



**Destaques
desta Edição:**

Artigos Jurídicos

O Dever de Indenizar das
Empresas de Transporte 02

A Exclusão do Sócio por Falta
Grave na Sociedade Limitada
Através de Simples Alteração
do Contrato Social 04

A Responsabilidade do
Médico - Iatrogenia e Erro
Profissional.05

A Implementação do Ponto
Eletrônico 09

Responsabilidade Civil do
Empregador pelos Danos
Advindos do Acidente do
Trabalho..... 10

Pagamento "Por Fora"... 11

Prevenção Advocatícia... 11

Editorial

Prezados Leitores,

Nesta primeira edição de 2.011, o Informativo SCB traz artigos de diversas áreas do direito de empresa, que possam contribuir ou auxiliar no cotidiano das pessoas.

Mas, antes de falar um pouco sobre os artigos jurídicos, gostaríamos de trazer uma notícia recente, que foi muito veiculada e objeto de diversas discussões na mídia em geral e nas instituições jurídicas.

Foi publicado no dia 28 de fevereiro o deferimento de medida cautelar pelo Ministro Marco Aurélio do STF, para suspender ato do Conselho Nacional de Justiça, que afastou por dois anos o juiz Edilson Rodrigues, citado por ter feito considerações contrárias à lei Maria da Penha e às mulheres.

A decisão do CNJ resultou na imposição da pena de disponibilidade compulsória, por considerar a conduta discriminatória "análoga à do crime de racismo". No entanto, para o Ministro Marco Aurélio, "entre o excesso de linguagem e a postura que vise inibi-lo, há de ficar-se com o primeiro, pois existem meios adequados à correção, inclusive, se necessário, mediante a riscadura- artigo 15 do Código de Processo Civil".

Verifica-se que o citado artigo 15 do CPC refere-se à proibição de partes e seus advogados empregarem expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, "cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las".

Pois bem, conforme Theotônio Negrão, em sua obra Comentários ao Código Civil Brasileiro, este artigo da lei processual não se aplica ao juiz que use de expressões injuriosas, mas somente às partes e seus advogados, incluindo, também, o representante do Ministério Público (de acordo com RMS 2.467-2 SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Fica portanto a dúvida, quanto a correta aplicação do artigo 15 do CPC, neste caso, em se tratando de palavras injuriosas utilizadas pelo próprio magistrado.

Contudo, em se tratando de uma decisão monocrática, em tutela liminar, deveremos aguardar a decisão final do mandado de segurança, que será através da 1ª Turma do STF, cuja presidente é a Ministra Carmen Lúcia.

Voltando às matérias de direito que serão abordadas neste Informativo, gostaria em primeiro lugar de parabenizar o nosso sócio Luiz Flávio Valle Bastos, com seu excelente artigo sobre a regulamentação do registro de ponto eletrônico, conforme determina o Ministério do Trabalho.

Também parabenizamos outro sócio do SCB, da filial São Paulo, Paulo Bardella Caparelli, que contribuiu muito com o artigo que trata da exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada.

Vários outros artigos também de excelente leitura estão sendo apresentados pelos Doutores Dárcio Guimarães de Andrade (área trabalhista), Daniel Mendes Barbosa (área cível), Ludmila Camilo Catão Guimarães (área tributária) e Joseane Oliveira Santos (área tributária).

Até a próxima edição e tenham uma excelente leitura.

Roberta Espinha Corrêa

CÍVEL

O DEVER DE INDENIZAR DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE

Autoria: Ludmila Camilo Catão Guimarães
Advogada Área Tributária SCB/MG: 109.037

É cediço que a segurança pública é, hoje, um dos maiores problemas enfrentados pela sociedade brasileira. Cumpre ressaltar que a mesma é dever do Estado, conforme prescreve o artigo 144 da nossa Constituição da República: “a Segurança Pública, dever do Estado é direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...”. Ocorre que, quando os problemas sociais saem da teoria e migram para o campo dos fatos, faz-se necessário sejam estabelecidos limites a fim de se determinar, por exemplo, a responsabilidade do estado ao ferir o princípio da Segurança Pública.

Conforme largamente noticiado na mídia, o transporte público é uma das maiores vítimas da falta de segurança pública que assola nosso país. As empresas de transporte, prestadoras de serviço essencial à população, lidam diariamente com as intempéries do cotidiano, como por exemplo, os freqüentes assaltos que vem vitimizando passageiros, cobradores e motoristas.

Diversas instituições que, assim como as empresas de ônibus, atendem à grande público, tais como bancos e lojas de diversos seguimentos, tem se preocupado em oferecer segurança privada a seus usuários. A indagação que aqui se faz é, seria mesmo necessária a adoção de tais medidas, se considerarmos a obrigação

da segurança pública como responsabilidade estatal, ainda mais sabendo que isso aumentaria os preços de tarifas de serviços bem como preços de produtos, uma vez que as empresas não assumiriam tal encargo para si, mas sim, repassariam os valores investidos em segurança ao consumidor, encarecendo os serviços/produtos?

Com a crescente onda de assaltos a ônibus, esta dúvida focou-se nos prestadores do serviço público de transporte. Seriam as empresas, as responsáveis em oferecer segurança a seus passageiros bem como indenizá-los em caso de perda material ou mesmo dano moral? A interpretação de normas constitucionais e legais feita por Juízes e Desembargadores ainda não são uniformes, embora a Jurisprudência apresente entendimento majoritário de não serem as empresas responsáveis pelos assaltos, tendo em vista se tratar de caso fortuito ou fato de terceiro estranho ao contrato de transporte.

Através de ementas de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, podemos observar este entendimento majoritário:

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - TRANSPORTE RODOVIÁRIO - ASSALTO AO ÔNIBUS - RESPONSABILIDADE CIVIL - INOCORRÊNCIA - CASO FORTUITO - INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. O princípio da responsabilidade

objetiva, a qual estão submetidas as concessionárias de serviço público de transporte, não tem caráter absoluto, admitindo o abrandamento e, em alguns casos, até mesmo a exclusão da própria responsabilidade do transportador, nas hipóteses excepcionais caracterizadoras de situações liberatórias, como o caso fortuito e a força maior”. (TJMG, apelação cível nº 1.0407.07.014958-5/001, Relatora Desa. Selma Marques, julgado em 16/04/2008).

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ASSALTO A MÃO ARMADA NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. CAUSA DE PEDIR. DEVER DE SEGURANÇA DO ESTADO. ATO DE TERCEIRO. IMPREVISIBILIDADE. Não há como imputar ao Estado culpa pelos danos sofridos por vítima de assalto a mão armada, sob pena de se aplicar a teoria do risco integral, em que qualquer delito seria de responsabilidade do Estado. O fato de terceiro, imprevisível e inevitável, descaracteriza o nexo de causalidade entre o evento danoso e o serviço público de segurança prestado. Recurso conhecido e provido”. (TJMG, apelação cível nº 1.0024.03.090410-

6/001, Relatora Desa. ALBERGARIA COSTA, julgado em 17/07/2008).

Porém, embora a concessionária de transporte público tenha como obrigação entregar os passageiros no destino pré-estabelecido, sem oferecer riscos ao passageiro tampouco à sua bagagem, é dúvida a necessidade de indenização ao passageiro vítima de assalto, já que o dano e o nexos causal foram provocados por terceiros, estando presente, então, a excludente de caso fortuito.

Pontes de Miranda elucida o conceito de caso fortuito, afirmando que a tendência moderna é considerar o caso fortuito e a força maior como uma coisa só e considera, ainda, que "É princípio assente no direito, que o caso fortuito isenta de qualquer responsabilidade os sujeitos passivos de obrigações, salvo quando tenham tomado sobre si, por meio de cláusula expressa, a responsabilidade de tais eventos."

Parte da doutrina e jurisprudência entende que o Poder Público não pode transferir o mencionado encargo público ao transportador, uma vez que se encontra como delegatário de um serviço público, impossibilitado de tomar as providências necessárias para evitar a ocorrência de fatos delituosos sem que resulte no aumento de seus custos, tendo em vista que não poderia elevar o valor da tarifa que cobra, já que esta é fixada pelo ente público.

Entretanto, é razoável que as concessionárias ou permissionárias do serviço exijam do poder concedente, tarifas mais adequadas, visando acobertar-se dos riscos inerentes à prestação do serviço, mediante con-

tratos de seguro, a exemplo do que acontece nos países desenvolvidos, visando evitar danos ainda maiores aos passageiros usuários do sistema de transporte público.

Em muitos casos de assaltos a ônibus, tecnicamente roubos, por se tratar de ato violento e de acontecimento repentino e inesperado, torna-se impossível evitá-los pois, por mais que a pessoa se esforce para dele não ser vítima, porque muitas vezes o ato é praticado por meliantes fortemente armados, o que impossibilita completamente a defesa.

Ainda no âmbito jurisprudencial temos que, além dos Tribunais de Justiça Estaduais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a ocorrência de tal fato é estranha ao risco do transporte, cabendo ao Estado a sua prevenção, inexistindo fundamento jurídico para sua transferência ao transportador. Entende, desta forma, que não seria cabível determinar ao transportador, por exemplo, que o seu serviço seja realizado em carro blindado ou que seja necessário disponibilizar uma escolta policial em todos os ônibus, a fim de se prevenir assaltos.

Porém, não seria o caso de serem adotadas medidas tão extremistas, podendo utilizar-se de medidas mais simples que, mesmo que não conseguissem extinguir os fatos delituosos que atingem os passageiros, ao menos diminuiriam consideravelmente o risco, tais como a implementação de sistema de segurança eletrônica, com a instalação de câmeras e um sistema integrado entre os ônibus e a sede da empresa, bem como maiores esforços para atuações conjuntas com as unidades

policiais, visando traçar metas conjuntas no combate à violência. O que se pretende, assim, não seria a repressão do ato delituoso, este sim dever exclusivo do Estado, mas a inibição de condutas consideradas lesivas tanto às empresas transportadoras quanto aos passageiros usuários dos serviços de transporte.

Ademais, se consumidor é aquele que utiliza o serviço e fornecedor é aquele que comercializa a prestação de serviços, não há dúvidas de que a relação entre o transportador e o passageiro é uma relação de consumo. Com isso, deve a mesma ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que determina ser responsabilidade objetiva, não se podendo dizer excludente de responsabilidade civil, a força maior ou o caso fortuito. Tanto é que, em outros casos de prestadores de serviços, como bancos e shoppings centers, quaisquer danos ocorridos aos consumidores, incluindo-se aí os derivados de assaltos, independente de culpa, são de responsabilidade objetiva e exclusiva dos proprietários destes estabelecimentos.

Felizmente, já despontam no cenário da justiça brasileira, decisões isoladas, porém acertadas, em sentido contrário, como é o caso de decisão da 11ª Câmara do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, que condenou uma empresa de ônibus a indenizar um de seus passageiros, vítima de um assalto. Mesmo que ainda não indique uma mudança efetiva nos julgamentos dos casos relativos às empresas de transporte público, já é um importante passo em busca da justa indenização ao passageiro vítima do assalto, consumidor do serviço de transporte.

CÍVEL / EMPRESARIAL

A EXCLUSÃO DO SÓCIO POR FALTA GRAVE NA SOCIEDADE LIMITADA ATRAVÉS DE SIMPLES ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL

Autoria: Paulo Bardella Caparelli
Sócio SCB São Paulo

e o exercício do direito de defesa.

Pela leitura do artigo acima, verifica-se que algumas condições foram impostas para que esta exclusão seja lícita, as quais devem ser seguidas à risca para se evitar posterior anulação.

Assim, a primeira ressalva que se deve fazer para a correta interpretação desta norma, é a de que este artigo encontra-se inserido na "Seção VII - Da Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários", que é parte do "CAPÍTULO IV - Da Sociedade Limitada". Daí resulta que o **quórum mínimo necessário para que a exclusão tenha efeito é o da maioria dos sócios, representativa de mais da metade do Capital Social.** Ou seja, é necessário que esta deliberação seja tomada por quotistas que detenham mais da metade do Capital Social.

Não basta, entretanto, que a maioria dos sócios pretenda excluir o sócio minoritário por este ter se tornado um inconveniente para a sociedade, ou simplesmente porque o minoritário "discorda" das diversas deliberações tomadas em reuniões de sócios. É requisito legal que o sócio minoritário tenha cometido (ou cometa sucessivamente) **atos de inegável gravidade**, a ponto de colocar em risco a continuidade da empresa.

Atos de inegável gravidade são aqueles que a doutrina e jurisprudência definem como "Falta Grave" cometida pelo sócio. São atos que prejudicam a empresa de tal modo que coloca em risco sua existência. Obviamente esta definição dá margem para amplas discussões e devem ser analisados concretamente, mas alguns atos são facilmente aceitos como sendo uma falta grave. São eles:

- (i) Praticar atos que vão ao encontro dos interesses da sociedade, deixando de zelar pelo seu bem, tais como concorrer com seu objeto e a prática do *insider trading*;
- (ii) Passar-se por administrador da sociedade obrigando-a perante terceiros;
- (iii) Utilizar a denominação social para fins estranhos ao Objeto Social;
- (iv) Utilizar o nome da sociedade em interesse próprio ou de terceiros;
- (v) Desviar recursos da sociedade;
- (vi) Descumprir as obrigações legais de sócio, previstas nos artigos 1.001 a 1.009 do Código Civil, e outras disposições do Contrato Social.

A Exclusão de sócio da Sociedade Limitada é tema polêmico e objeto de frequentes questionamentos pelos nossos clientes. Diversas são as razões para que os sócios pretendam se separar, mas o presente artigo discorrerá brevemente sobre uma delas: a hipótese da exclusão de sócio minoritário pelo cometimento de falta grave, exclusão esta realizada através de simples alteração do Contrato Social.

Esta forma de exclusão de sócio encontra amparo legal no artigo 1.085 do Código Civil, cuja transcrição merece destaque:

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento

Mais importante do que descrever possíveis "Faltas Graves" é entender a intenção do legislador, que busca a preservação da empresa em detrimento do sócio, o qual deve ser excluído como medida extrema para garantir a continuidade da sociedade, preservando-se a sua função social.

Ademais, necessária que a hipótese de exclusão por cometimento de falta grave esteja **previsto no Contrato Social**. Isto porque, se não houver previsão em Contrato, será aplicado o artigo 1.030 da mesma lei, pelo qual a exclusão de sócio por falta grave deve obrigatoriamente se dar através do Judiciário.

Por isso, ao elaborar Contrato Social por solicitação do quotista majoritário, nossa recomendação é de inclusão desta cláusula, que transcrevemos abaixo a título exemplificativo:

Cláusula Décima Quinta - Exclusão de Sócio: Quando a sociedade, representada por mais da metade do capital social, entender que um ou mais

sócios estiverem colocando em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, estes serão excluídos da sociedade, mediante alteração do contrato social.

Parágrafo Único: Também será excluído o sócio, de pleno direito:

- a) *Por decisão judicial;*
- b) *Que cometer falta grave no cumprimento de suas obrigações ou ainda por incapacidade superveniente;*

Finalmente, o **procedimento adequado** para a exclusão do sócio minoritário por falta grave é através da convocação de Reunião ou Assembleia de Sócios, a qual deverá ser convocada especialmente para este fim, com a antecedência necessária para que o sócio a ser excluído tenha tempo de se organizar para apresentar a defesa de tais acusações. A Reunião de Sócios específica para este fim, então, ouvirá e analisará os argumentos de defesa apresentados

pelo sócio minoritário, submetendo posteriormente sua exclusão à votação.

Havendo o quórum mínimo necessário para a exclusão, conforme acima descrito, o sócio majoritário (ou sócios majoritários) deliberarão em reunião, a ser formalizada na correspondente Ata de Reunião/Assembleia de Sócios, e finalmente será elaborada a Alteração de Contrato Social de exclusão do sócio, a qual será levada ao registro na competente Junta Comercial.

Em resumo, é possível a exclusão do sócio minoritário da Sociedade Limitada através de simples alteração do Contrato Social se todos os seguintes requisitos forem preenchidos: (i) tenha o sócio praticado ato de inegável gravidade ("Falta Grave"); (ii) haja a deliberação de quotistas representando mais da metade do Capital Social; (iii) haja previsão para exclusão no Contrato Social; e (iv) seja convocada de reunião/assembleia de quotistas especialmente para este fim, dando-se oportunidade de defesa ao sócio a ser excluído.

A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO - IATROGENIA E ERRO PROFISSIONAL

Autoria: Daniel Mendes Barbosa

Advogado Área Cível e Empresarial SCB/MG: 100.177

APRESENTAÇÃO

A responsabilidade do médico tem sido muito debatida nos últimos tempos, diante do crescente número de ações de indenizações dela decorrente. Formou-se o que se tem chamado de "indústria do dano", pois qualquer

que seja a situação pleiteia-se uma indenização.

O risco é inerente à profissão médica, pois o erro profissional poderá levar o paciente à morte. Porém, para que haja a responsabilização do médico, alguns requisitos devem ser comprovados, como o nexo de

causalidade entre o ato e o dano e a presença da culpa.

A análise que se segue traça a ausência de responsabilidade médica de indenizar, seja pela quebra do nexo de causalidade - iatrogênia; seja pela ausência da culpa.

A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Alguns doutrinadores classificam como contrato de prestação de serviços médicos a relação entre paciente e médico e outros como sendo *sui generis*, pois o médico não se limita a prestar serviços que necessitam de conhecimentos técnicos, mas também atuam como amigo - conselheiro - do paciente e de seus entes mais próximos.

Porém, essa taxionomia do contrato médico não se relaciona com a sua responsabilidade, que tem na culpa a sua origem.

A responsabilidade do médico é a chamada de subjetiva, ou seja, a teoria da culpa. Isso quer dizer que o profissional de saúde responde por seus atos mediante a comprovação de sua culpa no suposto evento danoso alegado. Nenhum médico pode assumir a obrigação de cura, pois a ciência médica possui limitações e, além disso, não há como prever, com certeza a evolução de um quadro clínico.

O médico somente poderá ser obrigado a indenizar caso comprovada a sua culpa no resultado danoso, por ser sua obrigação de meio, não de resultado.

Revela notar que, se o tratamento médico não surtir o efeito esperado, não se pode dizer que houve inadimplemento da obrigação assumida.

A constatação que se faz, portanto, é que a responsabilidade médica, apesar de contratual, é subjetiva, devendo a culpa ser provada.

A culpa em sentido estrito é a caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia. A negligência é caracterizada pela ausência de cuidado razoável exigido. A imprudência, por uma conduta comissiva, ou seja, é a ausência de cuidado numa ação; é a realização de ato sem a devida previdência. A imperícia é a falta de preparo profissional, o desconhecimento técnico da profissão.

A IATROGENIA E A TEORIA DE ELEIÇÃO PROCEDIMENTAL

A iatrogenia *lato sensu* é a *denominação para quaisquer doenças ou danos causados a alguém por um ato médico, seja ele terapêutico ou cirúrgico.* (COUTO FILHO; SOUZA 2001: 47) Ou seja, é o ato médico que causa dano ao paciente, seja realizado dentro das normas recomendáveis, seja proveniente de uma falha do atuar.

Já a iatrogenia em seu sentido *stricto sensu* é exatamente aquela causada pelo atuar médico correto. Não existe apenas a intenção benéfica do médico, mas um proceder correto, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica.

Mesmo assim, sobrevém ao paciente uma lesão em decorrência desse agir, lesão essa que pode ser desde que simplória, até fatal.

Todos que procuram um médico para ser atendido entendem que com isso estão procedendo de forma a afastar aquele mal, não aceitando, quase nunca, não se ver livre dele, mesmo quando incurável.

Deve-se sempre lembrar que a ciência médica é conjectural, não é uma ciência exata. Dessa forma, poderão ocorrer situações onde não há o menor controle sobre sua ocorrência.

Destarte, a força maior quebra o nexo de causalidade existente entre um dano causado a um paciente e o atuar médico. Todo procedimento médico tem um potencial de trazer para o paciente alguma complicação, principalmente o ato cirúrgico.

Há procedimentos que sempre irão causar algum dano ao paciente, porém, esse agir, mesmo assim, deverá ser praticado em virtude da escolha médica científica. Em outras palavras, o procedimento deve ser efetuado em razão de não haver outro destinado a curar aquele mal.

Por exemplo, a amputação de um membro em decorrência de diabetes é uma lesão por iatrogenia, posto que causada por um ato médico. Porém, nesse ato, não estão presentes os elementos ensejadores da responsabilidade de indenizar: negligência, imprudência ou imperícia.

Importante ressaltar que o médico elege uma ordem prioritária ao cuidar do paciente: vida; saúde; integridade física; integridade estética e integridade psicológica. Trata-se de um processo variável, pois em primeiro lugar preocupa-se em preservar a vida; após gozar êxito - se se gozar - passará para a prioridade saúde e logo depois, ou conjuntamente, a preocupação em

manter a integridade física e estética. *Porém, de repente, poderá ter que voltar a priorizar a vida, sendo ou podendo ser um processo cíclico.* (COUTO FILHO; SOUZA 2001: 57)

Esse processo de escolha é chamado de teoria da eleição procedimental, pois a escolha do médico, embora possa parecer bárbara, tem bases científicas.

Outro exemplo é do médico responsável por um procedimento cirúrgico de diminuição de uma hérnia¹ da incisional da parede abdominal. Viu-se ser necessária a soltura da alça do intestino da parede abdominal, pois somente dessa forma, preservaria a vida da paciente, bem como a sua saúde e a sua integridade física. Em relação à sua integridade estética, essa não foi possível devido à ordem prioritária naquele caso, conforme já explanado. A cicatriz faz parte e é oriunda de um procedimento que manteve a vida e a saúde da paciente. Portanto, não há que se falar em responsabilidade do médico de indenizar por danos morais devido às cicatrizes. Além disso.

No caso em tela, a lesão no intestino é de origem iatrogênica, pois o ato de desprender o órgão da parede do abdômen para a redução da hérnia, necessariamente romperá sua estrutura no local onde estava aderida irregularmente.

Com isso, o ato médico que gerou a lesão no intestino não é ensejador de responsabilidade de

indenizar, vez que se trata de ato que deveria ser feito para a correção do mal.

O único dever do médico sobre os procedimentos adotados e a sua escolha é de informar a paciente sobre os riscos.

Não se pode exigir do profissional da saúde são informações hercúleas, que vão além dos conhecimentos em relação ao caso concreto, pois, repetindo, a ciência médica tem caráter conjectural e não de ciência exata.

Uma vez constatada a lesão iatrogênica, implicar-se-á, automaticamente, em quebra do nexo de causalidade entre o dano existente e a conduta do médico. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já entende dessa forma:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FUNDAÇÃO - ERRO MÉDICO - INOCORRÊNCIA - IATROGENIA - AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. - As pessoas jurídicas de direito público e aquelas de direito privado que prestam serviços públicos respondem por eventual dano causado a terceiros segundo a regra da responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da caracterização do elemento subjetivo da culpa, consoante o disposto no §6º do art. 37 da CF/88. - Para a configuração do dever de indenizar, imprescindível a demonstração do nexo de causalidade existen-

te entre o funcionamento do serviço público e o dano sofrido pelo administrado. (TJMG 1.0710.02.002172-5/001 Relatora: TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO Data do Julgamento: 09/11/2006 Data da Publicação: 19/12/2006).

Conclui-se, então, que da lesão iatrogênica não deflui obrigação de indenizar pelo dano causado.

O ERRO PROFISSIONAL

É de se ressaltar, ainda, que há uma diferença entre o erro profissional e a culpa. *Há um erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta.* (CAVALIERI FILHO 2007: 362)

Já a culpa médica pressupõe uma falta de prudência na ação praticada. O erro é inerente ao homem, sendo que não será culpável, caso aquele seja insuperável pelo médico - *homo medius*.

Não se pode responsabilizar o médico por um erro profissional se, no seu atuar, não houve negligência, imperícia ou imprudência.

Destarte, o erro escusável é aquele oriundo da imperfeição da arte médica, desde que o profissional não tenha se afastado, na prática da ação, das regras científicas de sua profissão. São valiosas as lições

1 - Hérnia abdominal é definida como uma protrusão anormal de um órgão ou outra estrutura através de um defeito na parede abdominal. A parede abdominal, entre os órgãos e o exterior do corpo, contém várias estruturas em camadas: A pele, a tela subcutânea, o plano músculo-aponeurótico (aponeurose é envoltório do músculo) e a fâscia endoabdominal. Envolvendo os órgãos há uma membrana chamada de peritônio. Na hérnia há um defeito na camada músculo-aponeurótica e órgãos ou outras estruturas podem protrudir, ficando contidas apenas pela pele e tela subcutânea. O nome de hérnia incisional nos esclarece sobre o aparecimento da hérnia após uma incisão da parede abdominal.

sobre o tema, trazidas pelo eminente Des. Maurílio Gabriel em seu voto prolatado no julgamento da apelação cível 1.0261.04.024845-0/001 da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ao prestar assistência profissional a seu cliente, o médico assume obrigação de meio e não de resultado, uma vez que não lhe garante a cura ou recuperação.

Decorre daí que a responsabilidade civil do médico pressupõe sua imprudência, negligência ou imperícia, como assentado no artigo 951 do Código Civil.

(...)

A jurisprudência aponta para igual solução:

“Quando escusável, o erro do diagnóstico não induz a responsabilidade do médico. Assim sempre se entendeu, não só porque a Medicina está longe de ser infalível como, também, porque o médico, ao prestar seus serviços apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médicas” (RT 569/93).

“O diagnóstico equivocado não gera, por si só, obrigação indenizatória, mas apenas quando o médico não revela o cuidado exigível na conduta diagnosticada” (ac. un. da Décima Sétima Câma-

ra Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível nº 487.501-2 da Comarca de Contagem, rel. o em. Des. Mariné da Cunha, j. aos 12.05.05).

“Não há cogitar de responsabilizar-se civilmente o médico quando a prova evidencia que sua conduta profissional foi desenvolvida dentro de padrões técnicos aceitáveis e compatíveis ao estado clínico da paciente” (ac. un. da Segunda Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais na Apelação Cível Nº 428.204-4, da Comarca de Juiz de Fora, rel. o então em. Juiz Alberto Vilas Boas, j. aos 24.08.04).

Reiterando o que se afirmou anteriormente, será preciso verificar, no caso concreto, se diante do grau de evolução da ciência médica, era ou não razoável se chegar a um diagnóstico correto ou a um tratamento satisfatório, desde que o resultado não se origine de imperícia, imprudência ou negligência para que não haja responsabilidade de indenizar.

CONCLUSÃO

Com tais considerações, chega-se a conclusão de que a responsabilidade médica deve ser encarada de forma diferenciada.

Apesar de o paciente contratar o médico para que este o leve a cura, o profissional da medicina não tem como assumir a

obrigação de curar, por ser de meio a sua contratação. Ele tem sim é a obrigação de utilizar todos os meios e técnicas científicas para que a cura possa ser alcançada.

Além disso, a ação médica, apesar de correto, poderá gerar um dano ao paciente. Esse dano causado pelo atuar médico não gera responsabilidade de indenizar, pois é de origem iatrogênica, o que implica em quebra do nexo de causalidade entre o ato e o dano.

E, mesmo que haja erro profissional, este somente será passível de indenização caso se comprove a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, que são ensejadores da culpabilidade.

Portanto, não se pode exigir do médico informações ou atitudes hercúleas, que ultrapassem o conhecimento científico atualmente desenvolvido pela arte médica.

Referências bibliográficas

- CAVALIERI FILHO, 2007. Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Editora Atlas
- COUTO FILHO, Antônio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. 2001. Responsabilidade Civil Médica Hospitalar: Repertório Jurisprudencial Por Especialidade Médica; Teoria Da Eleição Procedimental; Iatrogenia. Belo Horizonte: Editora Del Rey.
- NETO, Miguel Kfourri. 2007. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ÁREA TRABALHISTA

A IMPLEMENTAÇÃO DO PONTO ELETRÔNICO

Autoria: Dr. Luiz Flávio Valle Bastos
Sócio SCB Minas Gerais

Tendo em vista a regulamentação do Registro de Ponto Eletrônico, conforme determina a Portaria 1.510/09 do Ministério do Trabalho Emprego e as inúmeras dúvidas a respeito da sua adaptação, o Ministério do Trabalho e Emprego publicou no Diário Oficial da União em 28/02/11, a Portaria 373/11 que altera de 1º de março para 1º de setembro de 2011, a aplicação do novo sistema alternativo de controle de jornada de trabalho.

Contudo, entendo que as Portarias acima mencionadas ferem a Constituição Federal e a norma celetizada, além do que, em alguns pontos, são omissos e impossíveis de serem cumpridos, podendo gerar prejuízo para os empregadores, que correrão um sério risco das penalidades impostas e autuações por parte dos órgãos fiscalizadores, e para os empregados, em virtude da falta de controle rigoroso por parte de algumas empresas.

Urge esclarecer que o art. 59 da CLT prevê um limite para o número de horas extras diárias, qual seja, duas horas. Ultrapassando este limite, poderá haver a recusa do empregado, sem que lhe ocorra qualquer sanção. Trabalhando acima dessas duas horas extras diárias, o empregador pagará normalmente as horas extraordinárias prestadas, consubstanciado na Súmula nº 376 do TST.

Já o §2º, do art. 58 da CLT, determina que não seja descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, desde que não seja ultrapassado o limite de dez minutos diários, ou seja, existe uma tolerância de cinco minutos para que o empregado chegue ao serviço (ou saia mais cedo dele), sem que isso implique desconto no seu salário, desde que ele não ultrapasse o limite de dez minutos diários.

Para o empregador se aplica também essa tolerância, na medida em que não haverá o pagamento de horas extras caso o empregado ultrapasse seu horário de trabalho em cinco minutos (chegando mais cedo cinco minutos ou saindo cinco minutos mais tarde, também observados o limite diário de dez minutos). Vale lembrar, no entanto, que se for ultrapassado o limite estipulado pelo mencionado dispositivo legal, será considerado como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, conforme entendimento do TST, através da Súmula nº 366.

O trabalhador externo cuja atividade seja efetivamente incompatível com o controle de horário não está abrangido pelo capítulo da CLT que regula a jornada. Por esse motivo, ele não faz jus às horas extras. Nesse caso é importante que a empresa proceda à anotação dessa condição

na CTPS do trabalhador, bem como no Livro Registro de Empregados.

Cumprido destacar que essa exceção somente se aplica para os casos em que efetivamente não haja o controle de jornada. A jurisprudência admite o pagamento de horas extraordinárias nos casos em que há comprovação desse controle, embora se trate de trabalho realizado externamente. É o caso do permanente contato telefônico, via "smartphone", dentre outros.

Para se considerar um trabalhador como externo, além das anotações na CTPS e no Livro Registro de Empregados, é imprescindível, também, que não haja o efetivo controle de jornada e embora o empregado compareça à empresa por um período na parte da manhã, não é possível determinar, por completo, a sua jornada. Não havendo controle quanto ao horário de saída, impossível aferir se o empregado trabalhou ou não em sobrejornada.

Com a Portaria 373/11, mediante Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, os empregadores poderão adotar sistemas alternativos de controle de jornada de trabalho. Assim, como nenhuma empresa está obrigada a utilizar o ponto eletrônico, o registro poderá ser manual ou mecânico. Como a norma coletiva tem força de lei, prevalecerá o acordado entre empregado e empregador. O negociado prevalecerá sobre

o legislado. A inserção desta cláusula nos instrumentos normativos será de grande valia.

Conforme prevê a nova Portaria, os sistemas alternativos eletrônicos não devem admitir restrições à marcação do ponto, marcação automática, exigência de autorização prévia para marcação de sobrejornada e a alteração ou eliminação dos dados registrados pelo empregado. Para fins de fiscalização,

os sistemas alternativos eletrônicos deverão estar disponíveis no local de trabalho, permitir a identificação de empregador e empregado e possibilitar, através da central de dados, a extração eletrônica e impressa do registro fiel das marcações realizadas pelo empregado.

Diante do acima exposto e havendo dúvida quanto à aplicação ou não das Portarias 1.510/09 e 373/11, no caso de uma fiscalização por parte

do Ministério do Trabalho, importante que seja concedido à empresa um prazo maior para que possa se adaptar, sanar todas as dificuldades encontradas, evitar uma autuação e, conseqüentemente, a aplicação de multa, sempre danosa sob todos os aspectos. Dito prazo deverá ser solicitado ao Auditor do Trabalho, o qual é dotado de bom senso, razoabilidade e conhece a função social dos empregadores.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS DANOS ADVINDOS DO ACIDENTE DO TRABALHO

Autoria: Dr. Dárcio Guimarães de Andrade
Consultor SCB Minas Gerais

O art. 7º, XXVIII/CR, assegura ao trabalhador seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. A CF reconheceu ao trabalhador duas indenizações independentes e acumuláveis, quais sejam a acidentária, a ser cobrada do INSS, baseada na responsabilidade objetiva e a de natureza civil, a ser quitada pelo empregador, quando este incorrer em dolo ou culpa, ou seja, comprovada sua responsabilidade subjetiva. O patrão é obrigado a custear o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INSS. Sabidamente, dita obrigação legal do empregador não impede que o acidentado lhe mova uma ação, perante o foro trabalhista, vindicando indenização por danos materiais e morais. Isto virou panacéia no pretório trabalhista, com valores

exacerbados fixados pelos Juízes, à míngua de critérios objetivos. Implantou-se o "achismo" dos Juízes, com enormes valores. Adite-se que os artigos 120 e 121 da Lei 8213/91 também cuidam do tema, além dos artigos 186 e 932/CC/02. Assim, todo o empregador deve ser zeloso, no afã de evitar os famigerados acidentes do trabalho, que não interessam a ninguém, fornecendo EPIS, ensinando e fiscalizando o uso, através de palestras e cursos. Toda a cautela se impõe, evitando os riscos e custos do empreendimento empresarial. O STF baixou a Súmula 229: "a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador". E o pior: surgiu contra as empresas que, embora contribuindo mensalmente para a Previdência Social, estão sofrendo ações regressivas da União, na Justiça Federal, no caso de negligência

quanto às normas de segurança e higiene do trabalho. Negligente é o patrão que tem menoscabo para o cumprimento das duas obrigações. É o relapso, que não liga para o atendimento de suas obrigações quanto à segurança, mormente a desobediência às normas legais que dizem respeito à preservação da saúde ocupacional e quejandos. Relembre-se que pelo art. 1952º da Lei 8213/92, é contravenção penal (crime anão), punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho. Recomendo, pois, para evitar piores consequências, que as empresas, com rigor, cumpram, à exaustão, as normas de segurança e higiene do trabalho. Tem se entendido que não se tolera o desenvolvimento da economia privada à custa da saúde do trabalhador. Portanto, toda cautela deve ser observada.

PAGAMENTO “POR FORA”

Autoria: Professor Dárcio Guimarães de Andrade
Consultor SCB Minas Gerais

Algumas empresas, por dolo ou ingenuidade, costumam pagar vantagens a alguns empregados, não os incluindo nos contracheques, nem nos depósitos bancários. O risco, em tal situação, é magno. Em 1º lugar, dito pagamento costuma “vazar”, de modo que aqueles não alcançados por ele acabam tomando conhecimento, advindo mau ambiente na empresa, porque o princípio constitucional da isonomia foi violado. O ambiente fica carregado e cai a produção, com prejuízos para o empregador. Ora, pelo artigo 457/CLT, tudo que o empregado recebe, como gratificações e quejandos, integra o seu salário para todos os efeitos legais, formando-se, assim, um passivo trabalhista. O empregado, ao ensejo da homologação da rescisão do contrato, por contar com mais de um ano de serviço, na forma do artigo 477 do Estatuto Celetizado, fará a ressalva do auferido extrafolha, ingressando, incontinenter, com ação trabalhista, visando receber diferenças de FGTS,

férias + 1/3, gratificações natalinas, aviso prévio, seguro desemprego, tudo com efeito retroativo a 5 anos. A prova testemunhal é altamente usada no pretório trabalhista e facilmente ele fará a prova de que recebia “por fora”, obtendo êxito na demanda e se estiver assistido pelo Sindicato, haverá a inclusão de 15% a título de honorários advocatícios, conforme Lei 5.584/70 e Súmulas 219 e 239/TST. Ademais, o juiz do trabalho expedirá ofícios para a CEF, INSS, Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho, para que os Auditores façam uma inelutável devassa na empresa, aplicando generalizadas multas em prol da União. Sabidamente, os encargos sobre a folha de pagamento são os maiores do mundo, de modo que todo empresário é tido como ousado. Em havendo processo trabalhista, a empresa deverá fazer acordo para evitar a expedição dos mencionados ofícios. Aconselho que, se deseja pagar “por fora”, evite. Deverá colocá-lo no contracheque, porque os riscos são

enormes. O empregado sabe, porque não é apedeuta, que estará sofrendo diminuição dos benefícios previdenciários, com destaque para os proventos a serem recebidos ao ensejo da aposentadoria. Esclareço que o decantado pagamento não significa diminuição dos inúmeros encargos. É vã ilusão. Relembro, também, que pela Súmula 362/TST, a prescrição do FGTS é TRINTENÁRIA. Não vale a pena correr o risco. Parodiando Guimarães Rosa de que “Viver é perigoso”, pagar extrafolha é também bastante perigoso. Ressalto que, em tal caso, o passivo trabalhista vai de acumulando e podendo afetar os destinos da empresa. Quanto à prova testemunhal, bem cediça na Justiça Laboral, em caso de dúvida na sua interpretação, será em favor do empregado, tido como hipossuficiente. Logo, o modismo de se pagar “por fora”, não vale a pena, visto que não traz segurança para a empresa, nem para o empregado.

ÁREA TRIBUTÁRIA

PREVENÇÃO ADVOCATÍCIA

Autoria: Joseane Oliveira Santos
Assessora de Comunicação Jurídica - RP: 12930
Estagiária Direito Tributário SCB Minas Gerais

O Direito Tributário é uma das áreas de maior interesse dos cidadãos, uma vez que envolve o Fisco e os contribuintes enquanto pagadores de impostos, taxas e contribuições das três esferas de governo (federal, estadual e municipal) que incidem sobre a economia.

Por isso a assessoria advocatícia preventiva deve ser praticada em todas as esferas do Direito, pois

com ela previnem a empresa ou o empresário de eventuais danos que causem diminuição de seu patrimônio. Orientação, instrução, informação de atualidades legais e jurisprudenciais, somados a diagnósticos e apontamentos para solução e medidas prévias constituem um dos principais elementos das empresas de sucesso na atualidade. Em face da matéria tributária, ela se revela de utilida-

de peculiar, prevenindo autuações, evitando pagamentos indevidos, realizando, enfim, o planejamento tributário. É muito freqüente que o contribuinte pague impostos indevidamente. Após o ato do pagamento, surgem decisões judiciais apreciando casos concretos e terminando por concluir pela ilegalidade ou pela inconstitucionalidade da cobrança de determinada imposição tributária. Há

hipóteses em que, existindo lesão a direito líquido e certo, em matéria tributária, a impetração de mandado de segurança é a postura mais recomendável, ante às notórias vantagens de tal procedimento.

Composto por 61 tributos, o sistema tributário brasileiro contribui para a complexidade das normas que regulamentam os tributos. Isso faz com que empresas, principalmente as de grande porte, tenham departamentos específicos para cuidar exclusivamente da administração tributária.

Na verdade, as empresas apenas repassam ao governo os tributos vindos do consumidor, que adquiriu o produto ou serviço, com exceção das tributações sobre os lucros das empresas, pois quem paga é sempre o consumidor.

O país tem uma série de compromissos estabelecidos pela Constituição Federal, como aplicação de limites mínimos de recursos em saúde, educação, segurança, pagamento de seguro desemprego e salário mínimo. Alguns críticos do sistema tributário afirmam que o Brasil optou por ser um Estado assistencialista, com direitos muito evidentes para toda a população, criando, a partir daí, uma política capaz de dar conta desses gastos públicos através do aumento da tributação.

Para que o Estado consiga reduzir a carga tributária, ele precisa

de uma melhor gestão dos recursos e de uma redução da corrupção e do empreguismo, que são, para muitos tributaristas, o ralo por onde escoam um grande volume de dinheiro público.

Especialistas defendem, também, o fim de programas assistencialistas e um maior investimento na infra-estrutura do país como forma de promover o desenvolvimento e crescimento econômico. Isso, por consequência, implicaria numa maior redistribuição da riqueza e diminuição da distância entre as classes sociais.

O alto valor dos tributos incentiva a sonegação por parte das empresas. Uma redução nesse valor diminuiria o percentual da carga, mas poderia aumentar a arrecadação porque as empresas seriam mais colaborativas. Assim, o governo garantiria seus recursos.

Em vista disso, se torna tão necessário à assessoria advocatícia completa por meio de assistência à fiscalização, orientação preventiva, acompanhamento de processos administrativos, impugnação de autos de infração, recursos ao Conselho de Contribuintes e defesa dos interesses dos clientes em processos judiciais, seja na condição de autor ou réu. O profissional deve atuar, também, no planejamento fiscal, evitando e minimizando a incidência de tributos, na recuperação de créditos junto ao fisco e no parcelamento de débitos.

EXPEDIENTE



SETTE CÂMARA,
CORRÊA E BASTOS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Distribuição gratuita para clientes, profissionais do direito, dirigentes empresariais e lideranças em geral.

Os autores dos artigos são advogados membros do Sette Câmara, Corrêa e Bastos Advogados Associados e se encontram à disposição dos leitores para esclarecer qualquer dúvida à respeito das matérias tratadas. As opiniões externadas são pessoais e não do escritório.

Jornalista Responsável:
Joseane Oliveira Santos - RP: 12930

Atendimento ao leitor:
ombudsman@scbadvogados.adv.br

Produção Gráfica:



www.halt.com.br

Tiragem:
1.200 exemplares



SETTE CÂMARA,
CORRÊA E BASTOS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Belo Horizonte

Rua Bernardo Guimarães, 67 - Funcionários - MG - 30140-080
Telefone: 31-2138.7000

Juiz de Fora Av. Barão do Rio Branco, 2679 Sala 805 Centro CEP: 36010-012 Telefone: 32-3214-8150	São Paulo Av. Angélica, 2.510 5º andar Edifício Old England Higienópolis CEP: 01228-200 Telefone: 11-3883-7373	Brasília SRTVS - Quadra 701 - Bloco O Conjunto 545 Asa Sul Edifício Novo Centro Multiempresarial CEP: 70340-000 Telefone: 61-3221-9200	Rio de Janeiro Rua da Assembléia, nº10, 31º andar, conj. 3118, Ed. Cândido Mendes Centro CEP: 20011-901 Telefone: 21-2224-9970	Campinas Av. Joaquim Alves Correia, 3664 Sala E Valinhos CEP: 13271-430 Tel: 19 -3929-7902
--	---	---	---	--