

Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro

SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 32.241

Embargante: Durval Camello de Oliveira Junior

Embargado: Ministério Público

Age com culpa concorrente o médico que, não ignorando as condições peculiares de saúde do paciente, menor de cinco anos de idade e pesando cerca de 20 quilos, deixa de exigir o competente exame cardiológico e permite que o anestesista, por comprovada conveniência da equipe médica, realize anestesia geral, empregando dose excessiva de anestésico, em um simples caso de operação eletiva.

A comprovada culpa do anestesista não exclui a do cirurgião, que, na qualidade de chefe da equipe e conhecendo, por informações do pai da vítima e por observação pessoal, a debilidade física e o perturbado estado psíquico do menor, não suspende a intervenção cirúrgica já adiada por duas vezes, permitindo a utilização de substância anestésica em dose só adequada "para bovinos e equinos de alto porte", como reconheceu o Conselho de Medicina deste Estado, acarretando a morte do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos Infringentes na Apelação Criminal nº 32.241, da Comarca da Capital, em que é embargante Durval Camello de Oliveira Junior, e embargado o Ministério Público:

Acordam os Juízes que compõem o Segundo Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso e, no mérito, por maioria, em rejeitar os embargos nos termos do voto do Juiz Relator, vencido o douto Juiz Álvaro Mayrink, que os acolhia para absolver o embargante.

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1989.

Weber Martins Batista
Presidente

Afranio Sayão Antunes
Relator

VOTO

O embargante foi processado juntamente com Almir Barbosa da Silva na 8ª Vara Criminal da Comarca da Capital, por terem, o primeiro como cirurgião chefe da equipe, e o segundo como anestesista, cometido erro profissional que redundou na morte do paciente Sergio Oliveira de Almeida, menor de apenas 5 anos de idade, submetido a uma operação de fimose, com anestesia geral, vindo a falecer em razão de parada cardíaca.

Destaco e rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pelo ilustre assistente do Ministério Público. E o faço porque uma simples leitura da peça recursal permite reconhecer nela embargos infringentes. Não se tratando, como é óbvio, de embargos de nulidades, como impropriamente foi intitulado pelo recorrente, que usou o título abrangente de "embargos infringentes e de nulidade", como é tratado englobadamente no Estatuto Processual.

Realmente, não há que falar em embargos de nulidade, porque no ponto em que se pretendeu a declaração de nulidade da sentença, em grau de apelação, a decisão foi unânime em rejeitar tal preliminar.

A divergência existiu quanto ao mérito, ensejando os embargos infringentes que foram tempestivamente interpostos.

Rejeito, pois, a preliminar e conheço do recurso.

Quanto ao mérito, *data venia* do douto voto divergente, entendo que a razão está com a douta maioria.

A hipótese foi bem examinada pelo douto Relator, eminente Paulo Ventura, nos seguintes termos:

"Uma equipe médica age em conjunto, não podendo, pois, destacar atuações deste ou daquele profissional durante o desempenho médico cirúrgico, razão por que ambos os apelantes agiram com total inobservância de elementares cuidados objetivos necessários e de prudência, revelando o contexto probatório a imperícia e a negligência dos mesmos, daí decorrente o evento de infeliz desfecho para a vítima.

Tratava-se de uma cirurgia eletiva que, anteriormente, por duas vezes, já havia sido adiada face as condições de saúde do paciente, ora vítima, daí as indagações: por que o primeiro apelante não cientificou ao segundo apelante a situação clínica do paciente, o que lhe competia fazer, já que a cirurgia estava retardada em seu início e o menor vítima sem alimentos desde a véspera? Por que não adiou o ato cirúrgico, atendendo ao apelo do pai da vítima, que noticiava sua debilidade física e seu perturbado estado psíquico? Por que, como medida de cautela, não determinou a realização do exame cardiológico prévio? Por que, em sendo especializado em gastroenterologia (fls. 228), não fez prova de residência médica na especialidade de cirurgia? Por que iniciou tardiamente os preparativos do ato cirúrgico, quando ainda ausente o cirurgião?

Contempla a hipótese, à maravilha, mais um caso de erro médico, fruto puro de motivada imperícia e incompreensível negligência, bem como de total precipitação profissional."

Cumpra destacar, ainda, no brilhante voto do douto Relator da apelação, dois outros tópicos que bem demonstram a sua perfeita apreciação da prova e ressaltam a ausência do dever de cuidado por parte não só do anestesista, como também do cirurgião responsável pela equipe médica, ora embargante.

No primeiro, assim se manifestou o digno Juiz Relator:

"A respeito, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, pelo presidente da comissão de instrução do processo ético-profissional, concluiu, quanto ao tipo de anestesia, que as doses aplicadas ao pequeno paciente, ora vítima, «são para bovinos e equinos de alto porte»."

O segundo trecho destacado assim está expresso:

"No meio de tantas dúvidas, impossíveis de serem elucidadas pela ausência de autópsia, apesar da convicção de um caso de dúvidas, pro-réu, ressaltou um fato importante que pesa no meu julgamento, qual seja o do Dr. Almir Barbosa da Silva, anestesista, que, por ter-se atrasado, e com aquiescência do cirurgião, Dr. Durval Camello de Oliveira Junior, optou pela anestesia geral, causa irrecuperável do acidente, pelo fato de ser mais conveniente para a equipe médica.

É evidente que tanto o cirurgião como o anestesista infringiram o princípio II do Código Brasileiro de Deontologia Médica."

Damásio de Jesus, no seu *Direito Penal*, 1ª vol., Saraiva, 11ª edição, pp. 252/253, citando o magistério Welzel, nos demonstra que:

"A culpabilidade no delito culposos decorre da previsibilidade subjetiva. Enquanto na previsibilidade objetiva é questionada a possibilidade de antevisão do resultado por uma pessoa prudente e de discernimento, na previsibilidade subjetiva é questionada a possibilidade de o sujeito, 'segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual', prever o resultado. Quando o resultado era previsível para o sujeito, temos a reprovabilidade da conduta, a culpabilidade. Como diz Welzel, a imprevisibilidade é um elemento fundamental da reprovabilidade daquela falta de observância do cuidado exigido.

A culpabilidade, nos delitos culposos, possui os mesmos elementos dos crimes dolosos: imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa.

Resumindo: numa primeira fase, devemos examinar qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento diante da situação concreta do sujeito. Encontraremos o cuidado objetivo necessário, fundado na previsibilidade objetiva. Vamos comparar esse cuidado genérico com a conduta do sujeito, i.e., a conduta imposta pelo dever genérico de cuidado com o comportamento do sujeito. Se ele não se conduziu da forma imposta pelo cuidado no tráfico, o fato é típico.

A tipicidade da conduta conduz à sua ilicitude.

Depois, na operação final, devemos analisar a culpabilidade: o sujeito agiu, segundo seu poder individual, de forma a impedir o resultado? Ele observou a diligência pessoal possível segundo suas próprias aptidões? A resposta negativa leva à reprovabilidade, à culpabilidade.

Assim, a observância do dever genérico de cuidado exclui a tipicidade do fato; a observância do dever pessoal de cuidado exclui a culpabilidade." (Os destaques são do original.)

No caso dos autos, o embargante faltou tanto com o dever genérico quanto com o pessoal de cuidado, ao deixar de exigir o competente exame cardiológico na vítima, de levar em consideração as condições pessoais de saúde da mesma e de permitir a utilização de anestesia geral, única e exclusivamente por conveniência da equipe médica, ao invés de adiar, mais uma vez, a cirurgia meramente eletiva, cujo início já se procrastinara, por cerca de duas horas, agravando as condições psicológicas e físicas do pequeno paciente, em razão do atraso do anestesista.

Assim, *data venia* do douto Juiz divergente, entendo que as provas contidas nos autos são robustas no sentido de demonstrar a culpabilidade do embargante.

Por tais razões, voto no sentido de rejeitar os embargos.

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1989.

Afranlo Sayão Antunes
Relator

RELATÓRIO

O embargante Durval Camello de Oliveira Junior foi condenado, juntamente com Almir Barbosa da Silva, como incurso no art. 121, § 3º do Código Penal, à pena de 1 ano de detenção, com *sursis* pelo prazo de 2 anos.

A Egrégia 4ª Câmara, por maioria, negou provimento ao recurso interposto pelo embargante, vencido o douto Juiz Jorge Uchôa, que dava provimento ao referido recurso, para absolver o recorrente, por entender que o mesmo não obrara com culpa.

Com base no referido voto divergente foram opostos os presentes embargos, objetivando a absolvição do embargante.

Pronunciou-se o assistente do Ministério Público às fls. 474 e 475 pugnando, como preliminar, pelo não conhecimento dos Embargos de Nulidade e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, representada pelo Dr. José Augusto Pereira dos Santos, emitiu o parecer de fls. 478 e 479, no sentido de serem rejeitados os embargos.

É o relatório, que submeto à consideração do douto e culto Juiz Revisor.

Rio de Janeiro, 12 de junho de 1989.

Afranlo Sayão Antunes
Relator