



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000333829

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0005609-38.2015.8.26.0066/50000, da Comarca de Barretos, em que é embargante ..., é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram dos presentes embargos infringentes e os acolheram para que prevaleça o voto minoritário, a fim de afastar a causa de aumento prevista no § 4º do artigo 121, do Código Penal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÁRCIO BARTOLI (Presidente) e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 12 de maio de 2020.

PÉRICLES PIZA

Relator

Assinatura Eletrônica

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0005609-38.2015.8.26.0066/50000

Embargante:

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Barretos

Voto nº 40.119

EMBARGOS INFRINGENTES. Homicídio culposo. Erro médico. Defesa pretende a prevalência do voto minoritário que dava provimento em maior extensão ao seu recurso, afastando a causa de aumento prevista no §4º do artigo 121, do Código Penal. Acolho os embargos. Inobservância de regra técnica que configura o núcleo da culpa. Ausência de fato diverso que justifique a incidência da causa especial de aumento. Acolhidos os embargos para que prevaleça o voto minoritário, a fim de afastar a causa de aumento prevista no § 4º do artigo 121, do Código Penal.

I - Cuida-se de Embargos Infringentes interpostos, *oportuno*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tempore, por ..., visando à prevalência do voto minoritário que dava provimento em maior extensão ao recurso interposto pela defesa, a fim de afastar a causa de aumento do artigo 121, parágrafo 4º, do Código Penal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição dos embargos (cf. fls. 07/15).

II ... foi denunciado e processado sob a acusação de prática de homicídio culposo porque, segundo consta, no dia 25/05/2015, por volta de 12h, na Av. Quinze, nº 353, na comarca de Barretos, por negligência e sem observância à regra técnica de profissão, matou O.N.S., idosa de 79 anos de idade.

2

Segundo o Ministério Público, após a vítima dar entrada na Santa Casa de Misericórdia de Barretos, em decorrência de uma queda da própria altura, o médico ... a medicou e dispensou, não constatando nenhuma anormalidade.

No entanto, por volta das 18h do mesmo dia, a vítima iniciou um quadro de confusão mental, necessitando ser encaminhada novamente ao hospital. Após a realização de exames, constatou-se a presença de traumatismo craniano, sendo submetida a procedimento cirúrgico. No entanto, não resistiu e faleceu.

Durante a instrução, todavia, apurou-se que, apesar de constar que a vítima apresentava avaliação neurológica indicativa de normalidade, na folha seguinte constava o uso *Marevan* (droga anticoagulante), de modo a preencher classificação de alto risco para casos de traumatismo crânio-encefálico.

Dessa forma, pela diretriz vigente, a ofendida deveria ter sido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

submetida à realização de tomografia computadorizada de crânio, exame este que, se resultasse normal, ensejaria a manutenção da vítima em observação por 12 (doze) horas, o que efetivamente não ocorreu.

Destarte, vislumbrou a nobre Magistrada *a quo* a possibilidade de, além de condená-lo pela prática de homicídio culposo, aplicar a majorante do artigo 121, §4º, do Código Penal, porquanto teria ocorrido a inobservância de regra técnica de profissão, consistente em não requerer a realização de tomografia e não deixar a paciente em observação pelo período mínimo exigido, conforme exigia o

3

protocolo.

Irresignado com o desfecho condenatório, a defesa interpôs recurso de Apelação pleiteando a absolvição por ausência denexo causal entre a conduta do embargante e o óbito da vítima e, subsidiariamente, requereu o afastamento da causa de aumento do artigo 121, §4º, do Código Penal, por ausência de violação de regra técnica da profissão, bem como da agravante do artigo 61, II, “h”, do mesmo diploma, por entender ser inaplicável aos crimes culposos (cf. fls. 659/699).

No julgamento do recurso, por maioria de votos, os nobres colegas desta Colenda 1ª Câmara Criminal deram parcial provimento ao apelo, condenando o ora embargante como incurso no artigo 121, §4º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, além de prestação pecuniária aos dependentes da vítima no valor de 10 (dez) salários mínimos, **vencido o Relator Sorteado, Des. Ivo de Almeida, que dava parcial provimento**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ao recurso, porém em maior extensão, afastando também a causa de aumento prevista no §4º do artigo 121 do Código Penal (cf. fl. 1175).

Daí a oposição dos presentes Embargos Infringentes, que visam à prevalência do voto minoritário (cf. fls. 01/04 do incidente).

Pois bem.

Ao meu sentir, o afastamento da causa especial de aumento de pena, prevista no parágrafo 4º, do artigo 121, do Código Penal, é a melhor

4

solução para o caso em apreço, assim como decidido pelo ilustre Desembargador IVO DE ALMEIDA (fl. 1175).

O referido voto vencido, de forma clara e precisa, apontou as razões pela qual entendeu ser caso de absolvição, com o que concordo, respeitados os votos divergentes.

Trata-se de homicídio culposo, no qual o réu, sem observância à regra técnica de profissão, matou O.N.S., idosa de 79 (setenta e nove) anos de idade.

A autoria delitiva restou inconteste, porquanto demonstrado que o profissional, negligentemente, limitou-se à análise dos exames de rotina quando da entrada da paciente ao hospital, com queixa de queda da própria altura, não se atentando ao seu relato de uso contínuo de anticoagulante, bem como dispensando a solicitação de exame específico e a observação por período mínimo de 12 (doze) horas, os quais eram exigidos ao caso.

No entanto, com o merecido respeito ao entendimento



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

empossado pelo nobre Relator Sorteado, é de se acolher a tese de afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo, 121, §4º, do Código Penal, relativa à inobservância de regra técnica de profissão.

Explico.

Conforme se extrai das provas colhidas, o ora embargante incorreu em erro acerca de condutas e procedimentos médicos que a técnica profissional exigia - os quais deveriam ter sido adotados, mas não o foram. Tal inobservância configura o **núcleo da culpa**, não podendo ser aplicada duplamente

5

para caracterizar o crime e, ao mesmo tempo, justificar a causa especial de aumento, sob a pena de incidir no indesejável *bis in idem*.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de caso semelhante:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO CULPOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPUTAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DA PROFISSÃO. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE FATO OU NUANCE DIFERENTE DA PRÓPRIA CULPA DO CRIME. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (...) 3. A imputação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

causa de aumento de pena por inobservância de regra técnica de profissão, objeto do disposto no art 121, § 4º, do Código Penal, só é admissível quando fundada na descrição de fato diverso daquele que constitui o núcleo da ação culposa, o que não ocorreu na espécie. (HC 143.172- RJ, 6ª. T., rel. Nefi Cordeiro, 17.12.2015, v.u. grifo nosso).

E assim também já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO PENAL. Denúncia. Homicídio culposo. Negligência

6

consistente em inobservância de regra técnica da profissão médica. Não percepção de sintomas visíveis de infecção, cujo diagnóstico e tratamento teriam impedido a morte da vítima. Falta consequente de realização de exame de antibiograma. Mera decorrência. Causa especial de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP. Imputação cumulativa baseada no mesmo fato da culpa. Inadmissibilidade. Majorante excluída da acusação. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 121, §§ 3º e 4º, do CP. A imputação da causa de aumento de pena por inobservância de regra técnica de profissão, objeto do disposto no art. 121, § 4º, do Código Penal, só é admissível quando fundada na descrição de fato diverso daquele que constitui o núcleo da ação culposa.” (HC 95.078, Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 15.5.2009 grifo nosso).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Acerca disso também ensina o ilustre colega e doutrinador
Guilherme de Souza Nucci:

“Trata-se de uma desacertada causa de aumento de pena prevista para o homicídio culposo, pois confunde-se, nitidamente, com a imperícia (e até com algumas formas de imprudência e negligência). (...) Buscando exemplo para a

7

causa de aumento, MIRABETE menciona o médico que não esteriliza os instrumentos que vai utilizar na cirurgia ou o motorista que dirige com apenas uma das mãos (Manual de Direito Penal, v.2, p.62). Mas tais situações, em nosso entender, são fulcro da caracterização da culpa, vale dizer, constituem infrações ao dever de cuidado, não podendo, novamente, ser consideradas para agravar a pena. Seria inconveniente 'bis in idem'. Se o médico não esterilizou os instrumentos e isso causou a morte do paciente, trata-se do núcleo da culpa. Se o motorista dirigia com uma das mãos e, por conta disso, atropelou e matou o pedestre, também é o centro da culpa. Assim, não há aplicabilidade para a causa de aumento.” (Código Penal Comentado, 17ª ed., 2017, fls. 772/773).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço dos presentes embargos infringentes e os acolho para que prevaleça o voto minoritário, a fim de **afastar a causa de aumento prevista no § 4º do artigo 121, do Código Penal.**

PÉRICLES PIZA

Relator