



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)

2019/Crime

APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. IMPERÍCIA. NEGLIGÊNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. INSURGÊNCIA DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ILEGITIMIDADE RECURSAL AFASTADA.

1. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL. ILEGITIMIDADE RECURSAL. O Ministério Público, intimado da sentença absolutória, permaneceu inerte, correndo, a partir disso, prazo para a interposição de recurso pelo Assistente de Acusação. Embora o Agente Acusatório tenha se manifestado pela improcedência da ação, já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “O assistente de acusação possui legitimidade para interpor recurso de apelação, em caráter supletivo, nos termos do art. 598 do CPP, ainda que o Ministério Público tenha requerido a absolvição do réu”. Ilegitimidade recursal afastada.

2. HOMICÍDIO CULPOSO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA AFASTADA. (a) O nexo de causalidade entre a conduta da ré e a morte da criança restou configurado, pois a causa morte da vítima foi um hematoma subgaleal decorrente de traumatismo craniano, produzido por instrumento contundente que, no caso, foi o uso de fórceps pela ré, conforme conclui o auto de necropsia. Inexistência de causa absolutamente independente, pois não há comprovação de distúrbio de coagulação hereditária. **(b) A imperícia** ficou configurada na inabilidade no manejo do fórceps para extrair o recém-nascido. **(c) A majorante da inobservância de regra técnica da profissão**, prevista no § 4º do artigo 121 do Código Penal ficou caracterizado na negligência pela não eleição de procedimento diverso, ocasionando o óbito prematuro da vítima. Era exigível a mudança de procedimento de parto natural para cesárea. Veredicto absolutório reformado.

3. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Pedido formulado no aditamento da denúncia e oportunizado o contraditório. Configurado o dano moral, *in re ipsa*, em razão do trauma sofrido pelos pais da vítima, tornando dispensável a produção de prova específica. Cabível a fixação em 100 salários mínimos, vigentes à época do fato.

4. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. Pena Corporal substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária de 50 salários mínimos.

PRELIMINAR CONTRARRECURSAL REJEITADA. RECURSO PROVIDO.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

APELAÇÃO CRIME

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL -
REGIME DE EXCEÇÃO
COMARCA DE PORTO ALEGRE

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-
90.2019.8.21.7000)

SONIA FATIMA BATTISTELA

APELANTE/ASSISTENTE DE
ACUSAÇÃO

EDUARDO DE AZAMBUJA PAIM

APELANTE/ASSISTENTE DE
ACUSAÇÃO

VERA LUCIA FELDENS

APELADO

MINISTERIO PUBLICO

INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, À UNANIMIDADE, EM AFASTAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE CONTRARRECURSAL E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO, PARA CONDENAR VERA LUCIA FELDENS COMO INCURSA NA SANÇÃO DO ARTIGO 121, § § 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL, À PENA DE 1 ANO E 4 MESES DE DETENÇÃO, NO REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, CONSISTENTES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. POR MAIORIA, EM FIXAR A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR DE 50 SALÁRIOS-MÍNIMOS AO TEMPO DO FATO, A SEREM DEFINIDAS PELA JUÍZO DA EXECUÇÃO, E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL DESTINADA AOS APELANTES, NO VALOR DE 100 SALÁRIOS-MÍNIMOS VIGENTES À ÉPOCA DO FATO, VENCIDO O DR. PAULO AUGUSTO OLIVEIRA IRION, NO PONTO, NOS TERMOS DO SEU VOTO.

Custas na forma da lei.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE) E DR. PAULO AUGUSTO OLIVEIRA IRION.**

Porto Alegre, 09 de outubro de 2020.

DR.^a VIVIANE DE FARIA MIRANDA,
RELATORA.

RELATÓRIO

DR.^a VIVIANE DE FARIA MIRANDA (RELATORA)

No Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, o Ministério Público ofereceu denúncia em face de **VERA LÚCIA FELDENS**, com 66 anos de idade na época dos fatos (nascida em 06/12/1950), dando-a como incurso nas sanções do artigo 121, §3º e 4º do Código Penal.

É o teor da denúncia:

(...).

No dia 06 de julho de 2016, por volta das 5 horas da manhã, na Rua Tiradentes, nº 333, nas dependências do Hospital Moinhos de Vento, em Porto Alegre/RS, a denunciada VERA LÚCIA FELDENS matou, culposamente, por imperícia, o recém-nascido que recebeu o nome de 'Lucas', filho de Sônia Fátima Battistela e Eduardo de Azambuja Pahim, provocando-lhe, *por inabilidade no manejo do fórceps* (fl. 173), um traumatismo craniano, que gerou um céfalo-hematoma e um choque hipovolêmico.

Na oportunidade, a denunciada conduzia o parto vaginal da vítima, com analgesia peridural da mãe e emprego de fórceps; às 4h45min, a denunciada realizou a primeira tentativa de extração do feto, com fórceps, sem sucesso; às 4h55min, realizou duas novas tentativas de extração do feto, com fórceps, sem sucesso; sem considerar outro procedimento ou alteração na condução do parto, a denunciada solicitou outro fórceps, e realizou novas tentativas fracassadas, até que finalmente conseguiu extrair o bebê, por volta das 5h da manhã (fl. 135). Durante esse processo, a denunciada empregou força e técnica inadequadas aos instrumentos de



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

extração, que provocaram o traumatismo craniano no bebê e, em seguida, as suas consequências, culminando com a sua morte no dia seguinte.

Durante o atendimento do bebê na UTI, porém antes de sua morte, foram constatadas fraturas de crânio e ossos da face (fl. 73); o bebê também apresentava marcas de fórceps na região parietal esquerda (fl. 78).

O recém-nascido faleceu 24 horas após o parto, por volta das 5h18min da manhã do dia 07 de julho de 2016.

A causa da morte, conforme a **guia de encaminhamento ao IML**, firmada pela Dra. Lúcia Nicoloso, médica pediatra, foi 'choque hipovolêmico por traumatismo crânio-encefálico' (fl. 06); no mesmo sentido, a **declaração de óbito**, firmada pela Dra. Lisiane Dalle Mulle, médica neonatologista, que aponta como causa o 'choque hipovolêmico, (decorrente de) coagulação intravascular disseminada, (devido a) céfalo-hematoma, (decorrente de) traumatismo craniano' (fl. 15).

O **laudo de necropsia**, por seu turno, esclarece que 'há que se diferenciar cefalohematoma de hematoma subgaleal, na medida em que o termo cefalohematoma é repetido diversas vezes no documento assistencial supramencionado'. Segundo o laudo, o cefalohematoma (que não está presente no caso concreto), 'localiza-se abaixo do perióstio, não atravessando linhas de sutura cranianas, sendo geralmente unilateral e de evolução autolimitada'. O hematoma ou hemorragia subgaleal, presente no caso concreto, por outro lado, segundo o laudo, 'localiza-se no espaço subgaleal, entre a chamada 'gálea aponeurótica' e o perióstio da calota craniana, não sendo delimitado pelas linhas de sutura'. Prossegue o laudo esclarecendo que se trata de 'uma rara complicação de parto, podendo ter evolução aguda e fatal, sendo mais frequentemente associada partos vaginais em que se usam extratores a vácuo e partos vaginais em que se usam fórceps'. Conclui o laudo que 'o sangramento no espaço subgaleal pode levar rapidamente a choque hipovolêmico e CIVD (coagulação intravascular disseminada)'; 'esse distúrbio hematológico (CIVD), por sua vez, pode levar a sangramentos em outros locais do corpo'; 'neste contexto explicam-se os sangramentos descritos no tórax e no abdômen, em torno do fígado' (fl. 151).

O sangramento em torno ao fígado está indicada na nota de alta de fl. 99.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Conclui o **laudo de necropsia** que a causa da morte do bebê foi um hematoma subgaleal devido a traumatismo craniano de parto, produzido por instrumento contundente (fl. 151).

O crime foi cometido com inobservância de regra técnica de profissão, vez que cabia à denunciada, ao constatar a inviabilidade do procedimento eleito, a busca de outra alternativa para concluir o procedimento, com a preservação da vida do recém-nascido e da parturiente.

A denúncia foi recebida em 22/02/2017 (fl. 213).

Citada (fl. 215), a ré apresentou resposta à acusação por intermédio de defensor constituído (fls. 216/241).

Eduardo de Azambuja Paim e Sônia Fátima Battistela requerem habilitação como Assistentes de Acusação (fl. 304), cujo pedido foi deferido (fl. 307).

O Ministério Público, a pedido do assistente de acusação, ofertou aditamento à denúncia, para incluir a condenação da denunciada ao pagamento de indenização a título de danos morais na quantia de R\$ 150.000,00 para cada um dos pais da vítima (fl. 331).

A acusada apresentou resposta ao aditamento da denúncia (fls. 335/342).

Durante a instrução regular do feito, foram ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa, interrogando-se a ré ao final (fls. 426/459).

Encerrada a instrução, o debate oral foi convertido em memoriais escritos, os quais foram apresentados pelas partes (fls. 467/473, 480/496 e 498/507), em que o Ministério Público requer a improcedência da denúncia.

Sobreveio, publicada em **07/11/2018** (fl. 515), sentença de **improcedência da pretensão acusatória**, para absolver a ré VERA LUCIA FELDENS, com fundamento no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal (fls. 508/514).

Irresignados, os Assistentes de Acusação interpuseram recurso de apelação, postulando a apresentação das razões recursais perante a Superior Instância, nos termos do artigo 600, §4º, do Código de Processo Penal (fl. 516).



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Subiram os autos a esta Corte, sendo o feito distribuído à relatoria do Desembargador José Antônio Cidade Pitrez (fl. 521).

Intimado para arrazoar, postulam os Assistentes da Acusação a condenação da acusada nos termos da peça acusatória, sustentando ser evidente a conduta culposa da ré, pois agiu com grave imperícia ao insistir em levar adiante parto natural difícil, utilizando-se de instrumento ao qual não estava habituada, manobrando-o inadequadamente e causando, com isso, lesão traumática na cabeça e hemorragia no recém-nascido. Discorreu acerca das provas orais e periciais coligidas aos autos, as quais apontam para a ocorrência de culpa da médica. Enfatizou **negligência** por parte da ré, pois **deixou de proceder à intervenção cesárea** recomendada para o caso. Afastou as teses de causa absolutamente independente ou concausa preexiste e absolutamente independente no agir da ré, a qual causou sofrimento físico à genitora e a morte de uma criança (fls. 525/541).

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fl. 543).

A recorrida, por intermédio de defensor constituído, em contrarrazões, suscita, preliminarmente, a **ilegitimidade recursal** dos assistentes da acusação na hipótese em que o titular exclusivo da ação penal não permaneceu inerte, uma vez que o Ministério Público, tanto em sede de alegações finais quanto em contrarrazões, postulou a improcedência da ação. No mérito, argumenta que a prova colhida esclareceu que o óbito do recém-nascido decorreu de **causa absolutamente independente**, salientando que o recorrente tenta “deslocar para o parto a causa do óbito do bebê”, inovando, assim, a tese de acusação. Por fim, requer a manutenção da sentença de improcedência (fls. 557/574)

O parecer do Ministério Público de Segundo Grau, de lavra do Dr. **Luiz Carlos Ziomkowski**, Procurador de Justiça, é pelo provimento do apelo interposto pela Assistência à Acusação (fls. 575/589).

O feito foi redistribuído, em regime de exceção, nos termos da Portaria 35/2020-OE, em 1º/07/2020.

É o relatório.

VOTOS

DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA (RELATORA)

Trata-se de apelação criminal interposta pelos Assistentes de Acusação, inconformados com a sentença que julgou improcedente a pretensão



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

acusatória formulada na denúncia, para absolver a acusada da imputação da prática do crime previsto no artigo 121, §§ 3º e 4º do Código Penal.

(i) Ilegitimidade Recursal

Ab initio, argui a defesa técnica, em contrarrazões, ilegitimidade recursal dos Assistentes de Acusação, tendo em vista que o titular da ação penal se manifestou pela improcedência da denúncia, deixando de recorrer da sentença absolutória.

Sem razão, contudo.

Com efeito, nota-se que o *Parquet*, intimado da sentença absolutória, restou inerte, possibilitando, o curso de prazo para a interposição de recurso de apelação pelos Assistentes de Acusação.

E, não obstante o Ministério Público de Primeiro Grau tenha se manifestado pela improcedência da ação, isto, tampouco, impossibilita a pretensão dos assistentes de acusação, pois já se posicionou o Colendo **Superior Tribunal de Justiça** que “*O assistente de acusação possui legitimidade para interpor recurso de apelação, em caráter supletivo, nos termos do art. 598 do CPP, ainda que o Ministério Público tenha requerido a absolvição do réu*”¹.

Nos mesmos termos, cito julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça, de lavra do ilustre Desembargador **Dálvio Leite Dias Teixeira**:

APELAÇÃO. INSURGÊNCIAS DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO TENTADO. VIOLÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA. PROVA SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. - PRELIMINAR CONTRARRECURSAL DEFENSIVA. LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. RECURSO CONHECIDO. Conforme preceituado nos artigos 271 e 598 do CPP, a **legitimidade recursal do assistente de acusação é supletiva, cingindo-se aos casos de inércia do Ministério Público ou, ainda, quando o recurso deste órgão não abranger a totalidade das questões discutidas. No caso concreto, infere-se que o órgão ministerial foi intimado da sentença e deixou de apelar, pelo que aberto o prazo para interposição de recurso pelo assistente de acusação, que assim o fez,**

¹ REsp 1.451.720-SP, Rel. originário Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/4/2015, noticiado no Informativo 564 do STJ.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

tempestivamente. Pressupostos atendidos. Recurso conhecido. (...).
Apelo do assistente de acusação parcialmente provido.(Apelação Criminal,
Nº 70081172298, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,
Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em: 18-12-2019)

Afasto, assim, a tese de ilegitimidade recursal aventada pela defesa e conheço do recurso de apelação interposto pelos Assistentes de Acusação.

Registro que estamos diante de um processo que causou e ainda causa muita dor, não somente aos genitores e aos familiares, que tiveram ceifados da convivência precoce de um ente familiar, como também para uma renomada médica que tentou fazer o melhor, não imaculando sua história de competência e de dedicação na medicina.

(ii) Mérito

A **materialidade** do delito está demonstrada no registro de ocorrência das fls. 03/04, na guia de encaminhamento ao IML da fl. 06, na declaração de óbito da fl. 15, no prontuário médico da vítima e de sua genitora das fls. 13/149, no laudo de necropsia das fls. 150/151, na sindicância administrativa instaurada das fls. 176/195, bem ainda na prova oral colhida.

No aspecto, convém registrar que a declaração de óbito da fl. 15 apontou como causa da morte do recém-nascido “choque hipovolêmico”, devido ou como consequência de “coagulação intravascular disseminada” e “traumatismo craniano”, firmado pela Pediatra Lisiane Dalle Mulle.

Há de se analisar o nexo de causalidade entre a conduta da ré e a morte da criança.

O Laudo de Necropsia das fls. 150/151 descreveu: (...) *volumoso hematoma localizado no espaço entre a gálea aponeurótica e o perióstio da calota craniana, recobrimdo praticamente toda a superfície do crânio superior (hematoma subgaleal). Presença de dois traços de fratura lineares sem deslocamento dos fragmentos no osso parietal esquerdo e um terceiro traço de fratura no osso parietal direito, igualmente linear e sem deslocamento dos fragmentos. Hematoma de*



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

menores proporções em espaço extradural na região parieto-temporal esquerda. Na sequência, com base na análise do prontuário hospitalar disponibilizado pelo Hospital Moinhos de Vento, foram realizadas as seguintes considerações: Há que se diferenciar cefalohematoma de hematoma subgaleal (...). É uma rara complicação de parto, podendo ter evolução aguda e fatal, sendo mais frequente associada partos vaginais em que usam extratores a vácuo e partes vaginais em que se usam fórceps. (...) O caso em questão é de hematoma subgaleal agudo, com choque hipovolêmico e CIVD associados. Por fim, apontou como causa do óbito “hematoma subgaleal agudo devido a traumatismo craniano”.

Depreende-se, do auto de necropsia (fls. 150/151), que a morte da criança foi um hematoma subgaleal decorrente de um traumatismo craniano, produzido por instrumento contundente, ou seja, o fórceps, manuseado pela ré, como se verá adiante.

A tentativa de desconstruir o laudo de necropsia não procede.

Vejamos.

O depoimento do **Dr. Paulo Sérgio Britto** (fls. 450/453) deu-se no sentido de que **não faria o diagnóstico como procedido pelo médico legista**, pois não consideraria como causa morte um choque hipovolêmico, porque há muita discussão na doutrina.

Todavia, **o laudo não foi firmado pela testemunha**, conforme constou na sentença (fl. 511v); e sim pelo Dr. Jorge Pereira Laszlo Ruttkay Pereira, auxiliado, na ocasião, por Nilvani Terezinha Alves, gozando de presunção de veracidade, porquanto foi o perito signatário do laudo quem examinou o recém-nascido.

Ora, a forma de fazer o diagnóstico da necropsia deve possuir variações de acordo com o médico legista e o fato de a testemunha proceder diferente, não invalida a maneira como foi feita, até porque não teve alcance ao bebê. É o mesmo que um Magistrado tecer opiniões sobre processo que não teve acesso aos autos.

Inobstante o testemunho do médico legista **Dr. Paulo Sérgio Britto (fls. 450/453)** sobre as limitações dos peritos-médicos legistas, tanto não desqualifica a **conclusão do laudo de necropsia**, que foi corroborada pela declaração de óbito do recém-nascido (fl. 15).



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Logo, confiro maior credibilidade aos apontamentos extraídos pelo médico legista que examinou o corpo já sem vida do menino Lucas, do que as referências ofertadas por testemunha que não acompanhou nem o parto nem a necropsia.

Passo a analisar se houve uma causa absolutamente independente que tenha rompido o nexos causal.

No caso, averiguou-se a possibilidade de um problema de coagulação do bebê, o que foi refutado no resultado da sindicância do Hospital e na investigação realizada pelo Dr. **Adriano Nori Rodrigues Taniguchi**, hematologista, contratado para averiguar se havia distúrbio hereditário.

O Dr. **Marcos Wengrover Rosa**, ginecologista e chefe do setor de obstetrícia do Hospital Moinhos de Vento, explica que: “ se a criança teve um hematoma na parte externa da cabeça e na parte interna da cabeça, às vezes um trauma menor pode causar um dano maior se a criança não coagula o sangue adequadamente. Mas neste caso foi chamado o hematologista, a criança passou por uma avaliação hematológica e até onde eu sei não existia nenhum problema de coagulação”.

A testemunha **Lúcia Rossel Nicoloso** (fls. 385/387), médica na área de neonatologia, relatou ter percebido que o bebê possuía problema de hemorragia e que estava recebendo sangue para ajudar na coagulação. Respondeu que é **possível o distúrbio de coagulação decorrer da fratura ou, também, de já possuir o recém-nascido algum problema de coagulação**. Questionada se houve, em decorrência dos fatos, a instauração de sindicância pelo hospital, afirmou não ter conhecimento; e, ainda, perguntada “AA: Quando que o hospital decide instaurar sindicância, é normal, para apurar alguma coisa? Quando há alguma desconfiança que possa ter ocorrido algum erro, é isso? T: Sim, acredito que sim”.

Entretanto, efetivamente **não havia distúrbio de coagulação hereditária**, conforme atestou Dr. **Taniguchi**, médico especialista em hematologia pediátrica que avaliou o recém-nascido (fls. 429/434). Realçou que não tinha, naquele momento, como investigar se o bebê possuía defeito nas proteínas que fazem o sangue coagular ou se tinha alguma predisposição genética. E relacionou que foi procurado pelos pais da criança para investigar se havia distúrbio de coagulação que justificasse o acontecido, atentando que não encontrou **nenhuma evidência de distúrbio de coagulação** nos três: no filho e nos pais, o que torna remota a possibilidade de interferência genética.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Superada a questão, passo a analisar a modalidade culposa da **imperícia** imputada à ré para se enquadrar no tipo penal do artigo 121, § 3º, do Código Penal, deixando para fundamentar a modalidade da **negligência** para a majorante prevista no § 4º do artigo 121, do mesmo diploma legal, a fim de evitar o *bis in idem*.

E, de acordo com a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, é perfeitamente possível a incidência conjunta desta majorante no homicídio culposo cometido com imperícia médica, não havendo falar em *bis in idem*, desde que presente a concorrência de duas condutas distintas: uma para fundamentar a culpa e outra para configurar a causa exasperante.

Cito precedente no sentido indicado:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA. MÉDICO QUE DEIXA DE PRESTAR ATENDIMENTO À PACIENTE INTERNADA. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. SÚM. 7/STJ. MAJORANTE DO ART. 121, §4º, DO CP. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

[...] 3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, entenderam que o recorrente praticou o delito previsto no art. 121, §4º, do Código Penal, pois, na qualidade de médico, ao ser chamado, por três vezes, deixou de prestar atendimento a paciente que veio a óbito, por estar dormindo e mesmo após ser acordado e tomar conhecimento do fato, não foi ao local.

4. Chegar a entendimento diverso, absolvendo o recorrente ou desclassificando a conduta que lhe foi imputada, implica em exame aprofundado do material fático probatório, inviável em recurso especial a teor da Súm. n. 7/STJ.

5. **Não configura bis in idem, a incidência conjunta da causa de aumento da pena definida pelo art. 121, § 4.º, do Código Penal, relativa à inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, no homicídio culposo cometido com imperícia médica.**



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

6. Agravo regimental parcialmente provido, tão somente, para afastar a intempestividade do agravo em recurso especial. (AgRg nos EDcl no AREsp 1686212/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020) (omiti e grifei).

A inicial acusatória, ao descrever os fatos correspondentes à imperícia, aponta a “**inabilidade no manejo do fórceps**” pela acusada, provocando no recém-nascido “traumatismo craniano”, o qual acarretou “céfalo-hematoma e um choque hipovolêmico”. Já, no tocante ao crime resultante de inobservância de regra técnica da profissão, situa que “cabia à denunciada, ao constatar a inviabilidade do procedimento eleito, **a busca de outra alternativa** para concluir o procedimento, com a preservação da vida do recém-nascido e da parturiente”.

Cumpra salientar que ocorre o homicídio culposo quando o agente, com manifesta **imprudência, negligência ou imperícia** (artigo 18, inciso II, do CP), deixa de empregar a atenção ou a diligência de que era capaz, provocando, com sua conduta, o resultado lesivo (morte), previsto (culpa consciente) ou previsível (culpa inconsciente), porém jamais aceito ou querido.²

Sobre o tema, oportuno colacionar os ensinamentos do saudoso Desembargador **Ladislau Fernando Röhnel**³. Preleciona que:

“ A primeira das modalidades é a **imprudência**, na qual o indivíduo realiza uma conduta perigosa sem tomar as devidas precauções. Por isso a imprudência é uma forma ativa, militante e positiva da culpa; consistente num agir com precipitação, insensatez e irreflexão, já porque não atenta para a lição das experiências ordinárias da vida, já porque não persevera naquilo que a razão indica”.

A outra modalidade, chamada **negligência**, caracteriza-se pela omissão na observância de cautelas exigidas pelas circunstâncias. Enquanto a imprudência é a ação, a negligência é a inação, consistente em um não fazer, em uma inatividade material ou corpórea, ou em uma

² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte especial (arts. 121 ao 361)**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 77.

³ RÖHNELT, Ladislau Fernando. **Apontamentos de Direito Penal**. Organizado por Zuleika Pinto Costa Vargas. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011, p. 607/609.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

inatividade subjetiva, ou psíquica. Negligente é aquele que, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental não age, ou age de modo diferente”

Inclui-se no conceito de negligência o chamado crime de esquecimento, no qual o agente se esquece de cumprir o dever. Há quem diga que nesse direito não existe o ato inicial voluntário”. “A isso respondem outros que a crítica não tem razão. Existe, sim, o ato voluntário, pois a atenção é governada pela vontade, de sorte que estar desatento é ter vontade de não estar atento”.

Acrescenta que:

“Essas duas modalidades – a imprudência e a negligência – podem coexistir na mesma conduta.

A imperícia é a falta de aptidão, é a falta de conhecimento ou de habilitação para o exercício de determinado ofício, arte ou profissão. Consiste na inobservância das cautelas necessárias ao seguro exercício de ofício, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos.”

E exemplifica:

“ Imperito é o médico que provoca a morte de um paciente por havê-lo operado sem conhecer bem a técnica operatória, ou ocasiona lesão de um órgão importante por não possuir competência em matéria de anatomia humana”.

Portanto, a **imprudência** é a precipitação, afoiteza, agindo o agente sem os cuidados que o caso requer; a **negligência** é a ausência de precaução. Diferentemente da imprudência (positiva – ação), a negligência é negativa – omissão. **E a imperícia, que é a falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou de profissão.**

A genitora da vítima, **Sônia Fátima Batistella** (fls. 369/374), ouvida em juízo, contou que a acusada foi sua médica também quando do nascimento de seu primeiro filho, o qual foi de parto natural. Durante o procedimento, a doutora Vera lhe dizia: ‘Ele não desce. Ele não desce. Eu não consigo ajudar”. Embora repisasse que estava cansada, a ré



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

decidiu “tentar mais um pouco” no parto vaginal. A obstetra insistiu “mais umas quatro, cinco vezes”, passando mais de 30 minutos e o feto entrando em sofrimento.

Diante deste cenário, a acusada, então, solicitou à mãe que mudasse de posição, a fim de auxiliar no nascimento da criança, e que tentariam pelo parto normal mais uma vez: “E daí ela disse: ‘Não, nós vamos tentar mais uma vez. E, se não der, a gente vai fazer uma cesárea’”. Na sequência, a acusada requereu à equipe de apoio um fórceps, mas reclamava dos instrumentos e falava “esse não dá. Pega outro”. Por fim, depois de uns dez, quinze minutos, extraiu o feto às 05h05min. Algumas horas depois ao nascimento do filho, contudo, o cenário se agravou, sendo o recém-nascido encaminhado para a UTI e “começou a usar sangue” e a genitora tomou conhecimento do risco de morte que envolvia seu bebê. Informaram-na que a causa da fratura era o fórceps.

Importante consignar, pelo princípio da correlação com a denúncia, que não se discute se foi adequado ou não a realização de exame de ecografia em momento próximo ao parto. A realçar que a genitora do recém-nascido afirmou que o último exame foi realizado no dia 20 de maio (nota-se que o parto ocorreu no dia 06 de julho, havendo, assim, um transcurso de pouco mais de um mês entre a última ecografia e o dia do fato) e que, ao questionar a acusada sobre a necessidade de novo exame, a médica lhe respondeu entender ser desnecessário.

O pai da vítima, **Eduardo de Azambuja Pahim** (fls. 374/376), declarou que a ré pediu os fórceps e tentou a expulsão do feto, mas não obteve êxito. Nesse momento, o anestesista que acompanhava o procedimento externou: “vamos converter esse parto em cesariana”, mas a ré disse que tentaria mais uma vez e, então, com o auxílio de fórceps, concluiu o parto.

A testemunha **Lisiane Dalle Mulle** (fls. 376/385), médica pediatra, explicou: “Eu cheguei lá, o trabalho de parto estava andando bem, a Sônia estava monitorada, estava bem. Quando chegou por volta das quatro horas ela completou a dilatação e daí foi encaminhada para a sala de parto. Dentro da sala de parto, o parto foi sendo conduzido e em determinado momento, já completa, **o nenê não descia da forma adequada**, porque já teria condições de evoluir para o nascimento e como o nenê não estava nascendo e houve uma desaceleração do batimento cardíaco durante a contração, esse nenê precisava nascer, então foi realizado um **parto instrumentado e foi colocado o fórceps para o nenê nascer**”. Afirmou que, considerando a experiência da depoente, a decisão de **dar continuidade ao nascimento do bebê através do uso do fórceps foi adequada no momento**. Recordou-se que houve **três tentativas de instrumentalizar o fórceps, sendo que, na última vez**, foi possível fazer a articulação adequada. Não soube responder se foi



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

usado mais um fórceps. Questionada sobre a **eleição de cesariana no caso concreto, explicou que “cada hospital tem seu tempo” de preparo para a cesárea**, e que, mesmo em uma situação de urgência, **não se poderia realizar a intervenção cirúrgica na sala de parto**. Ressaltou que o tempo para nascer entre a cesariana e o fórceps, este último era o meio mais rápido. Considerando a experiência da depoente e o acompanhamento do trabalho de parte que presenciou, respondeu ela que, na sua impressão pessoal, a **ação da acusada foi adequada** naquele momento, **não tendo verificado qualquer falha**. Sobre as demais possíveis causas do óbito do bebê, relacionou: “o que chamava a atenção no exame físico é que ele tinha um cefalo hematoma, que é quando tu palpa tu vê que tem ali uma, a impressão é que tem um sangramento entre o couro cabeludo e a calota craniana e que tinha também uma pequena lesão de fórceps do lado, o cefalo hematoma era à direita e a lesão era do lado esquerdo, que tinha uma lesão que pode ter machucado na tentativa de articular aquele fórceps” (*sic*). Em exame às imagens de Raio-X e à tomografia realizadas, observou: “tem alterações de partes moles aqui da direita, que pode ser sangue, e tinha essa fratura, daí foi solicitada uma tomografia. Essa tomografia mostrou que tinha fratura ali do lado esquerdo e que tinha sim hemorragia entre o couro cabeludo”, salientando, contudo, que o sangramento estava do lado direito, enquanto que a fratura era ao lado esquerdo, sendo que, no local da fratura não tinha sangramento. Consignou que foram realizados diversos exames e tentativas para que o bebê reagisse, inclusive avaliação hematológica em razão de apresentar o recém-nascido “provas de coagulação muito alteradas”. Asseverou que a fratura, por si só, não é sinônimo de sangramento, **negando a ocorrência de erro grosseiro** por parte da acusada ou imperícia.

Ocorre que a afirmativa da pediatra, de que prosseguir no nascimento do bebê através do uso de fórceps teria sido adequado ao momento, foi infirmada pelo ginecologista e obstetra, Dr. **Marcos Wengrover Rosa** (fls. 387/392), tendo declarado que a mudança de procedimento de parto normal para cesárea é rápida, uma vez que a sala de parto fica dentro do bloco cirúrgico. Foi categórico ao declarar que a decisão de extrair o bebê da forma mais rápida e segura compete ao obstetra e **manifestou que a decisão da acusada foi a escolha errada**, tendo em vista o desfecho, pois “**não é justificável fraturar a cabeça de um bebê e matar essa criança, se não tem o fórceps adequado, não usa nenhum. Faz a cesárea**”. Apontou que a altura em que se encontrava a cabeça da criança pode ter sido um fator determinante de uma **articulação inadequada do fórceps**, podendo ser esta a causa da fratura no crânio.

O chefe do setor de ginecologia e de obstetrícia informou, ainda, que *outlet fórceps* é o termo americano que se usa quando o bebê está quase saindo, mas precisa de



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

uma ajudinha final para ser extraído. Acrescente que a taxa de complicações, como laceração de esfíncter materno ou como fratura cefalohematoma, é extremamente baixa.

Afirmou, também, ter tomado conhecimento do relato de que o fórceps fornecido pelo Hospital Moinhos de Vento não foi o instrumento pedido pela acusada: “Eu sei que foi feito a pedido da doutora Vera uma modificação no fórceps que ela usava até então e esse fórceps foi a partir disso ele saiu de uso, foi retirado. Era usado aquele fórceps, **mas tinha outro semelhante que teria sido perdido e o hospital forneceu esse em substituição**”.

Consigno, por oportuno, que era ônus do Hospital fornecer o fórceps **Kielland**, requerido pela Médica, principalmente considerando o porte de referência do Hospital Moinhos de Vento, um dos hospitais particulares de maior destaque e renome no Estado do Rio Grande do Sul e considerando ainda que um fórceps não possui um valor tão vultoso que justificasse tanto atraso para aquisição. Inadmissível, ainda, fornecer um fórceps de Laufe enferrujado, conforme se extrai do interrogatório da acusada. Infelizmente, foi necessária a morte de um recém-nascido para haver a substituição do instrumento. Entretanto, tal responsabilidade do Hospital em alcançar material de melhor qualidade **não exclui a responsabilidade da ré, antes do início dos trabalhos, o profissional averiguar as condições de instrumentos que poderão ser utilizados, configurando a falta de cuidado objetivo na conduta da acusada.**

Sabe-se que o uso do fórceps para fazer o bebê nascer com a maior brevidade possível é uma alternativa à disposição do médico obstetra. Tanto é assim que a pediatra Lisiane Mulle e o anestesista Miguel Vicari, que também acompanhavam o parto, opinaram que a escolha pelo uso do fórceps pela acusada foi, naquele momento, o meio mais adequado.

O que está em exame reitero é o **manejo do fórceps**, tendo a ré empregado **força e técnicas inadequadas** aos instrumentos de extração, persistindo na opção pela sua utilização, mesmo não tendo conseguido retirar o menino na primeira oportunidade, fazendo a parturiente mudar para a posição ginecológica e deixando de ouvir seu clamor para que cessasse e, então, partisse para a cesariana.

O instrumento deve ser usado, dentro de uma faixa de segurança, com a avaliação de que a aplicação do fórceps não cause um mal maior do que transformar o parto em uma cesárea.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Cediço que havia indicação de parto natural, porém, no decorrer do parto, o advento de circunstâncias não **previstas não impediam uma mudança de rota**. A própria denunciada, durante o interrogatório, esclareceu que constatou uma “bossa enorme” do lado direito, mas, mesmo assim, entendeu que seria possível o uso do instrumento, ainda que não houvesse o item solicitado à casa de saúde.

Para corroborar a prova testemunhal de que houve uma inabilidade no manejo do fórceps, há a conclusão da Sindicância Administrativa instaurada pela Associação Hospitalar Moinhos de Vento (fls. 177/180):

“[...]”

I) A escolha do parto pela via vaginal, com instrumentação, foi da médica assistente, provavelmente em comum acordo com a paciente, não havendo indicação absoluta para uma ou outra via de parto no presente caso;

II) **O instrumental disponibilizado foi o solicitado pela médica assistente;**

III) **O instrumental estava em perfeitas condições de uso, conforme atesta laudo em anexo:**

IV) **É possível que o instrumento escolhido não tenha sido o mais adequado para a situação;**

V) **Considerando a presença de lesão traumática com fratura de crânio, pode-se inferir que há possibilidade de inabilidade no manejo do fórceps;**

VI) A coagulopatia identificada foi classificada como uma desordem de consumo, em virtude do volumoso sangramento craniano. Embora houvesse suspeita inicial, **não há elementos que apontem para a presença de distúrbio de coagulação congênito”**.

[...]”.

No caso, foram alcançados, durante o trabalho de parto, três fórcepses à acusada, conforme se depreende no depoimento da enfermeira **Renata Inácio Martins Soares** (fls. 392/394), porquanto a ré não se adaptava ao instrumento que lhe era entregue.

Nos mesmos termos, a testemunha **Maria Aparecida Pereira** (fls. 394/396), técnica em enfermagem, relatou que a acusada solicitou o primeiro fórceps, o qual foi entregue pela colega da depoente, ao que a acusada alegou que não era o instrumento adequado, solicitando outro.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Conforme se verifica do interrogatório, não há dúvidas de que a **Dra. Vera Feldens** tentou evitar, ao máximo, a morte do recém-nascido. Ocorre que, sendo uma médica com larga experiência profissional e que realizava mais de 20 partos mensais no nosocômio, deveria saber que o fórceps que entendia mais adequado, de nome Kielland, não estava disponível no hospital e o correto seria não dar seguimento a uma conduta arriscada.

Com efeito, o uso de três fórceps e a **efetiva inabilidade no manejo e a não eleição pela ré de procedimento diverso** ocasionaram o óbito prematuro da vítima Lucas, caracterizando, respectivamente, as modalidades de imperícia e de negligência. Restou configurado, portanto, o tipo culposo, na falta de cuidado objetivo, pois a ré, na dúvida, no agir arriscado, deveria não agir ou buscar outra alternativa para concluir o parto, com a preservação da vida do recém-nascido.

Assim, reformo a decisão vergastada, nos moldes pretendidos pelos Assistentes de Acusação, com o que condeno **Vera Lúcia Feldens** nos moldes do artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal.

Passo à **fixação da pena.**

Na **primeira fase**, considerando as vetoriais do artigo 59 do Código Penal, verifico que a acusada era primária à época do episódio. A **conduta social** foi abonada. Na ausência de elementos concretos em contrário e de laudo psiquiátrico, a **personalidade** não pode ser considerada negativa. Os **motivos** são inerentes à espécie. As **circunstâncias** não apresentam particularidades. As **consequências** são ínsitas ao delito em comento. O **comportamento da vítima** não contribuiu para a ocorrência do crime, tratando-se de recém-nascido.

Assim, sopesando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Diploma Material, a **culpabilidade** não fugiu do ordinário, devendo a basilar permanecer no piso normativo – 1 ano de detenção.

Ausentes agravantes e atenuantes, de modo que a pena provisória permanece em 1 ano de detenção.

Na derradeira etapa, reconheço a causa de aumento do § 4º, do artigo 121, Código Penal, consistente na inobservância de regra técnica de profissão que, como antecipei, deu-se pela não eleição de procedimento diverso do parto natural.



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

No ponto, alinho-me⁴ ao entendimento de **Cleber Masson**⁵, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo/RS, para quem “*Essa inobservância regulamentar não se confunde com a imperícia. Nesta, o sujeito não reúne conhecimentos teóricos ou práticos para o exercício de arte, profissão ou ofício (exemplo: médico ortopedista que mata paciente ao efetuar uma cirurgia cardíaca), enquanto naquela o agente é dotado das habilidades necessárias para o desempenho da atividade, mas por desídia não as observa (exemplo: cardiologista que não segue as regras básicas de uma cirurgia do coração)*”.

Dessa forma, majoro a pena em um terço, ficando o apenamento definitivo em 01 ano e 04 meses de detenção, no regime inicial aberto.

Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Estatuto Repressivo, substituo a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da corporal, a base de uma hora de serviço por dia de condenação, nos termos do artigo 46, §§ 3º e 4º, do Código Penal, a ser cumprida em local a ser determinado pelo Juízo da execução, e em prestação pecuniária no valor de 50 salários-mínimos ao tempo do fato, verba cuja destinação deverá ser definida pelo juízo da execução.

Anoto que deixei de destinar a prestação pecuniária em favor dos pais da vítima, em razão de existir pedido expresso de reparação do dano.

Sobre o tema, oportunas as considerações de **Guilherme de Souza Nucci**, Livre-docente em Direito Penal, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP, Desembargador na Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Lembremos, ainda, que, quando instituída, em 1998, não havia a possibilidade de o ofendido pleitear diretamente na ação penal a reparação civil desejada, algo previsto a partir de 2008. Portanto, se a vítima pleitear indenização, no processo criminal movido contra o autor do delito, não deve o juiz fixar prestação pecuniária, ao menos destinada ao ofendido, pois este já requer o que julga cabível. Não pedida a reparação do dano, no feito criminal, impossibilitando o autor de fixá-la de ofício, cabe a condenação,

⁴ Anoto que **Guilherme de Souza Nucci** sustenta ser inaplicável esta causa de aumento de pena, em razão de confundir-se com a imperícia (p. 618).

⁵ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 212) – v. 02.** 13ª ed., 2020, p. 56.



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

quando possível, em prestação pecuniária, destinada à vítima da infração penal⁶. “

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **A prestação pecuniária possui caráter sancionatório e visa atingir a finalidade reparadora. Sua fixação não está vinculada ao quantum de pena privativa de liberdade, apesar de ser observada a capacidade/razoabilidade de ser cumprida.** No caso, o Tribunal de origem entendeu razoável a quantia fixada a título de prestação pecuniária, haja vista as circunstâncias do caso e a gravidade do crime. Para rever o posicionamento da Corte local, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta via especial ante a Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1666649/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 04/08/2020) no julgado HC 144.299/PR, 5ª Turma, relator Min Jorge Mussi, DJE 26/09/11) – grifei.

Da fixação de indenização:

Em 23/10/2017, o Ministério Público ofereceu aditamento à denúncia postulando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 150.000,00 para cada um dos genitores da vítima (fl. 331).

Oportunizado o contraditório, a defesa manifestou-se de forma contrária à fixação (fls. 335/342).

Pois bem.

A fixação de indenização configura mudança introduzida no ordenamento jurídico pela Lei n. 11.719/2008, que alterou o artigo 387 do Código de Processo Penal, promovendo a inclusão do inciso IV, a fim de *prever a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.*

⁶ In **Código Penal Comentado**. 20ª. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 342.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Observo que tal indenização não necessariamente tange somente aos danos materiais sofridos, sendo plenamente possível a fixação de indenização a título de danos morais, já que a lei não faz qualquer diferenciação neste sentido, separação das espécies de dano ou restrição na aplicação da norma.

A questão é esclarecida na doutrina de Norberto Avena⁷, sendo interessante colacionar o seguinte trecho:

“Ao dispor que na sentença condenatória o juiz fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, o art. 387, IV, do CPP não restringiu essa indenização tão somente aos danos patrimoniais, referindo-se, ao contrário e genericamente, à “reparação dos danos”. Nesse contexto, não vemos razão para excluir do juízo penal a possibilidade de arbitrar valor destinado à reparação, também, de danos de ordem moral eventualmente causados pela infração penal. Afinal, não há dúvidas de que o legislador, permitindo ao juiz criminal, por ocasião da sentença condenatória, estabelecer indenização mínima devida à vítima, objetivou possibilitar a esta ter satisfeito o prejuízo que lhe foi causado pela prática criminosa com maior prontidão, sem a necessidade de aguardar as delongas de uma fase liquidatória prévia ao ajuizamento da ação executória. Tal arbitramento, então, apenas visa a antecipar, em parâmetros mínimos, o valor que, em liquidação de sentença, seria apurado no juízo cível. E, no juízo cível, pela exegese do art. 186 do Código Civil, fica evidente que tanto o dano moral quanto o patrimonial sujeitam-se à reparação. Por isso, parece-nos que a indenização arbitrada na sentença criminal poderá sim abarcar essas duas ordens de prejuízos – moral e patrimonial. E, no tocante à quantificação, na decisão condenatória, do valor mínimo devido a título de dano moral, entende-se que deve ser realizada a partir de um **critério de razoabilidade**, detectável com base nas circunstâncias do caso concreto”.

Assim, não resta dúvida que cabe ao juízo a fixação de indenização, tanto por danos patrimoniais quanto morais, desde que haja pedido formulado nesse sentido.

Tal previsão, inclusive, foi objeto de informativo de jurisprudência do

⁷ **Processo Penal Esquematizado**, Editora Método, 9ª edição, São Paulo, p. 223/223.



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Superior Tribunal de Justiça, nº 588, de agosto de 2016:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA VÍTIMA DE INFRAÇÃO PENAL. O juiz, ao proferir sentença penal condenatória, no momento de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do CPP), pode, **sentindo-se apto diante de um caso concreto, quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima**, desde que fundamente essa opção. De fato, a legislação penal brasileira sempre buscou incentivar o ressarcimento à vítima. Essa conclusão pode ser extraída da observação de algumas regras do CP: a) art. 91, I - a obrigação de reparar o dano é um efeito da condenação; b) art. 16 - configura causa de diminuição da pena o agente reparar o dano ou restituir a coisa ao ofendido; c) art. 65, III, "b" - a reparação do dano configura atenuante genérica, etc. Mas, apesar de incentivar o ressarcimento da vítima, a regra em nosso sistema judiciário era a separação de jurisdição, em que a ação penal destinava-se à condenação do agente pela prática da infração penal, enquanto a ação civil tinha por objetivo a reparação do dano. No entanto, apesar de haver uma separação de jurisdição, a sentença penal condenatória possuía o status de título executivo judicial, que, no entanto, deveria ser liquidado perante a jurisdição civil. Com a valorização dos princípios da economia e celeridade processual e considerando que a legislação penal brasileira sempre buscou incentivar o ressarcimento à vítima, surgiu a necessidade de repensar esse sistema, justamente para que se possa proteger com maior eficácia o ofendido, evitando que o alto custo e a lentidão da justiça levem a vítima a desistir de pleitear a indenização civil. Dentro desse novo panorama, em que se busca **dar maior efetividade ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido, a Lei n. 11.719/2008** trouxe diversas alterações ao CPP, dentre elas, o poder conferido ao magistrado penal de fixar um valor mínimo para a reparação civil do dano causado pela infração penal, sem prejuízo da apuração do dano efetivamente sofrido pelo ofendido na esfera cível. No Brasil, embora não se tenha aderido ao sistema de unidade de juízo, essa evolução legislativa, indica, sem dúvidas, o reconhecimento da natureza cível da verba mínima para a condenação criminal. Antes da alteração legislativa, a sentença penal condenatória irrecorrível era um título



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

executório incompleto, porque embora tornasse certa a exigibilidade do crédito, dependia de liquidação para apurar o quantum devido. Assim, ao impor ao juiz penal a obrigação de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, está-se ampliando o âmbito de sua jurisdição para abranger, embora de forma limitada, a jurisdição cível, pois o juiz penal deverá apurar a existência de dano civil, não obstante pretenda fixar apenas o valor mínimo. Dessa forma, junto com a sentença penal, haverá uma sentença cível líquida que, mesmo limitada, estará apta a ser executada. E quando se fala em sentença cível, em que se apura o valor do prejuízo causado a outrem, vale lembrar que, além do prejuízo material, também deve ser observado o dano moral que a conduta ilícita ocasionou. E nesse ponto, embora a legislação tenha introduzido essa alteração, não regulamentou nenhum procedimento para efetivar a apuração desse valor nem estabeleceu qual o grau de sua abrangência, pois apenas se referiu à "apuração do dano efetivamente sofrido". Assim, para que se possa definir esses parâmetros, deve-se observar o escopo da própria alteração legislativa: promover maior eficácia ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido. Assim, considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, **o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de o fazer**. REsp 1.585.684-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016".

De outro giro, o nosso Tribunal de Justiça, na lavra do Ilustre Desembargador **Ícaro Carvalho de Bem Osório**, também tem decidido:

"Neste particular, reitero o entendimento de que a aplicação é de ordem imperativa, como se vê do enunciado do artigo 387: "o juiz, ao proferir sentença condenatória: IV – fixará...". Não há a utilização de expressão que denote faculdade ao julgador, salvo, por evidente, que não tenha ele elementos para a fixação sequer de valor mínimo, o que é muito



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

comum, quando assim justificará.

O espírito do legislador foi, no meu entendimento, o de aproximar a vítima do Estado, uma vez que a aplicação isolada da sanção penal não tem grau pleno de satisfação diante do espectro alcançado pelo ato, lesivo que foi também em seu patrimônio, e que é, a toda prova, em especial para o cidadão-vítima, uma consequência do crime.

Não creio, igualmente, que se necessite de iniciativa da vítima, como assistente da acusação, ou do Ministério Público – embora existente no caso concreto (fl. 04) –, como dominus litis, para que esteja o julgador autorizado à fixação, já que me deparo com um efeito civil da sentença criminal condenatória, que não só torna obrigatória a indenização dos danos, mas em especial adianta minimamente tal valor.

O parágrafo único do artigo 63 do texto processual penal está em consonância com o acima debatido.

Por via de consequência, fica dispensado o contraditório – tal qual aquele necessário no juízo cível – diante da indicação pelo juiz de **como chegou ao valor fixado, ou por dizeres da vítima ou por dados outros que aportarem nos autos**. Repita-se, o valor é o mínimo, e assim o é por determinação legal e a fim de proporcionar uma satisfação plena à vítima, evitando todo o transtorno – dela e do Estado – de suportar outra demanda na órbita cível. Quer o cidadão-vítima ver ali encerrado o episódio, sem precisar discutir valores em nova ação, podendo apenas executar a sentença penal condenatória. Ausente tal efeito da condenação, o dano ainda se manteria para a vítima como uma consequência do crime. Na hipótese dos autos, a indenização ao ofendido norteia-se pela avaliação indireta do automóvel GM/Corsa subtraído, R\$ 10.745,00, com o que estou concorde” (Apelação Crime 70076958107, 6ª Câmara Criminal, 26/09/2018)

Feitas tais considerações, embora a legislação não tenha regulamentado o procedimento para apuração do valor, perfeitamente possível a fixação dos danos sofridos pelas vítimas, tornando a sentença penal em sentença cível líquida apta a ser executada, mesmo que limitada.

No caso dos autos, não há pedido de danos materiais, limita-se a fixação do dano moral, que restou configurado, *in re ipsa*, por ser dispensável a produção de prova específica, em face ao inevitável trauma sofrido pelos pais da



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

vítima, que elegeram como médica obstetra pessoa cuja expertise confiavam e que, inclusive, já havia realizado o parto do filho primogênito do casal.

Assim, tendo em vista a situação econômica da ré, que revelou fazer mais de 20 partos mensais, usando o critério de razoabilidade, entendo adequada a fixação de **100 salários mínimos**, no piso nacional vigente à época do fato, para ambos os pais do ofendido, a título de **danos morais, correspondente ao valor total de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais)**, corrigidos pelo IGPM a partir da publicação deste acórdão.

A fixação no valor indicado pelo Ministério Público no aditamento à denúncia - R\$ 150.000,00 para cada genitor - mostrar-se-ia exorbitante, considerando que o ressarcimento na seara criminal não é integral, como ocorre na seara cível. O artigo 387, inciso IV, do CPP prevê um valor mínimo para reparação dos danos, nada impedindo dos genitores busquem na vara cível a complementação dos danos.

A ré deverá arcar com as custas processuais.

Após o trânsito em julgado: lance-se o nome da denunciada no rol de culpados; preencha-se e remeta-se o BIE a destino; extraia-se cópia, forme-se o PEC e o encaminhe à VEC; dispensada a comunicação ao TRE/RS, em face do teor do Ofício-Circular nº 624/09 – CGJ; desnecessário o preenchimento manual do BIE, considerando a implementação do “BIE Eletrônico”, no Sistema Themis1G, pelo Provimento nº 026/2017-CGJ.

Com tais considerações, **voto por afastar a preliminar de ilegitimidade contrarrecursal e por dar provimento ao recurso para condenar Vera Lucia Feldens como incurso na sanção do artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, à pena de 1 ano e 4 meses de detenção, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária no valor de 50 salários-mínimos ao tempo do fato, a serem definidas pela Juízo da execução e ao pagamento de indenização a título de dano moral igualmente destinada aos apelantes, no valor de 100 salários-mínimos vigentes à época do fato.**



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

DR. PAULO AUGUSTO OLIVEIRA IRION (REVISOR)

Estou votando de acordo com a eminente Magistrada Relatora no sentido de prover a Apelação interposta pela Assistência de Acusação para, reformando a sentença hostilizada, condenar a apelada.

Os pontos de divergências, conforme abaixo explanarei, residem na discordância quanto à fixação de valor mínimo de indenização pelos danos morais, que reputo incabível, bem como no maior detalhamento acerca das penas substitutivas, que entendo devam ser feitas ainda no juízo da condenação.

Entretanto, devido a peculiaridade do caso posto em julgamento, havendo pontos na fundamentação - quer sejam de fato, quer sejam de natureza jurídica - que devem ser repisados ou reforçados, para redarguir os argumentos defensivos, assim como os contidos na sentença guerreada, com a devida vênua, vou pontuar as razões que me conduziram à definição do juízo condenatório e, de conseguinte, declarar o voto.

De início, registro que concordo com o voto da eminente Magistrada relatora, no que se refere ao desacolhimento das preliminares suscitadas em contrarrazões de apelação e em memoriais pela defesa da apelada.

Em relação à preliminar que postula o não conhecimento da apelação interposta pela assistência de acusação, sob o argumento de que, no caso em exame, não existiria legitimidade recursal tendo em vista que o titular exclusivo da ação penal, o Ministério Público, não é inerte, pois postulou a absolvição da apelada. Com isto, entende que o seu conhecimento violaria o princípio da legalidade penal constitucional. **No**



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

ponto, vou concordar com o voto da relatoria, porém vou agregar mais um argumento que considero fundamental, diante da alegação defensiva.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, que detém a competência para definir a constitucionalidade ou não das leis, já enfrentou o tema e não afirmou a inconstitucionalidade dos artigos 271 (que enumera o que pode ser feito pela assistência de acusação no processo criminal, dentre as quais consta o de arrazoar os recursos que tenha interposto, nos casos dos artigos 584, § 1º e 598, ambos do Código de Processo Penal) e o artigo 598 (que concede legitimidade para o assistente de acusação interpor apelação, nos crimes de competência do Tribunal do Júri ou do juiz singular, quando não for interposta apelação pelo Ministério Público, no prazo legal), ambos do Código de Processo Penal.

Primeiro ao editar a súmula nº 210, que refere:

Súmula 210

O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Cód. de Proc. Penal.

Mas não é só. Este mesmo tribunal superior que possui, repiso, a competência para dizer da constitucionalidade ou não das leis, enfrentou novamente o tema no HC 102.085/RS, que resultou assim ementado:

HC 102085

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 10/06/2010

Publicação: 27/08/2010

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. A assistente de acusação tem



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. 2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal". 3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória. 4. Ordem denegada.

Assim, afastadas as preliminares suscitadas pela defesa da acusada, passo ao enfrentamento do mérito da apelação.

Com a máxima vênia vou divergir da Magistrada sentenciante, e, no ponto nodal do mérito da causa, concordar com a decisão externada no voto de Relatoria, **pois entendo que é caso de condenação da acusada**, porquanto reputo que ela, agindo de forma imperita, acabou dando causa ao resultado morte da criança durante o parto.

Explico!

Com efeito, o inciso II do artigo 18 do Código Penal, define que o crime culposo ocorre quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Do parágrafo único deste mesmo dispositivo legal, depreende-se que somente haverá crime culposo quando a lei expressamente assim prever.

No caso em exame, a acusação endereçada à acusada é de ter praticado um crime de homicídio culposo, que encontra previsão legal no artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Antes de adentrar, de forma mais amiúde, no exame das provas, necessário fazer algumas observações de cunho doutrinário, para situar o delito culposo no ordenamento jurídico pátrio, bem como definir os elementos que o integram.



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Inicia-se com o escólio de Juarez Tavarez, que diz⁸:

O delito culposo contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: **o desatendimento ao cuidado objetivo exigível do autor.** (negrito nosso)

Assim, o que se retira deste ensinamento é que o pressuposto do crime culposo é o desrespeito, a desatenção, a falta do cuidado no agir do agente que causa um resultado naturalístico previsto em lei.

Continuo, ainda, sobre a estrutura do tipo penal culposo, com a lição do Professor César Roberto Bittencourt, que ensina⁹:

O essencial no tipo de injusto culposo não é a simples *causação do resultado*, mas sim a *forma* em que a ação causadora se realiza. Por isso, a *observância do dever objetivo de cuidado*, isto é, a diligência devida, constitui o elemento fundamental do tipo de injusto culposo, cuja análise constitui uma questão preliminar no exame da culpa. **Na dúvida, impõe-se o dever de abster-se da realização da conduta, pois quem se arrisca, nessa hipótese, age com imprudência, e, sobrevindo um resultado típico, torna-se autor de um crime culposo.** (negrito nosso)

Desta lição, retira-se, além da conclusão de que o elemento definidor do tipo culposo é a falta do cuidado objetivo, que ao agente, na dúvida, impõe-se o dever de não realizar a conduta arriscada, pois o seu agir imprudente, somado ao resultado típico, torna-o autor de um crime culposo. Em suma, na dúvida, no agir arriscado, impõe-se o não agir ou a mudança da conduta, afastando a possibilidade do resultado.

Continuo, nesta parte doutrinária, agora com a lição de Francisco de Assis Toledo, que preleciona¹⁰:

Como o direito não pode ter a pretensão de punir resultados, sujeitos às leis da causalidade física, torna-se evidente que o **tipo**

⁸ TAVAREZ, Juarez. Direito Penal da Negligência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 134.

⁹ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 332.

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL – De acordo com a Lei 7.209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988.* 4ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 293.



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

incriminador em exame traz ínsita a proibição de um comportamento imprudente ou negligente que possa ser causa, ainda que cega, da morte de alguém. Assim, embora o resultado morte, no caso, elemento do tipo (se fizermos abstração da morte da vítima desaparece o tipo do homicídio culposo), é igualmente elemento essencial do mesmo tipo o ato imprudente ou negligente, evitável, que o legislador penal quer seja efetivamente evitado. E, como tanto o ato imprudente (a imprudência abrange a imperícia) quanto o negligente resultam de uma falta de observância, por parte do agente, do dever de comportar-se com cautela, com cuidado, quando sua ação ou omissão possa dar causa a resultados lesivos a bens jurídicos penalmente protegidos, temos que, em suma, **na base do delito culposo em exame, como de resto em todos os demais, está a violação de um dever de cuidado, quando as circunstâncias apontarem ao agente, segundo dados apreensíveis da experiência cotidiana, alguma razão para suspeitar da possibilidade de consequências danosas para sua conduta, ou, ao menos, para ter dúvidas a respeito dessas possíveis consequências.** (negrito nosso)

Desta outra lição conclui-se, mais uma vez, que o ato imprudente, que da própria natureza é arriscado, quando evitável não deve ser praticado. Em suma, no delito culposo, reforça-se, a conduta imprudente deve ser evitada, cumprindo ao agente, na dúvida quanto ao resultado de seu ato, não a praticar.

Ainda, antes de adentrar no exame das provas, tendo em vista que a modalidade de culpa imputada à apelada é a imperícia, resta lembrar, como bem colocado por Cezar Roberto Bittencourt, que:

E a imperícia, por sua vez, não deixa de ser uma forma especial de imprudência ou negligência. Não era outro o entendimento de Nélson Hungria, que já afirmava ser a imperícia “situação culposa substancialmente idêntica, isto é, omissão, insuficiência, inaptidão grosseira no avaliar as consequências lesivas do próprio ato. (negrito nosso)

Por fim, vem a calhar, no caso em exame, pois aflora nos autos, de forma cristalina, a larga experiência da apelada como obstetra, o que a torna uma expert, uma perita na realização de partos, quer naturais,



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)

2019/Crime

quer partos cesáreos, o seguinte ensinamento de Juarez Cirino dos Santos, a saber¹¹:

Nessa controvérsia, a proposta alternativa de ROXIN, combina o rigor dos critérios da *generalização* e da *individualização*, porque exige *mais* de quem pode *mais* e, também, de quem pode *menos*: a) se a capacidade individual é *inferior* à exigência *geral* do tipo de injusto, segundo o critério da *generalização*, sob o argumento de que a *incapacidade de agir diferente* é um problema de culpabilidade; b) se a capacidade individual é *superior* à exigência *geral* do tipo de injusto, o autor deve empregar essa maior capacidade, segundo o princípio da *individualização*, sob o argumento de que outra interpretação significaria vitimização desnecessária de vidas humanas: um piloto de rally deve empregar suas habilidades especiais para evitar um atropelamento, o que seria impossível a um condutor comum; um cirurgião de competência reconhecida deve empregar sua capacidade especial para salvar uma vida, o que está além do poder de um cirurgião comum, etc.”

Aqui, a importância de ressaltar que, quanto mais especialista, mais perito na ação, mais se deve exigir em relação ao dever de cuidado objetivo.

Colocadas estas lições - que se impunham ao deslinde da causa - examina-se a conduta imputada à ré na peça inicial acusatória, na modalidade de imperícia, assim como a presença ou não de nexo causal entre sua conduta e o resultado naturalístico morte da criança.

Início pelo resultado naturalístico, consubstanciado na morte de LUCAS.

Considero que a materialidade do delito de homicídio culposo atribuído à ré resulta comprovada pelo registro de ocorrência (fls.03/04), guia de encaminhamento ao IML (fl. 06), declaração de óbito (fl. 15), prontuário médico da vítima e de sua genitora Sônia Fátima Batistela (fls. 13/149), laudo de necropsia (fls. 150/151), sindicância administrativa (fls. 176/195) e na prova oral coligida ao feito.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível. 4 ed, ver e at., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 99.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

O nexo de causalidade entre a conduta da apelada e a morte da criança, em meu sentir, torna-se incontroverso, a partir da conclusão do auto de necropsia de fl. 151, que, com clareza solar, indica que a causa morte da criança foi um hematoma subgaleal decorrente de traumatismo craniano de parto, produzido por instrumento contundente.

Repiso. A necropsia é clara, não deixando margem de dúvida, que a causa da morte foi o traumatismo craniano decorrente do parto, produzido por instrumento contundente.

Qual o instrumento contundente? Os fórceps manuseados pela apelada, já que comprovado nos autos que ela utilizou mais de um e, no mínimo, em três (03) oportunidades distintas.

Ainda, em relação ao nexo de causalidade, comprovado de forma cabal pelo auto de necropsia, considero que o depoimento prestado pela **testemunha Paulo Sérgio Britto**, que até seis (06) meses antes de prestar depoimento era médico perito, porém é médico traumatologista e ortopedista pediátrico, não tem a força de retirar a credibilidade das conclusões inseridas no laudo de necropsia. Em parte do seu depoimento refere:

T: Eu não faria aquele diagnóstico daquele jeito. São quatro quesitos. Primeiro: houve morte? Sim; Segundo: causa da morte? A causa da morte eu não consideraria como um choque hipovolêmico, porque isso é uma discussão muito grande, das asfixias, por exemplo, nós ficamos horas discutindo.

Deste seu depoimento, com a máxima vênia, não vislumbro aonde possa gerar a dúvida acerca da conclusão incisiva contida na necropsia.

Primeiro, porque a forma de fazer o diagnóstico decorrente da necropsia deve possuir variações de acordo com o(a) médico(a) legista que a realiza. Assim também é em uma sentença, que pode ter variações substanciais, inclusive no tocante ao teor da decisão, de acordo com o(a)



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Magistrado(a) que a prolata. Portanto, o fato de que esta testemunha faria o diagnóstico de forma diferente, torna-se irrelevante.

Segundo, porque deve prevalecer o entendimento de quem fez o exame necroscópico, cotejado com o de quem, sem tê-lo feito, vem opinar embasado em sua experiência pretérita. Mais uma vez, vou buscar exemplo na analogia. É o mesmo que um(a) Magistrado(a) tecer opinião sobre processo que desconhece, falando somente a partir de sua experiência.

Terceiro, em decorrência de não ter conseguido contestar afirmações da necropsia, que são por demais esclarecedoras no sentido de descrever o tipo de lesão sofrida pela criança, inclusive referindo que são mais frequentes nos partos em que é utilizado o fórceps, como estas (fl. 151):

... Há que se diferenciar cefalohematoma de hematoma subgaleal, na medida em que o termo cefalohematoma é repetido diversas vezes no documento assistencial supramencionado. Ambas as entidades são coleções sanguíneas cranianas extracerebrais que podem ocorrer em neonato. O cefalohematoma localiza-se abaixo do perióstio, não atravessando linhas de sutura cranianas, sendo geralmente unilateral e de evolução autolimitada. O hematoma ou hemorragia subgaleal, por outro lado, localiza-se no espaço subgaleal, entre a chamada 'gálea aponeurótica' e o perióstio da calota craniana, não sendo delimitado pelas linhas de sutura. É uma rara complicação de parto, podendo ter evolução aguda e fatal, sendo mais frequentemente associada partos vaginais em que usam extratores a vácuo e partos vaginais em que se usam fórceps". O sangramento no espaço subgaleal pode levar rapidamente a choque hipovolêmico e CIVD (coagulação intravascular disseminada). Este distúrbio hematológico (CIVD), por sua vez, pode levar a sangramentos em outros locais do corpo. Neste contexto explicam-se os sangramentos descritos no tórax e no abdômen, em torno do fígado.

O caso em questão é de hematoma subgaleal agudo, com choque hipovolêmico e CIVD associados.

Quarto, porque em seu depoimento não há contestação – logicamente não poderia haver, por haver prova cabal em sentido contrário – de que a criança, durante o parto, sofreu lesão consistente em traumatismo craniano.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

No mais, ainda digno de registro, decorrente de sua relevância, o documento acostado à fl. 15 dos autos, mais precisamente a declaração de óbito da criança recém-nascida, firmada pela médica pediatra Dra. Lisiane Dalle Mulle, em que consta como causas da morte: a) choque hipovolêmico; b) coagulação intravascular disseminada; c) cefalohematoma; d) traumatismo craniano.

E este conjunto de fatores, desencadeados a partir do traumatismo craniano, na minha ótica, causou a morte da criança.

Por conseguinte, a tentativa de desconstruir o auto de necropsia, resultou infrutífera, merecendo total credibilidade as conclusões nela insertas, que comprovam, de forma indubitosa, o nexo de causalidade entre a conduta da apelada e o resultado morte da criança.

Destarte, *com a vênia devida ao posicionamento contrário esposado na sentença apelada*, considero não ter restado comprovado a quebra do nexo de causalidade entre a conduta perpetrada pela apelada e o resultado morte da criança, pois tudo se originou da lesão craniana praticada por instrumento contundente, no caso o fórceps por ela manuseado.

Passo, agora, diante do restante do conjunto probatório, a verificação se, no caso em testilha, resta comprovada ou não a alegada imperícia da apelada.

Início pontuando que se encontra comprovada nos autos a larga experiência da apelada na realização de partos, quer naturais, quer cesáreos.

E desta larga experiência é que se pode afirmar que ela é uma perita neste tipo de intervenção médica. É uma expert. E, por conseguinte, dela se deve exigir uma menor margem de erro, como bem elucidado acima no trecho transcrito na lição de Juarez Cirino dos Santos.

No mais, para evitar repetidas e cansativas repetições argumentativas, vou, a partir do parecer do Ministério Público nesta



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

instância, da lavra do ínclito Procurador de Justiça LUIZ CARLOS ZIOMKOWSKU, extrair e colacionar partes deste parecer que, no meu entendimento, servem para comprovar o agir culposo da apelada.

Das declarações de Sônia Fátima Battistela, genitora do recém-nascido, foi extraído que: “... Embora a declarante tenha insistido que estava cansada, a ré decidiu “tentar mais um pouco” no parto vaginal. Neste momento, o clima estava “tenso”, a ré suava e ordenou a Eduardo, marido da declarante, que saísse da sala e fosse tomar um “cafezinho”. **Referiu que se passaram 15 minutos e o bebê não nascia e a ré anunciou que iriam tentar mais uma vez e, se não nascesse, iria fazer uma cesariana. Ocorre que a ré insistiu “mais umas quatro, cinco vezes”, passando mais de 30 minutos e o feto entrando em sofrimento. Nesse momento, então, a ré pediu os fórceps, mas reclamava dos instrumentos e dizia “esse não dá. Pega outro”. Por fim, depois de “uns dez, quinze minutos”, extraiu o feto às 5h05min.”**

Eduardo de Azambuja Pahim, pai do recém-nascido, em juízo: “... Pontuou que a ré solicitou os fórceps e tentou a expulsão do feto, mas não obteve êxito. Nesse momento, o anestesista que acompanhava o parto disse para a ré, “vamos converter esse parto em cesariana”, mas ela disse que tentaria mais uma vez e, então, com o auxílio de fórceps, concluiu o parto... ... No dia seguinte, depois do exame de tomografia, um médico neurologista, cirurgião, foi lá no nosso quarto, daí já estávamos no quarto, e disse que havia uma fratura, até nos mostrou, que era uma espécie de “L” a fratura e que havia um sangramento, mas não havia rompido a membrana do cérebro, então o sangramento, segundo ele se resolvia naturalmente, o que não aconteceu. Ele ficou cinco minutos, nem isso, e foi embora. Na ocasião, o médico disse que a origem da fratura, o que teria causado a



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

fratura, foi o emprego do fórceps. O nome do citado médico seria Bizzi...”

Liziane Dalle Muller, médica pediatra contratada que trabalhou no parto, na parte relevante à decisão da causa, afirma que: “não lembra, no entanto, se tentou o uso do fórceps em face de o bebê ter entrado em sofrimento e apresentar batimentos cardíacos mais baixos, rememorando que houve tentativa de instrumentalizar e posicionar e que não houve sucesso, **havendo mais duas ou três tentativas, tendo a doutora Vera Lúcia Feldens reclamado dos fórceps que lhe foram alcançados porque ela não estava acostumada a trabalhar com eles,** não lembrando o tempo das tentativas de emprego dos fórceps. Segundo a testemunha, o emprego do fórceps é o mais apropriado, não sabendo, no entanto, se o fórceps utilizado naquele momento era, ou não, o mais adequado. O bebê nasceu deprimido, foi reanimado e teve recuperada a sua ventilação, **“o que chamava a atenção no exame físico, contudo, é que ele tinha um cefalohematoma, que é quando tu apalpa tu vê que tem ali, a impressão é que tem um sangramento entre o couro cabeludo e a calota craniana e que tinha também uma pequena lesão de fórceps do lado o cefalohematoma era a direita e a lesão do lado esquerdo, que tinha uma lesão que pode ter machucado na tentativa de articular aquele fórceps”.** Posteriormente, devido às intercorrências, dentre outros exames, solicitou-se raio-x por causa do cefalohematoma, constatando-se que **o bebê apresentava uma fratura parietal à esquerda, aparente de fórceps, tinha sangramento do lado direito e a fratura do lado esquerdo. Realizada a ecografia abdominal, ela mostrou que tinha também um hematoma sub-hepático, também com sangramento, não coagulando.”**



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Lúcia Rossel Nicoloso, Doutora na área de Neonatologia do Hospital Moinho de Ventos, “declarou que não participou do parto, tendo contato com o bebê apenas no dia seguinte, à tarde, durante aproximadamente duas horas, no curso do seu plantão. Disse que o nenê tinha uma fratura, não sabendo dizer em que região era. Não recorda se eram duas lesões. A criança **tinha hemorragia interna, difícil de controlar,** não apresentava sangramento externo, **mas tinha um aumento de volume na região encefálica. Declarou que a indicação de emprego, ou não, de fórceps foge à sua área de atuação, mas a fratura pode ter sido causa da hemorragia. Acredita que o hospital está preparado para, no caso de intercorrência, o parto normal ser seguido de procedimento de cesariana. Entende que a instauração de sindicância, como ocorreu, decorreu da desconfiança de ocorrência de erro médico (fls.385/387)”.**

O médico Marcos Wengrover Rosa, ginecologista e obstetra, esclareceu que, como Chefe do serviço de ginecologia e obstetrícia do Hospital Moinho de Ventos: **“De início, falava-se de um parto traumático com possível problema de coagulação, o que foi revisto após a instauração de uma sindicância. Para isso, foram convocados médicos especialistas, um corpo clínico isento, sem ligação com a instituição, para avaliar o que tinha acontecido. O resultado foi que houve um trauma durante o parto, grave, que causou uma fratura, como está na necropsia do bebê, e que provavelmente foi a causa do óbito do bebê. Na hipótese não houve nenhuma concausa, uma vez que a criança passou por uma avaliação hematológica e não havia problema de coagulação. A propósito dos fórceps, afirma que o hospital fornece todos os tipos utilizáveis, mas a questão não é o fórceps, mas sim a indicação da colocação do fórceps, já que jamais se espera uma fratura de crânio e nem a morte de uma criança com a**



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

utilização de fórceps. Não pode ter fratura de crânio e não pode morrer a criança por causa de um fórceps.”

Mais adiante, continua esta mesma testemunha: “Evidentemente se tivesse uma articulação correta não teria fraturado a cabeça da criança. Entende que, no caso concreto, a realização de cesariana era possível porque a sala de cirurgia fica colada, é só pegar e destravar a mesa e em dez segundos tu está dentro da sala, ela é do lado. A paciente estando anestesiada tu pode abrir imediatamente, é só ela deitar, colocar um campo e operar. Pode levar cinco minutos, oito minutos. A gente admite que até quinze minutos seja adequado até meia hora, mas dentro do próprio bloco isso é factível em poucos minutos. Ela estava no andar, ela estava dentro de um centro cirúrgico. Entende que, olhando retrospectivamente, houve imperícia porque não se pode admitir que morresse uma criança pela colocação de um fórceps. O uso do fórceps só deve ser usado se existem condições técnicas para colocar o fórceps, se não houver certeza do que está fazendo não. Respondendo a uma intervenção da ré, disse que *“não é justificável fraturar a cabeça de um bebê e matar essa criança seja lá, se não tem o fórceps adequado não usa nenhum. Faz a cesárea”*.

Neste ponto, antes de seguir adiante na descrição das provas, insta registrar, por ser curial ao deslinde da causa, que este médico, também de larga experiência na área, descarta que tenha concorrido qualquer concausa – no direito se chama de causa absolutamente independente – com capacidade de gerar a morte da criança, porquanto a única hipótese ventilada foi descartada, pois a criança foi submetida a uma avaliação hematológica, quando foi descartada a hipótese de que tivesse problema de coagulação sanguínea.

Mas não é só. Outro médico afastou esta possibilidade. A testemunha Adriano Nori Rodrigues Taniguchi, médico pediatra do Hospital Moinhos de Vento, “declarou que a sua participação se resumiu à avaliação



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

do conceito nas primeiras horas de vida a pedido da pediatra, a qual lhe solicitou investigar algum distúrbio de coagulação hereditária na criança, bem como orientação quanto ao manejo. Na oportunidade, informou a sua colega que não poderia investigar a coagulopatia hereditária naquele momento por não saber se tinha alguma coisa de base antes disso, se tinha alguma predisposição genética naquele momento não tinha como investigar... .. **Informou que, posteriormente, procurado pelos pais da criança, investigou se eles teriam algum distúrbio de coagulação que justificasse o que tinha acontecido, não encontrando nenhuma evidência de distúrbio de coagulação nos pais e no filho do casal. A investigação se deu mediante exames disponíveis na capital e outros laboratórios com sede no exterior. Concluído, informou que a criança apresentava uma lesão anatômica na cabeça, no crânio, não lembrando o lado, e que esta lesão seria a causa originária da hemorragia (fls. 429/434)."**

Ainda, para afastar esta possibilidade de causa absolutamente independente, capaz de ser a causa da morte da criança, vou me valer do item VI da conclusão da sindicância externa contratada pelo Hospital Moinhos de Vento, que teve por escopo desvendar o lamentável fato, que descreve (fl. 180): **"VI. A coagulopatia identificada foi classificada como uma desordem de consumo, em virtude do volumoso sangramento craniano. Embora houvesse suspeita inicial, não há elementos que apontem para a presença de distúrbio de coagulação congênito."**

De sua vez a enfermeira Renata Inácio Martins Soares, que atuou por ocasião do parto, declarou que, "quando entrou na sala, a paciente já estava no período expulsivo, tendo permanecido na sala por uma hora, período expulsivo bem longo. Presenciou o momento em que a ré solicitou o uso de fórceps. Disse que houve mais de um pedido de fórceps, porque a ré não se adaptava ao fórceps que era dado para ela.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Durou aproximadamente meia hora entre o início do parto natural e o pedido de fórceps. Não sabe dizer se a ré conferiu os fórceps antes de começar o trabalho de parto. Tinham vários tipos de fórceps na sala de parto (fls. 392verso/394)."

"Maria Aparecida Pereira, técnica em enfermagem, disse não lembrar o tempo que durou o trabalho de parto, esclarecendo, no entanto, **que, na ocasião, foi utilizado quatro fórceps em virtude de a ré dizer que não se mostravam adequados. Declarou que não é comum produzir lesão de crânio na criança pelo uso de fórceps porque geralmente se coloca um fórceps de alívio. Na ocasião não foi utilizado fórceps de alívio, mas o de extração para que o nenê nascesse. Não haveria dificuldade de realizar cesariana, porque se fosse pedido se buscaria o material que fica pertinho. É bem rápido. O clima não estava bom porque ela não tinha o fórceps dela na hora, o fórceps que ela pediu não estava na sala e ela usou mais uns dois ou três equipamentos. Na ocasião, fato diferente que ocorreu, pois, foi ela reclamar de não ter usado o fórceps dela (fls. 394/396verso)."**

"A testemunha Ana Maria Carcova Alves, médica ginecologista e obstetra, que não estava presente quando dos fatos, declarou que os médicos são treinados para rapidamente fazer uma escolha para tirar o bebê em situação aguda de hipóxia. Diante de um nenê que está dando um sinal objetivo de que está mal oxigenado, essa é a expressão da bradicardia, por compressão da cabeça, os mecanismos são vários, mas a gente vê isso e é treinado para, da melhor forma, com a melhor técnica e no melhor espaço de tempo tirar o bebê da situação. Nessa hora, o médico tem que escolher por onde pode tirar mais rápido e ela fez um fórceps, que ela entendeu que dentro da prática faria com a maior brevidade a retirada do bebê, do que fazer a opção da via alta e com todas as dificuldades que se



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

apresentavam. Segundo a declarante, a pega da ré foi perfeita, o fórceps tem que pegar o biparietal, o malar e o mento, com duas calçadeiras e não pode rodar para não fazer lesão ocular, não poder arrancar orelha, o bebê não pode fazer nada, ele tem que ser colocado nesta posição, que é a posição mais segura e é onde o osso aguenta a pressão, a pega, pois, foi perfeita. **Perguntada onde seria a alegada fratura do fórceps, respondeu que no parietal, onde o fórceps pegou, não tendo relação com o cefalohematoma...**”

“**O médico anestesista Miguel Vicari disse que estava presente por ocasião do parto**, percebendo que a criança nasceu com a cabeça moldada, o que poderia ser um cefalohematoma não tendo como afirmar isso, sendo lateralizado, uma coisa estranha, não sabendo se era moldado pelo canal de parto ou não. Narrou que houve queda do batimento cardíaco fetal antes do uso do fórceps e que cabia à obstetra decidir, adotar alguma conduta para salvar o bebê, porque é um momento de parada cardíaca e em uma parada cardíaca a médica tem que atuar. Referiu que depois dos fatos interessou-se um pouco pelo ocorrido, tentando descobrir o que poderia ter acontecido fora da rotina, mas nunca foi muito esclarecido, porque na sua área, como anestesista, nem cabe muita interferência e também porque não foi muito questionado. **Esclareceu que, durante o trabalho de parto, não se lembra de ter ouvido alguma referência de que a doutora Vera Feldens já teria constatado eventual sangramento ou deformação encefálica**, achando que ela comentou, no entanto, alguma coisa relativa à bossa, mas não à deformação. A bossa, segundo a testemunha, é a cabeça moldada pelo trajeto do canal de parto, todos os nenês fazem isso em um parto via baixa, pois não tem como eles nascerem com a cabeça redonda como em uma cesariana, ele é moldado pelo canal do parto e por isso existe a moleira que permite moldar a cabeça no canal de parto. **Na ocasião, não percebeu qualquer sangramento ou hematoma**



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

na criança tendo ficado atendendo a paciente, retornando o bebê e indo para o colo da mãe corado e chorando. **Narra que a doutora Vera nem chegou a usar os aparelhos, tendo se queixado que aqueles que lhe foram alcançados não eram o que ela queria e, fornecidos outros, ela teve problema para abrir, ela tentou articular e no momento em que ela alocou fez a expulsão em um movimento único e o nenê nasceu com essa depressão e Apgar dois, queixando-se que o material que ela estava solicitando não era o solicitado.** Conforme a testemunha, o parto não fugiu ao padrão, não foi nada assustador (fls. 446/450).”

“Por ocasião de seu interrogatório, a ré Vera Lúcia Feldens

relatou que já havia acompanhado a primeira gestação de Sônia Fátima Battistela, a qual transcorreu com normalidade. A segunda gravidez de Sônia, igualmente, evoluiu dentro da normalidade, durante a qual Sônia manifestou seu desejo de ter um parto vaginal. Na data, então, às duas horas da madrugada Sônia lhe comunicou que estava com contrações e rumou para o hospital, tendo a declarante se dirigido, imediatamente, para o nosocômio. Pontuou que, a pedido da paciente, o Dr. Miguel fez analgesia. Referiu que manteve o bebê monitorizado durante todo o tempo, o qual permaneceu com frequência cardíaca sem nenhuma desaceleração. Ao completar a dilatação, conduziu a gestante até a sala de parto e, então, rompeu a bolsa. Disse que Sonia manifestou que estava cansada, sendo a mesma mantida deitada de lado por uns quinze minutos e, de repente, a frequência cardíaca do feto desacelerou de 160 para 40 batimentos por minuto. Diante disso, recolocou a gestante na posição ginecológica para tentar “devolver” o feto e, com isso, reduzir a bradicardia. Referiu que não teve êxito e então iniciou o parto. Esclareceu ter constatado que o feto apresentava uma “bossa enorme” do lado direito, porém, mesmo assim, seria possível o uso de fórceps. **Afirmou que primeiramente solicitou um fórceps “Kielland”, sendo informada que o hospital não dispunha de tal**



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

instrumento. Depois, forneceram-lhe um fórceps de Laufe, porém o mesmo estava “enferrujado”, tendo o recusado e solicitado que lhe entregassem o instrumento que estivesse disponível, sendo-lhe repassado o fórceps Barton, o qual tem uma “*curvatura e essa curvatura é que amassou o nenê*”. Alegou ter sido cautelosa ao tracionar o bebê e, depois, lhe entregaram o fórceps que havia solicitado, o qual é de “colher fechada” e, com este instrumento, concluiu o parto. **Esclareceu ser inviável a realização de uma cesariana naquele momento, uma vez que a preparação da sala e da gestante demandaria em torno de quinze minutos e o feto poderia vir a morrer.** Alegou que o uso do fórceps não causou a bossa no feto e que o óbito decorreu de um sangramento que não foi prontamente detectado. Referiu que o sangramento subgaleal pode ocorrer em qualquer tipo de parto em razão de o feto ficar “pressionado” durante o trajeto. Afirmou que a bossa era de sangue e pré-existente ao parto e que, dependendo do tamanho do feto, a bossa pode representar 40% da volemia do bebê e, nestes casos, é necessário o pronto atendimento para evitar o óbito e ele não foi atendido imediatamente. Ele nasceu as 07h40min e mesmo ele ter progredido de um Apgar dois para um Apgar dez, como eu notei que o narizinho dele fazia o que se chama de batimento de asa de nariz, pressenti que vinha coisa ai atrás e disse para a funcionária “***Pelo amor de Deus, me manda essa criança para a UTI***” (fls. 453/459). “

Este é o contexto probatório, do qual vou enumerar algumas conclusões e, ao mesmo tempo, tecer algumas considerações que servem de motivo para minha decisão:

1. A lesão craniana foi causada pelo uso inadequado do fórceps, pois o comum, o que foge à normalidade, é ocorrer este tipo de lesão no parto em que surge a necessidade da utilização deste instrumento



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Esta lesão fica comprovada pelo auto de necropsia, pelo resultado da sindicância realizada pelo Hospital onde ocorreu o parto, bem como por depoimentos médicos já acima referidos.

2. Não restou comprovado que a criança tinha qualquer concausa – causa absolutamente independente – que tenha sido a causa da morte. Ao contrário, a única hipótese aventada foi descartada por exames médicos, realizados inclusive em laboratórios do exterior, que afastaram a possibilidade de que a criança, por carga hereditária, tivesse algum tipo de distúrbio de coagulação.

3. A apelada não estava acostumada a utilizar os tipos de fórceps que, no momento, foram-lhe disponibilizados. O fórceps que ela queria, possivelmente, com o qual tinha mais facilidade de manuseio, não lhe foi alcançado ou somente entregue ao final, quando, provavelmente, a lesão craniana já teria ocorrido.

Entretanto, considero que tal fato teria que ser verificado pela apelada antes do início dos trabalhos, pois é o profissional que deve, antes de iniciar seu trabalho, verificar as condições de instrumentos que poderá, eventualmente, ter que utilizar.

Omitiu-se desta cautela e, conforme relato da técnica de enfermagem Maria Aparecida Ferreira, teve que utilizar quatro (04) tipos de fórceps diferentes, quando constatou e afirmou que eram inadequados. Segundo este relato, na ocasião não foi utilizado fórceps de alívio, mas sim o de extração.

Ademais, a falta de instrumento adequado teria que servir de móvel para a mudança de procedimento, para que, dentro da obrigação de cuidado objetivo, alterar o percurso dos fatos, determinando a transformação para um parto cesáreo.



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

4. A afirmação da apelada de que não haveria tempo para a mudança de parto normal, com uso de fórceps (parto com sofrimento para a mãe e para o bebê), para a cesariana, foi completamente afastada pela prova testemunhal.

Com efeito, médicos e a técnica de enfermagem afirmam que a mudança de procedimento seria bem rápida, já que evidenciado que a sala de partos fica dentro do bloco cirúrgico e, como disse a testemunha Marcos, já estando a gestante anestesiada, bastaria destravar a maca e levá-la para o local da realização do parto cesáreo.

Resta agora - já me endereçando para a conclusão destas razões - avaliar a presença dos elementos essenciais à configuração do crime culposos.

1. Conduta voluntária:

Indiscutivelmente há a presença da voluntariedade da conduta da apelada, que, por estar contratada como médica responsável para proceder o parto, mediante remuneração, praticou a conduta.

2. Violação do dever objetivo de cuidado:

Consubstanciou-se ao errar no manuseio do fórceps, causando a lesão craniana na criança que estava nascendo, tendo sido imperita, no manuseio dos diversos instrumentos que utilizou, que, segundo a prova testemunhal, foram em torno de quatro (04) tipos diferentes de fórceps.

A própria ré, em suas declarações judiciais, afirma que primeiramente solicitou um fórceps “Kielland”, sendo informada que o hospital não dispunha de tal instrumento. Em seguida, forneceram-lhe um fórceps de Laufe, que recusou por estar enferrujado, quando solicitou que lhe entregassem o instrumento que estivesse disponível, sendo-lhe fornecido o fórceps Barton, o qual tem uma “curvatura e



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

essa curvatura é que amassou o nenê". Narrou ter agido com cautela ao tracionar o bebê. Aduziu que depois recebeu o fórceps que havia solicitado, o qual é de "colher fechada", com o qual concluiu o parto.

Depreendo, do conteúdo destas declarações, que a apelada praticou a conduta com a falta de cuidado que a situação exigia. Se não lhe foi disponibilizado o instrumento adequado, que não utilizasse o que lhe foi fornecido, diante do risco que, infelizmente, se transformou em fato nefasto.

Insta registrar, ainda, que o fato da apelada ter larga e incontroversa experiência neste tipo de procedimento, volta-se contra ela, pois dela, no caso concreto, era exigível um agir ainda mais cuidadoso e cauteloso, endereçado ao evitamento do resultado naturalístico indesejado.

3. Resultado naturalístico involuntário:

A morte da criança "Lucas", comprovada pela declaração de óbito de fl. 15 e pelo laudo de necropsia de fl. 151, foi o resultado da conduta imperita da apelada, que, logicamente, não desejava este resultado, nem tampouco assumiu o risco de causá-lo.

4. Nexo causal:

Conforme já exaustivamente demonstrado a causa da morte decorreu da lesão craniana causada na criança, pelo uso indevido de fórceps pela apelada.

Há, assim, a conduta imperita e o resultado naturalístico morte da criança, não havendo comprovação de qualquer outra causa capaz de afastar este nexos de causalidade, já que o aventado distúrbio de coagulação ficou clinicamente afastado.

5. Culpa Consciente:

Encontra-se presente no caso em julgamento, pois pode-se afirmar, sem qualquer tipo de dúvida, que a apelada tinha, no momento de



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

sua conduta, plenas condições de prever o resultado, mas em decorrência de sua longa e vasta experiência, confiou, de forma convicta, de que ele não iria ocorrer.

6. Tipicidade:

O artigo 121, § 3º, do Código Penal, prevê o crime de Homicídio Culposo, *in verbis*:

Art. 121. Matar alguém:

...

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

Destarte, presentes todos os elementos integradores do tipo de homicídio culposo, concluo que a condenação da ré é medida que se impõe.

Ainda, tocantemente ao mérito, antes de adentrar no apenamento, resta examinar a incidência ou não da majorante prevista no § 4º do artigo 121 do Código Penal, que assim é descrita:

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Na denúncia, na descrição da majorante, imputando-a à apelada, assim constou:



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

O crime foi cometido com inobservância de regra técnica da profissão, vez que cabia à denunciada, ao constatar a inviabilidade do procedimento eleito, a busca de outra alternativa para concluir o procedimento, com a preservação da vida do recém-nascido e da parturiente.”

Resta verificar se na conduta, comissiva ou omissiva, da apelada, houve ou não a inobservância de regra técnica da profissão, por ser médica especialista no tema.

Pontuo, inicialmente, que estou fazendo este voto atento, como sempre deve ser, a correlação entre o fato denunciado e a sentença/voto/acórdão.

Observo, também, que a mesma modalidade de culpa não pode servir, concomitantemente, para a adequação típica e para majorar a pena, sob pena de se incidir em *bis in idem*.

Não é o caso, entretanto.

Isto porque, mister esclarecer, estou utilizando da modalidade culposa de imperícia para a definição do juízo de condenação, sem utilizar eventual negligência, pois a reservei para valorá-la, agora, no reconhecimento da majorante postulada.

Com efeito, considero que era exigível da apelada, no caso concreto, diante das dificuldades surgidas e pela demora em seu deslinde, ter transformado o tipo de procedimento para o parto cesáreo, tendo amplas condições para assim proceder, de acordo com o que foi apurado pelas provas nos autos, sendo que há testemunhos médicos abalizados que referem ser recomendável, diante da situação, a concretização da troca de procedimento.

Este era o procedimento exigível da apelada, no momento do fato. Não o fazendo, considero que ela inobservou regra técnica de sua profissão.

Extraio, ainda, para cimentar o reconhecimento da majorante, parte do depoimento da gestante, mãe da criança que veio a óbito, que



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

comprova a demasiada demora da apelada em transformar o parto com fórceps, em parto cesáreo, quando diz:

“E daí eu falei: “Doutora, eu tô muito cansada”. E daí ela disse: “Não, nós vamos tentar.” E nisso passou, passou quinze. E tenta e tenta, e o bebê não saía. De fato, não saía. E aí eu acho que era quinze para as cinco... Mas aí já tinha passado mais um tempão. E o bebê não nascia... .. E aquele clima não se desenvolvia, e o bebê não nascia. E daí ela disse: “Não, nós vamos tentar mais uma vez; E, se não der, a gente vai fazer uma cesárea. Mas aí já tinha passado meia hora daquele momento que ela me disse que ele tinha entrado em sofrimento. E daí ela: “Vamos tentar mais uma vez”. Só que ali a gente tentou mais umas quatro, cinco vezes. Daí ela pediu os fórceps. E aí ela extraiu ele assim. Eu acho que é a expressão mais literal de extrair foi como ele extraiu e tirou ele de dentro...”

Incidente, assim, a majorante, nos termos da denúncia.

Deixo de fixar o valor mínimo de indenização. Aqui o primeiro ponto de divergência em relação ao voto de relatoria.

Neste passo, considero que embora existente o pedido, o seu mérito não foi objeto de produção de provas, sendo que o seu reconhecimento, com base no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, aviltaria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Com a vênua devida, sem saber, com precisão, qual seria o justo valor a ser indenizado, porquanto não tenho elementos para balizar as reais condições econômicas da pessoa que tem que indenizar, no caso a apelada, e das pessoas a serem indenizadas, no caso os pais da criança, não tenho como mensurar um quantum indenizatório justo e adequado.

Nestes termos, colaciono os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

EMENTA: APELAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ABORTO TENTADO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA PENA. ... **7.**



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Ausentes elementos a mensurarem o dano experimentado pelos ofendidos, deixa-se de fixar a indenização prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.(Apelação Crime, Nº 70077553956, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em: 25-07-2018)

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS. SEIS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. CONDENAÇÃO DO RÉU APENAS QUANTO AO 1º FATO. 3.4. Descabida a fixação de indenização pelos danos causados, prevista no artigo 387, IV, do CPP, tendo em vista que, conquanto tenha havido pedido na denúncia, não foi alvo de prova e de relação litigiosa nos autos, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. APELAÇÃO DEFENSIVA IMPROVIDA. APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA.(Apelação Crime, Nº 70078918182, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em: 08-11-2018)

Em relação a dosimetria da pena, no tocante a fixação da pena privativa de liberdade, do regime inicial para eventual cumprimento de pena, estou concordando com o voto da eminente Magistrada Relatora.

Concordo, também, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas (02) penas restritivas de direitos. Entretanto, há dois pontos de divergência, a saber:

1. A exigência legal de um maior detalhamento acerca da quantidade de horas e o estabelecimento de um prazo mínimo para o seu cumprimento, que fica assim estabelecido:



VFM
Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)
2019/Crime

- quatrocentas e oitenta e cinco (485) horas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46, § 3º, CP), a ser cumprida em prazo não inferior a oito (08) meses (art. 46, § 4º, CP);

2. A reversão da prestação pecuniária aos pais da criança falecida

- prestação pecuniária no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), a ser revertida aos assistentes de acusação, que são os pais da criança falecida, com base no artigo 45, § 1º, do Código Penal.

É como voto!

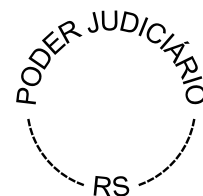
DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE)

Acompanho o voto da eminente Relatora.

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70080633829, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE CONTRARRECURSAL E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA CONDENAR VERA LUCIA FELDENS COMO INCURSA NA SANÇÃO DO ARTIGO 121, § 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL, À PENA DE 1 ANO E 4 MESES DE DETENÇÃO, NO REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, CONSISTENTES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR DE 50 SALÁRIOS-MÍNIMOS AO TEMPO



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



VFM

Nº 70080633829 (Nº CNJ: 0035291-90.2019.8.21.7000)

2019/Crime

DO FATO, A SEREM DEFINIDAS PELA JUÍZO DA EXECUÇÃO, E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL DESTINADA AOS APELANTES, NO VALOR DE 100 SALÁRIOS-MÍNIMOS VIGENTES À ÉPOCA DO FATO."

Julgador(a) de 1º Grau: ROSALIA HUYER