



# **AEMS**

---

Associação de Ensino e Cultura de Mato Grosso do Sul

## **DIRETORA GERAL**

Prof<sup>ª</sup>. Maria Lúcia Atique Gabriel

## **DIRETOR ACADÊMICO**

Prof. Edmo Gabriel

## **CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Paulo César Ferreira

Prof<sup>ª</sup>. Me Amélia Regina Mussi Gabriel

Prof. Nei Fernando Vital Pinto

## **COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Prof. Edmo Gabriel

Prof. Me. Alexandre Costa

Prof. Paulo César Ferreira

## **REVISÃO**

Prof<sup>ª</sup>. Sara Asseis Brito

## **EDITOR DE PUBLICAÇÕES**

Prof. Me. Alexandre Costa

## **PLANEJAMENTO VISUAL E GRÁFICO**

Aline Menezes

Sílvio César da Silva

## **IMPRESSÃO**

Gráfica Santa Maria

Revista Direito e Sociedade - Três Lagoas - MS    Ano 08/nº1 p. 1-63  
janeiro - dezembro/2008

ISSN 1518-9783

Periodicidade Anual- Tiragem: 1.500 exemplares

---

Endereço para correspondência:

Av. Ponta Porã, 2750 - Distrito Industrial - Três Lagoas - MS

Site: <http://www.aems.com.br>

Telefone: (67) 3521-9218

Esta edição da Revista Direito e Sociedade privilegiou a publicação de artigos elaborados por alunos do Curso de Direito, das Faculdades Integradas de Três Lagoas, mantida pela Associação de Ensino e Cultura de Mato Grosso do Sul e representa importante momento de amadurecimento da iniciação científica desta Instituição. Aliada a esta publicação, ressaltou-se a realização do II ECEJUR, Encontro Científico dos Estudantes de Cursos Jurídicos do Estado de Mato Grosso do Sul, que ocorreu em outubro de 2008.

Segue-se assim a nova proposta pedagógica, voltada para a maior participação ativa dos acadêmicos, em consonância com um dos pilares da Carta das Nações Unidas para a Educação, que recomenda a ênfase na habilidade de aprender a aprender. Coerente com o projeto pedagógico do Curso e da Instituição, foram apresentados artigos sobre ensino jurídico, acidente de trabalho, imposto sobre serviços de qualquer natureza, o processo de falência e o erro médico.

Portanto, em mais esta oportunidade os Acadêmicos do Curso de Direito demonstram seus primeiros passos na investigação científica e o fazem em artigos relacionados a questões locais e nacionais, fato que contribui para demonstrar o compromisso social desta Comunidade Acadêmica.

*Profº Paulo César Ferreira*



## SUMÁRIO

---

<b>Ensino a Distância do Direito</b>	07
<i>DIAS, Ewerton Mosciaro</i>	
<b>Acidente do Trabalho – Responsabilidade do Empregado</b>	17
<i>SANTOS, Renilda Arlene Gimenes dos</i>	
<b>A Incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN Sobre o Trabalho Pessoal</b>	33
<i>MATOS, Eder Dourado de</i>	
<b>A Nova Lei de Falências e a Limitação dos Créditos Trabalhistas</b>	43
<i>SILVA, Wender Disney da</i>	
<b>Do Erro Médico</b>	49
<i>GRECCO, Gesus; OLIVEIRA, Antonio Dozinetete de</i>	
<b>NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA</b>	63



# ENSINO A DISTÂNCIA DO DIREITO

Ewerton Mosciaro **DIAS**

XX

**Resumo:** O objetivo do presente artigo científico consiste na discussão da inserção das novas tecnologias dentro do ensino da ciência do Direito no Brasil. Será objeto de enfoque as definições e características, bem como a regulamentação dessa nova modalidade de educação no país.

**Palavras-Chave:** Ensino a distância, Direito, Educação, didática, flexibilização do ensino de Direito, tecnologia.



## INTRODUÇÃO

No decorrer de sua história, os cursos jurídicos no Brasil, através da formação de sucessivas gerações de bacharéis, e com o passar do tempo, os cursos de direito ampliaram significativamente suas funções, em correlação, aliás, com o aumento da complexidade da sociedade contemporânea. Como cursos profissionais que são, destinam-se hoje à formação de bacharéis para o exercício de atividades públicas e privadas as mais diferentes na área jurídica.

Conforme se pode extrair do que ocorre no cotidiano, as inovações que rondam o desenvolvimento da sociedade estão criando gradativamente novas formas de relacionamentos sociais, onde a presença física deixou de ser o fator essencial das relações. Torna-se a cada dia mais evidente a emergência da cibercultura, que na concepção de Pierre Lévy é “um conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem paralelamente ao crescimento do ciberespaço”. Já na visão do autor de Manuel Castels a cibercultura:

Trata-se de uma cultura virtual, multifacetada, como nas experiências visuais criadas por computadores no ciberespaço, rearranjando a realidade. Não é uma fantasia, é uma força material, porque informa e reforça poderosas decisões econômicas a todo o momento da vida da rede.

Com disseminação da cibercultura o computador se transformou num meio de comunicação que mudou as noções tradicionais do tempo e espaço. Esse novo conceito de cultura teve reflexos relevantes dentro da educação. A disponibilidade das várias mídias de comunicação, quais sejam, a televisão, cinema e internet permitiram um acesso em grande escala de imagens e informações que conseqüentemente levaram o cérebro humano a ter uma agilidade maior. É claro que essa nova didática trouxe a tona a necessidade de se aprender a lidar com as inovações da informática, sem que, contudo, venha a inibir a capacidade de decisão e de imaginação.

Contudo, este não representou e representa ainda nos dias de hoje o maior desafio. A dificuldade principal consiste na superação do sistema educacional tradicional, com

a alteração dos objetivos didáticos que com a transição tecnológica passou a ensinar o raciocínio e o aprendizado em consonância com a nova ordem econômica que é mais ligada à criação, transmissão e processamento de informações e idéias, num contexto global. O sistema, portanto passou a exigir celeridade e eficiência em todos os processos e a informática está inserida no contexto dessa exigência. A interação cibernética permitiu que tornasse possível estudar, trabalhar e fazer compras sem sair de casa.

Será, portanto, diante destes aspectos sinteticamente apresentados desta revolução que a informática trouxe aos métodos de ensino, sobretudo no que diz respeito ao ensino do direito, que o presente artigo será construído tendo por base essa experiência metodológica inédita do ensino jurídico.

## **2 – Breve histórico do ensino à distância**

O grande impulso do ensino à distância no mundo ocorreu por volta dos anos 1970, com a criação das primeiras grandes universidades a distância em países da Europa, da Ásia e nos Estados Unidos. Com o passar dos anos, o uso progressivo das novas tecnologias de informação e comunicação passou a fazer parte, de forma mais intensiva, da trajetória da educação telepresencial, conforme será adiante abordado no decorrer deste artigo, uma vez que a informática fez emergir a possibilidade de interação em tempo real e de cooperação entre os envolvidos nos processos de ensino e de aprendizagem, características fundamentais dessa modalidade de pedagogia.

Relativamente ao Brasil, as primeiras experiências que se tem sobre o ensino à distância datam do final do século XIX. Entretanto, sua institucionalização no país ocorreu na década de 1970, com a criação dos Centros de Ensino Supletivo (CES). Com o aumento das demandas educacionais do país e com a necessidade de democratização do acesso ao ensino, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) incluiu em seu texto o artigo 80, voltado para a educação à distância.

A partir dessa lei, uma nova perspectiva para a educação a distância passou a se constituir no país, trazendo a possibilidade de efetivação dos processos de ensino e de aprendizagem em outros momentos que não apenas no espaço da sala de aula e com a presença física de estudantes e educadores. Esse novo cenário didático remete para

a ênfase no processo de mediação pedagógica interativa através de vários recursos, de modo a provocar o encontro real ou virtual entre os sujeitos da educação, gerando a necessidade de reestruturação das instituições do ensino para a implementação de um sistema de ensino à distância em acompanhamento à evolução dos meios tecnológicos pelos quais se apóiam, e principalmente, pela necessidade de atualização dos conhecimentos a serem transmitidos.

### **3 – Conceito e principais características**

O ensino a distância, ao contrário do que se pensa, não se configura em método de mediação tecnológica tão inovadora a ponto de eliminar a possibilidade de comparação com as demais formas de ensino e aprendizagem. Entretanto, existem diferenças fundamentais: enquanto os tradicionais cursos têm como pressuposto a presença física dos discentes e docentes em um local e tempo determinados; os chamados cursos telepresenciais superam essa exigência e têm por base uma metodologia firmada em recursos tecnológicos que substituem total ou parcialmente aquela presença.

Dentre os cursos telepresenciais, existe ainda uma diferença básica dentre as metodologias empregadas. Os cursos à distância tradicionais respaldam sua metodologia no material didático escrito e transmitido postalmente, ao passo que os inovadores curso on line baseiam sua didática em recursos digitais e de rede, sendo mais dinâmica e segura em relação ao processo de ensino.

Assim o elemento diferenciador da tradicional educação que requer a presença de alunos e professores da educação telepresencial, notadamente da disciplina do direito que é o foco central do presente trabalho, consiste no fato da responsabilidade pedagógica não recair na figura do docente, e sim sobre a instituição que reúne profissionais e especialistas da educação para a elaboração do material didático e de técnicas apropriadas para o acompanhamento do aluno e a observância de sua aprendizagem.

Destarte, identificados os principais pontos de divergência entre a didática presencial da telepresencial, torna-se claro que dentre as características desta última podem ser citadas a já exaustivamente mencionada separação física entre professor e aluno; o respaldo em recursos didáticos de conteúdo e apoio; aprendizagem

autônoma do estudante; e a forte influência da organização educacional dentre outras peculiaridades.

Assim, tendo em vista essas características que a definição legal do ensino à distância coube ao art. 1º do Decreto nº 2.494/98 que regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394/96, que será transcrito a fim de concluir o presente item em apreciação:

Art. 1º. Educação a distância é uma forma de ensino que possibilita a auto-aprendizagem, com a mediação de recursos didáticos sistematicamente organizados, apresentados em diferentes suportes de informação, utilizados isoladamente ou combinados, e veiculados pelos diversos meios de comunicação.

Parágrafo Único – O cursos ministrados sob a forma de educação a distância serão organizados em regime especial, com flexibilidade de requisitos para admissão, horários e duração, sem prejuízo, quando for o caso, dos objetivos e das diretrizes curriculares fixadas nacionalmente.

#### **4 – Das vantagens e desvantagens do sistema de ensino à distância**

Conforme se pode depreender do que foi exposto até o presente momento, o elemento principal pelo qual essa novel modalidade de educação passou a se apoiar consiste no conteúdo. É possível se observar a existência de algumas vantagens desta em relação ao tradicional método de ensino presencial. Dentre esses aspectos benéficos do sistema pedagógico em questão destaca-se a personalização do ensino, a diversidade de opções de comunicação; a independência da disponibilidade de tempo do discente; uma melhor administração da qualidade do conteúdo; critérios de avaliação e aproveitamento diversificados e relativamente automáticos; redução de custos, notadamente com a utilização da internet; liberdade de locais e horários etc.

Obviamente que estas vantagens resultam de uma mudança que pressupõe novas compensações no uso destas tecnologias, sobretudo ao que se refere nos investimentos para manutenção do sistema que são mais dispendiosos, bem como a adequação das metodologias empregadas para a eficácia do ensino.

No pólo contrário, isto é, relativamente às desvantagens que cercam o ensino telepresencial do direito a que mais diretamente apresenta preocupações diz respeito à avaliação da aprendizagem. Os riscos em se ter, na atualidade, um curso ministrado à distância de má qualidade, apresenta-se concreto, porém, não em razão do modelo didático em si, e sim por ausência do devido controle que deve acompanhar todo processo que envolve o ensino.

É de se notar que um dos problemas que a didática telepresencial encontrou desde logo consistiu nas resistências opostas, notadamente pela ala conservadora dos profissionais do ensino do direito. Essas resistências equivalem às dificuldades teóricas enfrentadas pela metodologia em estudo e muitos são os fatores que as motivaram tais como o desconhecimento das possibilidades do ensino a distância do direito e a ausência de publicações que tratem do tema dentre outros.

Da avaliação das experiências da educação distante do direito é possível se identificar pontos importantes que demonstram claramente o despreparo na sua adoção. São as dificuldades práticas tais como a ausência de planejamento da atividade de produção do conteúdo e da sua transmissão; não acompanhamento da tecnologia em constante evolução; falta de dimensionamento dos custos, de critérios e de estruturas de avaliação dos projetos; ausência de estruturas no gerenciamento dos projetos e a prestação de conta dos seus objetivos; inexistência de uma memória sistematizada dos programas permitindo a sua descontinuidade; e por fim a administração por pessoal sem a necessária qualificação técnica.

Em vista destas dificuldades ocorreram outras que podem ser chamadas de dificuldades pedagógicas, decorrentes da ausência de contato do aluno com o mestre e com demais discentes que estão nas mesmas condições, problemas de adaptação e motivação derivados da utilização de métodos expositivos com pouca interação; desvalorização da avaliação da aprendizagem; dentre outros fatores.

## **5 – Normas regulamentadoras do ensino à distância do Direito**

Da leitura dos aspectos negativos acima apresentados é fácil se chegar a conclusão que de são decorrentes da ausência de regulamentação, de uma fiscalização por parte do Estado com a finalidade de coibir a proliferação de cursos de má qualidade ou que tenha apenas em vista o lucro fácil.

Entretanto, é necessário se ressaltar que o ensino telepresencial jurídico não está de todo legalmente desamparado. As bases legais que autorizam a implementação do ensino à distância do direito estão implícitas na já citada Lei Federal nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), cujos regulamentos estão disciplinados nos Decretos 2.494/98 também já anteriormente mencionado; bem como pela Portaria Ministerial 301/98.

Assim num quadro sintético, encontram-se normativamente reguladas as modalidades de ensino a distância fundamental, médio e técnico pelo Decreto n.º 2.494/98, de ensino superior de graduação e educação profissional em nível tecnológico pela Portaria Ministerial nº 301/98; e de pós-graduação que interessa ao presente trabalho, pela Resolução CES CNE nº 01/2001. Desta forma, cada modalidade de curso criado corresponde ao devido credenciamento e autorização para o seu funcionamento.

Em artigo científico publicado na internet Gilberto Marques Bruno atenta para o fato da inexistência de norma reguladora do chamado e-learning, dos cursos ministrados via on line na internet. Entretanto há que se destacar aqui um pensamento contrário à essa posição visto que essa modalidade não se distancia dos demais metodologias de ensino telepresencial, portanto, não há que se falar em lei específica que o instrumentalize. Assim é válida a legislação geral e bem como os critérios vigentes para o ensino à distância. É possível notar que dentro da normatização do ensino telepresencial existe uma certa flexibilização por parte do legislador no que diz respeito à sua normatização, isto é, o Poder Legislativo deixou espaço para que suficiente espaço para que o Poder Executivo se pronuncie em decretos e portarias.

Por fim, pertinentemente ainda ao título deste tópico, é importante frisar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece em seu artigo 80 que caberá o Poder Público o incentivo, o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino à distância em todos os níveis, modalidade de ensino, assim como também da educação continuada.

## **6 – Do ensino à distância na ciência do Direito**

Conforme se pode observar da realidade vigente no atual mercado de trabalho,

o grande número de faculdades de Direito que oferecem o curso, anualmente tem lançado neste um considerável número de profissionais. Entretanto, em razão de muitas vezes essas mesmas universidades não darem o devido suporte de ensino aos discentes, ou mesmo por exigência do mercado hodierno na seleção de profissionais tem feito com que muitos bacharéis sofra com o elevado nível de competitividade, sendo necessária reciclagem constante dos conhecimentos.

Essa, portanto, é a motivação que tem levado os bacharéis acionarem cada vez mais os cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos com vistas à aprimoramento dos currículos ou obter êxito em carreiras públicas. Dentro desse contexto, o ensino à distância representou um fator determinante para o crescimento desta a demanda de procura à cursos jurídicos ministrados posteriormente à graduação. Com tantos bacharéis querendo se especializar ou estudar para concursos, e muitas vezes não o podendo sair das suas cidades ou por outros óbices, justifica-se a expansão do uso da utilização das redes eletrônicas para orientação de teses, para acompanhamento de algumas disciplinas à distância.

Ante este quadro inovador recentemente inserido na didática jurídica, é possível se notar que se de um lado há uma crescente busca de aperfeiçoamento de conhecimentos por parte dos profissionais, de outra ocorreu uma flexibilização por parte da instituição do ensino no emprego da metodologia de aprendizagem da disciplina do direito. É óbvio que para o que o dinamismo conferido por essa maleabilidade da austera forma de ensino do direito torne-se adequada às necessidades do discente e contínua, será necessária a aplicação de uma reengenharia das atividades de formação e reciclagem dos professores para que estes não repassem sua didática somente pelo modelo atual. É importante se atentar ao fato de existir no país, muita pouca gente com experiência em ensino à distância e essa experiência não se aprende em cursos rápidos de atualização. O ensino à distância é um processo de aprendizagem complexo e demorado, que necessita de pessoas com mentalidade aberta e que se disponham a experimentar e avaliar formas novas de ensino-aprendizagem. É necessário, portanto, aumentar o número de pessoas especializadas em ensino a distância, preparando-as já, motivando-as para que atualizem seus conhecimentos nesta área.

## CONCLUSÃO

Da leitura de tudo quanto foi objeto de análise no presente artigo científico, é possível se concluir que o crescimento da demanda dos cursos à distância no Brasil, especificamente aqueles relacionados ao direito, deve-se a diversos fatores tais como a necessidade de aprendizado constante, a reciclagem de conhecimento, a necessidade de especialização do conhecimento e, a flexibilidade de acesso através da queda de barreiras físicas entre os alunos e as instituições de ensino que oferecem essa modalidade de educação.

A difusão telepresencial de conhecimentos jurídicos, notadamente a chamada on line, em que pese alguns aspectos negativos decorrentes do seu caráter de ineditismo que ainda o acompanha dada a sua constante mutação em acompanhamento aos avanços tecnológicos, representa uma forma de ensino democratizado do direito. A realidade mostra que, atualmente, são muitas as sugestões e os esforços envidados no sentido de se construir um novo ensino jurídico baseado na dialógica entre professor e aluno, e o ensino à distância, como meio de maior alcance em que se configura, uma vez bem estruturado, pode tornar-se um forte aliado nessa busca.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRUNO, Gilberto Marques. **Considerações sobre a questão do ensino à distância no Brasil e a necessidade de uma legislação voltada ao e-learning diante do crescimento do w.w.w. Busca Legis, Santa Catarina, set. 2001.** [Acessado em: 16 jan. 2007]. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/m2-e-learningED.pdf>.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede** (A era da informação: economia, sociedade e cultura), v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34, 1999.

ROVER, Aires J. **Direito e Informática.** São Paulo: Manole, 2004.

# ACIDENTE DO TRABALHO – RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO

Renilda Arlene Gimenes dos **SANTOS**

*Acadêmico de Direito da AEMS*

*Faculdades Integradas de Três Lagoas*

**Resumo:** O trabalho a ser apresentado discutirá a responsabilidade do empregado na ocorrência do acidente do trabalho, quando por negligência, imprudência ou imperícia concorrer para o evento infortunistico, que, não raro leva a incapacidade ou a morte do trabalhador. É de se ressaltar que o direito brasileiro adota a teoria da responsabilidade objetiva que se funda no pressuposto que o dano existente deve ser ressarcido, independentemente da idéia de culpa do empregador. No entanto, devemos atentar que o empregado deve ser responsável por sua conduta no local de trabalho e fora dele, quando nas situações que caracterizam o acidente do trabalho, agindo com a necessária atenção e cautelas inerentes a atividade desempenhada.

**Palavras chave:** acidente do trabalho; empregado; responsabilidade; conduta; segurança.



## INTRODUÇÃO

O trabalho a ser apresentado trata do tema Acidente do Trabalho, focando a responsabilidade do empregado na ocorrência do acidente do trabalho, quando por negligência, imprudência ou imperícia concorrer para o evento infortunistico, que, não raro, leva a incapacidade ou a morte do trabalhador.

Não se trata de eximir a responsabilidade do empregador, por que esta advém objetivamente do risco da atividade empresarial que deve sempre ser suportado pelo empregador. No entanto, devemos atentar que o empregado deve ser responsável por sua conduta no local de trabalho e fora dele, quando nas situações que caracterizam o acidente de trabalho, agindo com a necessária atenção e cautela inerentes a atividade que desempenha, inclusive exigindo do seu empregador o cumprimento das normas de segurança e condições adequadas de trabalho.

## 2 – HISTÓRICO

A preocupação com a saúde e integridade física do homem somente tornou-se relevante a partir da Revolução Industrial. Até então o trabalho era desenvolvido de forma manual, o que pouco risco trazia ao trabalhador. Com a introdução das máquinas, que dependiam de altos investimentos por parte dos empresários, os trabalhadores se viram submetidos a exaustivas jornadas de trabalho, em ambientes fechados, sem ventilação adequada, ruídos além do limite tolerável, o que trouxe como consequência o aumento dos casos de acidentes, em busca do retorno do capital investido.

Sobre o tema diz Leo Huberman:

As máquinas, que podiam ter tornado mais leve o trabalho, na realidade o fizeram pior. Eram tão eficientes que tinham que fazer sua mágica durante o maior tempo possível. Para seus donos, representavam tamanho capital que não podiam parar tinham de trabalhar, trabalhar sempre. Além disso, o proprietário inteligente sabia arrancar tudo da máquina, o mais depressa possível, era essencial porque, com as novas invenções, elas podiam tornar-se logo obsoletas. Por isso, os dias de trabalho eram longos, de 16 horas. Quando conquistaram o direito de trabalhar em dois turnos de 12 horas, os trabalhadores consideraram tal modificação como uma benção.

### **3 – DEFINIÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO**

O artigo 19, da Lei 8213, de julho de 1991, define acidente de trabalho:

Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho permanente ou temporário.

Esse dispositivo se refere à causalidade direta, pois exige para a configuração do acidente de trabalho que este, além de provocar lesão que impossibilite a continuidade da prestação laborativa, desta decorra diretamente.

### **4 - LEGISLAÇÃO**

No Brasil, apenas em 1919 foi editada a primeira lei a disciplinar o acidente do trabalho, Lei nº 3.724 de 15 de janeiro de 1919, que foi regulamentada pelo Decreto nº 13.498, de 12 de março de 1919.

Atualmente, o acidente do trabalho encontra-se regido pela Lei nº 8.213/91.

A Constituição de 1988 tratou da questão acidentária, dentre os direitos sociais, dispondo em seu artigo 7º, inciso XXVIII:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

O legislador celetista já previu a responsabilidade do trabalhador ao impor ao empregador, por intermédio de normas cogentes, o dever de tomar todas as medidas técnicas para impedir a ocorrência de acidente do trabalho e ao empregado o dever

de observar as normas de segurança e colaborar em ações preventivas, artigos 157 e 158 da CLT, assim dispõem:

Artigo 157: Cabe às empresas:

- I - Cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - Instruir os empregados, através de Ordens de Serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - Adotar as medidas que lhe sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV. Facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente “(art. 157, da CLT).

Artigo 158: Cabe aos empregados:

- I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
- II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

## **5 – CAUSAS DO ACIDENTE DO TRABALHO**

O acidente do trabalho ocorre por duas causas principais: o ato inseguro e a condição insegura.

Ato inseguro é aquele praticado pelo homem, em geral de forma consciente, contrário as normas de segurança.

A condição insegura é a condição de risco que o ambiente de trabalho oferece.

A diminuição destes dois fatores, que são previsíveis, leva a diminuição do número de eventos danosos.

## **6 – O EMPREGADO COMO VÍTIMA, CAUSA E CÚMPLICE DO ACIDENTE DO TRABALHO**

Mesmo quando uma empresa consegue neutralizar totalmente os riscos de acidentes, ainda, assim, terá que enfrentar um problema que de certa forma pode fugir

ao seu controle, que é a postura e o comportamento dos seus empregados quanto às normas de segurança que devam ser seguidas.

O ser humano, diferentemente das máquinas, não pode se regulado, programado para seguir determinado padrão de comportamento. Então, o empregador, terá que também se preocupar com o aprimoramento comportamental e com a postura profissional dos seus empregados.

Mesmo que essa preocupação, na maioria das vezes, busque a produtividade e não diretamente a saúde do trabalhador, ainda, assim, os resultados acabam contribuindo para o melhor desempenho das políticas preventivistas da empresa.

## **6.1 – O TRABALHADOR COMO VÍTIMA**

Vítimas são as pessoas que sofrem algum tipo de agressão à sua integridade física, ou que tem a sua saúde comprometida em razão de estar exposto a ambientes insalubres ou perigosos.

O trabalhador que se ativa na linha de frente da produção da empresa é quem está mais sujeito a ocorrências danosas, pois desenvolve suas atividades nos locais onde os perigos e os riscos estão mais presentes, sujeitando-se, em caso de acidente, desde uma simples escoriação até uma grande mutilação, em locais insalubres, de um simples mal-estar até um mal crônico e, em casos mais graves, ao óbito.

## **6.2 – O TRABALHADOR COMO CAUSA**

Quando o trabalhador pratica ação ou atua de forma contrária às normas de segurança aplicáveis à atividade que exerce e esse comportamento resulta em acidente, causando dano a si próprio ou a terceiros, a essa ação dá-se o nome de ato inseguro. Mesmo tendo atuado de forma insegura por desconhecer o perigo ou estar despreparado para desenvolver aquela atividade, ainda, assim, ele é a causa ou uma das causas do acidente.

Um exemplo de ato inseguro é o do manipulador de materiais que, por decisão própria, deixa de usar luvas apropriadas e indispensáveis à proteção de suas mãos e como consequência acaba se ferindo. Nesse caso, a vítima foi também à causa do

acidente.

Devemos lembrar que um acidente do trabalho, na maioria das vezes é resultado de uma cadeia de fatores causais, entre os quais alguém sempre estará envolvido. Esse alguém, se não for uma das causas, será, no mínimo, cúmplice do evento.

### **6.3 – O TRABALHADOR COMO CÚMPLICE**

Cúmplices são aquelas pessoas que de alguma forma contribuem para que outros venham a sofrer acidentes no ambiente de trabalho. A figura do cúmplice nem sempre é identificada e assim deixa de ter conhecimento do seu envolvimento na cadeia de circunstâncias de uma ocorrência de acidente e continuará a atuar de forma insegura. Essa cumplicidade pode ter ocorrido muito antes do evento. Nesses casos, a cumplicidade é pouco transparente e, por isso, nem sempre identificada.

A cumplicidade pode ser remota e pode se desenvolver em seqüência, como no caso de uma máquina que tenha sido projetada sem os necessários dispositivos de segurança, foi vendida mesmo assim, foi comprada e instalada e causou um acidente ao ser manipulada, todos que participaram dessa cadeia são cúmplices da ocorrência, inconscientemente ou por ignorar o que estão fazendo.

## **7 – COMPROMETIMENTO COM A SEGURANÇA NO AMBIENTE DO TRABALHO**

Independentemente da função desempenhada, quer seja como trabalhador comum, como agente chefia ou como empresário, todos tem obrigação de se portar de forma a prevenir acidentes de trabalho. Acidentes ocorrem por falhas ou condições inseguras nos ambientes em que os trabalhadores se ativam, nos meios e métodos empregados na execução das tarefas e por comportamento ou postura inconveniente das pessoas do ponto de vista da segurança do trabalho. Condições inseguras podem ser prevenidas e se vierem a acontecer devem ser corrigidas; comportamentos inconvenientes ou inseguros não devem ser permitidos, as pessoas devem ser preparadas para comportarem-se de acordo com as normas de segurança referentes à sua atividade.

Diversas posturas devem ser coibidas no ambiente de trabalho. Uma delas é a daquele trabalhador, chamado “cabeça-dura”, que não entende ou que tem dificuldade

em entender que está errado, que seu modo de agir não lhe traz benefício e, em certos casos, pode prejudicar os outros. Se alguém que ocupa um cargo de chefia se comporta de tal forma, pode comprometer a segurança dos seus subordinados e da própria instalação do setor que dirige. Se for um empregado comum poderá vir a ser vítima, causa ou cúmplice de um acidente.

As instruções de segurança e saúde no trabalho não podem ser esquecidas. Assim, aquele que nem sempre, ou quase nunca, se lembra de como deve agir para cumprir as instruções específicas a fim de estar seguro no que faz e não comprometer a segurança dos demais, chamado “cabeça-oca” pode vir a ser, como no caso anterior, vítima, causa ou cúmplice de um acidente.

Aquele que tem comportamento persistente em sentido negativo, “o teimoso” cria condições propícias à ocorrência de acidentes ou que comprometem a sua saúde e a dos outros.

Distrair-se no trabalho, desviando a atenção da tarefa que está sendo executada, é criar condições para erros que podem levar à ocorrência de acidentes.

A curiosidade é uma boa qualidade das pessoas, quando dirigidas à busca de conhecimento e empregada para fins construtivos. Entretanto, é temerária quando empregada de maneira perigosa, principalmente se estiver associada à imprudência. No trabalho, a curiosidade pode ser nociva quando leva alguém a tentar fazer o que não sabe, a operar máquinas ou manipular ferramentas e produtos que não conhece.

O trabalhador que se comporta de maneira “presunçosa”, se considerando mais habilitado que qualquer outro para desenvolver essa ou aquela atividade, sem, no entanto, ter qualquer formação específica ou prática, atua de forma perigosa por vaidade e para satisfazer o seu ego, e poderá dar causa, ser vítima ou cúmplice de ocorrências desagradáveis.

O “displicente”, cria condições que podem comprometer a sua segurança e a de outros com quem trabalha, não se importando com isso. Deixa ferramentas e outros objetos em qualquer lugar, não se preocupa em usar corretamente os EPIs indispensáveis à sua completa segurança, não corrige o modo inseguro que alguns subordinados adotam na execução do trabalho.

A “ingenuidade” é característica de pessoa simples, sem malícia, fácil de serem enganadas e de enganarem-se a si próprias. Um exemplo de ingenuidade tratando-se

acidente do trabalho é pensar que acidentes acontecem por azar ou fatalidade. Acidentes são preveníveis desde que se adotem e se obedeçam às medidas de segurança. Não são inerentes ao trabalho, são anormalidades que podem e devem ser prevenidas. A preservação da segurança e da saúde no trabalho não admite essa ingenuidade.

Em todas as atividades existem os “exibicionistas”. No trabalho, são aqueles que exibem a força e habilidade que possuem, de maneira perigosa. Trabalham em instalações energizadas, equilibram-se em locais levados, comprometendo a sua segurança e dos demais no ambiente de trabalho.

Quase sempre existem “brincalhões” nos grupos de empregados de uma empresa. Nada errado, se souberem manter-se dentro dos limites de segurança no desempenho das suas atividades, sem esquecer que existem outras pessoas no mesmo ambiente, que ele é responsável, também, pela segurança delas.

Mais um incentivo foi criado pelo governo para estimular a prevenção do acidente do trabalho. Segundo notícia veiculada pela Agência Brasil de Notícias (27/04/2007):

Governo dá incentivo financeiro a empresas com menos acidentes de trabalho - Brasília - A flexibilização das alíquotas pagas pelas empresas ao Seguro Acidente de Trabalho é uma das propostas da 3ª Conferência Nacional de Saúde do Trabalhador que já estão vigorando no país. A idéia é reduzir o número de acidentes de trabalho no país, mais de 490 mil por ano, segundo a Previdência Social. Em fevereiro deste ano, o Ministério da Previdência Social publicou decreto estabelecendo novas alíquotas para a contribuição que as empresas fazem para cobrir os custos da Previdência com os acidentes de trabalho, o chamado Seguro Acidente de Trabalho (SAT), que varia de 1% a 3% da folha salarial. Pelo decreto, as empresas que registram menos acidentes de trabalho também pagam alíquota menor do SAT. A partir do decreto, passaram a pagar 1% as empresas com menos acidentes de trabalho e 3% as com maior incidência de acidentes e doenças provocadas pela ocupação profissional. A nova tabela com as alíquotas que cada ramo de atividade deverá pagar sai até o mês de setembro. A tabela das alíquotas não será fixa. Com a criação do Fator Acidentário de Prevenção, as empresas que investirem na prevenção de acidentes de trabalho, em

segurança e saúde do trabalhador, poderão ter desconto de até 50% no valor de sua alíquota. Segundo o assessor da Secretaria Executiva do Ministério da Previdência Social Paulo Rogério de Oliveira, incentivos financeiros oferecidos pelo governo poderão fazer com que as empresas se preocupem mais com a saúde do trabalhador. Ele informou que o Brasil gasta cerca de 4% de seu Produto Interno Bruto (PIB) com acidentes de trabalho, cerca de R\$ 30 bilhões por ano. “A gente espera que a medida vá ter uma forma interna corporis [questão restrita em seus efeitos à sociedade ou instituição que a decidiu] muito grande por parte da empresa, para efetivamente melhorar o ambiente de trabalho. Porque agora ela vai discutir isso no campo econômico, com o contador da empresa e o administrador. A discussão não é mais com o médico”, disse Oliveira. O presidente da Associação dos Portadores de Doenças Ocupacionais do Distrito Federal, Clênio Brito, ressaltou que o crescimento econômico verificado no Brasil por meio do aumento das exportações e da elevação do PIB, veio acompanhado do aumento no número de acidentes de trabalho. Para Brito, é preciso respeitar a capacidade física do trabalhador de produzir e intensificar a prevenção dos acidentes de trabalho. “É muito importante esclarecer o trabalhador que o trabalho produz riscos à sua saúde e esclarecê-lo sobre as doenças ocupacionais, os acidentes de trabalho que giram em torno da sua atividade profissional”. Outro ponto importante, segundo ele, “é realmente cobrar das empresas a prevenção”.

## **8 -CULPA CONCORRENTE DO TRABALHADOR**

Ao adotar as posturas descritas anteriormente, o trabalhador concorre para o evento danoso e preconiza o artigo 945, do Código Civil:

Artigo 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em vista a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano.

No mesmo sentido diz MARIA HELENA DINIZ:

...se o lesado e o lesante concorreram com uma parcela de culpa,

produzindo um mesmo prejuízo, porém, por atos independentes, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso. Não desaparece, portanto, o liame de causalidade; haverá tão somente uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, devida pela metade (RT 221:220, 216:308, 222:187, 158:163, 163:669, 439:112; RF 109:672, 102:575) ou diminuída proporcionalmente (RT 231:513). Haverá uma bipartição dos prejuízos, e a vítima, sob a forma negativa, deixará de receber a indenização na parte relativa a sua responsabilidade.

Hoje, diversos tribunais já decidem admitindo a concorrência do trabalhador para o evento danoso, o que leva à diminuição e em alguns casos ao indeferimento do pedido de indenização.

#### ACÓRDÃO

TRT – 15ª REGIÃO – 6ª TURMA – 12ª CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO

PROCESSO Nº 00595-2005-027-15-00-3 RO

ORIGEM - VARA DE VOTUPORANGA

RECORRENTE: VAGNER RODRIGUES

RECORRIDO: DESTAK INDÚSTRIA COMÉRCIO DE MÓVEIS  
LTDA.

JUÍZA SENTENCIANTE: SANDRA MARIA ZIRONDI PIRANI  
INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CULPA CONCORRENTE.  
ACIDENTE DE TRABALHO.

Cabe indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho ocorrido por culpa concorrente, na medida em que ambos, empregador e empregado, concorreram culposamente para o infortúnio causador da perda de parte do dedo anular esquerdo do operário. O empregado deve operar o maquinário com o dispositivo de segurança ativado; o empregador deve fiscalizar e exigir que o trabalho seja executado dentro das regras de segurança. Quando o acidente de trabalho acontece por imprudência do operário que trava o sistema de segurança da desempenadeira, cujo procedimento é de conhecimento da chefia, que negligentemente tolera tal conduta, ambos acabam concorrendo culposamente para o evento danoso. A culpa concorrente não exime a

empresa de responsabilidade, conquanto dose o valor da indenização devida, eqüitativamente, a teor do art. 945 do CC/02. Recurso do reclamante provido parcialmente.

ACIDENTE DE TRABALHO - Responsabilidade civil - Indenização - Art. 159 do Código Civil e art. 7º inciso XXVIII da CF - Culpa do empregador - Não caracterização - Imprudência da vítima - Recurso desprovido. Agindo o empregado de forma imprudente no uso de máquina moedora de carne, sem tomar as devidas cautelas, qual seja, o uso adequado do protetor (soquete) colocado a sua disposição para sua atividade laboral de forma segura, não há como infligir a culpa do evento ao empregador.”(Processo nº 0085816-2 Ac 6613 - Relator Juiz Fernando Vidal de Oliveira - TJ PR - DJ - PR 10.05.96 - In Binijuris P 850.).

ACIDENTE DO TRABALHO - Incabimento de INDENIZAÇÃO - IMPERÍCIA da vítima caracterizada. Acidente do trabalho. Imperícia da vítima. Não prospera pretensão indenizatória contra a empresa empregadora quando o operário, treinado para a prática de tarefa perigosa, comanda a operação e omite cuidados essenciais que inclusive recomendava aos demais operadores. Apelo improvido.”(TA/RS - Ap. Cível n. 194195400 - 7a. Câ. Civ. - Rel: Leonello Pedro Paludo - j. em 17.05.95 - DJRS 06.10.95, pág. 18. In BONIJURIS 26702).

DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. VÍTIMA FATAL. MARÍTIMO. CULPA EXCLUSIVA DO EMPREGADO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. CULPA CONCORRENTE EVIDENCIADA. INDENIZAÇÕES REDUZIDAS RAZOAVELMENTE. A culpa exclusiva da vítima é excludente da responsabilidade civil do empregador em caso de acidente do trabalho. Somente se caracteriza, contudo, se o evento danoso tiver como única causa negligência, imprudência ou imperícia da própria vítima, sem nenhuma interferência, seja omissiva ou comissiva, do empregador. Conquanto se vislumbre, no caso concreto, imprudência do empregado, moço de convés que após a sua folga retornou alcoolizado ao cais do porto em que se encontrava atracada à embarcação na qual trabalhava,

vindo a cair da escada que dava acesso ao navio, de aproximadamente doze metros de altura, com morte instantânea, constata-se igualmente a negligência decorrente de omissão voluntária do empregador, que não adotou medidas básicas de segurança para a proteção dos seus empregados, notadamente a simples instalação de redes em torno da referida escada. A hipótese, na verdade, é de culpa concorrente, impondo-se à reclamada a obrigação de pagar uma indenização por danos materiais, a título de lucros cessantes, aos filhos menores do falecido, e outra por danos morais, de forma a minimizar a dor psíquica e emocional experimentada pela companheira e seus filhos, observando-se, na valoração do quantum indenizatório, em ambos os casos, o disposto no Código Civil, art. 945. Recurso parcialmente provido.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto foi tratado, tem-se que o acidente do trabalho deve ser visto como uma perda social, empresarial e familiar, além de um transtorno ao próprio trabalhador acidentado.

Muito se tem feito para prevenir eventos danosos à saúde física e mental do trabalhador, através de ações preventivistas, tais como, observar a compatibilidade do serviço a ser executado ao grau de experiência exigido de quem o executará, treinamento e acompanhamento eficazes, planejamento das atividades a serem desenvolvidas, utilização efetiva de equipamento de segurança coletivos, alteração da metodologia aplicada a determinada atividade, ferramentas e máquinas adequadas, eliminação da improvisação, estabelecimento de normas de segurança que sejam efetivamente aplicadas e adequadas às necessidades da organização.

Em contra-partida, muitas são as dificuldades encontradas na aplicabilidade de tais ações, como a visão imediatista dos empresários, a forma de encarar o investimento que se faz necessário, somente como custo e não visualizar o valor que será agregado ao produto, falta de cooperação e comprometimento de todos os membros da organização.

Uma pergunta que merece um esforço redobrado para ser respondida é: Porque continuam ocorrendo tantos acidentes motivados por condutas imprudentes, inobservância das normas de segurança, motivos esses relacionados a postura do

trabalhador, se tantos investimentos tem sido feitos na busca da conscientização do trabalhador sobre a prevenção de acidentes? Uma das respostas possíveis é a de que as orientações e colocações apresentadas aos trabalhadores estão muito distantes e dissociadas da realidade deste trabalhador, o que dificulta sua assimilação.

Seguindo esse raciocínio podemos concluir que de nada adiantam preleções e cartazes se aquilo que se pretende impor não se adequa a realidade do ambiente onde se atua o trabalhador, por exemplo, exige-se uma conduta segura do trabalhador e ao mesmo tempo uma produção incompatível, com utilização de máquinas e ferramentas obsoletas e sob o comando de pessoas que não atuam de acordo com as normas fixadas, que não são exemplo, não se ativam de forma a convencer o trabalhador de que não basta fazer certo e sim fazer o certo. O resultado do esforço será negativo ou parcialmente positivo, o que não é desejável ou suficiente.

Avaliemos, então: as ações no sentido de conscientizar os trabalhadores nesse campo têm sido superficiais ?

Cabe aqui uma análise reflexiva por parte do empregador e do empregado, do binômio segurança x produtividade, entre o que se pretende fazer e aquilo que efetivamente está sendo praticado, sendo necessário uma mudança cultural onde se conclua que não há trabalho tão importante ou urgente que não possa ser feito com segurança, que segurança no ambiente de trabalho não é um modismo e sim uma necessidade.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

CABRAL Jr., E. M. **Acidente do trabalho e contrato a termo**. São Paulo: LTr, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil**. vol. 7, 17. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2003.

LOBO. Irene. **Governo dá incentivo à empresas com menos acidentes de trabalho**. 2007. <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/04/27/materia.2007-04-27>

4522102039/view. Acessado em 28/02/2007.

MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2003

MARTINS, S. P. **Direito da seguridade social**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001

ZOCCHIO, Álvaro. **Vítima causa e cúmplices de acidentes do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

\_\_\_\_\_ **Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região**.  
Disponível em <http://www.trt15.gov.br>. Acessado em 28/08/2007.

\_\_\_\_\_ **Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho – 24ª Região**.  
Disponível em <http://www.trt24.gov.br>. Acessado em 24/07/2007.



# A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN SOBRE O TRABALHO PESSOAL

Eder Dourado de **MATOS**

*Acadêmico de Direito da AEMS*

*Faculdades Integradas de Três Lagoas*

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é dispor acerca da incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN sobre o trabalho pessoal, tema polêmico que, em razão da natureza tributária, é assunto de intermináveis discussões judiciais sobre constitucionalidade da tributação por valor fixo desse contribuinte.

**Palavras-chave:** Tributário – ISSQN – Trabalho Pessoal – Base de Cálculo – Incidência – Lista de Serviços.



# INTRODUÇÃO

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN foi criado no Brasil em 1965 pela Emenda Constitucional 18/65 à Constituição de 1946, em substituição ao Imposto de Indústrias e Profissões.

A competência originária para instituição de tributos é oriunda da Constituição Federal e o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, que é de competência municipal, tem sua previsão constitucional no Inciso III do Artigo 156.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Na prática o texto constitucional autoriza a instituição do tributo por determinado ente da federação, seja ele a união, os estados ou os municípios, mas para sua efetiva exigência é necessário que o tributo seja instituído no âmbito de sua competência pelo sujeito ativo da obrigação tributária, pois sem a criação da norma pelo sujeito ativo o tributo inexistente e não pode ser exigido do contribuinte. Trata-se da materialização da competência tributária, que nada mais é do que a aptidão para criar tributos, legalmente, mas de forma abstrata, indicando todos os elementos necessários para o lançamento como a hipótese de incidência, definição do sujeito passivo, base de cálculo e alíquota.

## 2. O ISSQN SOBRE O TRABALHO PESSOAL

O ISSQN tem como fato gerado a prestação de serviço (obrigação de fazer), como definido pelo Art. 1º da Lei Complementar 106/2003, vejamos

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação

de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Logo, conclui-se que a prestação de serviço é aspecto nuclear da materialidade de incidência do ISSQN, consistindo no negócio jurídico da obrigação de fazer, que difere das obrigações de dar, este campo de incidência do ICMS.

Infelizmente a regra geral do ISSQN não é consolidada em uma só norma, pois, como já relatado sua criação deu-se através do Decreto-lei 406/1968 que no decorrer dos anos sofreu várias alterações e com o advento da Lei Complementar 116/2003 foi parcialmente revogado, mas a definição da base de cálculo do tributo ainda é estabelecida por aquela norma, em seu Art. 9º, vejamos:

**Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.**

Essa é a regra, a incidência sobre valor da prestação, mas há exceções, uma delas é em função do tipo de prestação que emprega material e a outra, objeto desse estudo é o tipo de contribuinte, vejamos o disposto no §1º do mesmo artigo:

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Entendemos que a redação utilizada pelo legislador foi inadequada, tendo em vista que ao usar o termo “alíquota fixa” deu margem para discussões sobre o objetivo da lei real intenção do legislador, pois a alíquota é aplicada sobre uma base de cálculo para a apuração do valor devido, mas esse não é o entendimento predominante. Discorrendo sobre o tributo o Mestre Hugo de Brito Machado arremata a controvérsia brilhantemente:

### **3.5 Base de Cálculo**

*No estudo da base de cálculo do ISS deve-se considerar, em primeiro lugar, o tipo*

*de contribuinte. Em se tratando de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto é fixo, podendo ser diverso em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, não se incluindo, entre esses fatores, a quantia recebida a título de remuneração do próprio trabalho. É isto que, não obstante as impropriedades da sua redação, está dito no art. 9º, §1º, do Decreto-lei n. 406/68. E assim é que o citado dispositivo legal vem sendo entendido pelos diversos Municípios, como se verifica, por exemplo, do art. 59 do Código Tributário do Município do Rio de Janeiro.*

Também já ensinava o saudoso mestre Aliomar Baleeiro, baluarte do Direito Tributário Brasileiro: *BASE PARA O TRABALHO PESSOAL – O dec.-lei n° 406, no art. 9º, estabeleceu três critérios diferentes conforme a natureza dos serviços. Se estes consistirem na prestação de trabalho pessoal do próprio contribuinte, a lei ordinária municipal deverá estabelecer alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço e outros fatores pertinentes. A eleição desses é deixada ao discricionarismo honesto do legislador local, resguardado o art. 153, §4º da C.F. Mas, nestes fatores, não poderá ser contemplado o rendimento auferido pelo trabalhador que, sob esse ponto de vista, só poderá ser tributado pelo imposto federal adequado (C. F., art. 21, IV). Essa cláusula evita a superposição do imposto de serviços sobre o imposto de renda, sob o fundamento de que o primeiro apenas tomava para base de cálculo a receita bruta, inconfundível com a renda líquida sujeita ao último.*

*O art. 9º, §1º, mencionando “alíquotas”, emprega palavra sinônima de fração, que, então, seria calculada sobre um valor qualquer. Parece que não é esse o pensamento do legislador do CTN, porque, a contrário senso da cláusula final desse dispositivo, não se tomará como base a renda ou remuneração. No artigo imposto de indústria e profissões, que, em certa época, se inspirou nas patentes francesas, o tributo era escalonado ou graduado pelo valor do aluguel do local onde se exercia a atividade, número de empregados, etc. Mas se o §1º do art. 9º do dec.-lei n° 406 refere-se ao trabalho pessoal do próprio contribuinte, não cabe o cômputo do número de trabalhadores. Há, ainda, a considerar que o trabalhador pode não ter estabelecimento fixo (art.8º caput). Obs. Remissões à C.F. de 1967*

Com a pacificação do entendimento o imposto passou a ser exigido

em valor fixo, quando o serviço era prestado pessoalmente pelo contribuinte, assim entendido o trabalhador autônomo e o profissional liberal, que atuam sem vínculo empregatício e utilizam de seu ofício para obter rendimento para subsistência, sem qualquer organização empresarial para a consecução de seu objetivo.

Com a promulgação da nova ordem constitucional em 1988 veio a baila outra controvérsia, a discussão sobre a recepção dos parágrafos 1º e 3º do art. 9º do Decreto-lei 406/1968. O Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição, pacificou o assunto o STF através da edição da Súmula 663, com o seguinte enunciado:

Súmula 663

OS §§ 1º E 3º DO ART. 9º DO DECRETO-LEI 406/1968 FORAM RECEBIDOS PELA CONSTITUIÇÃO.

Logo não há qualquer dúvida sobre a correta exigência do tributo quando o fato gerador ocorrer com o trabalho pessoal do próprio contribuinte. Nesta hipótese de incidência o valor do tributo exigido deverá ser fixo, podendo variar em função da atividade por ele exercida, pois respeitando o princípio constitucional da igualdade, o trabalhador qualificado, com formação superior, deve recolher o tributo em valor maior que um trabalhador braçal ou sem formação profissional específica.

Com essa interpretação, que julgamos correta, o ISSQN é exigido nas maiores cidades do país, entre elas São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, entre outras.

O imposto é fixado para o contribuinte em função da atividade por ele exercida, mas é exigido igualmente de todos os contribuintes daquela atividade, seja qual for o valor por ele recebimento nas suas prestações, pois de outra forma, como já alertava Aliomar Baleeiro, o ISSQN incidiria sobre a renda, base de cálculo do Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, haveria então a bi-tributação, vedada pela Constituição Federal.

### **3. O TRABALHO PESSOAL NA SOCIEDADE SIMPLES**

Quando diversos profissionais se agrupam para exploração de atividade profissional de forma pessoal, constituem a chamada sociedade simples ou sociedade

uniprofissional.

Com efeito, a prestação de serviços pode ser executada tanto por uma sociedade empresária como por uma sociedade simples. Para diferenciarmos uma da outra vamos nos socorrer dos ensinamentos de saudoso mestre Miguel Reale.

Tanto a sociedade simples como a empresária podem constituir-se para prestação de serviço, mas, a meu ver, na primeira, a palavra “serviço” corresponde à própria profissão exercida pelo sócio. Na sociedade empresária, ao contrário, os serviços são organizados tendo em vista a sua produção ou circulação, dependendo da finalidade visada. É o que se dá quando uma empresa é organizada para a prestação de serviços, como, por exemplo, os de transmissão ou distribuição de energia elétrica, ou de transporte.

Estabelecida a natureza jurídica da sociedade simples, verificamos que ela constitui o tipo geral aplicável no caso de se objetivar uma reunião associativa para prestação de serviço pessoal, a qual pode ter o maior espectro, desde a categoria dos pedreiros até a dos advogados ou engenheiros.

Como bem destaca o saudoso mestre, a sociedade simples explora o trabalho pessoal de seus sócios, ou seja, não há organização empresarial para a prestação de serviços, ao contrário da sociedade empresária, onde a prestação de serviços é organizada de maneira empresarial, na execução dos seus objetivos não a a relação pessoal sócio e tomador de serviços.

No caso das sociedades simples, onde repisamos, o trabalho é pessoal do sócio, o ISSQN não poderá ser exigido sobre o faturamento, deverá ser cobrado da sociedade multiplicando o número de sócios pelo valor devido por cada um deles, vejamos o disposto no §3º do Art. 9º do Decreto-lei 406/1968:

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. (Redação dada ao parágrafo pela Lei Complementar nº 56, de 15.12. 1987)

Com a edição da Lei Complementar 116/2003 surgiu uma discussão sobre a revogação do referido §3º do Decreto-lei 406/1968, tendo em vista que a nova lei

revogou o inciso V do art. 3º do Decreto-lei 834/69.

Esta situação não é tranqüila, tendo em vista que não houve revogação expressa do §3º do Decreto-lei 406/1968, como determina o Art. 9º da Lei Complementar 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e acresce considerar que a revogação integral do Art. 9º do Decreto-lei 406/1968 constava no Art. 10 da Lei Complementar 106/2003, sendo suprimido pela aprovação do requerimento nº 555 do Senador Fernando Bezerra.

Nota-se que o legislador teve a intenção de manter a forma de cobrança do trabalho pessoal ao impedir a revogação do Art. 9º do Decreto-lei 406/1968, com isso permanece vigente também o disposto no §3º do referido artigo.

Admitir o contrário, seria, neste caso, não respeitar o princípio constitucional da igualdade, pois, na sociedade simples a união e de trabalho não é de capital, logo o trabalho não deixa de ser pessoal. A reunião em sociedade pode ocorrer por diversos motivos, que vão desde a minimização dos custos de operação até a aquisição em grupo de equipamentos para a execução de seus ofícios, geralmente de custos elevados, podemos citar como exemplo nos casos dos engenheiros a aquisição de equipamentos de informática, softwares específicos para a área e impressoras especiais para impressão em grandes formatos, nos casos dos advogados as bibliotecas jurídicas, nos casos dos médicos os equipamentos para diagnósticos, etc.

Logo, na sociedade simples a prestação de serviços é de caráter pessoal da mesma forma que o trabalhador autônomo, não havendo, neste caso, motivo para tratamento desigual.

## **CONCLUSÕES**

A questão é de justiça fiscal. Não se pode pretender tributar o trabalhador na mesma medida do empresário, pois, a o princípio constitucional da igualdade não estaria sendo respeitado.

Outro fator relevante para a análise da questão é o princípio da capacidade contributiva estabelecido pela Constituição Federal, no §1º do Art. 146, vejamos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária,

especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Logo, tributar o trabalho pessoal sobre seu faturamento seria uma grande injustiça fiscal, pois enquanto um trabalhador empregado regido pela CLT tem direito a jornada de trabalho regulada por lei e remuneração das horas extraordinárias, férias com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o trabalhador autônomo ou liberal não tem direito a nada disso, depende de seu próprio esforço para obtenção de seu rendimento.

Do posto de vista social, podemos afirmar que em sua grande maioria os trabalhadores autônomos são os antigos empregados, agora desempregados que não conseguem nova colocação no mercado de trabalho.

Já em relação a tributação de seus rendimentos, as duas categorias tem seus rendimentos tributados pelo Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, mas somente o autônomo ou liberal é tributado pelo ISSQN.

Logo podemos concluir que a situação do trabalhador autônomo em relação àquele trabalhador empregado é de desvantagem, sejam em relação aos direitos trabalhistas, seja em relação à sua tributação.

No caso da sociedade simples, a desvantagem dos seus sócios também não é pequena, pois na condição de empregados também teriam todos àqueles direitos do trabalhador comum e em alguns casos como os médicos, advogados e outros profissionais de maior qualificação teriam ainda direito a jornada de trabalho reduzida a quatro horas diárias, enquanto a sociedade muitas vezes é formada para atender exigência de seus tomadores de serviços que evitam o vínculo empregatício e a contribuição previdenciária de 20% sobre o pagamento à autônomos, contribuição essa assumida pelo trabalhador sócio da empresa.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro 9ª Edição**. Rio de Janeiro: Forense, 1977;

CARVALHO, Rubens Miranda de Carvalho. **ISS A Lei Complementar nº 116/03 e**

**a Nova Lista de Serviços.** São Paulo: MP Editora, 2006;

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 19ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2001;

MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – Aspectos Teóricos e Práticos.** 4ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005;

MELO, Omar Augusto Leite. **Tributação “Fixa” do ISSQN após a Lei Complementar nº 116/03.** São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário nº 99, 2003;

REALE, Miguel. **A sociedade simples e a empresária no Código Civil.** O Estado de São Paulo, São Paulo, 27 de setembro de 2003. Pág. A2.

# A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E A LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS

Wender Disney da **SILVA**

*Acadêmico de Direito da AEMS*

*Faculdades Integradas de Três Lagoas*

**Resumo:** Busca-se neste artigo fazer um breve estudo sobre a limitação dos créditos trabalhistas a cento e cinquenta salários mínimos imposta pela Lei nº 11.101 de 11 de fevereiro de 2005 que trouxe um novo sistema falimentar no ordenamento jurídico pátrio. Destaca-se o questionamento sobre a aplicação do princípio da isonomia sobre o tema.

**Palavras-chave:** Falência, Nova Lei de Falências, Créditos Trabalhistas, Limitação, Isonomia.



## **INTRODUÇÃO**

O legislador de 2005 buscou adequar ao ordenamento jurídico a temática envolvendo o instituto da falência e extinguindo a concordata. No lugar desta, foram criados os institutos da recuperação judicial e a recuperação extrajudicial de empresas. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, desse modo, a preservação da empresa, da sua função social e o estímulo à atividade econômica. Diferente da concordata, onde a lei determinava parâmetros para a negociação de dívidas, ficando os credores limitados a uma atuação secundária.

Como inovação, a Nova Lei de Falências trouxe o instituto da recuperação extrajudicial, onde o devedor que preencher os requisitos legais (iguais aos exigidos no pedido de recuperação judicial) pode propor e negociar com os seus credores o plano de recuperação extrajudicial, gozando de eficácia jurídica uma vez homologado judicialmente após a concordância de ao menos 3/5 dos credores de cada espécie de crédito.

Entretanto, este trabalho busca abordar a principal polêmica trazida pelo novo diploma legal, pois o legislador optou por limitar os créditos trabalhistas a cento e cinquenta salários mínimos por credor. Utilizando-se do princípio da isonomia como fundamentação, há aqueles que defendem e outros que questionam a constitucionalidade dessa limitação.

## **LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA FALÊNCIA**

O artigo 83, I da Lei 11.101/05 impõe a limitação dos créditos trabalhistas. Buscou o legislador privilegiar estes créditos ao colocá-los em primeiro lugar na classificação dos créditos no citado artigo. Entretanto, optou-se por criar tal limitação sob o argumento de coibir eventuais abusos de sócios que se colocam como credores trabalhistas da sociedade insolvente e redução dos juros bancários, vez que os créditos

dos titulares de direito real em garantia estariam imediatamente após os créditos trabalhistas. Desse modo, com a limitação dos créditos trabalhistas haveria uma redução do risco das instituições financeiras em reaver seus créditos, pois a redução dos riscos tem reflexos diretos na redução dos juros bancários.

Dentre aqueles que defendem e os que criticam a medida, ambos se fundamentam no princípio constitucional da isonomia para defender a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da citada restrição aos créditos dos trabalhadores.

## **O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FUNDAMENTO À CONSTITUCIONALIDADE**

O princípio da isonomia é dividido em acepção formal, onde todos são iguais perante a lei e acepção material, onde os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, na medida em que se desigualam. Disso decorre a importância do privilégio dado aos créditos trabalhistas, que em razão do caráter alimentar dos créditos e de sua condição financeira desfavorável são os primeiros a receber no processo de falência. Os que defendem a constitucionalidade, argumentam que a limitação se impõe pelo fato de existirem outros credores a receber e de que há uma desigualdade dentro da classe dos trabalhadores, com salários diferenciados o que justificaria a limitação com base no princípio da isonomia.

## **O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FUNDAMENTO À INCONSTITUCIONALIDADE**

Aqueles que se posicionam pela inconstitucionalidade da aludida limitação, justificam sua posição ante o caráter alimentar das verbas trabalhistas o que por si só justificaria sua posição privilegiada afastando, assim, a sua limitação. Argumentam ainda que a igualdade contida na Carta Magna também é ofendida, pois os desiguais devem ser tratados desigualmente, não havendo nada que autorize tal limitação, ou seja, tal posição não encontraria respaldo com a acepção material contida no princípio da isonomia.

## CONCLUSÃO

Verifica-se que ambas as correntes, mesmo que diametralmente opostas, utilizam-se do mesmo argumento (princípio da isonomia) para sustentar suas posições ante a limitação dos créditos trabalhistas trazida pela Lei 11.101/05.

Entretanto, fica claro que a intenção do legislador passou ao largo de proteger os trabalhadores, ao impossibilitar que estes tenham os seus créditos adimplidos na integralidade.

Também é ilusão acreditar que o valor de cento e cinquenta salários mínimos seja um valor satisfatório, pois os créditos trabalhistas possuem natureza alimentar o que por si só justifica seu recebimento antes dos demais credores. Tal restrição implica ainda em ofensa direta ao princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de falências e concordatas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, 31 de jul. 1945.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Institui a lei de falências e recuperação de empresas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, 9 de fev. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Comentários à nova lei de falências e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101, de 9-2-2005).** São Paulo: Saraiva, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.



# DO ERRO MÉDICO

Gesus **GRECCO**

*Advogado,*

*Especialista em Direito Penal e Processual Penal*

*Mestre em Direito*

*Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

Antonio Dozinete de **OLIVEIRA**

*Discente do 10 período do Curso de Direito da UNILAGO*

**Resumo:** Embora a ciência médica tenha evoluído consideravelmente, tanto no campo do diagnóstico quanto da medicina curativa, com o desenvolvimento de aparelhos e de alta tecnologia, paira sobre ela uma aura de romantismo, na qual o médico ainda é visto como um sacerdote, agraciado com o dom da perfeição. A figura do médico sempre foi vista como alguém que não podia ser responsabilizado por qualquer de seus atos, uma vez que, sua função era revestida de caráter religioso, dando-se a Deus tudo o que se referia à saúde e à morte. O médico era visto como um amigo e conselheiro da família, daí porque não se duvidar dos seus serviços prestados. Assim, caso ocorra algum erro durante um tratamento ou cirurgia, seja por imperícia, negligência ou imprudência, é dever desse profissional indenizar a vítima ou a sua família, quando ocorre o evento morte ou lesão grave, além de responder criminalmente por estes crimes.

**Palavras-chave:** medico; erro; diagnostico.



## 1.1 CONCEITO JURÍDICO

Por ser um tema bastante controvertido no meio jurídico, no qual muitos estudiosos empregam esforços para a sua correta definição, o erro médico apresenta-se aos operadores do direito não somente como uma realidade de difícil definição, mas, ao mesmo tempo, como um fato que para ser provado requer uma difícil empreitada.

No vernáculo, o vocábulo erro apresenta grande sinonímia, a saber: “1. Ato ou efeito de errar. 2. Conceito errado ou juízo falso. 3. Incorreção. 4. Culpa, falta”.

Conforme lição de Júlio César Meirelles Gomes:

Erro médico é a conduta inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. Erro do médico sugere qualquer desvio do médico das normas de conduta dentro ou fora da medicina, com dano ou sem ele. Não há erro médico sem dano ou agravo à saúde de terceiros. Isto é definitivo.

Genival Veloso de França, define o erro médico como “uma forma atípica e inadequada de conduta profissional que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente”.

Hildegard Taggesell Giotri define erro médico como sendo “[...] uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”.

Temos que o erro médico é a falha do médico no exercício da profissão por inobservância de alguma norma. Do ponto de vista médico, pode-se dizer que o erro médico:

É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.

A conduta do médico profissional que gera a responsabilidade cível ou penal consiste em uma ação ou omissão culposas.

Para que se configure o erro médico, há que se que confrontar o ato realizado com as condutas recomendáveis pela literatura médica, a fim de se averiguar se houve ou não o perfeito enquadramento do primeiro às segundas. De acordo com Miguel Kfourri Neto, “rotineiramente, utilizam-se três autores consagrados. Se a técnica utilizada pelo médico foi semelhante à preconizada nos compêndios, não houve transgressão de normas técnicas; se for diferente, e o mau resultado decorreu dessa técnica, houve transgressão [...]”.

Com base no escólio de Aníbal Bruno, Delton Croce e Delton Croce Júnior lecionam que o erro profissional ou escusável:

Não é devido à falta de observação das regras e princípios que a ciência sugere, e sim devido à imperfeição da Medicina – arte despida de precisão matemática – e à precariedade dos conhecimentos humanos: há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras de sua ciência, chega a uma conclusão falsa, ainda que daí advenha um resultado de dano ou de perigo [...]. A não ser que se trate, evidentemente, de erro grosseiro.

“Todavia, há que se considerar, desta forma, que o erro médico pode ser escusável ou não, o que pode, respectivamente, isentar ou gerar a responsabilidade civil ou penal”.

Sobre a escusabilidade do erro, Orlando Gomes entende que:

O erro deve ser essencial e escusável [...] um erro inescusável seria equivalente à má-fé. Grande parte da doutrina não considera a escusabilidade um requisito configurativo do erro, mas se procura justificá-la modernamente à proteção da confiança. A tutela da declarante deve ser restrita às hipóteses em que a falsa representação possa ser feita por uma pessoa de normal diligência.

Assim sendo, segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior, o erro escusável deve

apresentar os seguintes elementos:

1. Que o médico assistente não se tenha havido com culpa em qualquer modalidade: negligência, imprudência, imperícia;
2. Que a má resultância seja conseqüente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico;
3. Que no estabelecimento desse diagnóstico tenham oportunamente sido utilizados meios e métodos amiudadamente empregados;
4. Que a terapia clínica e/ou cirúrgica seja habitualmente utilizada para o diagnóstico formulado;
5. Que o evoluir do caso tenha-se processado dentro das expectativas.

Como exemplo de erro profissional ou escusável, pode-se citar a morte de parturiente em decorrência de acontecimento casual, fortuito, imprevisto, em anestesia geral ou em anestesia peridural, considerado inevitável pela literatura médica.

Há uma corrente doutrinária, liderada por Klotz, que entende que os erros médicos têm uma função de estímulo à pesquisa, as quais visam evitar que os mesmos se repitam no futuro, impedindo, deste modo, o que ele denomina de analgesia da rotina, mal que afeta a todos os profissionais médicos. Assim sendo, os erros levariam os profissionais a questionar as técnicas então existentes, muitas vezes consolidadas pelo costume, não obstante não serem benéficas, levando, dessa forma, ao aperfeiçoamento da ciência, o que sempre seria algo proveitoso.

No entanto, pela simples razão de o médico ter um diploma, não é eximido do seu estado de falibilidade e os tribunais não são leigos nem incompetentes para julgar as falhas médicas, pois, quando os juizes as avaliam, manifestam-se depois de ouvirem os próprios médicos, os peritos, que são na verdade, os olhos da lei.

De acordo com Delton Croce e Delton Croce Júnior:

Há um salutar princípio jurídico que, objetivando resguardar os interesses, os direitos e as obrigações do homem no seio da sociedade, estabelece a todo indivíduo mentalmente sadio e capaz a obrigação de

responder por prejuízos cometidos a outrem, por meio de dolo ou da atuação negligente, imperita ou imprudente [...].

Acerca da responsabilidade dos profissionais citados, Celso Beviláqua leciona que:

[...] o direito exige que esses profissionais exerçam sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e dos fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem; e esse dever de possuir sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a Lei, repressiva, lhe pune as infrações.

Compete saber, conforme ensina Delton Croce e Delton Croce Júnior, que:

Para que o médico seja chamado à responsabilidade, civil ou criminal, é necessário que o dano ou prejuízo tenha advindo exclusivamente por culpa, ou seja, por negligência, imperícia ou imprudência, e não por dolo, que é a direta intenção de produzir o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, posto que, nesse caso, responderá ele fora de sua profissão, como qualquer cidadão seja qual for a natureza de seu mister.

Genival Veloso de França adverte da necessidade de se distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do resultado incontrolável. O autor ensina que:

O erro médico, no campo da responsabilidade, pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios ou condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória. No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser

previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar. Por outro lado, o resultado incontrolável é aquele decorrente de situação incontrolável, uma situação grave, ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução em que as condições atuais não oferecem solução. Por isso o médico assume um compromisso de prestar meios adequados, de agir com diligência e de usar todos seus conhecimentos na busca de um êxito favorável, o qual nem sempre é certo. Assim nem todo mau resultado é um erro médico.

Quando o erro médico for abordado do ponto de vista moral, ainda segundo Genival Veloso de França:

A responsabilidade é da competência dos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), através de processos ético-disciplinares, segundo estipulam o art. 21 e seu parágrafo único da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958.

Os processos ético-profissionais são os instrumentos de que dispõem os Conselhos Regionais de Medicina para punir moral e administrativamente os seus jurisdicionados, ainda que estes já estejam respondendo ou já tenham sofrido uma sanção civil pela condenação à reparação do dano causado ou da sanção penal via ação criminal regularmente instaurada e na qual venham a ser julgados culpados.

## **1.2 Tipos específicos de erro médico**

Feitas as considerações iniciais acerca do tema em comento, passar-se-á, neste momento, a tratar sobre os tipos específicos de erro médico, a saber: erro de diagnóstico; erro de tratamento e erro do paciente.

### **1.2.1 Erro de diagnóstico**

Os diagnósticos clínicos, de uma maneira geral, apresentam uma clara fragilidade no que tange à sua segurança, pois até hoje são desconhecidas as causas de um terço

das doenças já catalogadas. Por esta razão, um diagnóstico para ser exato tem que ser genérico. Entretanto, mesmo não dispondo de uma certeza frente à etiologia da doença apresentada pelo paciente e, portanto, trabalhando com probabilidades, o médico não pode incorrer em erro de conduta.

Segundo Miguel Kfoury Neto:

Diagnóstico consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente. Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado.

Tal juízo, segundo o mesmo autor, deve ser precedido de algumas providências, reunidas em dois grupos e sem as quais não há que se falar em certeza diagnóstica, quais sejam:

a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença - e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica.

Tecnicamente falando, diagnosticar é identificar e determinar a doença que o paciente possui. O adequado tratamento à moléstia que sofre o doente depende de um correto diagnóstico. Não obstante, o erro não intencional pode ocorrer durante o processo de elaboração diagnóstica ou na fase terapêutica.

A etapa diagnóstica pode ser dividida em três etapas: a primeira é a obtenção da história clínica; a segunda é a observação dos sinais do exame físico; e a terceira é a análise dos exames complementares. Assim, havendo erro no diagnóstico, a cura do paciente fica comprometida, podendo, conforme o caso, gerar danos irreversíveis ao mesmo.

O ato de diagnosticar não se configura em uma operação com precisão matemática. Por tal motivo, é de extrema dificuldade a avaliação da ocorrência de erro, posto adentrar em campo estritamente técnico, que sofre influência de diversos fatores, tais como os meios de que dispõe o facultativo para a análise do enfermo, as peculiaridades que envolvem cada paciente - posto que há inegáveis diferenças entre os seres humanos do ponto de vista orgânico, as quais podem influenciar na cura, como a reação a determinados medicamentos, a capacidade de convalescer de cada um, dentre outros -, bem como a própria fase evolutiva em que se encontra a ciência - haja vista existirem doenças que a ciência médica sequer pode, atualmente, identificar com precisão todos os seus sintomas. Isto, com certeza, dificulta enormemente a apreciação judicial, porque não se pode admitir em termos absolutos a infabilidade médica.

Deste modo, Miguel Kfoury Neto conclui que erro de diagnóstico:

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso ao mesmo. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja por completo grosseiro. Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado.

Portanto, se o erro for grosseiro ou, se em virtude da alta especialidade do médico for dele esperado o conhecimento de determinada moléstia, deverá o mesmo ser responsabilizado pelo diagnóstico falho, o qual pode conduzir à não identificação da doença ou à identificação de doença inexistente ou distinta da existente.

Conforme Rui Stoco, “o erro de diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro”.

## **1.2.2 Erro do tratamento**

O tratamento tem início após o diagnóstico, posto que é neste que a doença é identificada e determinada.

Consiste o tratamento na fase em que o médico utiliza-se dos meios a sua disposição

“para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor”, devendo ser redobradas a prudência e a assistência para com o enfermo, já que é nesse momento em que são realizadas as intervenções sobre o próprio corpo do paciente, seja através de cirurgias, seja por meio de medicamentos.

Para Francisco Carlos Távora de Albuquerque Caixeta:

O erro no tratamento sobrevirá tanto de forma direta, como o erro na execução de uma cirurgia, por exemplo, como também de maneira indireta, como é o caso das infecções hospitalares, provocadas por problemas com higiene e/ou descuido na utilização dos equipamentos.

De acordo com Luiz Augusto Coutinho, neste momento “[...] a imperícia ou imprudência podem ocorrer na escolha de uma terapêutica inadequada, como, por exemplo, o equívoco na prescrição de remédios, ou até mesmo a imprecisão no procedimento cirúrgico”.

A relação entre médico e paciente se faz pela obrigação de dar a este um tratamento adequado, ou seja, um tratamento de acordo com as condições específicas e circunstanciais de cada caso, além da obrigação de diligência, comum ao profissional da medicina. Nesse sentido, Francisco Carlos Távora de Albuquerque Caixeta aponta que:

O tratamento é a fase em que a perícia médica deve ser avaliada de forma objetiva, uma vez que, se o diagnóstico muitas vezes não pode ser perfeito pelo insuficiente grau de desenvolvimento da medicina, na fase de tratamento o facultativo tem o dever de observar constantemente como o paciente reage à intervenção médica, podendo comprovar que seu diagnóstico foi ou não correto, face à recuperação ou piora do estado de saúde do enfermo. Uma vez comprovado o erro profissional, seja de diagnóstico ou de tratamento, e se o mesmo acarretou ao paciente alguma espécie de dano, a responsabilidade civil do médico torna-se certa, cabendo ao doente ou aos seus familiares, se for o caso, pleitear judicialmente a reparação que o direito lhes assegura.

### 1.2.3 Erro imaginário do paciente

Vale ressaltar ainda a diferença entre o erro médico do resultado não satisfatório na concepção do paciente. Este é o denominado erro imaginário, ou seja, erro de interpretação ou erro do próprio paciente, vez que o erro médico é aquele que decorre de imperícia, imprudência e negligência.

De acordo com Hildegard Taggesell Giostri:

Há, da parte do paciente, uma expectativa bastante grande em relação ao trabalho de seu médico, haja vista que ele está a laborar no que lhe é mais precioso: a sua vida e a sua saúde. Importa salientar, porém, [...], que freqüentemente o paciente confunde a não realização de suas expectativas com um erro médico, sendo que “uma grande parte dos casos tidos pelos pacientes ou familiares como erro, decorre da incompreensão sobre o que lhe foi dito, ou do que não foi adequadamente entendido”. [...] o relacionamento entre médico e paciente não foge das dificuldades normais do conviver, onde cada um imagina a si próprio de uma certa maneira, que é diferente daquela que realmente é, sendo também diversa da que o outro o imagina.

No erro imaginário o paciente não se conforma com o resultado, pois ao seu ver, tinha que ficar perfeito, do jeito que imaginava. É um inconformismo que não se funda na realidade. Nesse sentido, Irany Novah Moraes aponta que o malogro de resultado, às vezes atribuído como culpa do médico, decorre do inconformismo do paciente com a realidade e a limitação da medicina. O paciente, tendo em vista suas expectativas, tende a fantasiar um resultado e se o resultado não é obtido ele se sente frustrado. Quando os resultados não correspondem às expectativas do paciente, este fica cheio de dúvidas. O autor denomina, assim, de erro imaginário aquele que é atribuído equivocadamente ao médico, quando na realidade não é sequer erro.

Dos pacientes que buscam a perfeição no seu corpo, pode-se verificar que se encontram as pessoas com tendência a não aceitação do resultado de uma cirurgia plástica. Sendo assim, dentro deste grupo é que se encontram a maioria dos pacientes que se sentem vítimas de erro médico, sem o ser na verdade, pois são vítimas de sua

própria mente que projeta um erro num resultado cirúrgico.

Nesse sentido, válida é a lição de Edmundo Machado Ferraz, ao dizer que:

Quando um tratamento médico ou uma cirurgia realizada em um paciente não apresenta bons resultados é freqüente a dúvida seguida da indagação do paciente ou de sua família se o insucesso foi um mau resultado do procedimento ou decorrente de um erro médico. O tratamento médico, particularmente o cirúrgico não é isento de risco. Qualquer cirurgia realizada em um paciente tem um componente de risco, inclusive a cirurgia estética que tem um agravante de ser realizada em pessoa normal, que não é portadora de doença. O risco pode ser de mortalidade e/ou de morbidade, ou seja, complicações inerentes ao procedimento que podem ser classificadas em leves, moderadas ou graves quando importam em risco de vida do paciente. As complicações podem ainda ser consideradas como precoces ou tardias, independente de sua gravidade. Consideram-se complicações imediatas as que ocorrem até 30 dias do tratamento cirúrgico, mesmo que o paciente esteja em sua residência, e as tardias após esse prazo.

## CONCLUSÃO

Por último, há que ser levado em consideração a importância dos dados fornecidos pelo cliente ao seu médico, no momento da anamnese, ou seja, do relato histórico de suas queixas. Se o diagnóstico consiste na emissão de um juízo acerca do estado do paciente, depois de efetuadas todas as avaliações, cumpre salientar que a primeira e importantíssima fase dessa avaliação se inicia com base nas informações dadas pelo paciente, o que vai determinar não só a medicação a ser prescrita, como os exames laboratoriais a serem pedidos, bem assim todo o procedimento do profissional a partir de então.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BEVILÁQUIA, Celso. **Direito das obrigações**. 9 ed. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1957.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **Erro médico: responsabilidade civil médica em cirurgia plástica**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4490>>. Acesso em: 16 out. 2007.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade penal do médico**. Curitiba: Juruá, 2006.

CRM – Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina. **O erro médico**. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/Regional/crmsc/manual/parte3d.htm>>. Acesso em: 15 set. 2007.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERRAZ, Edmundo Machado. **Complicação ou erro médico?** Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões. Rio de Janeiro, v. 33, n. 4, p. 205-206, jul./ago. 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Responsabilidade civil dos médicos**. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 55, p. 116-139, 1992.

FRANÇA, Genival Veloso de. **A perícia do erro médico**. Disponível em: <[http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo\\_10.htm](http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_10.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. **Anestesia: obrigação de meio ou de resultados?** Disponível em: <[http://www.ibemol.com.br/sodime/artigos/obrigacao\\_meio\\_resultado.htm](http://www.ibemol.com.br/sodime/artigos/obrigacao_meio_resultado.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de ética médica**. Rio de Janeiro: Guanabara

Koogan, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito médico**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2007.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Irani Novah. **Erro médico e justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e a interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAMPIERI JÚNIOR, Sidney; ZAMPIERI, Alessandra Moreira. **Erro médico: semiologia e implicações legais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1866>>. Acesso em: 16 set. 2007.

## **NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA**

A Revista Direito e Sociedade da AEMS é uma publicação semestral de artigos próprios da Ciência Jurídica, elaborados por professores e alunos dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, das Faculdades Integradas de Três Lagoas, MS. Tem por objetivo a disseminação do conhecimento e o estímulo à pesquisa e produção científica, de modo a contribuir para o desenvolvimento regional.

Os interessados em publicar os seus artigos neste periódico deverão elaborar um texto entre 08 e 25 páginas, respeitada a seguinte formatação:

- a) formato A 5 ;
- b) margens: superior 2,5cm; inferior 1,5cm; esquerda 2cm, e direita 1cm ;
- c) fonte Arial;
- d) corpo 10 ;
- e) espaçamento normal, ou seja, 1,5.

O texto do artigo deverá seguir a seguinte estrutura: título centralizado e nome(s) do(s) autor(es) alinhados à direita. O resumo poderá ter um máximo de 15 linhas e as palavras-chave, de três a seis vocábulos. A seguir, deve constar a introdução, o desenvolvimento do conteúdo, ao final, as conclusões, eventuais notas e as referências, conforme as normas atuais da ABNT. As notas devem constar após as conclusões e antes das referências, ou seja, as citações não deverão ser registradas em rodapé. Em regra, agradecimentos não serão publicados.

Satisfeitas estas exigências, os artigos poderão ser encaminhados a Coordenação do Curso de Direito, em texto impresso e em mensagem eletrônica, para a avaliação do Conselho Editorial. Na mensagem o autor do artigo deverá autorizar a publicação de seu texto, o qual será submetido à apreciação do Conselho Editorial da Revista do Curso de Direito, das Faculdades Integradas de Três Lagoas. Serão preferidos os trabalhos sobre temas atuais, inéditos e relacionados aos problemas regionais, conforme a ordem cronológica de apresentação.