que este se insere para verificar se, diante de um risco apresentado, havia uma obrigação de agir no sentido de evita-lo e uma possibilidade para tanto, de modo que “o sujeito de quem se exige a atuação positiva tem que estar em condições de atuar e compelido a fazê-lo por meio de um dever” (BUSATO, 2022, p. 2018).

A análise do fato, assim, deveria englobar mais do que apenas uma presunção de obrigação de atendimento presencial, até porque o sobreaviso pressupõe, precisamente, um atendimento inicial por meios remotos – já que o que caracteriza este regime é a ausência do profissional no local. A própria função que desempenha faz com que o contexto fático abranja mais variáveis do que a do plantonista presencial, exemplificativamente; ao médico em regime de disponibilidade recai a prerrogativa de instruir a equipe presencial de forma remota, apenas se deslocando quando sua presença for, de fato, necessária. Nessa toada, incumbe ao julgador a verificação do contexto em que este profissional se insere, integrando o fato típico aspectos como a correção das informações passadas pela equipe; o tempo hábil para comparecer; e a possibilidade de agir de forma diversa do realizado pelos médicos e enfermeiros presentes no local, aspectos estes que tiveram seu espectro ampliado diante dos avanços da telemedicina, que acrescentou novos meios de atendimento remoto.

Desse modo, a conduta médica deve se enquadrar em todos os requisitos apresentados, não bastando um mero não fazer, mas sendo impositivo que esta omissão possa se apresentar como efetiva causa do resultado, disto dependendo tanto a capacidade do médico de impedir a lesão, quanto que este possua um dever normativo de agir, de forma que, no caso do sobreaviso, o deslocamento deveria ser necessário e suficiente a alterar o desfecho do fato.

3.1.1 A posição de garantidor

Estando fundada a equiparação na existência de uma norma mandamental no sentido de agir para evitar o resultado, a teoria do tipo omissivo baseia-se, fundamentalmente, no papel desenvolvido pelo agente que, quer por critérios formais, quer materiais, possui deveres especiais de manutenção dos bens jurídicos. Nessa senda, o conceito de garantidor passou e ainda passa por evoluções tendentes a melhor delimitar a existência de deveres especiais a determinados indivíduos, dividindo-se, essencialmente, em duas correntes: as teorias formais e materiais.

A teoria das fontes formais é decorrente do modelo positivista, vinculando-se à “condição de exigência de um comportamento a uma norma jurídica explícita” (BUSATO, 2022, pg. 221), de modo que, para que se determine a ação do sujeito no sentido de evitar um resultado lesivo, deve sempre haver uma norma mandamental expressa que o preveja, limitando-se a deveres decorrentes, pela construção de Feuerbach, de lei ou contrato (TAVARES, 2018, pg. 314). Logo, pelo entendimento formalista, as obrigações de garantia apenas poderiam advir de normativas legais ou contratuais, vinculando formalmente o sujeito ao bem jurídico que deve ser protegido, garantindo-se a legalidade da constituição da responsabilidade sobre a evitação do resultado. Apesar da maior segurança jurídica, o modelo formal foi objeto de intensas críticas pela doutrina, em razão, a uma, da violação ao princípio da legalidade, na medida em que leis extrapenais não poderiam criar responsabilidade penal; e, a duas, um contrato tampouco poderia gerar a mesma responsabilização, que apenas poderia advir de uma assunção fática de garantia (SANTOS, 2018, pg. 220).

Por estes motivos, as teorias materiais adquiriram maior aceitação, ultrapassando-se gradativamente a teoria formal de Mezger para abarcar a divisão dos deveres de garantia propostas por Kauffman (TAVARES, 2018, pg. 316), segundo o qual o dever é fundado em uma posição de proteção a determinado bem jurídico, dividindo-se em (i.) deveres de vigilância, em que o agente se coloca em posição de proteção de um determinado bem jurídico contra todas as fontes de perigo; e (ii.) deveres de supervisão de fontes de perigo, não importando a quais

bens jurídicos esta fonte afetar (KAUFFMAN, 2006, pg. 290). Esta corrente busca estabelecer critérios fundados não em uma norma explícita mas, sim, nas condições materiais do sujeito e do bem jurídico exposto para fundamentar a posição de garantia em aspectos fáticos, e não normativos. Apesar de se tratar de critério mais abrangente e difuso, a adoção de um critério meramente material reduz sobremaneira a segurança jurídica (DOS SANTOS, 2018, pg. 220), razão pela qual seria mais apropriado, na visão de Juarez Tavares, a sua combinação com o critério formal (TAVARES, 2018, pg. 319), conjugando-se previsões normativas expressas com a assunção fática do dever.

Ainda, impende mencionar a teoria desenvolvida por Günther Jakobs³, na qual a posição de garantia estaria fundada em uma posição de expectativa por parte do agente que, ao desempenhar um papel específico, se reveste de expectativas normativas referentes a esta função, cabendo-lhe o atendimento dos pacientes pela confiança nele depositada. Nesse sentido, expõe Heloisa Estellita, a respeito do médico plantonista:

Esse entendimento dispensa a assunção fática de uma relação de domínio entre o médico e o paciente, calcando-a na assunção do cargo de plantonista. O mesmo sucede com aqueles que fundamentam a posição de garante do plantonista nas expectativas sociais decorrentes da posição social que incorpora, tal qual ocorre com relação a bombeiros ou policiais, razão pela qual se fala, aqui, em posição de garante em virtude de uma responsabilidade institucional, cuja base concreta é uma confiança especial. O ato concreto de assunção é substituído pela participação do médico no serviço de pronto atendimento, que gera uma expectativa em todos os enfermos com relação à disponibilidade desse serviço, daí a posição de garante institucional (ESTELLITA, pg. 204).

Apesar de se referir ao plantonista, o mesmo entendimento poderia se estender àqueles em regime de disponibilidade, uma vez que também esse cargo se coloca em uma posição de confiança perante a sociedade em razão do papel que desempenha. Assim, a partir desse entendimento a posição de garantidor estaria

³ Cabe frisar, quanto ao ponto, que a corrente doutrinária desenvolvida pelo autor alemão diverge das demais, por se tratar de ideias diversas do próprio fundamento do crime e, logo, de constituição do tipo penal. Para Jakobs, a teoria do crime não estaria fundada na lesão a bens jurídicos mas, sim, pela eficácia das normas (ROCHA, 2013, pg. 44), de modo que o autor é penalmente responsável se organizar o seu comportamento “em contrariedade ao que lhe competia consoante o seu papel, de modo que, assim, teria frustrado as expectativas normativas socialmente estabelecidas e produzido um dano ou uma situação de perigo” (DA SILVA; SCHMITT, 2021, pg. 8). ”.

diretamente ligada à expectativa gerada diante do cargo exercido, de modo que espera-se do médico em regime de disponibilidade que, ainda que lhe seja autorizado permanecer fora do local de trabalho, preste o devido atendimento sempre que necessário, colocando-se em uma posição de garantidor frente a todos os pacientes que precisarem deste atendimento.

Na legislação brasileira, adotou-se, segundo parcela da doutrina⁴, a teoria das fontes formais, ao elencar-se, no artigo 13, §2º, do Código Penal, que o dever de garantidor incumbe a quem: “a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (BRASIL, 1940). Contudo, conforme destaca Heloisa Estellita, a própria equiparação do delito omissivo ao comissivo pressupõe a necessidade de uma fundamentação material da posição de garantidor, uma vez que parte-se do princípio de que penas equivalentes devem corresponder a fatos de igual gravidade, o que exigiria uma assunção fática da evitação do resultado, não sendo possível a equiparação com base em critérios unicamente formais por violação ao princípio da igualdade (ESTELLITA, pg. 85).

Para além disso, coloca-se em dúvida a adoção de um critério exclusivamente formal em razão das próprias disposições do Código Penal, que além de elencar como fonte de dever a lei e o contrato, na esteira do pensamento positivista da época, a assunção da responsabilidade de impedir o resultado, que possui conteúdo eminentemente material e com origem na corrente dogmática de Kauffman. Assim, “o artigo 13 do Código Penal Brasileiro deve ser analisado à luz da semântica do uso, de nossas práticas sociais, sempre com referência ao sentido da conduta esperada” (BUSATO, 2022, pg. 225), de modo a incorporar, mesmo às determinações formais dos fundamentos dos deveres de garante, argumentos de ordem material capazes de justificar a existência de deveres especiais de evitação do resultado.

No que tange à responsabilidade penal do médico, há divergências sobre seu enquadramento a partir de contrato (alínea a) ou por assunção (alínea b)

⁴ Nesse sentido, é o entendimento, exemplificativamente, de Busato e Cirino dos Santos.

(ESTELLITA, pg. 199). Na visão de Juarez Tavares, ainda que se deva diferenciar a violação do dever de garantidor da violação a cláusulas contratuais, é possível a fundamentação da responsabilidade do médico a partir de um contrato profissional (TAVARES, 2018, pg. 326), iniciando-se a assunção da responsabilidade com a promessa de atendimento e estendendo-se aos plantonistas em relação aos pacientes que necessitarem de atendimento, até que se encerre o tratamento ou se rompa o vínculo profissional (TAVARES, 2018, pg. 329).

Por outro lado, pelo entendimento de Heloisa Estellita, deve-se recorrer a argumentos de ordem material, consubstanciados na alínea b do dispositivo, e que representa a posição majoritária da doutrina (ESTELLITA, pg. 200). A posição defendida se baseia na doutrina de Schunemann, que fundamenta a posição de garantidor no domínio sobre o desamparo ou vulnerabilidade parcial de um bem jurídico diante de certos perigos, e que é baseado em um ato de confiança do titular do bem jurídico (ESTELLITA, pg. 201). Ou seja, a posição de garantidor do médico se fundaria na assunção, por sua parte, da responsabilidade de agir no sentido de evitar a lesão ao bem jurídico, estando ele em uma posição de confiança em relação ao paciente.

No que tange ao médico de sobreaviso, vê-se que ele, em razão de um contrato firmado com a instituição de saúde, coloca-se em uma posição de garantidor em relação aos pacientes em que for acionado pela equipe presencial do local. Nesse aspecto, tem-se que a sua responsabilidade diverge daquela a que se submete o médico plantonista: este possui, em regra, deveres relacionados a todos os pacientes que derem entrada, apenas cessando a sua responsabilidade ao transferir o paciente ao médico especializado ou ao encerrar-se o atendimento. Nessa senda já se inserem dúvidas acerca da extensão da posição de garantidor e a sua transição de um médico para outro: se ao plantonista incumbe o dever de chamar o sobreaviso quando a necessidade assim indicar, o seu dever se encerra no momento do chamado ou no momento da chegada? Consequentemente, em qual momento se inicia a posição de garantidor do médico em regime de disponibilidade?

Novamente remetendo-se à obra de Heloisa Estellita, questionamentos similares foram pontuados no que tange à posição do médico de plantão, tendo a autora realizado extensa análise a respeito do momento e da forma de assunção da posição de garantia por parte do médico: (i.) através do compromisso contratual (baseado na posição de Jakobs, conforme já exposto); (ii.) pela assunção de fato do tratamento do paciente; e (iii.) pela assunção direta e pessoal do turno de plantão (ESTELLITA, pg. 204-208). Para a autora, é imprescindível a assunção fática de uma posição de confiança entre médico e paciente, o que afasta a posição de garantidor quando este não comparece ao plantão (ESTELLITA, pg. 213). Por outro lado, aplicar este entendimento aos médicos de sobreaviso implicaria excluir de todo a sua responsabilidade pelos pacientes internados, uma vez que não é sua obrigação comparecer ao local, podendo ficar fora do plantão durante todo o turno. Logo, em sendo sua obrigação tão somente prestar o atendimento se solicitado, excluir-se a responsabilidade pelo não comparecimento implicaria no esvaziamento da função e na absoluta ausência de responsabilização, não havendo nenhuma assunção de posição de confiança entre este médico e o paciente, de forma direta. Além disso, a partir da telemedicina, a necessidade de atendimento físico foi reduzida, não se podendo excluir o atendimento remoto da alçada da posição de garantidor.

Assim, excluindo-se o critério da presença física à instituição de saúde, restaria a definição de em qual momento se dá a efetiva assunção fática do médico de sobreaviso em relação ao paciente que necessita de atendimento: se (i.) ao ser solicitado pelo plantonista; (ii.) ao aceitar a necessidade do atendimento especializado e iniciar a efetiva prescrição de tratamento; ou (iii.) se durante todo o seu turno, de forma contínua. Tal diferenciação se mostra fundamental para definir se, acaso não responder o chamado ou entender desnecessário o seu atendimento, o médico responde pelos resultados típicos advindos de sua ausência, ou se a não assunção da responsabilidade poderia eximi-lo de responsabilidade penal.

Veja-se que ao médico de plantão incumbe o chamado do sobreaviso quando ele entender necessário, nos termos do artigo 3º da Resolução nº 2.314/2022

(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022) mas o médico especialista, além de possuir entendimentos técnicos especializados, é regido pela autonomia do tratamento, podendo entender tanto que o seu atendimento não se mostra necessário, sendo possível ao plantonista realizá-lo, ou que incumbe a outra especialidade; quanto que o atendimento presencial pode ser substituído pelo virtual, realizando as prescrições por telefone ou outros meios autorizados pela regulação da telemedicina. Logo, a submissão do médico às obrigações de garantidor tornam-se variáveis com os avanços e a regulação da telemedicina, não mais existindo um dever formal de deslocamento à instituição e atendimento presencial, ao ampliar-se as possibilidades de informação, prescrição e tratamento de forma integralmente remota, o que acrescenta novos critérios, também, à efetiva assunção de uma posição de garantia frente ao paciente, que não mais pode depender tão somente de um comparecimento pessoal.

Nesse contexto, a posição de garantia apenas poderia ter início com a assunção fática da responsabilidade pelo paciente, que se dá no momento do atendimento do chamado da equipe presencial. Apenas nesse momento, o médico toma conhecimento dos fatos e do quadro do paciente e, conseqüentemente, é capaz de indicar (quer presencialmente, quer remotamente) um tratamento adequado, não se podendo considerar a responsabilidade por omissão em momento anterior a este conhecimento. Ainda que o médico deixe de atender ao chamado, apenas se poderia considerar na tipificação do delito de omissão de socorro, a depender das circunstâncias específicas do caso concreto.

É dizer, a regulação da telemedicina e conseqüente autorização das mais diversas formas de prestação de serviço de saúde por meios virtuais expandiu as possibilidades de atendimento pelo médico, bem como as formas de assunção fática do tratamento do paciente, permitindo que ele cumpra suas obrigações legais e contratuais e dê início ao atendimento sem que o preste de forma presencial. Ampliando as formas de atendimento e, conseqüentemente, de cumprimento do dever, se reduzem as hipóteses de seu descumprimento e, conseqüentemente, da violação às obrigações de garantia, devendo-se analisar, dentro da responsabilidade

pela evitação do resultado, quais os limites da obrigação do médico de sobreaviso e suas possibilidades de atendimento remoto, não se presumindo o seu descumprimento pelo mero não deslocamento. Simultaneamente, ampliou-se as formas de assunção destas mesmas obrigações, reduzindo-se as possibilidades de alegação de ausência de possibilidade em razão do não atendimento.

3.1.2 Da possibilidade fático-concreta de evitação do resultado

Além da posição de garantidor, as evoluções da telemedicina e sua regulamentação têm reflexos na possibilidade de evitação do resultado, ampliando-se os meios pelos quais se mostraria viável o devido atendimento ao paciente e, conseqüentemente, possível a evitação do resultado de forma alternativa à presencial. Apesar de não impor maiores alterações ao contexto fático e, logo, ao fundamento material da possibilidade de evitar o resultado, a regulamentação autoriza a interpretação de que, pela perspectiva do Conselho Federal de Medicina, o atendimento por meios virtuais é equivalente ao presencial, importando na permissão, ao menos implícita, de que o médico realize o tratamento a distância, não se presumindo que a sua presença no local, por si só, importaria na elevação das chances de salvamento do bem jurídico.

Dessarte, é requisito do tipo omissivo que o agente pudesse evitar o resultado típico, sendo a análise dos recursos disponíveis ao atendimento elemento essencial à espécie, o que torna a verificação dos meios de prestação – se presencial ou remoto – um critério valorativo da conduta, na medida em que, acaso as medidas tomadas por meios remotos fossem as mesmas possíveis em atendimento presencial, exclui-se um dos elementos essenciais da tipicidade do fato. Assim, além do comparecimento, a possibilidade de agir deve ser analisada a partir das “condições fáticas do agente efetivamente atender um paciente e ter os meios necessários para o diagnóstico e aplicação do tratamento indicado, seja pela estrutura disponível, seja pelo grau de desenvolvimento da ciência médica” (AGAPITO, 2018, pg. 40).

Nesse sentido, compreende a doutrina que é elemento essencial da omissão que seja caracterizada a possibilidade fático-concreta de evitação da lesão,

devendo-se levar em conta as faculdade e habilidades do agente e os dados externos necessários ao salvamento, a fim de se averiguar se era faticamente possível a sua evitação (KAUFMANN, pg. 55). Ou seja, não bastaria a afirmação de que o médico se omitiu de atender o paciente: é necessária a demonstração de que este atendimento era efetivamente capaz de alterar o curso causal e, logo, que a presença do médico no local acrescentaria meios de salvamento além daqueles possibilitados via telemedicina.

Na esteira da jurisprudência antes dominante, o atendimento por meios telefônicos ou o não comparecimento do médico ao local geraria uma presunção tanto de violação dos deveres de garantia, quanto de possibilidade de evitação do resultado, já que a presença do médico e o início do tratamento elevariam, a priori, as chances de salvamento. O que se infere das diversas evoluções tecnológicas e da própria resolução, por outro lado, é que inverteu-se tal presunção: com os meios hoje disponíveis, é possível o tratamento do paciente à distância por meios muito mais eficazes do que há poucos anos atrás, não se podendo mais interpretar que a presença do médico, por si só, alteraria as medidas a serem tomadas. Dessa forma, as tecnologias disponíveis ampliaram as possibilidades de evitar-se o resultado, não mais autorizando a lógica de que a presença física elevaria as chances de salvamento.

Tal alteração na lógica do tratamento importa na necessidade de avaliação de critérios antes simplificados pela própria jurisprudência, através de uma análise demasiadamente superficial dos termos do artigo 13, §2º do Código Penal, pressupondo-se a possibilidade de evitação com a mera presença física. A despeito de tal realidade já se ter modificado ainda antes do contexto pandêmico, a regulamentação deste atendimento resulta na normativização desta realidade e autorização da modificação da presunção de que o atendimento presencial é superior ao virtual, ao equiparar-se os meios de atendimento de forma expressa. Assim, a verificação da qualidade do atendimento e do respeito aos padrões da profissão, mesmo que por meios remotos, passa a ser pressuposto de verificação do

crime omissivo, pois impactam tanto no dever quanto na possibilidade de evitação do resultado.

Seguindo essa lógica, sobre os deveres do médico de sobreaviso acrescentam-se duas variáveis, com reflexos diretos na viabilidade da telemedicina: (i.) a possibilidade de agir foi ampliada, uma vez que se ampliam os meios de intervenção hábil e efetiva; e (ii.) a evitabilidade do resultado foi afetada, na medida em que restringe-se a presunção de que, presencialmente, o médico poderia ter realizado alguma ação diversa da prescrita por meios virtuais.

4. CONCLUSÃO

Após a pandemia de Covid-19, alterou-se sobremaneira as formas relação médico-paciente, passando a ser comum o atendimento por meios remotos sem que fosse afetada a qualidade da prestação de serviços em saúde. Nesse contexto, após a revogação das normativas editadas para suprir a demanda legislativa em razão da nova realidade, foi necessária a criação de normas em caráter permanente para a regulamentação da telemedicina, sendo editada resolução pelo Conselho Federal de Medicina, bem lei específica o autorizando e disciplinando.

Nestes, autorizou-se as mais variadas formas de atendimento e pelos mais variados meios, deixando-se claro que estes deveriam ser proporcionais às demandas do paciente e jamais podendo importar em prejuízos à saúde. Ainda assim, a liberação irrestrita permite que o médico realize o atendimento remoto sem que se presuma que este é prejudicial à sua saúde, não havendo qualquer empecilho ao atendimento por meio telefônico ou por vídeo.

Diante destes avanços, altera-se substancialmente, também, a forma de prestação de serviço do médico em regime de sobreaviso e os reflexos penais de eventuais resultados típicos ao longo do período do plantão, uma vez que estes profissionais são autorizados a permanecer fora do local de trabalho até que sejam chamados e apenas em caso de necessidade. Nessa senda, em uma realidade em que, antes, o chamado poderia implicar em uma necessidade de deslocamento, os avanços tecnológicos e normativos agora autorizam que o atendimento solicitado

seja prestado por meios remotos sem que possa haver uma presunção de prejuízo ao paciente.

Desse modo, ao autorizar e regular o atendimento remoto, acrescentam-se novas variáveis ao regime de disponibilidade e, principalmente, na possibilidade de enquadramento de seu não comparecimento presencial como crime omissivo, em caso de sobrevir uma lesão à integridade ou à vida do paciente. O que anteriormente era interpretado como uma violação de dever pode vir a ser interpretado como um cumprimento diferenciado deste: o médico, recebendo a consulta do hospital, pode instruir a equipe presencial, caso estes estejam capacitados para proceder a eventuais intervenções (teleinterconsulta); monitorar o paciente (telemonitoramento); ou realizar diagnósticos (telediagnóstico), de forma plenamente respaldada pelas resoluções médicas.

Evidente que tal não implica em isentar de todo o médico caso a sua presença seja necessária e, frequentemente, por se tratarem, em regra, de médicos especialistas, ela o é. Contudo, não raro médicos de sobreaviso foram denunciados por dar instruções médicas por telefone, partindo-se do pressuposto de que sua presença seria capaz de evitar o resultado. Com o atual avanço tecnológico, os meios de comunicação remoto são facilitados, e a possibilidade de o médico realizar as consultas por este meio, antes de se deslocar, pode importar em benefícios especialmente no que se refere à agilidade do tratamento ou intervenção.

Em sendo assim, ao autorizar a telemedicina, exclui-se da análise do médico de sobreaviso a mera dicotomia entre ir ou não ir até o local, ou a agilidade com que isso é feito. Muito além disso, deve-se avaliar se o profissional atendeu ao chamado e prestou assistência também por outros meios, o que poderia corresponder ao cumprimento de seu dever funcional. Simultaneamente, elevam-se, também, as possibilidades de tratamento e intervenção por meios remotos, alterando-se as variáveis no que se refere à possibilidade de evitação do resultado. Ao mesmo tempo em que existem mais meios disponíveis, a distância ou impossibilidade física deixam de ser uma excludente da possibilidade fático-concreta de alteração do

resultado, com reflexos diretos na possibilidade de responsabilização do médico pelo desfecho do fato.

Logo, a ampla revolução tecnológica e todos os desdobramentos dela advindos alteraram a forma como se entende o atendimento médico. Após a pandemia, não mais se considera a realização de uma consulta virtual apenas por ser impossibilitado o contato físico; a agilidade e a facilidade da telemedicina ampliaram o acesso à saúde e fizeram com que este modelo se consolidasse como uma realidade no atendimento médico. Em sendo assim, impossível não se considerar que estes desdobramentos se estendem à realidade hospitalar, desde que mantida a necessária atenção a cada caso concreto, não permitindo que o atendimento virtual prejudique o bom tratamento do paciente. Nesse contexto, o impacto desta realidade ainda se está estabelecendo em termos jurídicos, sendo necessário atentar a este novo contexto quando da verificação da responsabilidade do médico de sobreaviso pelos resultados advindos em sua ausência do local, que não necessariamente significará a violação a um dever funcional ou uma menor possibilidade de evitar o desfecho.

REFERÊNCIAS

AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito Médico: a omissão penalmente relevante**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, 2018. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/154283/Agapito_LS_me_fran.pdf?sequence=3 Acesso em: 15 de agosto de 2023.

BRASIL, PORTARIA Nº 467, DE 20 DE MARÇO DE 2020. Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 130, Seção 1, Página 1, Edição Extra-B, 23 de março de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt/portaria%20nº%20467-20-ms.htm Acesso em: 12 de outubro de 2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 52, p. 23911, 31 dez. 1940.

BRASIL. DECRETO Nº 11.077, DE 20 DE MAIO DE 2022. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 132, Seção 1, Página 4, 23 de maio de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11077.htm Acesso em: 12 de outubro de 2023.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452 DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 55, Seção 1, p. 11937, 1 maio 1943.

BRASIL. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 132, Seção 1, p.1, 6 fev. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm Acesso em: 12 de outubro de 2022.

BRASIL. LEI Nº 14.510, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2022. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da teleconsulta em todo o território nacional, e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015; e revoga a Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 132, Seção 1, página 1, 28 de dezembro de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm#:~:text=LEI%20N%2014.510%2C%20DE%2027,15%20de%20abril%20de%202020 Acesso em: 12 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1206558**. Relator: Min. Jorge Mussi, julgado em: 01/03/2017, disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/Ge:ltInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703002367&dt_publicacao=07/03/2018 Acesso em: 12 de outubro de 2023.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**, 6 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer nº 137/2003**. Os plantões de sobreaviso constituem prática usual da organização de serviços médicos, devendo obedecer a normas rígidas de funcionamento para evitar prejuízos no atendimento à população e garantir a segurança do médico. Relator: Dr. Mauro Brandão Carneiro. Brasília-DF, 16 de janeiro de 2003. Disponível em:

https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2003/9_2003.pdf Acesso em: 12 de outubro de 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer nº 34/2016. Questionamentos referentes à escala de médicos em sobreaviso. Relator: Dr. Hermann Alexandre Vivacqua von Tiesenhausen. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, 19 de agosto de 2016. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2016/34_2016.pdf Acesso em: 12 de outubro de 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 1.643/02. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. **Diário Oficial da União**: Brasília, ano 114, Seção 1, p. 205. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2008/1834_2008.pdf Acesso em: 12 de outubro de 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 1.834/2008. As disponibilidades de médicos em sobreaviso devem obedecer normas de controle que garantam a boa prática médica e o direito do Corpo Clínico sobre sua participação ou não nessa atividade. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, 14 de março de 2008. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2008/1834_2008.pdf Acesso em: 12 de outubro de 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.314/2022. Define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 132, Seção 1, página 227, 05 de maio de 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2314_2022.pdf Acesso em: 12 de outubro de 2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. Resolução nº 74/96. CONSIDERANDO que o plantão de disponibilidade de trabalho é uma prática utilizada em muitos serviços de atendimento médico, objetivando otimizar o atendimento das variadas especialidades. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: São Paulo, SP, 1996, seção 1, n. 122, p. 80, 28 de junho de 1996. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/SP/1996/74_1996.pdf Acesso em: 12 de outubro de 2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. **Parecer nº 2630/2018**. Plantão de sobreaviso - Necessidade imperativa de disponibilidade do médico - Impossibilidade do exercício da Medicina em dois locais ao mesmo tempo. Relator: Dr. Fábio Luiz Ouriques. Curitiba, 15 de janeiro de 2018. Disponível em:

https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2018/2630_2018.pdf

Acesso em: 12 de outubro de 2023.

DA SILVA, Pablo Rodrigo Afllen; SCHMITT JÚNIOR, Leoberto Simão. Pablo Rodrigo Afllen da Silva e Leoberto Simão Schmitt Júnior. Princípio da confiança como critério excludente de imputação objetiva no direito penal e seu emprego na jurisprudência do superior tribunal de justiça *in* **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXV, n. 82, p. 7-19, jul./dez. 2021 Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2622/2509> Acesso em: 19 de setembro de 2023.

ESTELLITA, Heloisa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas *in* ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. **Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

KAUFMANN, Armin. **Dogmatica de los delitos de omision**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A, 2006.

KICHLOO, Asim et. al. Telemedicine, the current COVID-19 pandemic and the future: a narrative review and perspectives moving forward in the USA *in* **Fam Med Community Health**. 2020; 8(3): e000530. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7437610/> Acesso em: 12 de outubro de 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0384.00.008361-6/001**. Relator: Pedro Vergara, Julgado em 16/06/2007. Disponível em: <https://l1nq.com/Ste1V> Acesso em: 12 de outubro de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (1. Grupo de Câmaras Criminais). **Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 70075120428**. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em: 01-12-2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php Acesso em: 05/04/2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2ª Câmara Criminal). **Apelação nº 70057536310**, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 16/02/2017. Disponível em:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (2ª Câmara Criminal). **Apelação nº 70057128183**, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 16/02/2017. Disponível em:

ROCHA, Ronan de Oliveira. **A relação de causalidade no Direito Penal**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2013. Disponível em:

<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/31441/1/Ronan%20Rocha%20-%20A%20relacao%20de%20causalidade%20no%20Direito%20Penal.pdf> Acesso em: 02 de setembro de 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (4ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0000582-97.2014.8.24.0023**. Relator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli, julgado em 04/02/2021. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: 12 de outubro de 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, 8 ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.