

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 887

(Ano XI)

(05/01/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



01/01/2019 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [A revogação do Estatuto do Desarmamento: ampliação do direito do cidadão à legítima defesa](#)

ARTIGOS

04/01/2019 Ana Gabriela Tolentino de Melo Nogueira

» [Validade do testamento vital: a realidade brasileira](#)

04/01/2019 Daniel Foerster Furtado

» [Consultoria e plano de recuperação empresarial de micro e pequenas empresas.](#)

04/01/2019 Anne Carolinne Tavares Pereira de Alencar

» [As recentes normas de desburocratização dos serviços públicos brasileiros](#)

03/01/2019 Anderson Leonardo de Araújo Silva

» [Substituição Tributária para Frente: Incompatibilidade do regime de tributação do ICMS com a realidade econômica das micro e pequenas empresas.](#)

03/01/2019 Rodrigo Perrone

» [UBER - vínculo de emprego ou parceria?](#)

03/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [A importância do controle interno na Administração Pública](#)

02/01/2019 Delmiro Ximenes de Farias

» [A interpretação do crime de embriaguez ao volante pela perspectiva do princípio da ofensividade](#)

31/12/2018 Adilson José Bressan

» [Um Conselho Nacional de Polícia para o controle democrática da Polícia Judiciária](#)

31/12/2018 Denise Patrício dos Santos

» [Depressão e concausa no ambiente de trabalho: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais](#)

31/12/2018 Vagner Luciano de Andrade

» [Biogeografia dos diferentes ambientes ecológicos na paisagem Citadina: aspectos a partir da observação da avifauna urbana no/do Parque Cemitério do Bonfim, Belo Horizonte - MG](#)

A REVOGAÇÃO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO: AMPLIAÇÃO DO DIREITO DO CIDADÃO À LEGÍTIMA DEFESA

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

No Brasil, desde de 23 de dezembro de 2003, os brasileiros praticamente foram proibidos de possuir ou portar arma de fogo no país, em face do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03).

O art. 6º do Estatuto do Desarmamento é cristalino quando afirma que “É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional [...]”, ressaltando algumas hipóteses taxativas, tais como integrantes das forças armadas, integrantes das forças policiais, dentre outros.

Neste sentido, tipificou não só o crime de porte ilegal de arma de fogo, como também a posse, o comércio, a importação, assim como o disparo de arma de fogo ou acionamento de munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela.

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

A pena varia de acordo com o tipo penal, bem como a característica da arma de fogo. Se arma de fogo de uso permitido, a pena normalmente é menor, se proibido ou de uso restrito, a pena é bem mais alta. O delito menos grave é o de posse de arma de fogo de uso permitido (art. 12), punido com pena de detenção de um a três anos, enquanto que os delitos mais graves são o comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e o de tráfico internacional de arma de fogo (art. 18), com pena de reclusão de 4 a 8 anos, os quais podem ser aumentados de metade, se se tratar de arma de fogo de uso proibido ou restrito.

A intenção do legislador seria reduzir o número de arma de fogo em circulação no país, realizar um controle das armas em circulação, assim como reduzir o número de crimes praticados com emprego de arma de fogo, dentre eles o homicídio.

O Decreto n.º 5.123/2004, que regulamentou o Estatuto, em seu art. 11, define como armas de uso restrito aquelas de uso exclusivo das Forças armadas, aquelas utilizadas por instituições de segurança pública, bem como, as de pessoas, físicas ou jurídicas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica, sendo certo que o art. 16, do Decreto n.º 3.665/2000, contempla quais são as armas consideradas de uso restrito (R 105 – Regulamento de produtos controlados, onde vamos achar a lista completa de armas de fogo permitida ou restrita).

Na vigência do Estatuto para um cidadão adquirir uma arma de fogo, dentro da legalidade, tem que ter mais de 25 anos (art. 28), declarar a efetiva necessidade, bem como preencher vários requisitos elencados no art. 4º. Referida arma deverá ser obrigatoriamente registrada (art. 3º) e o registro tem que ser renovado a cada 03 anos.

Segundo dados do CNJ, 4,88 % da população carcerária no país se referem a crimes tipificados no Estatuto do Desarmamento, o que corresponderia a aproximadamente 30 mil presos, já que a população carcerária beira os 700 mil presos[1].

Ocorre que durante a campanha do presidente eleito Jair Bolsonaro, uma das promessas seria a revogação do Estatuto do Desarmamento, até porque, está mais do que comprovado que o Estatuto não reduziu as mortes por disparo de arma fogo, mas sim um aumento de 2003 a 2019.

De acordo com o Atlas da Violência 2018, divulgado em junho, o Brasil registrou 62.517 homicídios em 2016 e atingiu pela primeira vez a taxa de 30 mortes violentas para cada 100 mil habitantes. Do total de assassinatos, 71,1% foram cometidos com armas de fogo.

Ora, se a posse e o porte de arma de fogo foram proibidos no país, como relacionar esse alto índice de morte aos cidadãos de bem? Significa dizer que a alteração do Estatuto, com a liberação especialmente da posse de arma de fogo, não irá aumentar, mas provavelmente reduzir, pois um assaltante armado pensará duas vezes antes de ingressar em uma residência para praticar crimes, pois ficará na dúvida se encontrará uma família armada.

Já temos o projeto de Lei n. 3722/2012 pronto para ser votado no Congresso, de autoria do deputado Rogério Peninha Mendonça (MDB-SC), que disciplina normas sobre aquisição, posse e porte de armas de fogo.

Entre as alterações propostas pelo projeto de lei, uma delas é ampliar o porte de arma para outros profissionais da segurança. Em vez de 25 anos, a idade mínima para a posse de arma seria de 21 anos. Na nova legislação, aqueles que tenham cometido "infração penal dolosa" estão impedidos de ter uma arma de fogo. O texto exige participação no curso básico de manuseio de arma de fogo e iniciação a tiro, assim como atestado psicológico.

A depender do texto da lei, poderemos ter a *abolitio criminis*, ou seja, a revogação de alguns tipos penais. Neste sentido, todos aqueles que foram condenados ou que respondem a ação penal por posse ou porte de arma de fogo, seriam beneficiados com a extinção de punibilidade.

A princípio tenho como positiva a alteração em relação ao crime de posse de arma de fogo, pois parece ilógico que o cidadão não possa se defender dentro de sua própria residência ou local de trabalho.

A legítima defesa é uma garantia legal prevista no Código Penal (art. 23, II, CP), no entanto, o Estatuto do Desarmamento, ao proibir a posse de arma de fogo acaba por retirar esse direito do cidadão de bem, que não goza de um serviço de segurança de qualidade e não pode fazer a sua própria proteção e de sua família.

No tocante ao porte, penso que deveria a nova lei estabelecer alguns critérios, já que a arma de fogo é um instrumento perigoso e a população não está educada com a novidade, pois, foram mais de 15 anos de vigência

do Estatuto, sendo que antes dela, tínhamos a Lei n. 9.437/97, ou seja, mais de 21 anos de jejum no tocante à manipulação de arma de fogo, fazendo-se necessário que o Estado promova campanhas educativas no tocante a arma de fogo, caso sejam liberadas a posse e, principalmente, o porte.

NOTAS:

[1] CNJ. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. BNMP 2.0.

VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL: A REALIDADE BRASILEIRA

ANA GABRIELA TOLENTINO DE MELO

NOGUEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB - Advogada.

ADRIANO MARTELETO GODINHO
(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho monográfico realiza um estudo acerca do testamento vital. Este instrumento permite que o indivíduo decida, previamente, a que medidas terapêuticas deseja ou não se submeter, caso se encontre em situação de terminalidade da vida e em estado de inconsciência definitiva. A principal finalidade do estudo foi defender a validade deste instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo diante da lacuna legislativa acerca do tema no país. Para isso, foi realizado um estudo da autonomia privada do paciente, tomando-a como fundamento básico do testamento vital. Após, foi feita uma abordagem da evolução legislativa do instituto no mundo, com o intuito de verificar suas características e como se encontram as discussões nos países em que já solidificaram a matéria. Embora não haja legislação específica no Brasil, constatou-se que o testamento vital é instrumento garantidor da autonomia do paciente, e, conseqüentemente, do seu direito à morte digna. Além disso, em 2012 foi editada a resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 1995, que admite a possibilidade do paciente elaborar diretivas antecipadas de vontade, gênero da qual deriva o testamento vital. Portanto, com base nas normas constitucionais, infraconstitucionais e resolução do Conselho Federal de Medicina, conclui-se que o testamento vital é válido no Brasil. Foram propostos os requisitos e características do instituto, tais como: capacidade e discernimento, possibilidade de revogação a qualquer tempo, necessidade de inscrição do documento no prontuário do paciente, possibilidade de recusa apenas de tratamentos extraordinários ou fúteis. Por fim, ressaltou-se a necessidade de edição de lei específica, com o condão de consagrar em definitivo as especificidades do instituto no Brasil, eliminando as controvérsias que possam pairar sobre o tema, bem como garantir o respeito ao direito a autonomia do paciente em escolher a que tratamentos deseja ou não se submeter no fim da vida.

Palavras-chave: Testamento Vital. Autonomia Privada. Paciente Terminal. Morte Digna.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE DA VIDA. 2.1 EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PARA AUTONOMIA PRIVADA. 2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.3 AUTONOMIA PRIVADA EM SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS DE PACIENTES EM ESTADO TERMINAL. 2.4 MEDICINA PALIATIVA E O TRATAMENTO FÚTIL. 2.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À MORTE DIGNA. 3 CONSENTIMENTO INFORMADO E DIRETIVAS ANTECIPADAS COMO MANIFESTAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA. 3.1 CONSENTIMENTO INFORMADO. 3.1.1 Requisitos. 3.1.2 Consentimento Informado no Código de Ética Médica. 3.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS. 4. TESTAMENTO VITAL. 4.1 IMPORTANCIA. 5 DIREITO COMPARADO. 5.1 TESTAMENTO VITAL NA AMÉRICA DO NORTE. 5.2 TESTAMENTO VITAL NA EUROPA. 5.2.1 Espanha. 5.2.2 Portugal. 5.3 TESTAMENTO VITAL NA AMÉRICA LATINA: A EXPERIÊNCIA URUGUAIA. 6 A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 6.1 REQUISITOS. 6.1.1 Capacidade e Discernimento. 6.1.2 Forma. 6.1.3 Conteúdo. 6.1.4 Prazo de Validade. 6.1.5 O Testamento Vital sob a Ótica da Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Diante do significativo avanço da medicina, surgiram uma série de medidas terapêuticas na área médica capazes de prolongar a vida humana, inclusive a de pacientes incuráveis e em estado terminal da doença.

Na formação do profissional da medicina, há um enfoque na busca da cura; estuda-se, prioritariamente, qual é a melhor medida a ser aplicada ao caso concreto para que haja a reversibilidade do quadro de que o paciente está acometido. Os médicos buscam de todas as formas salvar o paciente e, muitas vezes, quando este chega a um estágio irreversível da doença, em que as práticas terapêuticas não trarão o benefício almejado, o médico não sabe como lidar com o enfermo. Estando o paciente em estágio terminal, em que o único evento esperado é a morte, alguns profissionais se sentem frustrados, em virtude de uma suposta ligação entre a morte e a “derrota”.

Na busca incessante para se evitar a morte, muitos médicos usam técnicas terapêuticas que prolongam a vida do doente, sem, contudo, oferecer-lhe qualidade de vida ou quaisquer perspectivas de melhora do seu quadro clínico, gerando um ônus desnecessário ao paciente. O prolongamento artificial da vida, conhecido também como obstinação terapêutica, mantém o indivíduo vivo através da utilização de tratamentos extraordinários.

Este novo cenário implementado pelos avanços científicos gera um dilema: prolongar artificialmente a vida do paciente terminal, causando-lhe mais sofrimento do que alívio, condiz com a ética e com a dignidade humana?

Com o intuito de resguardar os direitos do paciente, em especial o direito do paciente terminal de morrer dignamente, o presente trabalho tratará do instituto testamento vital. Ele consiste em um documento escrito por pessoa em pleno gozo de suas faculdades mentais com o intuito de informar a que procedimentos deseja ou não ser submetido, caso venha a se encontrar em estágio terminal da doença e impossibilitado permanentemente de manifestar sua vontade. Desta forma, ele é um instrumento para resguardar o paciente terminal das consequências negativas que a evolução tecnológica pode acarretar.

No tocante aos procedimentos técnicos, este estudo utilizará a técnica bibliográfica. O seu desenvolvimento se dará com base em conteúdo publicado em livros, artigos científicos, periódicos e em matérias disponibilizados na internet. Considerando a ausência de previsão legal no Brasil acerca do tema e o desconhecimento de muitas pessoas sobre a sua existência, faremos uma análise deste instituto com base nas legislações estrangeiras e na literatura médica e jurídica nacional e estrangeira, haja vista que há países que já legislaram acerca do tema e as discussões sobre o assunto já estão bem avançadas.

Portanto, no segundo capítulo da pesquisa, será analisada a autonomia privada no nosso ordenamento jurídico, com enfoque na sua aplicabilidade nas situações jurídicas existenciais de pacientes no fim da vida. Este estudo é necessário tendo em vista que o fundamento da validade do testamento vital no Brasil baseia-se no direito à autonomia do indivíduo. Também estudaremos as condutas possíveis de virem a ser aplicadas ao paciente terminal, como os cuidados paliativos e os tratamentos

extraordinários, tomando cuidado em diferenciá-las, para que fique esclarecido quais tipos podem ser objeto de aceitação ou recusa no testamento vital.

No terceiro capítulo, abordaremos o consentimento informado e as diretivas antecipadas como sendo manifestações da autonomia privada do indivíduo na relação médico-paciente, explanando as características específicas de cada um deles e trazendo as resoluções do Conselho Federal de Medicina que versam sobre o assunto.

Após, no quarto capítulo, passaremos a análise do testamento vital propriamente dito, delimitando seu conceito e características, bem como destacando a sua importância para sociedade.

Em seguida, no quinto capítulo, será feito o estudo do instrumento com base nas legislações estrangeiras. Como no Brasil ainda não há lei específica, o estudo do direito comparado possibilita uma melhor compreensão acerca das características do instituto, além de auxiliar na definição de quais seriam os atributos do testamento vital no Brasil. Para tanto, escolhemos analisar os seguintes países: Estados Unidos, para que se entenda as origens do instrumento, pois este foi o primeiro a positivizar a matéria; Espanha, cujas discussões acerca do tema já estão bastante avançadas; Portugal, por ter, recentemente, editado lei específica; e Uruguai, para representar a temática do ponto de vista da América Latina.

Após um estudo detalhado do testamento vital, passaremos, no último capítulo, à defesa da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Basearemos, para isto, nos princípios que regem o Direito Brasileiro, dentre eles o da autonomia privada e dignidade da pessoa humana, e nas resoluções do Conselho Federal de Medicina. Com base no Direito Comparado, iremos propor os moldes do testamento vital a ser seguido no Brasil, ressaltando, contudo, a necessidade de edição de lei específica em nosso país, para dirimir eventuais controvérsias que possam pairar sobre o instituto e para difundir o conhecimento sobre a existência do mesmo para a população.

2 AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE DA VIDA

2.1 EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PARA AUTONOMIA PRIVADA

A expressão autonomia, do grego *auto*, que significa por si mesmo, e *nomos*, cujo significado é lei ou norma, etimologicamente consiste na capacidade de o indivíduo de estabelecer suas próprias leis.

A autonomia da vontade se insere em um contexto no qual a interferência do Estado na esfera do indivíduo era mínima. O seu ápice se deu com a Revolução Francesa e com a fase posterior do liberalismo econômico. Isto porque, com a ascensão da classe burguesa, os contratos ganharam força, pois passaram a ser de suma importância para satisfação dos objetivos econômicos burgueses. O indivíduo era, na sociedade, essencialmente livre, podendo realizar qualquer negócio sem sofrer qualquer limitação estatal.

O liberalismo econômico desta época remete ao contrato como instrumento cujo objetivo principal é saciar os interesses puramente individuais. Dotado de força normativa própria, ele vincula as partes de forma quase absoluta. Esses aspectos influenciaram as legislações de diversos países, inclusive, o Código Civil brasileiro de 1916.

A autonomia da vontade, na visão do filósofo Kant^[1], era assim definida:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori*.

A autonomia da vontade, portanto, significa a vontade do sujeito no exercício de suas liberdades. Possui, ainda, sentido subjetivo ou psicológico, pois é a vontade íntima do indivíduo que dá causa a efeitos jurídicos^[2].

Partindo-se do pressuposto da igualdade formal, garantida pela lei, o Estado não agia no sentido de proteger os indivíduos, que, a princípio, não necessitariam dessa intervenção.

Ocorre que, havia uma grande desigualdade econômica entre as classes sociais, e, conseqüentemente, existia uma disparidade entre as partes envolvidas nos negócios. Era necessário que a parte mais fraca fosse protegida, com o intuito de garantir uma justiça material. Assim, o liberalismo econômico, baseada no individualismo, acarretou uma crise social.

No contexto após a Primeira Guerra Mundial, surgem os direitos sociais, e passa a ser dever do Estado garantir que todos os indivíduos possuam o mínimo existencial. A atuação do Estado passa a ser pautada na formulação de sistemas jurídicos constitucionais norteados não só pela noção de que todos são iguais perante a lei, mas, além disto, na igualdade material, que consiste na efetiva igualdade entre todos.

Buscando mecanismos para efetivar a igualdade material, o Estado assume uma postura intervencionista, protecionista e reguladora na esfera privada, de maneira que estas relações passaram a ser regidas pela função social.

Neste contexto, houve uma mudança na autonomia da vontade, que passou a ser chamada de autonomia privada.

Se antes a autonomia da vontade era pautada na vontade do sujeito no exercício de sua liberdade, agora, com o surgimento da noção de autonomia privada, esta passa a ser vista como poder jurídico normativo das partes para que possam autorregulamentar as suas relações jurídicas, com a condição de obedecer aos limites impostos pela lei.

Assim, afirma Gurgel^[3]:

[...] A livre manifestação da vontade permanece como regra, porém, compete ao Estado, através das

funções legislativas e jurisdicionais, direcionar e intervir em relações jurídicas contrárias a interesses sociais e de ordem pública. É, sem dúvida, nesta diretriz que se enquadra o significado atual da autonomia privada no nosso sistema jurídico.

Diante de tais considerações, concluímos que as partes ao celebrarem o negócio jurídico possuem a liberdade de escolher os efeitos que pretendem produzir. Porém, a validade do ato negocial decorre da margem de liberdade concedida pela lei aos particulares para a auto-regulamentação de seus interesses e estão subordinadas aos limites legais estabelecidos.

Amaral Neto^[4] afirma que a autonomia privada integra o quadro de fontes do direito, reconhecendo ao particular o poder de estabelecer normas jurídicas. Atualmente, ela é o princípio fundamental do direito privado, principalmente diante da sociedade em que vivemos na qual a biotecnologia e as conquistas da medicina criaram situações que o Direito ainda não possui resposta. Assim, a autonomia privada, como fonte do Direito, deve ser regulamentada, principalmente, quando estiver relacionada a temas associado ao avanço da medicina.

2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A autonomia é a capacidade que possui o sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual, abrangendo tanto escolhas negociais quanto existenciais.

Como princípio jurídico, a autonomia privada pode ser entendida como “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” ^[5].

O princípio norteador da Constituição Federal de 1988^[6], regida pelo Estado Democrático de Direito, é o da dignidade da pessoa humana, que

coloca o indivíduo como detentor de direitos fundamentais pelo simples fato de ser pessoa. O homem passou a ser o centro de todo o ordenamento jurídico, adquirindo prioridade em detrimento do seu patrimônio.

Essa mudança de paradigma constitucional acarretou a chamada constitucionalização do direito civil, na qual a Constituição Federal passou a influenciar na regulação das relações privadas, que a partir de então deveriam estar em conformidade com os ditames constitucionais.

A autonomia privada subdivide-se em patrimonial e existencial. A primeira abrange as situações patrimoniais que pressupõem valor econômico, a exemplo das relações de negócios, dos contratos e de direitos reais. Embora a autonomia privada se manifeste principalmente nestes tipos de relações contratuais, não estão resumidas a estas unicamente. Com a repersonalização do direito civil, também foram abarcadas situações existenciais, que envolvem direitos da personalidade, direito de família, autodeterminação, dentre outros.

Neste contexto, afirma Tepedino^[7]:

[...] deve-se observar que direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal realidade reduzida por muitos a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo à mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, 'não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a atuação da autonomia privada.

Diante dos avanços médico-tecnológicos, surgiram dilemas éticos, principalmente no que tange aos tratamentos propostos ao paciente terminal. A autonomia privada de caráter existencial passou a ser muito útil,

pois trata de questões que envolvem, por exemplo, o direito do paciente terminal de recusar sua submissão a terapias extraordinárias, bem como a tomada de decisões que possam implicar no fim da vida.

O presente trabalho irá se ater ao estudo da autonomia privada no que tange a seu caráter existencial, tendo em vista ser este o princípio que fundamenta a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 AUTONOMIA PRIVADA EM SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS DE PACIENTES EM ESTADO TERMINAL

Preliminarmente, na literatura médica não há uma só definição de paciente terminal.

Kipper^[8] conceituou “como sendo aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo (p. ex.: três a seis meses)”.

Piva e Carvalho^[9] afirmam que:

Existe um determinado momento na evolução de uma doença que, mesmo que se disponha de todos os recursos, o paciente não é mais salvável, ou seja, está em processo de morte inevitável. Este conceito não abrange apenas a potencialidade de cura ou reversibilidade de uma função orgânica atingida, mesmo tratando-se de órgão nobre. Refere-se àquele momento em que as medidas terapêuticas não aumentam a sobrevida, mas apenas prolongam o processo lento de morrer. A terapêutica, neste caso, torna-se fútil ou pressupõe sofrimento. Neste momento, a morte não mais é vista como um inimigo a ser temido e combatido, muito pelo contrário, deve ser bem-vinda e recebida como um amigo que trará alívio aos sofrimentos.

Do conceito acima exposto, podemos destacar alguns dos requisitos para que o paciente seja considerado terminal, são eles: (1) a impossibilidade de reversibilidade do quadro clínico; (2) conseqüentemente, ineficácia dos tratamentos terapêuticos disponíveis; (3) e elevada probabilidade de morrer em um período curto de tempo. Quanto a esta última, verifica-se que não é necessário que o paciente morra neste curto período previsto para que seja considerado terminal. Isto porque o paciente pode ser um “ponto fora da curva”, não seguindo como a maioria dos casos.

Kovács^[10] afirma que:

O conceito de paciente terminal é historicamente relacionado com o século XX, por causa da alteração das trajetórias das doenças, que em outras épocas eram fulminantes. Hoje, observa-se uma cronificação das doenças, graças ao desenvolvimento da medicina, da cirurgia e da farmacologia. Muitas doenças ainda não têm cura, como alguns tipos de câncer, AIDS e moléstias degenerativas, mas em muitos casos pacientes vivem muitos anos e necessitam de cuidados constantes. O doente passa por vários estágios desde o diagnóstico, os tratamentos, a estabilização, a recidiva e o estágio final da doença.

Antes do século XX, não existia a ideia de paciente terminal. As UTIs eram pouco utilizadas, sendo necessárias apenas em alguns casos, a exemplo de terapias pós cirúrgicas. O mais comum era que o paciente, quando próximo à morte, ficasse em casa ao lado dos seus familiares, recebendo amor e cuidados de suporte para aliviar o sofrimento. A maioria das mortes não ocorriam nos leitos dos hospitais, mas na própria casa do enfermo.

Com a mudança de paradigmas acarretados pelo avanço técnico científico, surgiu a noção de paciente terminal, bem como métodos de prolongar a vida ainda que artificialmente. Assim, muitos desses pacientes passaram a ocupar a UTI, ainda que toda a tecnologia presente neste leito não fosse útil para a melhora do seu quadro, vivendo os últimos dias de suas vidas longe de seus familiares e privados do mínimo de lazer, já que ficavam cercados de aparelhos e passam a maioria do tempo sós, pois as visitas em UTIs ocorrem apenas em horas marcadas.

Vale salientar que paciente terminal não tem o mesmo significado de paciente em estado vegetativo. Este será constatado quando o paciente apresentar “uma situação clínica de completa ausência de consciência de si mesmo e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral.”^[11]

Nos pacientes em estado vegetativo, o único tratamento utilizado é o suporte de nutrição e hidratação artificial. Assim, alguns estudos afirmam que o testamento vital não se aplica a estes casos, pois envolve cuidados mínimos que, caso suprimidos, causarão fome e sede, trazendo sofrimento ao paciente. Por se tratar de cuidado básico, a ausência destes causaria a morte inevitável, caracterizando a eutanásia. No entanto, a maioria dos estudiosos entende que é possível a utilização do testamento vital nestes casos, uma vez que estes cuidados só são básicos quando capazes de melhorar o estado do paciente, no entanto, nestes casos lhe causa danos e sofrimentos.

Embora estudos afirmem que o testamento vital pode se aplicar aos pacientes em estado vegetativo, na presente pesquisa daremos enfoque aos pacientes terminais.

O paciente pode chegar na fase terminal em estado de consciência ou inconsciência. No primeiro caso, não haverá tantas dificuldades na manifestação de sua vontade, tendo em vista que o doente poderá expressá-la a qualquer momento. Já no caso de inconsciência, o paciente não apresenta capacidade para expressar uma vontade válida.

Ocorre que, embora se encontre em estágio de inconsciência, não se pode esquecer que o paciente está vivo e, enquanto estiver nesta qualidade, o artigo 1º do Código Civil^[12] garante seus direitos, não podendo o paciente ter suas vontades e/ou direitos oprimidos pelo simples fato de se encontrar inconsciente. O que define se o cidadão é sujeito de direitos no nosso ordenamento jurídico é o simples fato de ser pessoa, inclusive, consta no artigo 2º do Código Civil que, a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”.

Tal afirmativa pode ser corroborada pelos artigos 3º e 4º^[13], que tratam, respectivamente, dos absolutamente incapazes e relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, casos estes em que o incapaz será assistido ou representado. Note-se que, embora os incapazes não possuam o discernimento necessário para exercer os atos da vida civil,

os seus direitos estarão resguardados e serão protegidos através da representação, no caso do absolutamente incapaz; e assistência, quando se tratar de relativamente incapaz.

Ao passo que os institutos de representação e assistência surgem para efetivar os direitos dos incapazes, o testamento vital surge como forma de resguardar os direitos dos pacientes em estado terminal, que se encontram impossibilitados de exercer a sua vontade, garantindo seu direito a autonomia e, conseqüentemente, atendendo ao princípio da dignidade humana, princípio basilar de todo o Direito brasileiro.

2.4 MEDICINA PALIATIVA E O TRATAMENTO FÚTIL

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), os cuidados paliativos consistem em uma abordagem para melhorar a qualidade de vida dos pacientes e seus familiares, no enfrentamento de doenças que oferecem risco de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento. Isto significa a identificação precoce e o tratamento da dor e de outros sintomas de ordem física, psicossocial e espiritual.

Este tipo de tratamento necessita das habilidades de uma equipe multiprofissional, envolvendo médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais e outros, com o intuito de ajudar o paciente e seus familiares a se adaptar as mudanças de vida causadas pela doença, buscando a promoção e reflexão necessária para o enfrentamento desta nova condição.

O que se busca com a utilização desses cuidados é, principalmente, garantir que o paciente terminal possua qualidade de vida até o último instante de sua existência, fazendo com que seja o mais digno e confortável possível.

Um dos deveres do médico é lutar a favor da cura da doença. No entanto, quando estamos diante do paciente terminal, a utilização de terapias curativas podem ter efeitos opostos: diminuir a qualidade de vida e causar sofrimento. Essas medidas acabam fazendo com que o paciente seja mantido vivo através da utilização de métodos artificiais, que acarreta sofrimento em detrimento do bem-estar. Neste momento, o dever do médico não é mais lutar pela cura, já que será ineficaz a melhora do doente, mas sim,

proporcionar a melhor qualidade de vida possível, através da utilização dos cuidados paliativos.

Vale observar que os cuidados paliativos não têm a pretensão de controlar a doença nem cessar seus sintomas, haja vista que na fase terminal dificilmente isto seria possível. Assim, este tipo de tratamento não tem foco na quantidade de vida e sim na qualidade. Com o uso destas terapias, a morte ocorrerá naturalmente, no momento certo.

Por outro lado, existem os tratamentos extraordinários. Eles se caracterizam por prolongar a vida do paciente artificialmente, acarretando-lhe o ônus de se submeter a medidas que causam sofrimento, sem que qualquer benefício real seja evidenciado, já que a morte é inevitável no caso do paciente terminal.

Mister observar que a classificação do tratamento como extraordinário dependerá não da análise do tratamento em si apenas, mas sim, da sua avaliação em relação ao estado específico do paciente. Visto que determinadas medidas podem ser úteis e trazer benefícios em um caso específico, por exemplo, a ressecção de um tumor benigno no ovário de uma mulher, em que a realização da cirurgia resolveria a questão. Entretanto, se a paciente em questão possui tumor maligno com metástases disseminadas, a utilização da cirurgia será inútil e só acarretar prejuízos ao doente. Desse modo, o que definirá se o tratamento é útil ou extraordinário é a análise completa do caso individualmente.

Em 2010, o Código de Ética Médica passa a dar enfoque a terapia paliativa. Ele reforça a participação do paciente e seus familiares na tomada de decisões terapêuticas. O paciente ou seus familiares, de acordo com seus costumes, suas convicções e suas consciências, têm autonomia de aceitar ou rejeitar qualquer procedimento a ser realizado nele.

O Código dispõe, no seu capítulo 1º, inciso XXI^[14], que:

No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e

terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Na mesma perspectiva, diante de um estado terminal, o código orienta contra a realização de condutas desnecessárias. Visto que estes pacientes não têm perspectiva de melhora ou de estabilização do quadro, terapêuticas que tragam prolongamento da vida ao custo de afastamento familiar e de sofrimento são vetadas. Neste sentido, versa, no capítulo 1º, o artigo XXII^[15] que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

A equipe médica deve ter atenção especial às peculiaridades de cada paciente. As crenças individuais e costumes familiares devem ser respeitados, de modo que o paciente se sinta o mais confortável possível. Além disso, a aplicação dos cuidados paliativos com medicações e condutas que visem reduzir o sofrimento e a angústia tem papel fundamental.

Com estas ações, busca-se a morte digna. Esta se apresenta com o fim da vida mais confortável, agradável e indolor possível, da forma que o paciente desejar e com a companhia das pessoas que lhe agrade. Medidas como a reanimação cardiopulmonar, a assistência por ventilação mecânica, o uso de drogas vasoativas, a infusão de derivados sanguíneos e outras medidas que apenas prolonguem a vida devem ser evitadas. Os efeitos colaterais destas condutas muitas vezes trazem sofrimentos desnecessários e o prolongamento da vida, neste caso, não supera esta deterioração da qualidade de vida.

Pelo exposto, depreende-se que os cuidados paliativos e os tratamentos extraordinários acarretam efeitos opostos ao paciente. Enquanto os cuidados paliativos objetivam trazer alívio e conforto ao paciente, as medidas extraordinárias causam-lhe sofrimento sem proporcionar, em contrapartida, qualquer efeito positivo ao doente. Essa diferenciação é de extrema importância para que se entenda, nos capítulos seguintes, o conteúdo do testamento vital.

2.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À MORTE DIGNA

A autonomia privada possibilita que o indivíduo busque seus interesses individuais, interesses estes que devem estar em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Torna-se necessário analisar se, o fato de o paciente manifestar previamente acerca da aceitação ou recusa de determinados tratamentos a serem aplicados futuramente, quando porventura se encontrar em estado terminal e inconsciente, sob o fundamento de ter o direito a uma morte digna, condiz com o princípio da dignidade humana.

A Constituição Federal brasileira prevê, em seu artigo 1º inciso III[16], como fundamentos da República, a dignidade humana. Esta legitima as ações estatais e direciona a interpretação das leis.

Simm[17] afirma que

[...] entende-se que o direito à morte digna origina-se da ideia de que o titular da vida deve gozala de modo a promover sua dignidade humana. Entretanto, o conteúdo mínimo dessa dignidade se reporta, de maneira predominante, à capacidade do indivíduo em conduzir sua própria existência segundo seus valores, concepções, e outros (ou seja, autonomia).

Segundo Kant[18], dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma. Assim, ninguém vive para efetivar interesses alheios ou para servir a metas coletivas da sociedade, pois o princípio da dignidade humana veda a instrumentalização dos indivíduos para obtenção de qualquer finalidade. Além disto, cada pessoa é responsável pela própria vida e pela escolha de seus valores e objetivos, não podendo as decisões de cada indivíduo ser atribuídas a uma vontade externa.

No âmbito dos direitos individuais, a dignidade humana se expressa na autonomia privada, que deriva da liberdade e igualdade.

Algumas vezes, quando se estuda o direito de morrer, encontramos situações em que o indivíduo deixa de ser um fim em si mesmo, passando

para segundo plano, e os tratamentos que visam apenas prolongar artificialmente a vida é que passam a ser o fim em si mesmo. É o que ocorre com a chamada prática da distanásia.

Vale observar que as discussões acerca da morte digna envolvem institutos como a eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia.

A eutanásia consiste em provocar a morte de um indivíduo, movido por sentimento de piedade perante o sofrimento do enfermo. Busca-se cessar o sofrimento da pessoa com doença grave e incurável. Pode ocorrer nas modalidades ativa, quando o médico ou terceiros agem diretamente para abreviar a vida, ou passiva, que deriva de uma conduta omissiva no sentido de suspender os cuidados que oferecem o suporte indispensável à manutenção da vida. Esta conduta é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O suicídio assistido está configurado quando o próprio paciente, com o auxílio do médico ou de terceiros, provoca o evento morte.

Por sua vez, a ortotanásia consiste na não utilização de tratamentos fúteis ou desproporcionais que possam prolongar a vida artificialmente, permitindo que a morte ocorra naturalmente.

Segundo Martins^[19], através da ortotanásia:

Permite-se que a vida do paciente cesse naturalmente. Admitem-se cuidados paliativos, a fim de garantir ao paciente o maior conforto possível em seu tempo restante de vida. Não ocorre a ação de interromper a vida do paciente, mas sim a omissão em forçar sua manutenção.

Verifica-se que a ortotanásia abstém apenas os tratamentos extraordinários. Os cuidados paliativos, que objetivam o alívio do sofrimento, são normalmente utilizadas.

A distanásia é o prolongamento artificial da vida através da utilização de todos os tratamentos disponíveis, que causam sofrimento em detrimento do conforto do paciente.

Ora, a primazia da quantidade do tempo de vida em face de sua qualidade, submetendo o paciente a tratamentos fúteis, e ainda contra sua vontade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, com claro desrespeito a liberdade de escolha, e, concomitantemente, a autonomia.

Neste sentido, Simm[20] manifesta:

A maneira como alguém morre deve respeitar a personalidade de cada indivíduo. Assim, um paciente terminal que defendeu durante toda sua vida que o significado desta estaria atrelado à qualidade, não tem seu direito à morte digna respeitado quando submetido à prática da distanásia.

Todos os indivíduos possuem o direito de escolher a que medidas deseja ou não se submeter, inclusive, rejeitar o prolongamento artificial da vida, configurada na prática da distanásia. Todavia, quando o paciente chega ao estágio de inconsciência, não é mais possível que o mesmo manifeste seus desejos, o que o torna dependente da vontade de seus familiares e/ou médicos.

Por isto, o testamento vital funciona como instrumento que possui como objetivo a preservação da dignidade da pessoa humana no fim da vida, quando os tratamentos dispostos não prolongam a vida dignamente, mas apenas retardam a morte.

No entanto, a utilização do testamento vital como instrumento hábil a registrar a decisão de não prolongar a vida, implica na necessidade de distinguir o direito à morte digna e o "direito de morrer." [21]

Leão[22] explica que o direito à morte digna tem por objetivo evitar o prolongamento artificial da vida através de medidas que afrontem o bem-estar do paciente. Percebe-se que este direito não antecipa o momento da morte do paciente, que ocorrerá no tempo certo. Por outro lado, o "direito de morrer" seria a possibilidade de o indivíduo ceifar a própria vida, conduta que não é admitida no Brasil.

Neste sentido, conforme veremos adiante, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.805/2006 que permite ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem artificialmente a vida do paciente.

3 CONSENTIMENTO INFORMADO E DIRETIVAS ANTECIPADAS COMO MANIFESTAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA

Conforme exposto no capítulo anterior, a autonomia privada consiste na capacidade que o indivíduo possui de determinar seu próprio comportamento individual. Ela abrange escolhas negociais e existenciais. No âmbito médico, essa autonomia se designa através do consentimento informado, que será estudado no presente capítulo. Faremos um estudo também sobre as diretivas antecipadas de vontade, que tem o objetivo de resguardar a autonomia do paciente terminal que esteja impossibilitado de manifestar uma vontade válida.

3.1 CONSENTIMENTO INFORMADO

A ideia de consentimento informado surgiu com o código internacional de Nuremberg, em 1947, após a Segunda Guerra Mundial, em resposta as atrocidades cometidas pelos médicos pesquisadores nazistas. Isto porque os prisioneiros de guerra ficavam à disposição dos médicos alemães para que fossem realizados em si qualquer tipo de experimentação. Uma das práticas utilizadas era a imersão do prisioneiro, desnudo, em um tanque de água gelada até que fosse atingido o grau de inconsciência. Após, eram testadas formas de reanimação. Nota-se, que além de desumano, este tipo de experimento não possui qualquer embasamento científico[23].

Com a publicação do Código, foram instituídos os moldes para a realização de experimentos em seres humanos, sendo o principal deles a necessidade do consentimento voluntário do participante da pesquisa.

Tradicionalmente, na relação médico-paciente, havia a prevalência de um comportamento paternalista por parte do médico, que atuava com base no princípio da beneficência, decidindo sozinho o que seria melhor e o que seria aplicado ao paciente, sem que este participasse ativamente das tomadas de decisões. Havia uma indiferença em relação à vontade do

paciente quanto ao seu tratamento ou projeto de pesquisa ao qual estava submetido[24].

Ao paciente não era informado diagnóstico, prognóstico ou medidas terapêuticas, devendo este apenas atender as recomendações impostas pelo médico para que ficasse curado. O paciente não era considerado sujeito da prestação do serviço médico, mas apenas um objeto.

Entretanto, na atualidade, há uma valorização do ser humano e o reconhecimento de sua autonomia. Conseqüentemente, houveram mudanças na relação médico paciente, na qual este deixa de ser mero objeto e passa a ser sujeito da relação, com poder de autodeterminação. Com isto, as hipóteses diagnósticas, as opções terapêuticas e os prognósticos deverão ser apresentados ao paciente, saindo este de uma posição puramente passiva na terapêutica, passando a tomar decisões durante seu tratamento. Foi a ele dado o direito de recusar medidas terapêuticas que não julgasse necessário e/ou suportáveis, através do consentimento informado.

Assim, o reconhecimento da autonomia do paciente é materializada na forma do consentimento informado, contribuindo para o aperfeiçoamento da ética médica.

No presente trabalho, utilizou-se a expressão consentimento informado como uma das traduções do termo inglês "*informed consent*", valendo ser observado que essa tradução não é consensual, pois há quem utilize o termo consentimento livre e esclarecido, consentimento consciente, consentimento pós-informado. Luciana Dadalto[25] defende a utilização da terminologia "consentimento livre e esclarecido", diferenciando-a do "consentimento informado".

Segundo ela[26], não é suficiente que o paciente obtenha a informação do tratamento apenas. É necessário que este entenda a informação que lhe foi transmitida por completo. O mero comunicado acerca da realização de um procedimento caracteriza o termo informado. Já quando se expõe ao paciente os riscos, os benefícios e todas as características relacionadas ao procedimento, estabelecendo-se um diálogo entre o médico e o paciente, deixando este livre e consciente para escolher o método que

Ihe for mais conveniente, estaremos diante do consentimento livre e esclarecido.

Embora o instituto do consentimento informado seja diverso do testamento vital, fez-se necessária sua análise porque o sujeito necessita de autonomia para constituir o testamento vital, autonomia esta que é concretizada através do consentimento informado. Além disso, ambos legitimam a aceitação ou recusa de tratamentos por parte do paciente, sendo que um será utilizado de imediato, enquanto o outro só será utilizado quando o paciente se encontrar em estágio terminal e de inconsciência.

3.1.1 Requisitos

Passaremos agora a análise dos requisitos do consentimento informado.

Clotet^[27] afirma que o consentimento informado:

[...] trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos. (*grifos nossos*)

O conceito acima transcrito menciona características importantes acerca do consentimento informado.

A decisão do paciente deve ser voluntária, ou seja, espontânea, ausente de qualquer tipo de coerção.

Quando se fala que deve ser realizado por pessoa capaz, não está se pensando em capacidade civil de fato apenas. Isto porque, embora o paciente seja civilmente capaz, não implica que possuirá, obrigatoriamente, discernimento. Portanto, para ser autônomo e capaz, além de atender o requisito constante no artigo 5º do Código Civil^[28], que determina que a partir dos 18 (dezoito) anos a pessoa torna-se habilitada para a prática de todos os atos da vida civil, este é apenas um requisito meramente formal do consentimento. A capacidade que se exige para que a prática do

consentimento seja válida, é que haja discernimento, ou seja, aptidão para compreender a situação com sensatez e clareza. Trata-se, em verdade, de capacidade de entendimento e de autodeterminação no momento do consentimento.

Constitui um processo informativo e deliberativo, no sentido de que o paciente será informado da sua situação e do tratamento proposto, bem como ambas as partes da relação poderão discutir, ou melhor, dialogar. O médico expõe acerca patologia e tratamento proposto, passando as informações necessárias para que o paciente faça sua escolha.

O objetivo do consentimento é a aceitação do tratamento por parte do paciente. Esta, além de respeitar a autonomia do paciente, também legitima a atuação do médico. É, portanto, medida de segurança também para o profissional.

3.1.2 Consentimento Informado no Código de Ética Médica

O Código de Ética Médica consiste num instrumento que agrupa normas e princípios que orientam os médicos no exercício de sua profissão, para que sua conduta seja pautada na ética.

O Código^[29] prevê, em seu artigo 22, que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

A forma em que o consentimento foi expresso neste artigo corrobora ao que foi tratado acima, quanto a seu conceito e características. Do mencionado dispositivo podemos extrair informações importantes, primeiro quanto à obrigatoriedade do consentimento, bem como a necessidade de esclarecer ao paciente sobre o seu quadro e sobre as medidas a que será submetida, exceto quando ele estiver em risco iminente de morte, caso este em que o médico agirá por conta própria, em prol do paciente, tendo em vista que a espera do consentimento poderá gerar danos irreversíveis.

Além da previsão no Código de Ética, o consentimento informado também está previsto nas resoluções do Conselho Federal de Medicina de números 671/1975[30], 1544/1999[31], 1643/2002[32] e 1653/2002[33].

3.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS

Agora passaremos a análise das diretivas antecipadas, da qual derivam as espécies do mandato duradouro e testamento vital. Embora muitos associem as diretivas antecipadas ao instituto do testamento vital, tratando destes como se fossem a mesma coisa, veremos adiante que constituem institutos diversos.

As diretivas antecipadas têm sua origem nos EUA, onde são conhecidas como *"Advance Directives"*. Inicialmente, foi regulamentada pela lei federal americana PSDA - The Patient Self-Determination Act, que está em vigor desde 1º de dezembro de 1990[34].

Esta lei admite a recusa do tratamento médico, consolidando a autonomia do paciente. As diretivas antecipadas poderão ser realizadas de três formas, através do *living will* (testamento vital); do *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro); ou do *advanced care medical directive* (diretiva do centro médico avançado), que consiste na junção do testamento vital e do mandato duradouro.

Assim, as diretivas antecipadas consistem num termo no qual estão descritas as instruções da futura conduta médica, a serem aplicadas quando o paciente estiver impossibilitado de se manifestar.

Bomtempo[35] afirma que

As diretivas antecipadas entram na relação médico-paciente como meio para que a autonomia privada do paciente, antes de um possível estado de incapacidade, possa ser exercida, assegurando a sua dignidade e autodeterminação. Ainda, direcionará o profissional médico e sua equipe para que seja empregado o tratamento e cuidados previamente escolhidos pelo próprio paciente. Deve-se ressaltar que as diretivas antecipadas servirão de meio hábil a

resguardar o médico de eventual responsabilização ao fazer ou não fazer uso dos tratamentos e cuidados dispensados pela escolha prévia do paciente ainda capaz.

Conforme explicitado acima, as diretivas antecipadas, como meio de preservar a autonomia do paciente, acaba por resguardar a sua dignidade e autodeterminação, pois direcionará a atuação médica para que sejam empregados os cuidados previamente escolhidos pelo mesmo. Bomtempo^[36] visualizou as diretivas antecipadas também como forma de proteção do médico, de eventuais responsabilizações no caso de não fazer o uso de tratamentos e cuidados que o próprio paciente dispensou, quando ainda era capaz.

Neste sentido, as diretivas antecipadas entram na relação médico-paciente como meio para que a autonomia privada do paciente, antes de um possível estado de incapacidade, possa ser exercida, assegurando a sua dignidade e autodeterminação. Ainda, direcionará o profissional médico e sua equipe para que seja empregado o tratamento e cuidados previamente escolhidos pelo próprio paciente.

Diante do exposto, conclui-se que as diretivas antecipadas vêm contribuindo em benefício da relação médico-paciente, favorecendo ambas as partes, ora o paciente, garantido sua autonomia e dignidade, ora o médico, servindo como meio de resguardar suas condutas, bem como a ambos, ao propiciar o aumento da comunicação entre os mesmos.

Tendo em vista que o objetivo principal deste trabalho, referido anteriormente, é a abordagem da diretiva antecipada na modalidade testamento vital, passaremos ao estudo deste.

4. TESTAMENTO VITAL

O testamento vital consiste em um documento de declaração de vontade, através do qual uma pessoa em gozo de suas capacidades expressa sobre o desejo de aceitar ou suspender a aplicação de certos procedimentos médico-terapêuticos, se porventura vier a se encontrar em estado irreversível

ou terminal da doença, e, concomitantemente, estiver impossibilitado de manifestar sua vontade.

Betancor[37] conceitua o testamento vital como:

Instrumento jurídico no qual os indivíduos capazes para tal, em sã consciência, expressem sua vontade acerca das atenções médicas que deseja receber, ou não, no caso de padecer de uma enfermidade irreversível ou terminal que lhe haja conduzido a um estado em que seja impossível expressar-se por si mesmo.

Nesta seara, Godinho[38] afirma que o instrumento:

[...] consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipo de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como por exemplo, o coma.

Verifica-se, então, que o testamento vital é um documento jurídico, escrito por um indivíduo que esteja em plenas faculdades mentais, com o intuito de revelar antecipadamente sua vontade de se submeter ou rejeitar tratamentos médicos em situações que não possa mais se manifestar. Em outras palavras, através deste instituto, é possível que o ser humano demonstre expressamente que não deseja ser mantido vivo em condições que não lhe ofereçam o mínimo de dignidade, ou, como bem afirmaram Amaral e Pona[39], em situações “[...] cuja qualidade da vida já não mais pode ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte.”

As disposições do testamento vital serão aplicadas ao paciente terminal que se encontre em estado permanente de inconsciência ou ao indivíduo que esteja acometido de dano cerebral irreversível em que não seja mais possível a recuperação da capacidade de tomar decisões e expressar vontades.

Quanto à terminologia, o testamento vital é uma das traduções da expressão inglesa “*living will*”, embora alguns doutrinadores, como Dadalto[40], entenda que esta tradução esteja equivocada. Ela[41] afirma que:

O erro da tradução cinge-se basicamente à incompatibilidade das características da declaração prévia de vontade para o fim da vida com a característica principal do testamento, qual seja, a produção de efeitos *mortis causa*, pois o conceito apresentado acima deixa claro que essa declaração surtirá efeito durante a vida do paciente.

Constata-se, portanto, que o testamento vital não se confunde com o testamento propriamente dito, tal qual previsto no Código Civil. Primeiro porque, enquanto a eficácia do testamento civil fica suspensa até o momento da morte do outorgante, produzindo efeitos somente após este evento, o testamento vital produz efeitos enquanto o outorgante ainda está em vida, no entanto, incapaz de expressar sua vontade. Além disto, o objetivo do testamento vital é informar a vontade do paciente quanto a atos médicos a que pretende ou não se submeter, versando, portanto sobre questões existenciais. Enquanto que o testamento previsto no direito civil tem o condão de dividir o patrimônio do testador, versando, em regra, sobre questões patrimoniais, embora se permita que o instituto seja utilizado para fins não patrimoniais. Devido a essas diferenças entre os institutos, e visando evitar possíveis confusões, alguns doutrinadores utilizam as expressões “declaração prévia de vontade do paciente terminal”.

Contudo, optou-se neste trabalho pela utilização da expressão testamento vital, tendo em vista que os poucos materiais disponíveis na literatura brasileira sobre o tema utilizam esta mesma nomenclatura. Por ser um tema pouco difundido no Brasil, a utilização deste termo facilita e simplifica o acesso, além de unificar a nomenclatura.

Após breve explanação acerca da terminologia, é de suma importância tecer as diferenças entre o testamento vital e o mandato duradouro, para que fique ainda mais corroborado que as diretivas antecipadas não se confundem com o testamento vital, conforme já afirmado.

O mandato duradouro consiste num documento no qual o paciente nomeia um procurador, para que este decida e tome as providências quanto ao tratamento do paciente, quando se fizer necessário e quando este estiver incapaz definitivo ou provisoriamente. Para tanto, o procurador tem obrigação de fazer as escolhas com base no conhecimento e nas preferências do paciente. Ou seja, o mandatário tem que saber distinguir a sua vontade

da do paciente, pois, embora entenda que é melhor que o paciente se submeta a determinado tratamento, por exemplo, uma cirurgia, caso saiba que a preferência do paciente seria pela não realização deste procedimento, sua escolha deve ser no sentido de obstar a realização da mesma.

Enquanto o mandato duradouro é apenas instrumento de nomeação do procurador, para que este decida em nome do paciente, no testamento vital as decisões acerca da aceitação ou recusa de tratamento já estão expostas, e foram previamente escolhidas pelo próprio paciente. Além disso, o mandato duradouro produz eficácia quando a incapacidade do paciente for definitiva ou temporária, ao passo que o testamento vital só será eficaz no caso de incapacidade definitiva do paciente.

Implica salientar que não há óbice para que o paciente elabore os dois instrumentos.

Agora passemos a análise das características do testamento vital propriamente dito.

O primeiro aspecto a ser considerado diz respeito à capacidade de discernimento. Para que o testamento vital seja válido, vimos anteriormente que tem que ser elaborado pelo paciente a partir de 18 (dezoito) anos, e, além da idade, o paciente tem que ter discernimento.

O documento passará a surtir efeitos apenas quando o paciente se encontrar em estado terminal, incapaz permanentemente de manifestar sua vontade.

No que tange aos tipos de tratamentos que podem ser objeto de aceitação/suspensão do testamento vital, há controvérsias doutrinárias.

Godinho^[42] defende que o direito de rejeitar tratamentos médicos consiste no exercício legítimo de direitos fundamentais, sendo este o fundamento básico do preavalecimento do consentimento e interesse dos pacientes. Todavia, tal autonomia não é absoluta, razão pela qual se faz necessário verificar os seus limites.

A primeira ponderação a ser feita é que a recusa de qualquer tratamento por parte do paciente não consiste na prática da eutanásia, ativa ou passiva, ou do ainda, do suicídio assistido.

Quando se fala em autonomia do paciente, dá-se a este o direito de escolher os tratamentos que considerar mais adequados, bem como rejeitar os que julgar invasivos. Por outro lado, forçar o paciente a aceitar determinado tratamento, por ser na opinião do médico o mais correto e/ou

indispensável, é retornar aos moldes paternalistas e abolir a característica dialógica da relação médico-paciente, voltando o médico a decidir sozinho que tipo de medida terapêutica será aplicada em cada caso[43].

No tocante à eutanásia e ao suicídio assistido, a intenção principal não é a supressão um tratamento médico tido pelo paciente como indevido, mas sim, a supressão deliberada da vida do paciente terminal, sem o seu sofrimento[44].

O direito que possui o paciente de rejeitar medidas que considere indevidas não tem o objetivo de antecipar sua morte, mas apenas de impedir a utilização de tratamentos não desejados. Caso a ausência deste tratamento possa acarretar o evento morte, este ocorrerá por conta da patologia que acomete o doente e não pela omissão da medida em si a causa última da morte. Já na eutanásia, há intervenção no processo natural da morte, através da utilização de condutas que a antecipem, sendo a atuação profissional a causa direta da morte. A intervenção médica, neste caso, irá reduzir a vida do paciente. Este encurtamento da vida que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, embora a recusa de determinado tratamento e a prática da eutanásia possam ter a morte como resultado, há uma diferença substancial entre elas. A primeira decorre da atuação do médico em não aplicar determinada medida, em prol da escolha do paciente, vindo este a falecer naturalmente e em virtude da doença. Já a segunda, o óbito ocorre da atuação do profissional em empregar condutas que antecipem este feito.

Tendo o paciente exercido seu direito de rejeitar tratamentos médicos, mesmo sendo esta recusa incompreensível por terceiros, ela deve ser respeitada. Caso não seja implementada, ferindo a consciência e integridade física do paciente, bem como cerceando sua liberdade, o profissional poderá ser penalizado, pelo delito de constrangimento ilegal[45], dentre outros.

Por outro lado, se o médico respeita a vontade do paciente, não restará neste caso, à omissão do socorro, uma vez que é a própria doença que enseja a morte.

A Constituição Federal da República expõe no artigo 5º[46] que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Assim, nenhum indivíduo está obrigado a se submeter a algum tipo de tratamento contra a sua vontade.

Pelas razões exposta, Godinho[47] entende que, se toda pessoa capaz pode rejeitar a aplicação de cuidados médicos em seu tratamento, ainda que vitais, não há óbice para que manifeste sua vontade de aceitar ou rejeitar tais tratamentos em um momento futuro, em que porventura se encontre em estado de incapacidade, através da utilização do testamento vital.

Em linhas opostas, Dadalto[48] defende que para serem válidas, as disposições do testamento vital não podem rejeitar os cuidados paliativos, pois estes tem o condão de proporcionar a dignidade da pessoa humana, bem como proporcionar a morte digna.

Além disto, só pode ser objeto de recusa do testamento vital os tratamentos extraordinários, ou seja, aqueles considerados fúteis. Conforme já explanado, considera-se tratamento fútil aquele que não traz benefícios para o doente, e isto será determinado no caso concreto, levando se em conta as características e estado do paciente. Em sendo permitida a rejeição de tratamentos ordinários, haverá risco de se cometer a eutanásia, conduta esta proibida no Brasil.

Além de garantir a autonomia do paciente terminal, o testamento vital também serve para proteger o médico, pois serve como respaldo para proteção da atuação do médico em situações conflituosas. Neste sentido, Carlos Vital[49], vice-presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), afirmou que:

“a declaração de vontade dará segurança jurídica aos médicos que ficam temerosos de serem responsabilizados por omissão de socorro e acabam colocando o paciente nos aparelhos, mesmo sabendo que o que está ocorrendo é um prolongamento do processo de morte e não da vida.”

No tocante aos efeitos do testamento vital, caso este possua disposições válidas no ordenamento, produzirá efeito vinculante e *erga omnes*. Se fosse dada ao médico a liberdade de acatar ou rejeitar a diretiva, poderia ocorrer a chamada “jurisdicionalização” do morrer, pois, sempre que o médico rejeitasse o disposto, os familiares ou interessados do paciente poderiam procurar a Justiça.[50]

Vale salientar que o cumprimento das disposições constantes no testamento vital do paciente terminal comporta certos limites, que consistem na objeção de consciência do médico, proibição de disposições

contrárias ao ordenamento jurídico, e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pelo avanço da medicina.

O atual Código de Ética Médica, no inciso IX do capítulo II, aduz que é direito do médico “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”^[51].

A recusa da aplicação do disposto na diretiva, neste caso, deverá ser justificada expressamente pelo médico, seja ela de ordem moral, ética ou qualquer outra de foro íntimo. Após, o paciente deve ser encaminhado a outro médico, para que se cumpra o disposto.

A proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro se justifica pelo fato de impedir que um documento, no qual tem o condão de possibilitar que o paciente não se submeta a determinados tratamentos, sirva como meio, na verdade, de abreviar a vida. Conforme já explicado, a eutanásia é uma prática vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não sendo razoável, portanto, a existência de um instrumento jurídico capaz de burlar as disposições deste ordenamento. É por isto que só pode ser objeto do testamento vital a suspensão de tratamentos extraordinários ou fúteis.

Também não serão consideradas válidas as disposições contraindicadas à patologia do paciente, pois não condizem com o melhor interesse do paciente e nem com a ideia de morte digna.

Da mesma forma não serão válidas as disposições que versem sobre tratamentos já superados pela medicina. Isto porque, o testamento vital não possui efeito imediato, mas sim, futuro, quando o paciente estiver inconsciente. Tendo em vista que não há previsão de sua eficácia e que esta pode demorar anos, há a preocupação de invalidar as disposições que, a época da sua edição, eram consideradas fúteis, mas que, com os avanços da medicina, com a descoberta de novas drogas, medicamentos, tratamentos, dentre outras tecnologias, passaram a ser consideradas úteis para aquele caso.

Estudadas as principais características do testamento vital, passaremos a analisá-lo à luz do direito estrangeiro, para, com base nas leis dos países que o preveem, definir seus aspectos no Brasil.

4.1 IMPORTÂNCIA

O cenário atual da medicina dispõe de várias alternativas terapêuticas de modo que a vida humana é cada vez mais prolongada. Este é o norte da atuação de significativa parcela dos profissionais médicos. Ou seja, há a busca desenfreada pela cura independente do custo e do sofrimento causado.

Neste contexto, a utilização dos diversos recursos disponíveis sem medir os prejuízos que podem ser causados ao paciente pode configurar a prática da distanásia.

A resolução n. 1.805 do Conselho Federal de Medicina[52] veda a prática da distanásia, ao permitir que o médico limite ou suspenda procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável.

Ocorre que, a existência deste dispositivo não impede a ocorrência da distanásia no caso concreto, tendo em vista a dificuldade de alguns profissionais em lidar com inevitabilidade da morte.

A existência de um instrumento que possibilite ao indivíduo manifestar-se previamente acerca dos cuidados que deseja ou não receber na fase terminal, quando estiver inconsciente, podendo o paciente dispor que não deseja se submeter a medidas terapêuticas inúteis, permite que o paciente, além de exercer sua autonomia, impeça a atuação médica na promoção da distanásia.

Em um estudo americano[53] realizado em 2010, viu-se que dentre os adultos de 60 anos de idade ou mais que morreram entre 2000 e 2006, 42% necessitaram de tomada de decisão sobre o tratamento nos últimos dias de vida, no entanto, 70% não possuíam capacidade para a tomada de decisão.

Nesta pesquisa, verifica-se que quase metade necessitou tomar decisões no fim da vida, e mais da metade não possuía capacidade para tal. Daí a importância da elaboração de um instrumento que possa ser utilizado nesta fase da vida para que, mesmo impossibilitado, o paciente tenha sua autonomia preservada, cabendo ao mesmo às decisões sobre sua vida e saúde.

Além disto, tendo o próprio paciente explicitado previamente a sua vontade, o poder de decisão não recairá sob seus familiares, como ocorria nos casos em que o paciente estivesse inconsciente.

Em assim sendo, a admissibilidade do testamento vital tem o condão de evitar ambiguidades, eliminando eventuais conflitos que possam existir

entre os familiares na tomada de decisão ou até mesmo entre os parentes e a real intenção do paciente[54].

Por fim, o testamento vital trará mais segurança ao profissional médico, que, com medo de uma possível responsabilização por omissão de socorro, acabam utilizando de todas as medidas disponíveis, até mesmo os tratamentos fúteis, causando o prolongamento artificial da vida. Havendo um documento efetuado pelo paciente informando que não deseja se submeter a tratamento fútil, a atuação do médico estará amparada pelo direito da autonomia do paciente, que decidiu pela recusa do tratamento.

5 DIREITO COMPARADO

É de fundamental importância estudar como o testamento vital é visto em outros países, tendo em vista que no Brasil não há lei que o regule. Através da análise do direito comparado, é possível identificar as origens do testamento vital e entender com mais clareza as características deste instrumento, tais como conceito, requisitos, objetivos, validade, dentre outros.

Para uma melhor compreensão acerca do testamento vital, iremos nos basear nas leis estrangeiras que o prevê. Isto porque, além da ausência de previsão legal, pouco se fala sobre o tema no Brasil, e o material disponível para estudo é restrito. Por esta razão se torna necessária a sua análise sob a ótica dos países que já estão avançados neste assunto. Por meio desta comparação, é possível defender a validade deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro e delimitar suas características básicas.

5.1 TESTAMENTO VITAL NA AMÉRICA DO NORTE

Os primeiros estudos acerca do modelo e premissas do *living Will*, foram propostos por Kutner[55], em 1969, através do seu artigo "Due process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal." Por meio deste documento, sugeriu-se que o paciente deixasse por escrito a quais tratamentos não deseja ser submetido quando se encontrar em estado vegetativo ou terminal. A partir de então, o tema passou a ser muito discutido e estudado pelo ramo da Bioética.

Em 1976, o Poder Judiciário americano deparou-se com o caso de Karen Ann Quinlan, uma jovem de 21 anos, que sofreu uma depressão respiratória ocasionada, provavelmente, por uma overdose de álcool em combinação com outras drogas depressoras do sistema nervoso central, o que a levou a ficar em estado vegetativo persistente. Os médicos do caso

acreditavam que deveriam mantê-la viva, com a utilização de respiração assistida. No entanto, seus pais entendiam que este meio de prolongação artificial da vida deveria ser suprimido.

Para solucionar o caso, foi criado um Comitê de Ética com o objetivo de avaliar o quadro clínico e prognóstico de Karen Ann Quinlan que entendeu pela irreversibilidade do quadro. Diante disto, a justiça americana conferiu aos pais da paciente o direito de solicitar a equipe médica o desligamento dos aparelhos. Após, a retirada dos aparelhos, Karen ainda viveu por mais nove anos.^[56]

Logo após este caso, que foi muito divulgado na época, a Califórnia editou sua lei, servindo de incentivo para que vários outros estados também regulamentasse a matéria.

Embora já existissem leis estaduais, a primeira lei federal do país a regulamentar as diretivas de vontade foi a denominada *Patient Self Determination Act* (PSDA), datada 1990. Esta lei, além de reconhecer o direito à autodeterminação do paciente, subdivide as diretivas antecipadas de vontade (DAV) nas espécies de testamento vital e mandato duradouro.

Não obstante a existência de lei federal nos Estados Unidos, esta serve apenas como diretriz para seus Estados. Isto porque, trata-se de um país descentralizado, onde cada estado possui autonomia legislativa. Consequentemente, cada unidade federativa tem liberdade para regulamentar o tema como achar mais conveniente, gerando assim uma série de leis que, embora versem sobre o mesmo instituto, o tratam de maneira diversa.

Caso o Brasil edite lei federal sobre o testamento vital, a matéria seria conduzida de maneira unificada em todo país.

5.2 TESTAMENTO VITAL NA EUROPA

Em 4 de abril de 1997, foi redigido, na Europa, o Convênio de Oviedo, conhecido também como Convenção de Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, em vigor desde 1º de Dezembro de 1999^[57].

Segundo o Convênio, os desejos expressados pelo paciente, no tocante à intervenção médica, deverão ser levados em consideração, caso o paciente venha a ficar incapaz de manifestar sua vontade^[58].

No entanto, antes mesmo da existência do Convênio, países como a Finlândia, Holanda e Hungria já haviam legislado sobre o assunto. Após a

sua edição, países europeus como a Bélgica, Espanha, Inglaterra, País de Gales, Áustria, Alemanha e Portugal legislaram sobre as DAV, nesta ordem.

A França também possui legislação sobre as DAV, mas, neste país, os médicos não estão vinculados ao documento, razão pela qual não pode ser considerado que o paciente pode se autodeterminar através de uma DAV neste país.

O Convênio de Oviedo foi essencial na concretização do tema na Europa, pois a partir de sua edição, todos os países que o ratificaram tiveram que cumprir seus ditames e elaborar lei específica para que fossem definidas as especificidades do instituto em cada um destes territórios.

Dentre os países que legislaram sobre a matéria, analisaremos a evolução do testamento vital na Espanha, pois as discussões sobre o testamento vital já estão bem avançadas neste território, e em Portugal, que editou recentemente a lei nº. 25/2012[59], que trata sobre o tema.

5.2.1 Espanha

Na Espanha, as discussões acerca do testamento vital ocorrem desde 1986, através da *Asociación Pro Derecho a Morir Dignamente*, que redigiu o modelo do testamento vital, denominado, neste país, de *instrucciones previas*.

A primeira lei estatal da Espanha a tratar da matéria foi a n. 41/2002[60]. Ela definiu que, através do documento de instruções prévias, é possível que uma pessoa maior de idade, capaz e livre, manifeste antecipadamente sua vontade, com o objetivo de que esta seja cumprida no momento em situações em que não seja capaz de expressá-las pessoalmente. Este documento trataria dos cuidados e tratamentos de sua saúde ou ainda, estando próximo ao seu falecimento, sobre o destino do seu corpo e órgãos. Além disto, o outorgante pode designar um representante para que, chegado o caso, sirva como seu interlocutor com o médico e com a equipe sanitária, para que se dê o cumprimento das instruções prévias.

Mais adiante, a lei espanhola[61] fixou os limites das disposições das instruções prévias, ao mencionar que não poderão ser aplicadas as manifestações que sejam contrárias ao ordenamento jurídico e que não correspondam com o que se suponha que o interessado tivesse previsto no momento em que manifestou. Houve uma preocupação do legislador em não permitir que o instrumento permita a prática de condutas que desrespeitem a legislação, bem como em impossibilitar que manifestações

errôneas da vontade, caracterizada quando a vontade expressa é divergente da vontade real, surtam efeitos.

O instrumento legal permite, ainda, a revogação das instruções prévias a qualquer tempo, por escrito, e determina a criação de um Registro nacional de instruções prévias no Ministério de Saúde, com a finalidade de proporcionar a eficácia das instruções em todo o território nacional.

Tal registro foi criado no ano de 2007, pelo decreto lei n. 124/2007[62].

Segundo o decreto[63], a inscrição no Registro Nacional de Instruções Prévias assegura a eficácia do documento e possibilita seu conhecimento em todo território nacional. Seu objetivo é constatar a existência das instruções prévias nos distintos registros autônomos únicos em que estarão armazenadas, bem como a localização e data da gravação da declaração. Assim, qualquer alteração, substituição ou revogação de seu conteúdo, seja qual for o registro autônomo em que tenha sido escrita, estará disponível para consulta em um único lugar. Desse modo, sempre que uma instrução prévia for inscrita em seu registro autônomo correspondente, caberá a este comunicar ao Registro Nacional. A existência desse registro confere uma maior unidade ao instrumento e simplifica seu acesso.

5.2.2 Portugal

Recentemente foi aprovada, em Portugal, a lei n.º 25/2012[64] regulando as diretivas antecipadas de vontade (DAV). Segundo o dispositivo legal, a DAV, designadamente sob a forma de testamento vital, consiste em um documento unilateral e livremente revogável a qualquer tempo, através do qual o indivíduo maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitado por anomalia psíquica, manifesta sua vontade consciente, livre e esclarecida, no tocante aos cuidados de saúde que deseja ou não receber, caso se encontre incapaz de manifestá-la.

Em seu artigo 5º[65] são descritos os limites do instituto, sendo consideradas inexistentes as diretivas antecipadas de vontade que contrariem a lei, à ordem pública ou às boas práticas, que possa implicar deliberadamente na morte não natural e evitável e que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

A lei possibilita que qualquer pessoa nomeie um procurador de cuidados de saúde, ao qual se atribui poderes representativos para decidir

pelo outorgante, quando este estiver incapaz de expressar a sua vontade, sobre os cuidados de saúde que serão ou não recebidos.

Esta lei portuguesa criou o Registro Nacional de Diretivas Antecipadas (RENTEV), que tem a finalidade de receber, registrar, organizar e manter atualizada as diretivas antecipadas e as procurações de cuidados de saúde.

O médico responsável pelos cuidados da pessoa incapaz de manifestar sua vontade deverá se assegurar da existência das diretivas antecipadas e/ou de procuração de cuidados de saúde registradas no RENTEV. Quando existentes, estes documentos deverão ser anexados ao processo clínico do paciente.

A criação desse Registro Nacional facilita a eficácia dos institutos no país, pois permite que o médico, a qualquer tempo, realize consultas para saber se seu paciente, impossibilitado de manifestar uma vontade válida, redigiu alguma diretiva antecipada ou procuração.

5.3 TESTAMENTO VITAL NA AMÉRICA LATINA: A EXPERIÊNCIA URUGUAIA

Considerando os países próximos ao Brasil que já legislaram sobre as diretivas antecipadas, vamos estudar sobre a experiência do Uruguai.

Em 2009, o Uruguai aprovou a lei nº. 18.473/2009^[66], que versa sobre a *voluntad anticipada*. A lei permite que toda pessoa maior de idade e psiquicamente apta, de forma voluntária, consciente e livre, expresse antecipadamente sua vontade de se opor a futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem a vida, em detrimento da qualidade da mesma, caso se encontre em estado terminal, incurável e irreversível da doença. Portanto, neste país, só podem ser objeto de recusa os tratamentos fúteis.

A lei impede que a manifestação antecipada da vontade se oponha ao recebimento de cuidados paliativos. Nota-se, portanto, que há uma preocupação em vedar que as diretivas antecipadas sejam utilizadas para suspender aqueles cuidados que apenas visem promover o bem-estar do paciente. Além disso, a vontade antecipada terá plena eficácia quando a pessoa se encontrar em estado de incapacidade legal ou natural.

Quanto à forma, a diretiva deverá ser escrita, contendo a assinatura do titular e de duas testemunhas, sendo facultada à parte se manifestar perante o escrivão público, documentando-se em escritura pública ou ato notarial.

Independente da forma, as disposições deverão ser incorporadas ao histórico clínico do paciente.

A vontade antecipada deverá conter o nome de uma pessoa denominada representante, maior de idade, para que vele sobre o cumprimento desta vontade, caso o paciente se encontre incapaz de tomar decisões sobre si mesmo. O documento poderá, também, ser revogado a qualquer tempo, de forma verbal ou escrita.

Em sendo o caso de suspensão de algum tratamento, o médico deverá comunicar a Comissão de Bioética da instituição hospitalar, caso esta exista, para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas do recebimento da comunicação pela Comissão, esta decida pela realização ou não do pedido. Caso não haja pronunciamento dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, considera-se tacitamente aprovada a suspensão do tratamento.

Por fim, as instituições públicas e privadas de prestação de serviços de saúdes devem garantir o cumprimento da vontade antecipada do paciente, bem como promover programas educativos para funcionários e usuários sobre os direitos do paciente quanto ao constante na lei 18.473/2009[67]. O Ministério de Saúde Pública deverá promover uma ampla difusão acerca do assunto. É interessante observar, portanto, que este dispositivo legal não se preocupa apenas em delimitar os requisitos da diretiva, mas também em possibilitar seu cumprimento e sua ampla difusão, para que um número cada vez maior de pessoas tomem ciência da existência do instrumento e passem a utilizá-lo.

6 A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora não exista norma jurídica regulamentando o testamento vital no Brasil, isto não é suficiente para impedir a sua validade neste território.

Analisando o instrumento à luz de princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, encontraremos o substrato da aceitação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal[68] prevê, em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Já foi visto anteriormente que o exercício da autonomia do indivíduo é uma das formas de garantir a sua dignidade.

Amaral e Pona[69] afirmam que:

Este documento, enquanto testamento, resulta da vontade do indivíduo, apenas e tão somente, e aqui se manifesta a autonomia da vontade. Enquanto capaz de estabelecer normas jurídicas a serem observadas pelos demais indivíduos, reveste-se da autonomia privada, fonte do direito, apta a produzir efeitos jurídicos. E enquanto princípio bioético, representa o respeito ao paciente, o respeito à pessoa humana.

Nota-se que a autonomia é o principal fundamento de validade do testamento vital, não apenas no sentido cível, mas também como princípio bioético, garantindo o respeito ao paciente.

Com base na autonomia, não há óbice para que o indivíduo livremente decida acerca dos tratamentos que deseja ou não receber caso venha a se encontrar em estado terminal e inconsciente. Com este ato, visa-se não submeter o ser humano a tratamentos extraordinários, indo de encontro ao disposto no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal[70], que proíbe a sujeição do ser humano ao tratamento desumano.

Acerca disto, Luciana Dadalto[71] discorre que:

[...] o direito de decidir sobre os tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne um paciente terminal, preserva a sua vontade e evita que ele seja submetido ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo que não haja condição de reversibilidade da doença – **que é considerado pela presente pesquisa um tratamento desumano, já que está comprovado que este esforço não causará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, vez que não impedirá a morte deste.** (*grifos nossos*)

Dando continuidade as disposições constitucionais que permitem uma interpretação no sentido da aceitação do testamento vital, temos o 5º, inciso II, que trata do princípio da liberdade ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa senão em virtude de lei”[72].

Ora, não há lei que obrigue o paciente terminal a se submeter a qualquer tratamento e é razoável que não exista. Se o paciente terminal consciente pode expressar sua vontade no sentido de aceitar ou rejeitar práticas médicas, não é aceitável cercear este direito só porque o paciente

passou a estar inconsciente, principalmente se o mesmo já havia manifestado anteriormente sua vontade quanto ao assunto.

Sob a ótica do Código Civil[73], o artigo 15 preceitua que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

A leitura deste dispositivo pode passar a ideia de que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica apenas quando houver risco de vida. Ocorre que esta interpretação restritiva do artigo acaba criando uma noção errônea acerca do seu alcance. Isto porque cabe ao paciente manifestar seu consentimento para qualquer intervenção médica, sua importância é ainda maior quando houver risco de vida. O artigo citado representa expressão da autonomia do paciente em relação aos tratamentos que lhe são fornecidos, devendo o profissional da área de saúde respeitar a vontade dele.

Analizados os embasamentos legais que permitem a aceitação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos ao estudo das resoluções do Conselho Federal de Medicina que corroboram ainda mais esta validade.

Outro elemento importante no tocante a autonomia do paciente diz a necessidade do consentimento livre e informado, estabelecido pelo Código de Ética Médica. Se antes o médico direcionava sua conduta amparada pelo paternalismo, que permitia que as decisões fossem tomadas exclusivamente por eles, atualmente faz-se necessário a prévia consulta ao paciente, que fará suas decisões com base na sua autonomia. Versa o artigo 22[74] deste código que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado”.

No ano de 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução n. 1.805/2006[75], que regulamenta a prática da ortotanásia no âmbito da atuação dos profissionais da área médica, conceituando-a e estabelecendo todos os procedimentos para que ela seja aplicada na relação médico-paciente.

O preâmbulo desta resolução informa que “na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam

ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.

Esta conceituação, ao permitir que o médico limite ou suspenda procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente visa efetivar as garantias da dignidade da pessoa humana e assegurar que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, conforme já explicitado.

O artigo 1º [76] preceitua que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.” Por sua vez, dispõe o § 1º [77] que “o médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação”.

Assim, depreende-se que o paciente tem direito a autonomia, estando assegurado o direito a informação prévia do seu estado de saúde e suas perspectivas ou não de cura. Com esses dados, o paciente poderá decidir livremente se deseja suspender tratamentos que prolonguem a vida, vindo esta a findar-se naturalmente, ou mesmo se deseja prolongá-la, devendo, em quaisquer dos casos, ser respeitada a sua vontade.

Além desta, o CFM editou a resolução n. 1.995/2012 [78], que dispõe acerca das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, tendo em vista que não existe regulamentação sobre o assunto na ética médica brasileira, que é necessário disciplinar a conduta médica neste sentido, que este assunto é relevante no contexto da relação médico-paciente, que o profissional médico pode se encontrar com situações de ordem ética até então não previstos nos dispositivos éticos nacionais, que os modernos meios tecnológicos oferecem meios desproporcionais de prolongar a vida do paciente em estado terminal sem oferecer benefícios e a custo do prolongamento do sofrimento e que estas medidas poderiam ter sido rejeitadas pelo mesmo anteriormente.

Esta resolução definiu as diretivas antecipadas de vontade como sendo o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, acerca dos cuidados e tratamentos que deseja ou não receber quando estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade, bem como determinou que o médico deverá levar em consideração estas diretivas antecipadas.

Vale salientar que esta resolução não tem força de lei, razão pela qual ainda se faz necessária a elaboração de uma legislação para que se possa delimitar com clareza uma série de questões acerca do instituto, a exemplo do discernimento, aos tipos de tratamentos podem ser recusados, condições de validade, necessidade de registro do documento, dentre outros.

Pelo exposto, com base nos princípios e normas analisados, bem como nas resoluções do CFM, o testamento vital é instituto válido no Brasil, bem como está legitimado pelos princípios constitucionais.

Entendendo ser possível a validade do testamento vital no Brasil, faz-se necessário estabelecer algumas das suas condições. As características a seguir propostas foram determinadas de acordo com as disposições do ordenamento brasileiro, bem como através das características atinentes a estes institutos nas legislações estrangeiras, o que não impede que, vindo a ser editada lei sobre a matéria, as condições aqui propostas sejam alteradas.

6.1 REQUISITOS

Tendo em vista no Brasil que não existe legislação específica sobre o testamento vital, não há como delimitar com exatidão quais seriam seus requisitos. No entanto, é necessário analisar suas possíveis características, ainda que a edição de lei regendo a matéria as modifique.

O atual Código Civil^[79], artigo 107, aduz que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” Verifica-se que, em regra, os atos jurídicos possuem forma livre. Caso necessite de alguma solenidade para a sua validade, esta deve estar prevista em lei.

Conclui-se que, não existindo lei que imponha formalidades a validade do testamento vital, sua forma é livre. No entanto, para conferir mais segurança ao ato, é recomendável que o interessado realize registro em cartório. Vale observar que não há óbice, caso a lei do testamento vital venha a ser criada, para que o registro do testamento vital em cartório torne-se obrigatório. É necessário apenas que tal formalidade esteja prevista na lei.

Contudo, com intuito de evitar a sua invalidação, tomaremos como base, por analogia, algumas características do testamento particular, e outras decorrentes do estudo do direito comparado, em especial da lei n.º 25/2012 de Portugal^[80].

6.1.1 Capacidade e Discernimento

Para que o testamento vital seja considerado válido, deverá ser realizado pelo interessado plenamente capaz que, segundo nosso Código Civil, ocorre a partir dos 18 (dezoito) anos.

Além da capacidade de fato, o indivíduo tem que ter discernimento, requisito essencial para validade do ato.

Dadalto^[81] defende que os limites objetivos de fixação de idade utilizados pelo atual Código Civil devem ser flexibilizados, pois estes critérios podem impossibilitar o incapaz de exercer direitos de personalidade e de desenvolver sua dignidade.

Assim, caso o indivíduo considerado incapaz pela lei deseje firmar um testamento vital, deverá acionar o Judiciário, que só poderá negar a autorização se constatado que o requerente não possui discernimento. Em não havendo esse requerimento, o testamento deverá ser ratificado pelo próprio outorgante, quando este adquirir a maioridade civil.

O que a autora defende é que o discernimento não está atrelado a idade e que a autodeterminação do indivíduo não pode ser prefixada sem uma análise mais profunda. Razão pela qual, se um indivíduo com menos de 18 (dezoito anos) queira redigir o documento, cabe ao juiz analisar, no caso concreto, se o sujeito tem discernimento para manifestar sua vontade acerca dos cuidados que deseja ou não receber, quando em estado terminal e inconsciente.

Assim, é necessário que o indivíduo seja capaz, segundo os critérios apontados pelo código civil, ou seja, a partir dos 18 (dezoito) anos, e não enquadre em situações de incapacidade *a posteriori*. No entanto, não há óbice para que um menor de 18 anos faça um testamento vital, desde que obtenha a devida autorização judicial no que tange ao seu discernimento.

Na lei de Portugal, no artigo 2º^[82], foi fixado que, para outorgar diretivas antecipadas de vontade, os indivíduos devem, cumulativamente, ser maiores de idade, não se encontrarem interditados ou inabilitados devido a anomalias psíquicas e estarem capazes de conceder o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

6.1.2 Forma

Se houvesse lei no Brasil dispendo sobre o testamento vital, certamente ela indicaria os pressupostos formais deste instituto. No entanto, como não há, faz-se necessário utilizar medidas que demonstrem a autenticidade do ato e a higidez mental do outorgante.

Na Espanha, o testamento vital pode ser público ou privado. Em sendo público, o documento é registrado em cartório através de escritura pública e não necessita, neste caso, da presença de testemunhas. Já se for privado, é necessária a presença de testemunhas.

Segundo o Conselho Federal de Medicina[83], a diretiva antecipada deve ser registrada no prontuário do paciente, desde que expressamente autorizado pelo mesmo. Não se exige testemunhas, pois a profissão do médico é dotada de fé pública e, conseqüentemente, seus atos possuem efeitos legais e jurídicos.

Se o paciente tiver interesse, poderá registrar sua diretiva antecipada também no cartório. No entanto, não será exigido esse procedimento para que a vontade seja cumprida, pois a anotação no prontuário já é suficiente[84]. Essa informalidade do documento no Brasil decorre da ausência de previsão legal, não podendo, portanto, ser exigida nenhuma solenidade para a prática do ato.

Em Portugal, a lei determina que as diretivas antecipadas sejam formalizadas por meio de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV) ou notário.

O RENTEV tem a finalidade de registrar, organizar e manter atualizada as disposições do testamento vital, centralizando, deste modo, todas as informações referentes à matéria. Além disto, possibilita a eficácia do instrumento em todo o país e garante a segurança jurídica.

Nos termos do artigo 17 da lei portuguesa[85], temos que:

Artigo 17.º

Consulta do RENTEV

1 — O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, assegura da existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV.

2 — Caso se verifique a sua existência, o documento de diretivas antecipadas de vontade, e ou procuração de cuidados de saúde, são anexados ao processo clínico do outorgante.

3 — O outorgante do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde, ou o seu procurador, podem solicitar ao RENTEV, a qualquer momento, a consulta ou a entrega de cópia da DAV do outorgante.

Assim, em sendo criada lei específica acerca do testamento vital no Brasil, é interessante que seja criado um Registro Nacional. Ele teria o objetivo de possibilitar uma maior efetividade no cumprimento do instrumento, pois o médico, ao consultar o registro, irá verificar a existência da diretiva e deverá anexá-la ao processo clínico, que no Brasil, é conhecido como prontuário.

O prontuário médico consiste em:

[...] um documento que caracteriza o conjunto de informações escritas, relativas à determinada pessoa em seu curso de internação e evolução médica. O prontuário do paciente, embora geralmente denominado “prontuário médico”, é o conjunto de documentos e informações referente a um paciente e sua doença. Nesse contexto, deve ser considerado como a espinha dorsal da linha temporal dentro da evolução de cada paciente.^[86]

No sistema de saúde brasileiro, ele é o principal documento de registro dos dados referentes ao paciente, como a evolução clínica, os exames realizados, os procedimentos aos quais foi submetido e qualquer outra informação acerca deste indivíduo. Deste modo, registrar o testamento vital nele é a melhor forma de se armazenar o desejo do paciente com a segurança que ele será seguido pela equipe que o assiste.

6.1.3 Conteúdo

O conteúdo do testamento vital diz respeito a toda matéria que é permitida dispor com a sua utilização. Preliminarmente, observa-se que a recusa do paciente aos tratamentos não pode versar sobre os cuidados paliativos, pois estes visam aliviar o seu sofrimento e possibilitar que o fim de sua vida se dê com qualidade, proporcionando-lhe uma morte digna.

O tratamento objeto da recusa deve ser os considerados extraordinários ou fúteis. Isto porque, em sendo admitida a rejeição de tratamentos ordinários, correrá o risco de que o documento disponha sobre a rejeição de tratamentos que possam ocasionar a eutanásia.

A eutanásia, conforme já explicado, é uma prática vedada pelo nosso ordenamento jurídico, não sendo admissível que este instrumento jurídico seja capaz de burlar as disposições do nosso ordenamento.

Nesse sentido, a lei portuguesa 25/2012, artigo 2º^[87], aponta que podem constar no testamento vital a rejeição do paciente a submissão de tratamento de suporte artificial das funções vitais, a tratamentos fúteis, inúteis ou desproporcionais de acordo com seu quadro clínico e com as boas práticas profissionais, especificamente no tocante às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e de hidratação artificiais que objetivem apenas retardar o processo natural da morte do doente e a tratamentos que estejam em fase experimental. Além disso, podem dispor sobre a aceitação dos cuidados paliativos adequados, incluindo terapia sintomática, e autorizar ou recusar sua participação em pesquisas científicas.

Vale ressaltar que não é consenso na literatura que a hidratação e a nutrição podem ser recusadas. Uma parcela dos autores argumenta que eles são procedimentos vitais, ou seja, ao suspendê-los, acelera-se o processo de morte. Isto, portanto, caracterizaria a eutanásia, que não é objetivo do testamento vital.

Verificamos que as disposições da lei portuguesa são coerentes às necessidades da sociedade brasileira. Desse modo, defendemos a criação de uma legislação com características semelhantes a ela no Brasil.

Em relação ao aspecto da permissão ou não de recusar a suspensão da hidratação e da nutrição, fica a cargo do legislador decidir se são passíveis de rejeição. Em sendo possível, caberá ao médico, na análise do caso concreto, averiguar se a hidratação e nutrição configuram um tratamento ordinário ou fútil. Isto porque, como já visto, o enquadramento da medida terapêutica em ordinária ou extraordinária dependerá da situação em que se encontra o paciente, sendo portanto, variável.

6.1.4 Prazo de Validade

Há doutrinadores que entendem ser necessária a fixação de um prazo de validade para o testamento vital, sob o argumento de que o instrumento só será utilizado em um futuro incerto, podendo passar muitos anos entre a data de sua elaboração e a data de sua eficácia. Com isto, no decorrer deste período, a medicina continuará avançando, podendo surgir novas técnicas e tratamentos, e, em decorrência disto, uma doença incurável pode se tornar

curável, bem como uma medida antes vista como extraordinária pode passar a ser útil para aquele caso.

Ocorre que, se houver avanços na medicina que passem a considerar a doença curável ou o tratamento útil, o testamento não mais será válido. Isto porque, já foi estudado que existem limites à aplicação do testamento vital, dentre eles estão às disposições contraindicadas a patologia do paciente ou as que dispõem de tratamentos superados pela medicina, que, neste caso, serão consideradas inválidas.

A lei portuguesa nº. 25/2012, no artigo 7º[88], fixa um prazo de cinco anos de eficácia, a contar da data da sua assinatura. Para que seja renovado, é necessário que o indivíduo faça uma declaração de confirmação do disposto no testamento vital. Faz parte dos serviços do RENTEV o dever de informar ao outorgante, por escrito, sobre a data de caducidade do documento, até 60 (sessenta) dias antes.

No entanto, entendo ser desnecessária a fixação do prazo de validade. Primeiro porque, conforme abordado neste trabalho, o testamento vital pode ser revogado a qualquer tempo pelo interessado. Enquanto ele não manifestar a intenção de revogá-lo, presume-se sua aceitação.

Segundo, esta medida é pouco prática, pois periodicamente o indivíduo terá que se dispor a renová-lo. Em contrapartida, sem a fixação de um prazo limite, se o outorgante apresentar interesse na revogação seria necessário apenas uma única visita ao estabelecimento oficial para revogar o documento. Com a fixação do prazo, se porventura a pessoa não comparecer no período, o documento não será mais eficaz, partindo-se da presunção de que o indivíduo não quis renová-lo, mesmo sem que haja nada expresso quanto a isto. Em não havendo prazo de validade, o interessado, tendo que manifestar seu desejo pela revogação o documento, não deixará dúvidas quanto ao seu real interesse.

6.1.5 O Testamento Vital sob a Ótica da Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina

No ano de 2012, levando-se em conta a necessidade e inexistência de regulamentação acerca das diretivas antecipadas de vontade do paciente, bem como a relevância da autonomia deste na relação médico-paciente e sua interface com as diretivas antecipadas de vontade, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução n. 1995/2012[89].

Segundo a norma^[90], as diretivas antecipadas de vontade são conceituadas como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

A resolução também dispõe que, estando o doente incapaz de expressar sua vontade, o médico terá que levar em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. Ou seja, não é permitido ao profissional decidir se quer ou não aplicar a diretiva. Isto porque o objeto de ação deste documento não é de competência do médico e, sim, do paciente. Neste sentido, cabe a este decidir a que procedimentos o seu corpo será submetido ou não, respeitando sempre as proibições legais, como o suicídio e a eutanásia.

O profissional de saúde deixará de levar em consideração o disposto no instrumento caso entenda que estão em desacordo com o Código de Ética Médica^[91]. Assim como o ordenamento jurídico, este código regulamenta e direciona a atuação médica. Deste modo, mesmo que seja desejo do paciente, ele estando consciente ou não, se determinada conduta for de encontro com Código de Ética Médica, esta ação não deverá ser realizada.

Ainda segundo a resolução 1995/2012, caberá ao médico assistente registrar no prontuário do paciente as diretivas antecipadas de vontade que lhes forem diretamente comunicadas. O prontuário, como anteriormente explicado, é o principal documento de registro dos dados clínicos dos pacientes no Brasil, sendo constantemente consultado e atualizado por toda a equipe de saúde assistente, seja médico, enfermeiro, fisioterapeuta, nutricionista, entre outros. Portanto, o local mais indicado para que o desejo do paciente seja anotado é nele, visto que rapidamente se difundirá entre os profissionais assistentes e, assim, mais facilmente poderá ser respeitada sua vontade e sua autonomia preservada.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diversidade de medidas terapêuticas atualmente disponíveis em conjunto com a dificuldade de parte dos profissionais da área de saúde em lidar com a morte submete o paciente a tratamentos que lhe causam o ônus

de prolongar sua vida artificialmente. Ou seja, retarda-se a morte natural sem que, com isto, haja qualquer benefício ou conforto ao paciente.

Por outro lado, há uma preocupação com a autonomia do paciente, que tem o direito de decidir a que medidas terapêuticas ele deseja ou não ser submetido. Com a utilização do testamento vital, garante-se este preceito legal, mesmo quando o indivíduo se encontra em estado terminal e impossibilitado de manifestar sua vontade.

Fala-se, assim, em direito à morte digna. Ela ocorre a partir da “reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil” [92]. Ou seja, há o respeito a sua liberdade de escolha com o mínimo de sofrimento ao paciente.

O direito à morte digna não se confunde com o “direito de morrer.” A primeira tem relação com o bem-estar do paciente e a morte acontecerá naturalmente. A última, por sua vez, se caracteriza pela possibilidade do indivíduo tirar a própria vida, antecipando a sua morte. O testamento vital busca resguardar tão somente à morte digna, vez que a legislação brasileira não permite a abreviação da vida.

Entre os benefícios do testamento vital, destaca-se seu caráter de orientação para o médico, que terá sua conduta respaldada pelo disposto. Ao permitir que o indivíduo tenha seu desejo respeitado até o fim da vida, mesmo inconsciente, este instrumento afasta dos familiares e dos profissionais assistentes a responsabilidade por decidir as condutas a serem tomadas. Desse modo, há a preservação da segurança do profissional e a todos os envolvidos no caso, haja vista que o desejo fora expresso pelo paciente anteriormente.

No Brasil não há lei específica sobre o tema, no entanto, com base nos princípios do nosso ordenamento jurídico e nas resoluções do Conselho Federal de Medicina, constata-se que o testamento vital é válido. Ele constitui uma das formas de expressão da autonomia do paciente, que tem o direito de participar ativamente das decisões sobre seu tratamento de acordo com suas crenças e valores e escolher de que forma deseja passar nos últimos dias de sua vida.

Embora seja possível definir as possíveis características do testamento vital no Brasil, constata-se a necessidade de que seja editada lei específica sobre o tema. Assim, os requisitos formais e especificidades do instituto serão determinados em definitivo, sem deixar margem de dúvidas. Isto também possibilitará uma maior disseminação do tema, tendo em vista que se trata de um assunto pouco difundido no país.

Enquanto essa lei não é editada, foi proposto, com base nas resoluções do Conselho Federal de Medicina, Código Civil e Direito comparado, as condições de elaboração do instituto. É necessário que o interessado obedeça ao critério de capacidade previsto no Código Civil, ou seja, tem que ser maior de 18 (dezoito) anos e não se enquadrar em nenhum critério de incapacidade elencado pelo Código Civil.

Quanto à forma, é importante utilizar medidas que demonstrem a autenticidade do ato e a higidez mental do outorgante. Assim, embora a Resolução 1995/2002, informe que basta que o médico anote no prontuário do paciente as diretivas antecipadas por este diretamente exposta, seria interessante que o paciente registrasse sua diretiva antecipada também em cartório. No entanto, este procedimento não é obrigatório para que a vontade seja cumprida, pois não pode se exigir nenhuma solenidade para a prática do ato. A solenidade do ato depende de lei que a defina. Basta, portanto a anotação no prontuário, sendo o registro em cartório apenas um meio, opcional, para conferir uma maior segurança ao ato.

No tocante ao conteúdo, foi observado que o testamento vital não pode ter como objeto a recusa dos cuidados paliativos, posto que estes garantem a dignidade da pessoa humana. Só poderão ser objeto de recusa as disposições que recusem a aplicação de tratamentos fúteis, que não tragam benefícios ao doente.

Por fim, verifica-se se o testamento vital necessita de respaldo legal para que se consagre, em definitivo, o direito a autonomia do paciente, no sentido de escolher, previamente, a que medidas terapêuticas deseja ou não se submeter. Desta forma, garante-se que sua vontade será respeitada mesmo se ele estiver inconsciente, resguardando-o das condutas que promovam a distanásia e possibilitando-o um fim de vida digno.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Autonomia privada**. Revista Cej, Brasília, v. 3, n. 9, p.25-30, dez. 1999. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. **Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista do Direito Privado, Londrina, v. 3, n. 1, p.1-29, set./dez. 2008. Disponível em: . Acesso em: 3 dez. 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETANCOR, Juana Teresa. **El testamento vital**. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 9, p.97-112, dez. 1995. Disponível em: . Acesso em: 3 dez. 2013.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Diretivas antecipadas**: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. 2012. [Artigo eletrônico]. Disponível em: . Acesso em: 2 dez. 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Direito de morrer de morrer dignamente**: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 283-305.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília:Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal brasileiro**. Brasília: Senado, 1940. Disponível em: . Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

CARNEIRO, António Vaz; CARNEIRO, António Vaz; FREITAS, António Falcão de. **Relatório sobre o estado vegetativo' persistente**. [S. l.]: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2005.

CLOTET, Joaquim. **O Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica**: Conceituação, Origens e Atualidade. Revista Bioética, Brasília, v. 3, n. 1, p.1-7, 2009. Disponível em: . Acesso em: 28 nov. 2013.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**, de 4 de Abril de 1997. Oviedo:Conselho da Europa, 1997. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida**. Brasília:[s.n.], 30 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 4 jan. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1544**, de 9 de abril de 1999. A obtenção de amostras de sangue de cordão umbilical e placenta será de natureza gratuita e voluntária, mediante esclarecimento da finalidade, da técnica e demais itens dispostos nesta Resolução, sendo vedada a comercialização com fins lucrativos. Brasília: D.O.U., Seção 1, n. 76, p. 139, 23 abr. 1999. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1643**, de 7 de agosto de 2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 205, 26 ago. 2002. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1653**, de 6 de novembro de 2002. Dispõe sobre demonstrações de Cirurgias ao Vivo. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 81, 2 dez. 2002. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1805**, de 9 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 169, 28 nov. 2006. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 90, 24 set. 2009. Disponível em: . Acesso em: 18 nov. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1995**, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 269-70, 31 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 2 jan. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 671**, de 18 de julho de 1975. "Considera a Declaração de Helsinque" adotada pela Associação Médica Mundial como guia a ser seguido pela classe médica em matéria referente a pesquisa clínica e dá outras providências. Brasília: D.O.U., Seção 1, Parte 2, 1 set. 1975. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

CONSENTIMENTO livre e esclarecido: uma leitura histórica desde o paternalismo médico até a autonomia do paciente. Nigre Advocacia, Rio de Janeiro, p. 1-61, [?]. **[Artigo eletrônico]**. Disponível em: . Acesso em: 25 nov. 2013.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

EMANUEL, Ezekiel J. **Cuidados Paliativo e Terminal**. In: LONGO, Dan L et al (Org.). Medicina interna de Harrison. 18. ed. Porto Alegre: AMGH, Cap. 9, p. 67-84, 2013.

ESPANHA. **Decreto n. 124**, de 2 de fevereiro de 2007. Boletín Oficial Del Estado, n. 40, p. 6591-3, 15 fev. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

ESPANHA. **Lei n. 41**, de 14 de junho de 2012. Boletín Oficial Del Estado, n. 274, p. 1-12, 15 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada: Gomares, 2001.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 2. Lisboa, p. 945-78, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Limitações voluntárias dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro**: em especial, os direitos à vida e à integridade física. 2014. 933 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

GOMES, Cassia Borges. **Prontuário Médico e sua importância**: uma questão de organização e método. [S.l.: s.n.], [20??]. **[Artigo eletrônico]**. Disponível em: . Acesso em: 7 jan. 2014.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa**: uma visão sob a ótica do código civil de 2002. Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta, Jundiáí, v. 5, n. 9, p.37-58, nov. 2004. Disponível em: . Acesso em: 12 nov. 2013.

HIPOCRÁTICOS Hipócritas. [São Paulo]:Veja, 1943. **[Artigo eletrônico]**. Disponível em: . Acesso em: 25 nov. 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

KIPPER, Délio José. **O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade**. Revista Bioética, Brasília, v. 7, n. 1, p. 1-5, 1999. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

KOVÁCS, Maria Júlia. **Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade**. Revista Bioética, Brasília, v. 6, n. 1, p.1-8, 2009. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

KUTNER, Luis. **Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal**. Indiana Law Journal, Indiana, EUA, v. 44, n. 4, p. 539-54, 1969. Disponível em: . Acesso em: 16 dez. 2013.

LEÃO, Thales Prestrêio Valadares. **Da (im)possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, v. 3625, n. 18, 5 jun. 2013. Disponível em: . Acesso em: 21 nov. 2013.

MARTINS, Carlos Eduardo. **Ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia**. [S.l.: s.n.], 2013. Disponível em: . Acesso em: 21 nov. 2013.

MULHOLLAND, Kelly C. **Protecting the right to die: the patient self-determination act of 1990**. Harvard Journal on Legislation, 1991, p. 618. Disponível em: . Acesso em: 6 de fev. 2012.

PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. **Considerações Éticas nos Cuidados Médicos do Paciente Terminal**. Revista Bioética, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-8, 2009. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

PORTUGAL. **Lei n. 25**, de 1 de junho de 2012. Diário da República, 1ª Série, n. 136, p. 3728-30, 16 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant: Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais**. Jus Navigandi, Teresina, v. 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 163, p.113-130, jul./set. 2004. Disponível em: . Acesso em: 12 de nov. 2013.

SIMM, Camila Beatriz. **Direito a uma morte digna e pacientes terminais**. Jus Navigandi, Teresina, v. 17, n. 3335, 18 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERMINALIDADE da Vida: Olhos que não querem mais abrir. Brasília:Correio Brasíliaense, 2 fev. 2012. **[Artigo eletrônico]** Disponível em: . Acesso em: 12 dez. 2013.

URUGUAI. **Lei n. 18473**, de 3 de abr de 2009. Diário Oficial, n. 27714, 21 abr. 2009. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2013.

NOTAS:

[1] KANT, 1997 *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 163, p.117, jul./set. 2004. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 de nov. 2013.

[2] FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada: Gomares, 2001.

[3] GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa**: uma visão sob a ótica do código civil de 2002. Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta, Jundiaí, v. 5, n. 9, p.48, nov. 2004. Disponível em: . Acesso em: 12 nov. 2013.

[4] AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Autonomia privada**. Revista Cej, Brasília, v. 3, n. 9, p.25, dez. 1999. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[5] AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 347-8, 2003.

[6] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[7] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, p. 32, 2009.

[8] KIPPER, Délio José. **O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade**. Revista Bioética, Brasília, v. 7, n. 1, p. 1-5, 1999. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[9] PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. **Considerações Éticas nos Cuidados Médicos do Paciente Terminal**. Revista Bioética, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-8, 2009. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[10] KOVÁCS, Maria Júlia. **Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade**. Revista Bioética, Brasília, v. 6, n. 1, p.1-8, 2009. Disponível em . Acesso em: 13 nov. 2013.

[11] CARNEIRO, António Vaz; CARNEIRO, António Vaz; FREITAS, António Falcão de. **Relatório sobre o estado vegetativo persistente**. [S. l.]: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, p. 3, 2005.

[12] BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília:Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, p. 143, 2008. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

[13] Idem.

[14] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 20, 24 set. 2009. 2009. Disponível em: . Acesso em: 18 nov. 2013

[15] Idem, p.21.

[16] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2013.

[17] SIMM, Camila Beatriz. **Direito a uma morte digna e pacientes terminais**. Jus Navigandi, Teresina, v. 17, n. 3335, 18 ago. 2012. Disponível em . Acesso em: 20 nov. 2013.

[18] QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant**: Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. Jus Navigandi, Teresina, v. 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2013.

[19] MARTINS, Carlos Eduardo. **Ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia**. [S.l.: s.n.], 2013. Disponível em: . Acesso em: 21 nov. 2013.

[20] SIMM, Camila Beatriz. **Direito a uma morte digna e pacientes terminais**. Jus Navigandi, Teresina, v. 17, n. 3335, 18 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2013.

[21] LEÃO, Thales Prestrêio Valadares. **Da (im)possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, v. 3625, n. 18, 5 jun. 2013. Disponível em: . Acesso em: 21 nov. 2013.

[22] Idem.

[23] HIPOCRÁTICOS Hipócritas. [São Paulo]:Veja, 1943. **[Artigo eletrônico]**. Disponível em: . Acesso em: 25 nov. 2013.

[24] CONSENTIMENTO livre e esclarecido: uma leitura histórica desde o paternalismo médico até a autonomia do paciente. Nigre Advocacia, Rio de Janeiro, p. 11-14, **[Artigo eletrônico]**. Disponível em: . Acesso em: 25 nov. 2014.

[25] DADALTO, Luciana. **Testatamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 64-5, 2013.

[26] Idem.

[27] CLOTET, Joaquím. **O Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica: Conceituação, Origens e Atualidade**. Revista Bioética, Brasília, v. 3, n. 1, p.1-7, 2009. Disponível em: . Acesso em: 28 nov. 2013.

[28] BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília:Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, p. 143, 2008. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

[29] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 27, 24 set. 2009. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

[30] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 671**, de 18 de julho de 1975. "Considera a Declaração de Helsinque" adotada pela Associação Médica Mundial como guia a ser seguido pela classe médica em

matéria referente a pesquisa clínica e dá outras providências. Brasília: D.O.U., Seção 1, Parte 2, 01 set. 1975. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

[31] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1544**, de 9 de abril de 1999. A obtenção de amostras de sangue de cordão umbilical e placenta será de natureza gratuita e voluntária, mediante esclarecimento da finalidade, da técnica e demais itens dispostos nesta Resolução, sendo vedada a comercialização com fins lucrativos. Brasília: D.O.U., Seção 1, n. 76, p. 139, 23 abr. 1999. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

[32] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1643**, de 7 de agosto de 2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 205, 26 ago. 2002. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

[33] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1653**, de 6 de novembro de 2002. Dispõe sobre demonstrações de Cirurgias ao Vivo. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 81, 2 dez. 2002. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2013.

[34] MULHOLLAND, Kelly C. **Protecting the right to die**: the patient self-determination act of 1990. Harvard Journal on Legislation, 1991, p. 618. Disponível em: . Acesso em: 6 de fev. 2012.

[35] BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Diretivas antecipadas**: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. 2012. [Artigo eletrônico]. Disponível em: . Acesso em: 2 dez. 2013.

[36] Idem.

[37] BETANCOR, Juana Teresa. **El testamento vital**. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 9, p. 97-112, dez. 1995. Disponível em: . Acesso em: 3 dez. 2013.

[38] GODINHO, Adriano Marteleto. **Diretivas antecipadas de vontade**: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 2. Lisboa, p. 956, 2012.

[39] AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. **Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital**: A possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. Revista do

Direito Privado, Londrina-pr, v. 3, n. 1, p.1-29, set./dez. 2008. Disponível em: .
Acesso em: 3 dez. 2013.

[40] DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 90, 2013.

[41] Idem.

[42] GODINHO, Adriano Marteleto. **Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 2. Lisboa, p. 945-78, 2012.

[43] GODINHO, Adriano Marteleto. **Limitações voluntárias dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: em especial, os direitos à vida e à integridade física**. 2014. 933 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

[44] Idem.

[45] BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal brasileiro**. Brasília: Senado, p. 27, 1940. Disponível em: . Acesso em: 10 dez. 2013.

[46] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[47] GODINHO, Adriano Marteleto. **Limitações voluntárias dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: em especial, os direitos à vida e à integridade física**. 2014. 933 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

[48] DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 148-9, 2013.

[49] TERMINALIDADE da Vida: Olhos que não querem mais abrir. Brasília:Correio Brasíliense, 2 fev. 2012. **[artigo eletrônico]**. Disponível em: . Acesso em: 12 dez. 2013.

[50] Stefano, 2007 *apud* DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 92, 2013.

[51] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 23, 24 set. 2009. Disponível em: . Acesso em: 18 nov. 2013.

[52] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1805**, de 9 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 169, 28 nov. 2006. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

[53] EMANUEL, Ezekiel J. **Cuidados Paliativo e Terminal**. In: LONGO, Dan L et al (Org.). Medicina interna de Harrison. 18. ed. Porto Alegre: AMGH, Cap. 9, p. 70, 2013.

[54] GODINHO, Adriano Marteleto. **Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 2. Lisboa, p. 961, 2012.

[55] KUTNER, Luis. **Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal**. Indiana Law Journal, Indiana, EUA, v. 44, n. 4, p. 539-54, 1969. Disponível em: . Acesso em: 16 dez. 2013.

[56] DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 98, 2013.

[57] CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**, de 4 de Abril de 1997. Oviedo: Conselho da Europa, 1997. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[58] O artigo 9º da Convenção de Oviedo prevê que “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

[59] PORTUGAL. **Lei n. 25**, de 1º de junho de 2012. Diário da República, 1ª Série, n. 136, p. 3728-30, 16 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[60] ESPANHA. **Lei n. 41**, de 14 de junho de 2012. Boletín Oficial Del Estado, n. 274, p. 1-12, 15 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[61] Idem.

[62] ESPANHA. **Decreto n. 124**, de 2 de fevereiro de 2007. Boletín Oficial Del Estado, n. 40, p. 6591-3, 15 fev. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[63] Idem.

[64] PORTUGAL. **Lei n. 25**, de 1 de junho de 2012. Diário da República, 1ª Série, n. 136, p. 3728-30, 16 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[65] Idem, p. 3728.

[66] URUGUAI. **Lei n. 18473**, de 3 de abr de 2009. Diário Oficial, n. 27714, 21 abr. 2009. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2013.

[67] Idem.

[68] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[69] AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. **Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital**: A possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. Revista do Direito Privado, Londrina, v. 3, n. 1, p. 1-29, set./dez. 2008. Disponível em: . Acesso em: 3 dez. 2013.

[70] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[71] DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 146, 2013.

[72] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2013.

[73] BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília:Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, p. 145, 2008. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

[74] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U., Seção 27, p. 90, 24 set. 2009. Disponível em: . Acesso em: 18 nov. 2014.

[75] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1805**, de 9 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 169, 28 nov. 2006. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

[76] Idem.

[77] Idem.

[78] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1995**, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 269-70, 31 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 2 jan. 2014.

[79] BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília:Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, p. 157, 2008. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

[80] PORTUGAL. **Lei n. 25**, de 1º de junho de 2012. Diário da República, 1ª Série, n. 136, p. 3728-30, 16 jul. 2012.

[81] DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 154, 2013.

[82] PORTUGAL. **Lei n. 25**, de 1º de junho de 2012. Diário da República, 1ª Série, n. 136, p. 3728, 16 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[83] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida.** Brasília:[s.n.], 30 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 4 jan. 2014.

[84] Idem.

[85] PORTUGAL. **Lei n. 25**, de 1º de junho de 2012. Diário da República, 1ª Série, n. 136, p. 3730, 16 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[86] GOMES, Cassia Borges. **Prontuário Médico e sua importância:** uma questão de organização e método. [S.l.: s.n.], [?]. [Artigo eletrônico]. Disponível em: . Acesso em: 7 jan. 2014.

[87] PORTUGAL. **Lei n. 25**, de 1º de junho de 2012. Diário da República, 1ª Série, n. 136, p. 3728, 16 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

[88] Idem, p. 3729.

[89] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1995**, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 269-70, 31 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 2 jan. 2014.

[90] Idem.

[91] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U., Seção 1, p. 90, 24 set. 2009. Disponível em: . Acesso em: 18 nov. 2014.

[92] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Direito de morrer de morrer dignamente:** eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 283-305.

CONSULTORIA E PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.

DANIEL FOERSTER FURTADO:

Bacharelado do Curso de Direito na Faculdade Imaculada Conceição do Recife.

JOAQUIM SOARES^[1]

RESUMO: O empreendedorismo cresceu muito no Brasil nos últimos anos e é fundamental que cresça não apenas a quantidade de empresas, mas sua participação na economia. Atualmente, são cerca de 9 milhões de micro e pequenas empresas (MPEs) no país, onde cerca de 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões), corresponde as MPEs. Atualmente, ao se observar a situação organizacional brasileira, é notória a importância das (MPEs), acarretando assim uma crescente demanda por serviços de suporte à sua gestão. De forma que não se discute a importância que o direito e a consultoria jurídica têm na vida empresarial. Como resta cristalino, ainda não é de conhecimento total do empresariado brasileiro todos os benefícios que estão à sua disposição na legislação brasileira. A lei 11.101/05 art. 70 e seguintes, traz orientações de como as MPEs podem se valer dos benefícios legais da recuperação judicial. Diante disso, como previsto dentro do Plano de Recuperação Judicial, existem diversos meios que podem ser tomados, sendo um deles o aumento do capital social. Segundo Amador Paes, o capital social é a soma de contribuição dos sócios, de forma que é muito utilizado em economias instáveis, onde, por exemplo, há oscilação de juros, como podemos ver no Brasil. Sendo esta uma das formas já vistas e aprovadas como eficiente para recuperação empresarial, deve ser pesquisada e esclarecida cada vez mais para que seja melhor utilizada e abordada pelos profissionais de direito e para que chegue ao conhecimento do empresariado brasileiro de forma clara e explicativa.

Palavras-chave: Recuperação Judicial; Consultoria; Aumento do Capital Social.

ABSTRACT: Entrepreneurship has grown a lot in Brazil in recent years and it is vital that not only the number of companies but their participation in the economy grow. Currently, there are about 9 million micro and small

enterprises (SMEs) in the country, where about 52% of the jobs signed in the private sector (16.1 million) correspond to MSEs. Nowadays, when the Brazilian organizational situation is observed, the importance of the MPEs is notorious, leading to a growing demand for support services to their management. So it is not discussed the importance that law and legal advice have in business life. As it remains a crystalline, it is not yet fully known to the Brazilian business community all the benefits that are available to them in Brazilian legislation. Law 11.101 / 05 art. 70 and following, provides guidance on how MPEs can avail themselves of the legal benefits of judicial recovery. Given this, as provided for in the Judicial Recovery Plan, there are several means that can be taken, one of them being the increase of the share capital. According to Amador Paes, social capital is the sum of contribution of the partners, so it is widely used in unstable economies, where, for example, there is interest oscillation, as we can see in Brazil. As this is one of the ways already seen and approved as efficient for business recovery, it must be researched and clarified more and more to be better used and approached by legal professionals and to reach the knowledge of Brazilian business in a clear and explanatory.

Key words: Judicial recovery; Consulting Increase in Social Capital.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Enquadramento de Micro e Pequenas Empresas 3 Plano de recuperação empresarial 3.1 Plano de recuperação Judicial e Extrajudicial 3.2 Requisitos para recuperação 3.3 Concessão do plano 3.4 Capital Social 5.5 Benefícios do aumento do capital social para uma empresa em recuperação judicial 4 Conclusão 5 Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo mostrar o papel do advogado mediante suas consultas jurídicas perante o plano de recuperação judicial, com ênfase na medida de aumento do capital social. Mostrando o que significa o Plano de Recuperação Empresarial, o que é o aumento do capital social como ferramenta para o plano e as leis previstas no Código Civil.

Foi realizado em forma de revisão de literatura, onde as pesquisas sobre o tema em questão foram feitas a partir de artigos, livros, revistas e publicações online, publicados entre os anos de 2005 e 2018. Estes artigos foram pesquisados em banco de dados como Supremo Tribunal Federal, Jusbrasil, Jus Navegandi, Consultor Jurídico, Âmbito Jurídico e outros. Onde alguns dos livros utilizados como base de dados foram: Falência e Recuperação, por Moacyr Lobato, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, por Clovis Dvoranovski, Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, por José da Silva Pacheco e Curso de Falência e Recuperação de Empresa, por Amador Paes de Almeida.

O empreendedorismo cresceu muito no Brasil nos últimos anos e é fundamental que cresça não apenas a quantidade de empresas, mas sua participação na economia. Atualmente, são cerca de 9 milhões micro e pequenas empresas no país, o que representa mais da metade dos empregos formais. No Brasil existe em média 6,4 milhões de estabelecimentos, desse total, cerca de 99% são micro e pequenas empresas, onde as MPEs respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões).^[2] Atualmente, ao se observar a situação organizacional brasileira, é notória a presença e importância das micro e pequenas empresas (PMEs), acarretando assim uma crescente demanda por serviços de suporte à sua gestão, apresentando ao longo dos anos uma necessidade por consultores.

Pelo fato de não recorrerem ao judiciário, a não ser quando processadas ou autuadas, precisando assim defender-se, estas empresas procuram por fim aos seus conflitos por via consensual, preferindo dessa forma, até um acordo que não as favoreça, para que dessa forma não tenham problema com a justiça. Isso acontece pela falta de confiança no judiciário e principalmente devido à lentidão existente para a resolução dos processos. Além do fato de que a contratação de um advogado ou de um consultor na área de advocacia ser algo visto como alvo de altos valores. Resumindo, as pequenas e médias empresas não costumam ter departamento jurídico próprio, nem contratar serviços de consultoria jurídica. O contador da empresa acaba exercendo esse papel e suprindo às vezes, o advogado nessa função. Contudo, sabemos que todas as relações mantidas no dia a dia das pessoas físicas e jurídicas são regidas pelas leis, seja da compra de algo

pequeno até transações de grandes valores realizadas por empresas, relação destas com o Estado (Direito Tributário), relação destas com seus trabalhadores (Direito do Trabalho).

Dessa forma, não se discute a importância que o direito tem na vida empresarial, assim como a importância de uma consultoria jurídica dentro do mesmo ambiente. Apesar do "buraco" jurídico ser suprido por escritórios de contabilidade, mesmo que pese a grande competência técnica dos mesmos, esse ato pode ser tido como precipitado e equivocado. O advogado, como consultor jurídico, tem aptidão para compreender a lei e trabalhar em cima das questões jurídicas que surgem dentro das empresas. Além disso, pode verificar diante de sua prática perante tribunais, qual o sentido das leis que são colocadas em questão. Portanto, vale ressaltar que muitas empresas, sobretudo as pequenas e médias, muitas vezes deixam de contratar assessoria jurídica por acharem que esse serviço é caro, mas não necessariamente é assim que se aplica. Existem escritórios especializados em MPEs, que possuem preços de honorários diferenciados e acessíveis à realidade dessas empresas.

Com essa necessidade entendida, pode-se começar a falar sobre o papel imprescindível do advogado na recuperação judicial das MPEs. Esta questão vem sendo cada vez mais notada no Brasil, mas ainda não é de conhecimento total do empresariado brasileiro, que não têm conhecimento de todos os benefícios que estão à sua disposição na legislação brasileira. A lei 11.101/05 art. 70 e seguintes, traz orientações de como as MPEs podem se beneficiar das vantagens legais da recuperação judicial. Somente as grandes empresas poderiam fazer usufruto do benefício de promulgação dessa legislação, dessa forma, as micro e pequenas empresas possuem apoio legal para sua manutenção no caso de ter que atravessar crise financeira e econômica na sua gestão.^[3]

Para fazer gozo dos benefícios da lei, o responsável pela empresa deverá apresentar um pedido, por meio de um advogado, junto ao Poder Judiciário, no qual irá apresentar as causas às quais levaram sua empresa para a crise econômico-financeira e sua situação patrimonial, além de uma peça que atenda os requisitos básicos legais. Para isso, a empresa terá que estar em funcionamento por no mínimo dois anos e atender os requisitos do art.

48 da Lei 11.101/05.^[4] Sendo assim, o consultor jurídico empresarial deverá estar preparado para apresentar o plano de recuperação judicial da empresa, ou ter assessoria de profissionais para a elaboração dos mesmos. Portanto, é de grande importância o papel que o advogado representará para os interesses da empresa em recuperação, já que é comum nesses casos o requerimento de liminares ou tutelas de urgência, sendo necessário assim, a sua intervenção.

Segundo Sérgio Souza (PMDB-PR), "As regras atuais são rígidas e exigem a apresentação de certidões de regularidade fiscal, dificultando a recuperação judicial. Assim, é necessário tornar o procedimento de recuperação judicial mais acessível, de modo a evitar a falência de uma empresa em dificuldades conjunturais. A revogação da exigência de apresentação da prova de quitação de todos os tributos, a fim de que seja concedida a recuperação judicial, atende ao interesse da sociedade brasileira".^[5] Sendo assim, o direito à informação anda em conjunto com o exercício do direito, onde poucas pessoas detêm o conhecimento a respeito de todos os benefícios que estão a nossa disposição na legislação brasileira. A nova lei de falência apresenta extensamente inúmeras formas de se recuperar uma empresa passando por dificuldades; De forma muito bem exemplificada, segundo o presente no art. 50 da lei, estão os diversos meios de recuperação judicial, sendo necessária somente a concordância entre a maioria dos seus credores e o devedor.^[6] Existem dezesseis formas de tentar a recuperação, onde podem ser usados de maneira isolada ou conjuntamente, caso nenhum seja eficiente, o empresário juntamente com seu advogado poderá fazer uso de outros mecanismos. Dentre as dezesseis maneiras de recuperação, está o aumento do capital social da empresa, que nada mais é do que uma intervenção que visa ampliar o capital social de uma empresa através de medidas de subscrição de ações ou incorporação de reservas.

Entretanto, antes de qualquer entendimento a cerca do assunto, deve-se haver uma diferenciação entre patrimônio da sociedade e capital social. Segundo Amador Paes, "o capital social não se confunde com o patrimônio da sociedade. Enquanto o primeiro é a soma de contribuição dos sócios, o patrimônio é todo o acervo de bens que a sociedade possua, envolvendo o próprio capital social".^[7] Diferença entendida, é válido salientar que

mudanças no capital social são geralmente utilizadas em economias vistas como instáveis, onde há oscilação das taxas de juros, como pode ser visto na história econômica brasileira há alguns anos atrás.

Dessa forma, fica clara a importância do assunto em questão, é necessário que haja a divulgação e aumento do espaço para o ganho de informações desse nível, para que assim, o empresariado brasileiro possa tomar posse do que está a seu dispor, conseguindo tirar suas empresas de uma possível crise econômico-financeira e melhorar sua situação patrimonial. Além do fato de que tais melhoras sendo efetivadas, o trabalho dos advogados como consultores empresariais passaria a melhorar consideravelmente, levando-se até em consideração que esse conjunto de acontecimentos poderia acarretar um aumento na procura por esse tipo de consultoria.

2. ENQUADRAMENTO COMO MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Segundo Código Civil, art. 3º da Lei Complementar: Consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - No caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - No caso da empresa de pequeno porte aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Além da necessidade de definir microempresas e empresa de pequeno porte, existe também a necessidade de definição da figura do Microempreendedor (pequeno empresário), que é visto como o empresário

individual que aufera, em cada ano-calendário, de receita bruta anual de até R\$60 (sessenta) mil reais. Para efeitos legais, o microempreendedor é uma espécie de microempresa, que só poderá se revestir de empresário individual, ou seja, pessoa física [\[8\]](#).

3. PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

De acordo com Márcio Souza Guimarães (2018), “o plano de recuperação judicial é o instrumento básico da recuperação, corporificando as medidas que serão adotadas pelo empresário ou sociedade empresária devedora, para o soerguimento da empresa (atividade econômica organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou serviços) que passa por dificuldades” [\[9\]](#). Com relação a possibilidade econômica da empresa entrar no processo vai ser ditada de acordo com o plano de recuperação judicial presente no processo em questão, seguindo as orientações do art.53 da Lei 11.101/2005, para que assim haja a deliberação dos credores em assembleia geral dos credores. Ou seja, em outras palavras, tal recurso é uma tentativa de reorganização de empresas que estão passando por crises econômicas, com intuito de evitar um processo de falência.

No que diz respeito a prazos e conteúdos, o plano de recuperação deve ser apresentado pelo devedor dentro de um prazo de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, podendo receber penalidade de convalidação em falência. Deve apresentar também os seguintes requisitos: discriminação minuciosa dos meios de recuperação que deverão ser empregados de acordo com o art. 50 da Lei 11.101/2005; laudo econômico e financeiro de avaliação dos bens e ativos do devedor, assinado por um profissional legalmente habilitado ou por empresa especializada e demonstração de viabilidade econômica [\[10\]](#).

O plano não poderá passar o prazo previsto de 1 ano para a quitação dos créditos advindos da legislação do trabalho ou provenientes de acidentes de trabalho que estejam vencidos até a data de pedido da recuperação judicial, [\[11\]](#) como mostra o art. 54 da Lei 11.101/2005:

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Para convocação da assembleia geral pelo juiz, não deve haver nenhuma objeção por parte dos credores, havendo objeção fica a cargo de o juiz convocar uma assembleia geral de credores para deliberar a respeito do plano de recuperação.

Vale salientar que o plano de recuperação judicial poderá passar por modificações na assembleia caso haja concordância do devedor e termos que não resultem na diminuição dos direitos dos credores ausentes^[12].

3.1 PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

A recuperação judicial de empresas é aquela vista como processada de forma integral no âmbito do Poder Judiciário, que por meio de uma ação judicial, com rito processual próprio, visa a solução para a crise financeira ou econômica da empresa.

De forma divergente, a recuperação extrajudicial se apresenta na convocação de credores para contratar dilação no prazo dos pagamentos ou diminuição dos valores no âmbito privado e contratual, mas que precisam de reconhecimento do juízo judicial. É um meio tido como "extraordinário", já que o plano de recuperação judicial é visto como "ordinário". O termo é usado como "extrajudicial", pois as negociações a serem realizadas são acordadas no plano privado e não em um processo judicial^[13].

3.2 REQUISITOS PARA RECUPERAÇÃO

O art. 49 da Lei em questão prevê diversos requisitos para que uma empresa possa fazer uso do plano de recuperação judicial, dessa forma quem pode requerer é o devedor, ou seja, empresário individual ou sociedade empresarial, de modo que atendam os seguintes requisitos: não ter obtido concessão de recuperação judicial há pelo menos cinco anos; tenha exercido regularmente a atividade empresarial por mais de dois anos; não ter obtido concessão de recuperação especial para MPEs há pelo menos oito anos; não ter falido, de forma que se passou por isso no passado, que no atual momento esteja de maneira reabilitada com sentença declarando extintas suas responsabilidades e não ter sido condenado por crimes concursais previstos na Lei 11.101/2005.

3.3 CONCESSÕES DO PLANO

Depois de recebido e publicado o edital prenunciado no parágrafo único do art. 53 da Lei 11.101/2005, o juiz poderá aguardar o decurso do prazo já fixado para que sejam apresentadas ou não as objeções. Como já citado em outro momento, caso haja objeções, o juiz deverá convocar a Assembleia Geral de Credores, não havendo, o juiz concederá a recuperação judicial dentro dos termos do art. 58 da Lei em questão. Dessa forma, não será necessário submissão da aprovação da AGC[14]/[15]

Após ser concedida a recuperação, haverá implicância do plano na novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando assim o devedor e todos os credores sujeitos ao plano, sem que haja prejuízo de garantias, conforme disposto no parágrafo 1º do art. 50 da Lei nº 11.101/2005.

Segundo diversos pesquisadores e professores, não se deve confundir o momento em que o juiz defere o processo de recuperação judicial, com o momento em que o juiz concede a recuperação judicial. Além disso, o fato de concedida a recuperação, também não deve ser confundido com o encerramento da recuperação, que só ocorrerá com o cumprimento das metas do plano e a efetiva recuperação da empresa[16].

3.4 CAPITAL SOCIAL

Antes de mais nada é necessário estabelecer o significado de “capital social”. Capital social nada mais é do que o valor que sócios ou acionistas

estabelecem para sua empresa no momento de sua abertura. É vista como uma quantia real bruta que é investida, ou seja, o montante necessário para que se possa iniciar as atividades de uma nova empresa, levando em consideração o tempo que ela vai levar para gerar lucro suficiente para que possa se sustentar.

Esse recurso serve para manutenção de uma empresa, sendo assim, uma vez que temos um valor investido, esse valor pode ser utilizado para compra de equipamentos, contratação de serviços e outros, ou seja, pode ser utilizado com intuito de levar desenvolvimento ao seu negócio. Dessa forma, o sociólogo francês Pierre Bourdieu definiu capital social como “o conjunto de recursos atuais e potenciais que estão ligados à posse de uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e interreconhecimento”[\[17\]](#).

Empresas sempre estão passando por mudanças, muitos ainda hoje se perguntam se podem modificar o capital social da sua empresa. Como já dito anteriormente, os micro e pequenos empreendedores estão bastante presentes nesse acontecimento, sendo sempre necessário o auxílio de um advogado. O capital social de uma empresa pode sim ser modificado, sendo muito mais fácil fazer com que ele aumente do que diminua. Para diminuir o capital é necessário, por exemplo, que não haja dívidas no nome do empresário ou da sociedade empresarial, na medida em que para aumentar, você só terá os custos das taxas da Junta Comercial e o custo com o contador e advogado.

Segundo o SEBRAE, “uma sociedade comercial dificilmente conseguirá manter-se de portas abertas sem um capital social estabilizado”. Alfredo Lamy Filho discorreu acerca do assunto dizendo que, “é função do capital social garantir os credores da companhia, conciliando a responsabilidade limitada dos acionistas (indispensável para que se possam associar, na mesma empresa, centenas ou milhares de sócios) com a proteção ao crédito, necessário ao funcionamento do sistema econômico”[\[18\]](#).

3.5 BENEFÍCIOS DO AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL PARA UMA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O aumento de capital poderá ser utilizado em diferentes finalidades. Como resta cristalino, o novo capital poderá ser utilizado de forma estratégica para que as empresas possam investir em melhorias, aumentar os investimentos de forma geral, criar e desenvolver novos projetos, aumentar o quadro de colaboradores, entre outros. Dependendo da forma de sociedade e da quantidade de sócios ou acionistas, o aumento de capital social é determinado pelos sócios em assembleia geral ou reunião de sócios. No entanto, é imprescindível que a empresa adote novas estratégias para evoluir em seu crescimento de forma organizada. Neste sentido, o capital social se apresenta como uma importante garantia para investidores, trabalhadores e para a sociedade empresarial como um todo. Por fim, aumentar o capital inicial pode ser feito através de novos fundamentos, visando uma recuperação patrimonial no intuito de pôr a empresa no rol bem-sucedido, por meio de abertura de novos investimentos [19].

4. CONCLUSÃO

Perante o estudo supracitado, podemos analisar que as formas do Plano de Recuperação mediante micro, pequenas e medias empresas tornam-se efetivos quando seguido dentro de suas normas básicas. Como resta cristalino, seria interessante sempre que possível realizar tais feitos por um advogado especializado nessa área de atuação, cabe aos empresários ter conhecimento da real situação de suas empresas, para que assim o problema possa ser sanado da melhor forma possível.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *CURSO DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 314.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *A EFETIVIDADE DO PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL*. Revista Jurídica Consulex, v. XVIII, p. 34-37, 2014.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. *A ADVOCACIA COMO ATIVIDADE E O PAPEL DO ADVOGADO COMO NEGOCIADOR*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11207&revista_caderno=13>. Acesso em jun 2018.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. *FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO*. 1. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. 364 p. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=0cBN9GFI7AC&printsec=frontcover&dq=livro+recupera%C3%A7%C3%A3o+judicial+pdf&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj1pye5sXbAhXHjZAKHeWmBC8Q6AEIzAA#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 07 maio 2018.

COSTA, Leonardo Honorato. *O PAPEL DA ACESSORIA JURÍDICA NNO DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 17, n. 3231, 6 maio 2012](#). Disponível em: . Acesso em: 8 mai. 2018.

CREPALDI, Silvio Aparecido. *RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA: uma abordagem analítica*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2774>. Acesso em mai 2018.

DVORANOVSKI, Clovis. *ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL*: Resumo para Exame de Ordem. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013. 213 p. Disponível em: . Acesso em: 07 maio 2018.

FARINA, Rodrigo. *BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE RECUPERAÇÃO JUDICIAL*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 128, set 2014. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15199>. Acesso em mai 2018.

LIRA, Michel Pereira. *MICRO E PEQUENAS EMPRESAS PODERÃO CONSEGUIR RECUPERAÇÃO JUDICIAL SEM NECESSIDADE DE QUITAÇÃO DE TRIBUTOS*, 2014. Disponível em: . Acesso em: 08 maio 2018.

NOGUEIRA, Barbara Emanuelle Rocha Guimarães. *RECUPERAÇÃO JUDICIAL*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8048>. Acesso em mai 2018.

OS MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA EFICIÊNCIA SISTÊMICA. Araxá: Revista Jurídica Uniaraxá, 2011. Disponível em: . Acesso em: 11 jun. 2018.

SEBRAE, 2017. *ENTENDA O QUE É CAPITAL SOCIAL*. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2018.

SEBRAE, 2014. *MICRO E PEQUENAS EMPRESAS GERAM 27% DO PIB DO BRASIL*. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2018.

SEBRAE, 2014. *PARTICIPAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA ECONOMIA BRASILEIRA*. Disponível em: . Acesso em: 07 maio 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL JUDICIAL: Singelos comentários à Lei n. 11.101/2005, 2016*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17425&revista_caderno=8>. Acesso em mai 2018.

TADDEI, Marcelo Gazi. *ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL*, 2010 Disponível em: . Acesso em jun 2018.

TRINDADE, Juliana Xavier. *QUAL O IMPACTO PARA OS ACIONISTAS EM CASO DE UM AUMENTO DE CAPITAL?*. Disponível em: . Acesso em: 11 jun. 2018.

YAMADA, Camila Barbosa. *RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM BASE EM PLANO ESPECIAL PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE*, 2015. Disponível em: . Acesso em: 08 maio 2018.

NOTAS:

[1] Professor orientador da Faculdade Imaculada Conceição.

[2] Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCD>

[3] Disponível

em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/43876370/recuperacao-especial> . Data de acesso: 08 de Maio de 2018.

[4] Disponível

em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/recuperacao-extra-judicial-falimentar.htm> e <https://jus.com.br/artigos/40656/recuperacao-judicial-com-base-em-plano-especial-para-as-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte>. Data de acesso: 09 de Maio de 2018.

[5] Disponível

em: <http://www.romanhol.com.br/a-recuperacao-judicial-das-micros-e-pequenas-empresas/> . Data de acesso: 09 de Maio de 2018.

[6] Disponível em: Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 15, n. 14, p. 69-86, 2011.

[7] Disponível em: ALMEIDA, Amador Paes Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 314.

[8] AQUINO, Leonardo Gomes de. A efetividade do plano especial de recuperação judicial. Revista Jurídica Consulex , v. XVIII, p. 34-37, 2014.

[9] GUIMARÃES, Márcio Souza. Recuperação judicial - plano de recuperação judicial . 1. 2018. Disponível em: . Acesso em: 17 out. 2018.

[10] LUIZ, Jorge. Recuperação Judicial : 2 Parte. Disponível em: . Acesso em: 13 out. 2018.

[11] Plano de Recuperação Judicial. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2018

[12] The Judicial Reorganization of Companies. São Paulo: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, 2012. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2018.

[13] The Judicial Reorganization of Companies. São Paulo: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, 2012. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2018.

[14] The Judicial Reorganization of Companies. São Paulo: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, 2012. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2018.

[15] LUIZ, Jorge. Recuperação Judicial : 2 Parte. Disponível em: . Acesso em: 13 out. 2018.

[16] LUIZ, Jorge. Recuperação Judicial : 2 Parte. Disponível em: . Acesso em: 13 out. 2018.

[17] Disponível em:
<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-o-que-e-capital-social,1e5820fa9d237510VgnVCM1000004c00210aRCRD>

[18] Disponível em:
<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-o-que-e-capital-social,1e5820fa9d237510VgnVCM1000004c00210aRCRD>

[19] TRINDADE, Juliana Xavier. Qual o impacto para os acionistas em caso de um aumento social? . Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2018.

AS RECENTES NORMAS DE DESBUROCRATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS BRASILEIROS

ANNE CAROLINNE TAVARES PEREIRA DE ALENCAR: Advogada, Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Ceará. Mestranda em Gestão e Políticas Públicas pelo Instituto Superior de Ciências Políticas e Sociais da Universidade de Lisboa (ISCSP-ULisboa). Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

RESUMO: O estudo aborda as regras estabelecidas pelas últimas normas que versam sobre a desburocratização dos serviços públicos no Brasil: o Decreto 9.094, de 17 de julho de 2017, e a Lei 13.726/2018, de 08 de outubro de 2018, que fazem parte do programa de governo Brasil Eficiente. A modernização da administração pública é um fenômeno contemporâneo que vem se manifestando no Brasil, mas que ainda enfrenta grandes resistências em razão das raízes patrimonialista e burocrática que ainda permeiam todo o sistema administrativo brasileiro. O presente trabalho apresenta uma breve explanação acerca da evolução histórica da Administração Pública Brasileira, bem como explana o nascedouro e as interpretações do princípio da eficiência administrativa. Em seguida, faz-se uma análise pormenorizada das regras contidas no decreto de desburocratização, suas implicações nas rotinas administrativas e os benefícios que a norma trará para os usuários dos serviços públicos.

Palavras-chave: Políticas públicas; Direito Constitucional; mínimo existencial; reserva do possível; judicialização.

ABSTRACT: The study addresses the rules established by the latest rules that deal with the bureaucratization of public services in Brazil: Decree 9,094, of July 17, 2017, and Law 13.726, of October 08, 2018, which are part of the program of government Brazil Efficient. The modernization of public administration is a contemporary phenomenon that is manifesting itself in Brazil, but still faces great resistance due to the patrimonialist and bureaucratic roots that still permeate the entire Brazilian administrative system. This paper presents a brief explanation about the historical evolution

of the Brazilian Public Administration, as well as explains the origin and interpretations of the principle of administrative efficiency. Next, a detailed analysis of the rules contained in the decree of bureaucratization, its implications in the administrative routines and the benefits that the norm will bring for the users of the public services is made.

Keywords: Public policy; Brazil Efficient Program; debureaucratization; principle of efficiency; decree 9.094 / 17

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da Administração Patrimonialista à Administração Gerencial no Brasil – 3. Do Princípio da Eficiência da Administração Pública – 4. O programa Brasil Eficiente e as recentes normas de desburocratização da Administração Pública – 5. Considerações Finais – 6. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Em 17 de julho de 2017 foi publicado o Decreto 9.094, de autoria do Presidente do Brasil, Michel Temer, dispondo sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários de serviços públicos, como parte de um projeto de desburocratização da administração pública. O decreto ratifica ainda a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País.

A referida norma revela uma tendência atual de modernização do sistema público, reforçando práticas atuais, tais como a utilização de recursos eletrônicos e a permissão de mecanismos de simplificação de serviços públicos, em uma verdadeira concretização do princípio da presunção da boa-fé dos administrados e, principalmente, do princípio da eficiência da Administração Pública.

O decreto faz parte de um conjunto de atos planejados pelo programa de governo denominado “Brasil Eficiente”, cujo objetivo é “facilitar o acesso a serviços e diminuir o tempo gasto do brasileiro para cumprir obrigações junto a órgãos governamentais” (Casa Civil, 2017). A norma, que viabiliza a desburocratização, além de proporcionar economia de dinheiro e de tempo, tem como consequência possibilitar uma maior transparência na prestação desses serviços públicos.

Mais recentemente, em 08 de outubro de 2018, foi sancionada a Lei 13.726, cuja ementa traz a proposta de racionalizar atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e instituir o Selo de Desburocratização e Simplificação. Referida norma traduz mais um passo no avanço da efetivação da cidadania, através da simplificação e facilitação do acesso aos serviços públicos para os administrados.

presente trabalho abordará, portanto, as nuances trazidas pelas novas normas em vigor, estudadas sob a perspectiva de um indício de melhora na prestação das atividades da Administração Pública, visando sempre justificá-los frente ao princípio da eficiência administrativa. Para tanto, far-se-á uma abordagem eminentemente bibliográfica e documental acerca do tema, que ainda é bastante recente e não dispõe ainda de muitos trabalhos escritos sobre a matéria.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PATRIMONIALISTA À ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NO BRASIL

No início, quando o Brasil ainda era uma colônia de Portugal, instalou-se no País um sistema administrativo de caráter patrimonialista, em que o Estado se confundia com o patrimônio da família Real portuguesa.

Weber (1999, p. 279) afirma no patrimonialismo encontra-se, “desde o funcionário patrimonial dependente da casa senhorial até o príncipe tributário e o rei parcial apenas nominalmente dependente, toda uma escala de graus de autonomia efetiva dos poderes locais existentes dentro da associação de dominação patrimonial”.

Nesse modelo patrimonialista, não se observa o interesse da coletividade, mas sim a necessidade de satisfazer os grupos dominantes. Há, assim, uma grande tendência para a prática de nepotismo e da corrupção. Ocorre que com a evolução do Estado brasileiro, a monarquia absolutista foi sendo substituída aos poucos pelo Estado moderno, o que resultou na necessidade de se separar os bens públicos dos privados e, por consequência, de se profissionalizar a Administração Pública.

Em seguida, como era uma tendência mundial, nasceu no Brasil a administração burocrática. Aragão (1997) explica:

A discussão weberiana do início do século XX, que partiu de uma análise que remonta à história antiga, insere-se em um momento de transformações econômicas, políticas e sociais consolidadas no século XIX.

(...)

A administração pública burocrática veio substituir as formas patrimonialistas de gestão e ganha importância em função da necessidade de maior previsibilidade e precisão no tratamento das questões organizacionais. Apresenta-se como reação ao nepotismo e subjetivismo, que tiveram lugar nos primeiros anos da Revolução Industrial.

Segundo Aragão (1997), esse movimento de burocratização da administração pública teve início no Brasil por volta dos anos 30, com um processo de fortalecimento do bem-estar social, fundado na ideia de que o Estado deveria ser prestador de serviços, sobretudo na área social. Para tanto, houve, nesse período, uma elevação da carga tributária, de modo a garantir o custeio das ações sociais estatais.

O modelo burocrático surgiu, portanto, como uma necessidade baseada em uma sociedade mais complexa, em que as demandas sociais estavam a crescer, assim como a vontade da população em participar cada vez mais dos atos de governo. Foi a partir daí que se adotou o modelo de meritocracia para acesso aos cargos públicos.

Foi a partir da década de 30, sob o governo de Getúlio Vargas, que iniciou-se no país uma série de mudanças estruturais da Administração Pública, de forma a se promover a padronização, normatização e implantação de mecanismos de controle dos serviços públicos. Essa mudança se deu tanto em função do aparelhamento do Estado, como em razão da modificação de seu funcionamento. Foram criados diversos organismos especializados em empresas estatais. Além disso, buscou-se uma padronização e normatização das atividades administrativas e dos serviços públicos. Costa (2008) explica:

Essa primeira experiência de reforma de largo alcance inspirava-se no modelo weberiano de burocracia e tomava como principal referência a organização do serviço civil americano. Estava voltada para a administração de pessoal, de material e do orçamento, para a revisão das estruturas administrativas e para a racionalização dos métodos de trabalho. A ênfase maior era dada à gestão de meios e às atividades de administração em geral, sem se preocupar com a racionalidade das atividades substantivas.

A reforma administrativa do Estado Novo foi, portanto, o primeiro esforço sistemático de superação do patrimonialismo. Foi uma ação deliberada e ambiciosa no sentido da burocratização do Estado brasileiro, que buscava introduzir no aparelho administrativo do país a centralização, a impessoalidade, a hierarquia, o sistema de mérito, a separação entre o público e o privado.

Ocorre que, mesmo com tantas vantagens para a evolução da administração pública, a burocracia trouxe consigo alguns problemas, notadamente de funcionamento. O sistema transformou-se em sinônimo de lentidão e ineficiência. Há, por parte dos servidores, uma preocupação excessiva em cumprir as normas e em obedecer à hierarquia, o que gera um “engessamento” da dinâmica dos serviços públicos.

Surgiu, portanto, uma nova necessidade para a administração pública, que foi a de modernizar o seu sistema, de modo a se permitir uma ampla participação da sociedade, pautando-se, sempre, no princípio da eficiência.

O modelo de administração gerencial, neoliberal, é pautado agora na participação mínima do Estado e no envolvimento direto dos cidadãos e nas empresas privadas na máquina administrativa, concretizando o que se chama de democracia participativa. A governança consensual tem como pressuposto o emprego de uma maior agilidade e eficiência na atuação

administrativa, com o estímulo da participação popular na gestão pública (Mazza, 2014, p. 40).

A administração gerencial é, portanto, um sistema voltado para a produção e controle de resultados. Foi implantada no Brasil através de uma reforma administrativa que já tinha sido tentada desde 1967, com a edição do Decreto-Lei nº 200, considerado um marco como um primeiro momento do modelo gerencial (COSTA, 2008).

Luiz Carlos Bresser Pereira (1996) explica essa fase:

A reforma iniciada pelo Decreto-Lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Toda a ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada. O decreto-lei promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviços para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já se delineava na prática. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle dos resultados. Nas unidades descentralizadas foram utilizados empregados celetistas, submetidos ao regime privado de contratação de trabalho. O momento era de grande expansão das empresas estatais e das fundações. Através da flexibilização de sua administração buscava-se uma maior eficiência nas atividades econômicas do Estado, e se fortalecia a aliança política entre a alta tecnoburocracia estatal, civil e militar, e a classe empresarial.

Posteriormente, a Emenda Constitucional 19/98 acabou por ser o mais importante instrumento legitimador da reforma administrativa brasileira,

sobretudo porque, dentre tantas outras modificações estruturais, incluiu na Constituição Federal o princípio da eficiência, pressuposto basilar da administração gerencial. Além disso, a reforma flexibilizou as relações jurídico-funcionais entre a Administração Pública e seus agentes públicos, possibilitou a ampliação da autonomia administrativa, orçamentária e financeira dos órgãos da administração direta através de celebração de contratos de gestão, permitiu parcerias dos órgãos públicos com pessoas jurídicas de direito privado para a prestação de serviços públicos etc (Alexandrino e Paulo, 2012).

Ainda assim, há que se reconhecer que no Brasil da atualidade não se vislumbra somente o modelo de administração gerencial, mas sim uma fórmula mista, ainda com a burocracia extremamente presente e muitos resquícios de patrimonialismo. Esse problema é, inclusive, apontado por Fernando Luiz Abrucio (1997):

O quadro administrativo brasileiro é marcado por uma multiplicidade de situações, um modelo híbrido muito peculiar. Em primeiro lugar, a estrutura administrativa brasileira é influenciada por um lado, pelo Direito Administrativo ibérico e francês, o que resulta em uma rigidez organizacional maior — um maior engessamento, como se diz nos dias atuais. Por outro ângulo, no entanto, a influência americana advinda do modelo presidencialista, que dá uma configuração peculiar ao organograma do Executivo, e sobretudo ao federalismo, que torna mais consorciativo o Estado brasileiro, resulta em um maior grau de flexibilidade e politização do nosso sistema administrativo.

O híbrido administrativo brasileiro também é formado pela convivência entre setores administrativos atrelados a uma burocracia meritocrática, outros nichos dominados pelo patrimonialismo e cartorialismo (principalmente no nível subnacional e nos escalões mais baixos do Governo Federal), e ainda outra parcela do Estado preenchida pelo sistema de spoil system, no

seu sentido mais moderno, que politiza o alto escalão do organograma estatal, podendo ou não levar em conta a racionalidade técnica.

Por fim, a Administração Pública brasileira moderna é dividida em Direta e Indireta, sendo a segunda historicamente mais autônoma, com salários melhores e mais flexível, enquanto a Administração Direta é a menos permeada por padrões meritocráticos, bem como a que oferece horizontes profissionais menos promissores aos seus funcionários. Mudanças que não levem em conta este hibridismo a fim de alterá-lo de fato podem, na verdade, acentuar as tensões dentro do modelo.

Esse também é o ponto nodal suscitado por Leonardo Secchi (2009):

Por fim, qualquer verificação empírica sobre reformas da administração pública deve estar atenta aos aspectos incrementais de mudança organizacional. Ao invés de falar em ascensão, predomínio e declínio de modelos organizacionais, talvez seja mais frutífero falar em um processo cumulativo de mudanças nas práticas e valores. Analiticamente um pesquisador pode encontrar fragmentos de burocracia, APG, GE e GP dentro de uma mesma organização. Até mesmo o patrimonialismo pré-burocrático ainda sobrevive por meio das evidências de nepotismo, gerontocracia, corrupção e nos sistemas de designação de cargos públicos baseados na lealdade política. Ademais, entre organizações e dentro de uma mesma organização, o pesquisador pode encontrar ainda diferentes graus de penetração dos diversos modelos organizacionais. A pesquisa sobre a adoção de modelos organizacionais deve verificar continuidades e descontinuidades dos modelos em diferentes unidades organizacionais, níveis hierárquicos e regiões geográficas.

3. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da eficiência foi introduzido na Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional nº 19/98, e tem uma dupla perspectiva: tornar a atuação do agente público eficiente e garantir que a administração pública funcione do modo mais semelhante possível às empresas privadas, ou seja, com a aferição de seus resultados.

Do ponto de vista da atividade administrativa, o princípio diz respeito à qualidade do serviço. “Economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo princípio da eficiência” (MAZZA, 2014, p. 113).

É dever do administrador buscar a melhor solução para que se atenda o interesse público, melhorando, para tanto, a relação custo-benefício da atividade da administração (ALEXANDRINO & PAULO, 2012, p. 202).

A eficiência não é só utilizada como parâmetro para as atividades da administração pública, mas também como lógica para embasar a forma de atuação do agente público, uma vez que se espera desse “o melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados” (ALEXANDRINO & PAULO, 2012, p. 201).

A título de exemplos da concretização desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, podemos citar o estágio probatório e a exigência de avaliações de desempenho periódicas do servidor público; os instrumentos contratuais mantidos entre a Administração Pública e o setor privado, para a execução delegada de serviços públicos; análise de custos de propostas de contratos em licitações etc (MUNHÓS & FIDALGO, 2015, p. 44).

O critério da eficiência faz parte do controle de legalidade dos atos administrativos, e não do controle meramente de mérito (traduzindo-se esse na conveniência e oportunidade da Administração Pública) (ALEXANDRINO & PAULO, 2012, p. 202):

Deveras, a atuação eficiente não é questão de conveniência e oportunidade administrativa, mas sim uma obrigação do administrador, vale dizer, não é cabível a Administração alegar que, dentre diversas atuações possíveis, deixou de escolher a mais eficiente

porque julgou conveniente ou oportuno adotar uma ou outra, menos eficiente. Com isso, é possibilitada, em tese, a apreciação pelo Poder Judiciário de um ato administrativo quanto a sua eficiência (o ato ineficiente é ilegítimo, o que enseja a sua anulação, ou, se a anulação causar ainda mais prejuízo ao interesse público, responsabilização de quem lhe deu causa).

4. O PROGRAMA BRASIL EFICIENTE E AS RECENTES NORMAS DE DESBUROCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em 22 de junho de 2017 foi instalado no país o Conselho Nacional de Desburocratização, que visa acompanhar as ações do programa de governo denominado "Brasil Eficiente". O programa traz consigo uma série de medidas que se propõem a modernizar a administração pública e, conseqüentemente, melhorar a vida dos cidadãos.

Em resumo, o programa priorizará, dentre outras medidas, a digitalização de serviços públicos, a celeridade na emissão de documentos, a marcação de consulta no sistema único de saúde, o prontuário médico eletrônico e interligado entre todos os entes públicos e a integração de banco de dados, como forma de acabar com a exigência de apresentação de documentos dos cidadãos para que esses possam acessar a determinados serviços públicos (CASA CIVIL, 2017).

Nessa seara, merecem destaque, inicialmente, o Decreto 9.094/2017, expedido pelo Presidente Michel Temer, que objetiva simplificar a apresentação desnecessária de documentos pelos usuários de alguns serviços públicos, e, mais recentemente, a Lei 13.726/2018, que tem o papel de alargar a abrangência desse processo, para determinar sua aplicação compulsória também aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Decreto Presidencial norma reforça práticas que deverão ser obedecidas pelos órgãos da administração pública, observando-se as diretrizes da presunção de boa-fé, do compartilhamento de informações, da atuação integrada e sistêmica na emissão de documentos, na eliminação de formalidades e exigências que onerem demasiadamente seja econômica ou socialmente o cidadão, na aplicação de soluções tecnológicas objetivando a

simplificação de processos e procedimentos de atendimento a usuários dos serviços públicos, na utilização de linguagem clara e objetiva e na articulação integrada entre os entes da Administração Pública, nas três esferas federativas (BRASIL, 2017).

O primeiro capítulo da norma trata da racionalização de exigências e da troca de informações dos usuários entre os entes públicos. O art. 2º determina que os órgãos e entidades da administração pública federal que necessitarem de documentos comprobatórios de situação de usuários dos serviços públicos ou de atestados ou certidões deverão obtê-los diretamente do órgão ou da entidade responsável pela base de dados e não poderão exigí-los dos usuários. Interessante mencionar, ainda, que na impossibilidade de obtenção desses documentos diretamente do órgão responsável pela base de dados, a comprovação das informações pode ser feita mediante declaração escrita e assinada pelo próprio usuário do serviço público, que ficará sujeito às penalidades legais em caso de informação falsa.

No art. 5º, estabelece-se que os órgãos públicos obedecerão a diversas práticas, dentre elas a gratuidade dos atos necessários aos serviços de cidadania (ex: alistamento militar, registro do nascimento, registro de óbito, pedidos de informações ao poder público etc), a padronização de procedimentos e a vedação de recusa no recebimento de requerimentos, exceto quando o órgão suscitado for manifestamente incompetente.

O art. 7º certamente facilitará, e muito, a vida do cidadão, uma vez que dispensa a prova de fato já comprovado pela apresentação de documento ou informação válida. Isso certamente implicará em celeridade nos procedimentos realizados nas repartições públicas, evitando a apresentação em dobro de documentos já exibidos anteriormente. Ademais, pelo art. 8º, a preferência de apresentação de documentos deve ser feita pelo meio eletrônico.

Uma das mudanças mais expressivas do decreto, de modo a promover a desburocratização dos procedimentos, está consubstanciada no art. 9º, que autoriza a dispensa de autenticidade cartorial – reconhecimento de firma de assinatura e autenticação de cópia de documentos expedidos no país – dos documentos que se destinem a fazer prova junto a órgãos públicos federais.

E mais, o art. 10º acrescenta a desnecessidade de conferência do documento original quando se apresente a sua cópia autenticada. Além disso, permite que a autenticação de cópia de documentos seja feita pelo próprio servidor público, bastando, para tanto, que o cidadão a exiba junto com o original. Dispensam-se, pois, os serviços formais de cartórios para essa finalidade.

O capítulo II da norma estabelece a obrigação, para os órgãos públicos, cada um em sua esfera de competência, de confeccionarem e publicarem suas cartas de serviços aos usuários, documento esse que, basicamente, deverá relacionar de modo pormenorizado e explicativo todos os serviços prestados e seus procedimentos pertinentes. Referidas cartas de serviços devem ter plena publicidade, tanto em exemplar impresso, quanto nos meios digitais.

O capítulo III, por sua vez, ao tratar da racionalização das normas, determina a obrigação da observância aos princípios da eficiência e da economicidade quando da edição ou alteração das regras relativas ao atendimento dos usuários de serviços públicos.

O art. 13 estabelece o direito do cidadão de preencher formulário denominado “solicitação de simplificação” ao órgão público que ainda não tiver aderido às regras contidas no Decreto de desburocratização. Referido formulário deverá ser apresentado na Ouvidoria-Geral da União, órgão do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Por fim, estabelece-se que os servidores que descumprirem as regras do decreto estarão sujeitos às sanções administrativas previstas em estatuto. Ademais, prevê-se que “os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal deverão utilizar ferramenta de pesquisa de satisfação dos usuários dos seus serviços, constante do Portal de Serviços do Governo federal, e do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, e utilizar os dados como subsídio relevante para reorientar e ajustar a prestação dos serviços” (BRASIL, 2017).

A Lei 13.726/2018, por sua vez, confirma o que já vinha sendo estabelecido pelo Decreto 9.094/2017, como, por exemplo, dispensar o reconhecimento de firma e a cópia autenticada de documento que seja apresentado ao agente público (Art. 3º, incisos I e II), substituição de alguns documentos pessoais por outros de igual relevância (Art. 3º, inciso III),

dispensa de apresentação de título de eleitor, exceto para votar ou registrar candidatura (Art. 3º, inciso V) e, como novidade, dispensa, também, a apresentação de autorização com firma reconhecida para viagem de menor se os pais estiverem presentes no embarque (Art. 3º, inciso VI) (BRASIL, 2018).

Além dessas facilidades, a Lei institucionaliza a criação do Selo de Desburocratização e Simplificação, destinado aos órgãos e entidades da Administração Pública, cujo objetivo é o de reconhecer formalmente e de premiar, através de critérios objetivos descritos (7º, *p.u.* e incisos), assim como de estimular projetos, programas e práticas que simplifiquem o funcionamento da administração pública e que resultem na melhora dos serviços prestados aos administrados.

A tendência à desburocratização, que já era uma realidade formal na Administração Pública Federal desde a edição do Decreto 9.094/2017, passou, então, a ter um alcance nacional e em todas as esferas administrativas. A Lei 13.726 foi publicada no dia 08 de outubro de 2018 e passou a vigorar quarenta e cinco dias após a sua publicação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país cujo modelo administrativo ainda se encontra mesclado entre raízes profundas patrimonialistas, corpo dinâmico burocrático e espírito gerencial.

Há muito se busca a evolução da máquina administrativa, adquirida através de pequenas mudanças e algumas poucas reformas, todas objetivando, na teoria, modernizar o aparato público e disponibilizar aos usuários serviços públicos eficientes. A prática, contudo, ainda é por demais engessada, nos moldes tradicionais burocráticos.

Com a edição do Decreto 9.094/2017, percebe-se a tentativa de resgate do princípio da presunção de boa fé, bem como da diretriz para eliminação de formalidades e exigências, além de reforçar o comprometimento da administração pública com os usuários de serviços públicos. "Além da economia de dinheiro e do ganho de tempo, o decreto de desburocratização do governo federal vai dar mais transparência à

prestação de serviços públicos” (Portal Brasil, 2017). Essa tendência só veio a se concretizar mais ainda com a sanção da Lei 13.726/2018, que confirmou o que já vigorava na esfera Federal e expandiu seus limites para o âmbito nacional.

Esse é o espírito das normas em estudo, que já fazem parte da agenda desde a inclusão do princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988.

As normas são recentes, e, por isso, ainda não se encontram amplamente implementadas e executadas nos órgãos públicos. Não há ainda, pois, como se analisar quais medidas conseguiram ser fielmente implantadas ou se as normas já conseguiram atingir o seu objetivo. Contudo, as regras lá estabelecidas já são um considerável avanço rumo à desburocratização de ritos administrativos desnecessários e prolixos.

6. BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública**. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública - Enap, 1997. 50 p.

ALESSANDRA MODZELESKI. G1. **Nova regra reduz exigências ao cidadão para prestação de serviço público**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012. 1018 p.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 48, n. 3, p.104-132, dez. 1997. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

BORGES, Beatriz. **A burocracia afoga a sociedade civil brasileira: O excesso de trâmites exigidos pelos órgãos públicos e privados demora, frustra e encarece projetos e empresas dos cidadãos**. 2014. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. **Decreto Nº 9.094, de 17 de Julho de 2017**. Brasília, DF, 17 jul. 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. (2018). **LEI Nº 13.726, DE 8 DE OUTUBRO DE 2018**. Acesso em 30 de Novembro de 2018, disponível em Câmara dos Deputados: .

Casa Civil. **Programa Brasil Eficiente vai modernizar gestão e simplificar acesso a serviços**. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2017.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 5, p.829-874, set. 2008. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 1063 p.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. 750 p.

G1. **Temer sanciona decreto para desburocratizar serviços no setor público**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Governo publica decreto para simplificar atendimento a usuários de serviços públicos**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. 381 p.

MUNHÓS, Jorge; FIDALGO, Carolina Barros. **Legislação Administrativa para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 1495 p.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 120, n. 1, p.7-40, abr. 1996. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

Portal Brasil. **Decreto de desburocratização torna serviço público mais transparente**. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

SCHÜLER, Fernando. **A lógica infernal da burocracia no Brasil**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 fev. 2017.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p.347-369, mar. 2009. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. 584 p. (Volume 2). Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE: INCOMPATIBILIDADE DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO ICMS COM A REALIDADE ECONÔMICA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.

ANDERSON LEONARDO DE ARAÚJO SILVA:

Graduando em Direito na Faculdade Imaculada Conceição do Recife-FICR. Professor de História da Rede Pública de Ensino.

RESUMO: A substituição tributária "para frente" consiste em uma antecipação de recolhimento que, por se referir a fatos geradores futuros. Apesar do STF se posicionar em seu favor através de alguns julgados, esse tipo de tributação vem sendo alvo de vários questionamentos quanto a sua constitucionalidade, principalmente por garantir aos cofres públicos a arrecadação de ICMS sem que o fato gerador, responsável pela causa da tributação chegue a ocorrer. Apesar da Emenda Constitucional nº 03/1993, que preza pela legalidade do instituto, ainda existem várias críticas ao seu respeito, principalmente quando se pensa na aplicação do mecanismo às Micro e Pequenas Empresas, que dispõe de um pequeno capital de giro para manter todo o seu processo operacional em funcionamento. O objetivo desse trabalho consiste em fazer uma análise sobre o regime da substituição tributária para frente, na cobrança de ICMS, e demonstrar sua incompatibilidade jurídica e econômica frente à realidade das micro e pequenas empresas. O método utilizado será o dedutivo que utiliza uma linha de raciocínio descendente. Espera-se que através do projeto de lei (PLS 476/2017- Complementar), que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, possa haver a isenção das Micro e Pequenas Empresas do pagamento antecipado do ICMS.

Palavras-chaves: Substituição Tributária, ICMS, Micro e Pequenas Empresas.

ABSTRACT: The "forward" tax substitution consists of an anticipation of collection that, because it refers to future generating facts. Although the STF stands in its favor through some judges, this type of taxation has been the subject of several questions regarding its constitutionality, mainly for guaranteeing to the public coffers the collection of ICMS without the generating fact, responsible for the cause of the taxation arrives to occur.

Despite Constitutional Amendment no. 03/1993, which values the legality of the institute, there are still several criticisms about it, especially when one thinks of the application of the mechanism to Micro and Small Enterprises, which has a small working capital to keep the operational process. The objective of this work is to analyze the tax substitution regime in the collection of ICMS and demonstrate its legal and economic incompatibility with the reality of micro and small companies. The method used will be the deductive using a line of descending reasoning. It is hoped that through the bill (PLS 476/2017 - Complementary), currently in the Chamber of Deputies, there may be exemption of Micro and Small Companies from the prepayment of ICMS.

Keywords: Tax Replacement, ICMS, Micro and Small Enterprises.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. O ICMS E O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2.1 ICMS e a Substituição Tributária. 2.2 Fatos Geradores do ICMS aplicados à substituição tributária. 2.3 O ICMS e a Base de Cálculo aplicada à Substituição Tributária. 3. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA E SUAS CONTRADIÇÕES. 4. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA “PARA FRENTE” APLICADA ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. 4.1 A supressão de um tratamento favorecido. 4.2 Limite de recolhimento e tempo de recebimento das vendas. 4.3 Hipóteses de restituição. 4.4 Dificuldades em manter o capital de giro. 4.5 Efeito econômico-social da Substituição Tributária nas Micro e Pequenas Empresas. 4.6 O Projeto de Lei PLS 476/2017 – Complementar. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Previsto na Constituição Federal, art. 150, parágrafo 7º, a Substituição Tributária “Para Frente” estabelece ao sujeito passivo da obrigação tributária a responsabilidade pelo pagamento de imposto em que o fato gerador deva ocorrer posteriormente, garantido a restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido. Para o fisco, existem algumas vantagens nessa modalidade de cobrança de ICMS, pois minimiza a informalidade e traz vantagens para a fiscalização, além de diminuir a possibilidade de sonegação e por centralizar a responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Tal forma de tributação torna a arrecadação muito mais eficiente para os Estados. Contudo, existem desvantagens nesse regime de tributação no que diz respeito principalmente às micro e pequenas empresas optantes do simples nacional.

A antecipação ou substituição tributária do ICMS pode ser um eficaz método para o Estado simplificar o controle da sua arrecadação ao reduzir os elos da cadeia da produção e da comercialização, objeto de sua atenção e atuação fiscalizatória. Nessa linha, o Estado reduz o custo da administração e fiscalização do tributo, mas deixa como legado para o contribuinte o ônus indevido do encargo financeiro causado pela antecipação e desembolso do ICMS(RODRIGUES, 2012).

O faturamento anual desse porte empresarial pode variar conforme as oscilações do mercado assim como o seu capital de giro, e, em alguns momentos, o faturamento pode ser menor do que o esperado pelo empreendedor.

Observa-se também a presença de um conflito entre alguns princípios do Direito Tributário e o regime da Substituição Tributária Para Frente. Tal instituto acaba, por consequência, entrando em choque com outros princípios basilares do Direito Tributário, como: o da tipicidade tributária; não-cumulatividade; isonomia e o princípio da capacidade contributiva que se preocupa em deixar justa capacidade econômica do contribuinte e sua obrigação com o pagamento do imposto.

Atualmente tramita no congresso Nacional o projeto de lei PLS 476/2017 – Complementar de autoria da comissão de assuntos econômicos busca diminuir a lista de produtos que estão enquadrados no regime da ST para micro, pequenas e médias empresas do pagamento antecipado do ICMS.

O presente trabalho visa apontar os mais diversos problemas que a substituição tributária progressiva pode causar. Tanto para as micro e pequenas empresas no que diz respeito à questão econômica, como as principais divergências evidenciadas na doutrina sobre essa modalidade de imposto. Pontos que leva-nos a refletir sobre a viabilidade econômica desse

regime para o segmento empresarial das MEI's e sua desvantagem econômica à um nível macroeconômico.

2. O ICMS E O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

2.1 ICMS e a Substituição Tributária

O ICMS tem sua previsão na Constituição Federal de 1988 regulamentando a incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Ou seja, a sigla ICMS incluem três impostos diferentes com hipóteses de incidência e bases de cálculos diferentes: Circulação de mercadoria, prestação de serviços de transportes, e, por fim, sobre a prestação de serviços de comunicações.

Assim dispõe o artigo 155, II, EC nº 3/93:

Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Sua regra principal incide sobre as operações de natureza mercantil, onde ocorre a circulação de mercadoria com pressuposto de transferência da sua posse ou propriedade. Sem a mudança da titularidade da mercadoria, não se pode pensar em cobrança de ICMS. De acordo com Carraza (IN:NICHELE; NETO, 2016, p. 267):

Só a passagem de mercadorias de uma pessoa a outra, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação em estudo". E o referido autor ainda afirma: Destarte, o ICMS-operações mercantis só pode ser exigido após a efetiva ocorrência da operação mercantil, o que só se dá com a transferência da titularidade da mercadoria.

Outro dispositivo legal é a chamada Lei Kandir, uma lei complementar de nº 87/1996, que estabelece normas gerais sobre o imposto os fatos geradores que justificam a cobrança do ICMS sobre os mais diversos produtos e serviços que estão sob sua competência.

Dispõe o art. 2º, I, Lei ° 87/96: O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Em termos práticos o imposto incide sobre a circulação de produtos como alimentos, eletrodomésticos, serviços de comunicação e transporte entre municípios e estados e sua arrecadação tem por objetivo a atender diversas finalidades como custeio para parte das repartições públicas de nível estadual, bem como realizar investimentos na infraestrutura do respectivo estado.

Este imposto é cobrado indiretamente, sendo seu valor adicionado ao preço mercadoria vendida ou através de um serviço prestado. A cobrança de ICMS pode ser feita de forma antecipada com base no regime da Substituição Tributária Progressiva conforme dispõe o Art. 150, parágrafo 7 da CF, por meio da EC nº 3/93:

A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

O regime da substituição tributária “para frente”, como também é conhecida, surgiu basicamente pela dificuldade em fiscalizar contribuintes fragmentados, para evitar uma evasão fiscal, acelerar a arrecadação, e, por fim, otimizar a disponibilidade de recursos para o fisco, que vê, através desse meio, um excelente mecanismo de obtenção de recursos.

Contudo, quando se pensa no contribuinte é de se imaginar o porque da obrigatoriedade da cobrança de ICMS sendo realizada de forma antecipada. Simplesmente, por ser uma norma regulamentada pela constituição que deve ser cumprida. Sem que haja uma análise mais detalhada do lado do contribuinte, que por sua vez, já dispõe de uma excessiva carga tributária com outros impostos.

Analogia interessante Eliomar Baleeiro faz sobre o instituto:

Quem já assistiu ao filme *Minority Report*, produzido por Hollywood, que retrata a punição e a eliminação de pessoas antes da ocorrência do crime, cuja autoria se pretenderia dessa forma evitar, sabe que, no Brasil, no campo do Direito Tributário, isso não é ficção. É a mais pura realidade. As obrigações de

pagar podem nascer antes da ocorrência do fato jurídico(BALEEIRO, 2010, p. 754).

2.2 Fatos Geradores do ICMS aplicados à substituição tributária

O fato gerador do ICMS pode ser constituído tendo como base a circulação efetiva da mercadoria, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e na prestação de serviço de comunicação. Para análise deste artigo vale destacar uma análise quanto à circulação de produtos ou mercadorias que estão inseridos na cadeia de produção das indústrias, distribuidores e comércio varejista atinentes aos pequenos empreendimentos. Conforme analisa Sabbag (2018, p.1255):

O fato gerador do ICMS descrito na Constituição Federal é atinente a operações relativas à circulação de mercadorias. Portanto, o fato gerador indica quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam a circulação de mercadorias, assim entendida a circulação capaz de realizar o trajeto da mercadoria da produção até o consumo.

Ao vender um produto ou quando ocorre alguma operação que justifique a incidência do ICMS, surge o fato gerador da obrigação tributária onde a titularidade deste bem ou serviço passa para o comprador. Desta forma, o imposto só é cobrado quando a mercadoria é vendida ou o quando ocorre a prestação de serviços ao consumidor, que passa a ter a titularidade do bem ou do resultado da atividade que está sendo realizada. Sobre circulação destaca Sabbag (2018, p.1256): "Circulação: é a mudança de titularidade jurídica do bem (não é mera movimentação "física", mas circulação jurídica do bem). O bem sai da titularidade de um sujeito e passa à titularidade definitiva de outro".

Sobre esse ponto Carraza (IN:NICHELE; NETO, 2016, p. 266) também afirma:

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica(e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência(de uma pessoa a outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem a mudança de titularidade da

mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.

É importante destacar que a operação se sobrepõe a circulação, pois esta depende da primeira para ocorrer. A operação é o fato jurídico que leva ao efeito de fazer surgir a obrigação com adimplemento do imposto de ICMS.

Desta forma, o fato gerador do ICMS está vinculado à operação que depende por consequência da circulação da mercadoria. Pontua ainda o autor: "Assim, este ICMS deve ter por hipótese de incidência a operação jurídica que, praticada por comerciante, industrial ou produtor, acarreta circulação de mercadoria". (CARRANZA, 2016, p.267). Portanto, a operação se constitui como fato gerador e a circulação a ela se vincula na obrigação em pagar o ICMS.

2.3 O ICMS e a Base de Cálculo aplicada à Substituição Tributária

A base de cálculo dimensiona ou estabelece um padrão ou uma referência para o cálculo de um determinado tributo. No caso do ICMS a incidência do tributo deve ser materializada nas operações mercantis, ou seja, na venda da mercadoria com a sua exigibilidade quantificada ou fixada de acordo com o valor da venda. Entretanto, o mecanismo substituição tributária "para frente" presume tal preço levando em conta pautas fiscais previamente determinadas pela fazenda pública dos governos estaduais. No caso de operações interestaduais, deverá ocorrer um acordo específico entre os estados que são celebrados através de convênios regidos por regras próprias.

A grande questão a ser observada é que no regime da substituição tributária a sua base de cálculo pode ocorrer de forma inequívoca uma vez que não for compatível com a sua hipótese de incidência e, esta, por sua vez, se materializa no ato da venda, com a quantificação do valor do produto. Ora, se a substituição progressiva se baseia em um preço presumido, temos uma afronta à própria lei complementar nº 87/96, art. 13, I (Lei Kandir) que estabelece:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

Fica claro que a referida lei determina que a base de cálculo precisa estar em consonância com o fato tributável. Contudo, na substituição tributária para frente isso não ocorre, pois ainda inexistente venda de

mercadoria, portanto, a operação não se concretizou. Para Carranza (IN:NICHELE; NETO, 2016, p.274) “a base de cálculo *in concreto do ICMS-operações mercantis* deve colher, apenas e tão somente, o valor da operação mercantil realizada, vale dizer, o preço livremente ajustado entre o comprador e o vendedor, para a realização do negócio cujo objeto é a mercadoria”. A forma presumida de estabelecer o preço de produtos Sehn (IN:NICHELE; NETO, 2016, p. 322) alerta sobre a inconstitucionalidade:

Assim, no tocante ao ICMS, deve-se ter presente que o art. 15,II, da Constituição, circunscreve o âmbito de possível incidência do imposto às “operações relativas à circulação de mercadoria e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Daí decorre que a base de cálculo não poderá ser outra que não o valor do objeto da referida operação ou da prestação, isto é, o preço da mercadoria ou, no caso dos serviços, a remuneração correspondente.

Nota-se, portanto, que a base de cálculo do ICMS deve está em consonância com a sua hipótese de incidência e, esta, por sua vez, é confrontada com a realidade econômica dos mercados, que apresenta um dinamismo próprio. Os chamados preços administrativos estipulados pelos estados em muitos casos não estão em sintonia com as condições de oferta e procura das mercadorias comercializadas repassadas ao consumidor final.

3. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA E SUAS CONTRADIÇÕES

O sistema da ST para frente foi adotado no ICMS para efeitos de praticidade, tendo em vista as execuções muito complicadas das leis, inclusive quando forem aplicadas em massa. Entretanto, ao privilegiar essa praticidade, o regime da substituição progressiva acaba descaracterizando a essência da regra para cobrança do ICMS conforme dispõe a Constituição. Alerta Aliomar Baleeiro(2010.p.753) “O uso abusivo do instituto da substituição progressiva assegura-nos de que o tributo envolvido perdeu as características, que lhe foram dadas pela Constituição” .

Ainda apregoa o referido autor:

A substituição progressiva, ou a retenção de fonte, ou ainda a responsabilidade por fato gerador futuro –

nomes diferentes para fenômenos similares - é a mais desesperada forma de antecipação do tempo, que conhecemos (BALEEIRO, 2010, p.754).

Alerta Hugo de Brito sobre o Princípio da Praticidade:

É importante, porém, lembrar da razão de ser do princípio, que é tornar possível a efetivação das regras de competência tributária. Assim, ele – como qualquer outro princípio – não pode ser levado às últimas consequências, sendo invocado na tentativa de legitimar práticas que reconhecidamente conduzem à tributação em desconformidade com essas normas (BRITO, 2018, p.114).

Ao usar esse artifício, o fisco rompe preceitos constitucionais que prejudicam os contribuintes ao cobrar o referido imposto presumidamente e impõe uma obrigação que futuramente poderá não se realizar ou ser diferente da estimativa. Tal fato pode ser evidenciado na negociação da mercadoria que obedece a uma lógica própria e específica de cada mercado, sendo negociada pelo empreendedor por um preço menor. Ou até mesmo, a depender do caso, a mesma mercadoria talvez não tenha saída na venda, ou seja, as pautas fiscais acabam distorcendo os preços de mercado.

Mesmo assim, a Fazenda Pública prevê o recolhimento do ICMS sobre margens estimadas de lucros que são previamente determinadas através dessas pautas fiscais que seguem os critérios do art. 8º, inciso II e § 4º, 5º e 6º da lei complementar nº 87 /96, conforme exposto:

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores,

adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput,

corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo. (Redação dada pela Lcp 114, de 16/12/2002).

Essa postura do fisco leva-nos a crer que ocorre um enriquecimento sem causa do Estado, uma vez que se cobra antecipadamente um imposto que vincula o seu fato gerador ao fator vendas, e, estas, por sua vez, podem não ocorrer ou ser efetivadas por um valor menor do que o que foi estimado pelo mercado.

Apesar da Emenda Constitucional 3/93 que introduziu a figura do fato gerador presumido. A ideia de presumir algo que leve ao prejuízo o contribuinte acaba violando seus direitos e garantias individuais previsto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal, onde afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Percebe-se ainda o conflito com alguns princípios constitucionais, como: o da tipicidade tributária, pois exige a ocorrência do imposto de ICMS antes da ocorrência do fato gerador; não-cumulatividade e isonomia, pois a operação sendo efetivada por valor menor do que o previsto, a alíquota real incidente da operação seria maior do que a estabelecida na lei, o que também contribuiria para colocar o contribuinte em situação de desigualdade em relação aos demais.

Sobre o princípio da isonomia observa Rocha (2016, p.199) "Trata-se do princípio, que deriva do princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput) e visa impedir que sujeitos passivos, em situações semelhantes, tenham tratamento tributário desigual perante a lei, e que os desassemelhados sejam tratados

igualmente. O que, em ambos os casos, ofenderia os valores da justiça tributária”.

Por fim, o princípio da capacidade contributiva que preza pela capacidade econômica do contribuinte, onde somente após a ocorrência do fato gerador seria possível medir riqueza tributável.

4. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA “PARA FRENTE” APLICADA ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

4.1 A supressão de um tratamento favorecido

Na tentativa de incentivar a participação das Micro e pequenas empresas no mercado e percebendo uma significativa importância desse porte empresarial na geração de empregos e desenvolvimento da economia, o constituinte, através da carta magna de 1988, entendeu por bem que deveria haver um tratamento diferenciado a esse segmento empresarial. Principalmente por levar em consideração as dificuldades das MEs e EPPs em competirem com as grandes empresas. O artigo 170, inciso IX, Título VII da Ordem Econômica e Financeira, que em seu Capítulo I trata dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, expõe:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte constituídas sob leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Tal mandamento foi aperfeiçoado na Carta Magna através da emenda Constitucional nº 6, de 1995 em seu artigo 146, através do simples nacional, que assim expõe:

Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou

simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Apesar do tratamento favorecido expresso constitucionalmente percebe-se que na prática isso não vem ocorrendo nas empresas submetidas a ST progressiva. Isso envolve tanto as MEs EPPs que possuem alíquotas enquadradas no regime geral da qual faz parte as empresas de médio e grande porte, assim como nas empresas optantes do simples nacional.

Algumas reflexões também merecem respeito quanto à aplicação do regime da substituição tributária progressiva no que diz respeito as Micro e Pequenas Empresas. O artigo 146, III, "d", CF/88 determina que haja um tratamento favorecido a esse porte empresarial no que diz respeito à carga tributária e a burocratização do sistema empresarial. Ou seja, as MEIs e EPPs são vistas como desiguais pela sua condição econômica de baixo faturamento que apresentam quando comparadas as de médio e grande porte.

Entende-se, portanto, que deve haver um tratamento desigual para a situação de desigualdade em que se encontram, principalmente ao pagamento de impostos. A ST para frente se mostra um mecanismo injusto ao segmento, uma vez que impõe alíquotas na mesma medida independentemente do contribuinte está enquadrado no Simples Nacional ou na categoria geral. Assim afirma Caliendo (IN:NICHELE; NETO, 2016, p.

165) ao analisar a fixação de alíquotas:

2) Aumento da Carga Tributária: na hipótese de estabelecimento remetente optante pelo Simples Nacional, o valor a ser deduzido, relativo ao débito fiscal próprio do remetente será o valor presumido desse débito calculado na forma como ocorreria a tributação se o contribuinte não fosse optante do simples nacional, ou seja, a empresa do simples deve calcular o ICMS Substituição Tributária considerando as alíquotas previstas para as empresas enquadradas na modalidade geral. Desta forma, há um aumento da carga tributária, uma vez que as alíquotas de ICMS aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo

simples(12%, 17% ou 25%), o que dificulta a competitividade para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Cabe também considerar a duplicidade que pode ocorrer em muitos casos no pagamento do ICMS, pois o recolhimento além de ser realizado pelo substituto tributário, fabricante, pode ser recolhido também através do DAS (Documento de Arrecadação do Simples Nacional), no caso do comerciante varejista, evidenciado no Simples Nacional.

Ao declarar a Receita seu faturamento o comerciante precisa ter um controle extremamente rigoroso das suas mercadorias, ou seja, dos produtos que estão sujeitos ou não à substituição tributária, para que não pague em dobro o imposto do ICMS. Ora, se a ideia do simples nacional é desburocratizar a vida do micro e pequeno empreendedor observa-se uma situação contraditória. Na prática muitos empreendedores por falta de conhecimento acabam se tornado reféns da bitributação.

De acordo com Caliendo (IN:NICHELE; NETO, 2016, p.165) "O fisco nomeia em cadeia anterior um contribuinte, que repassa o valor do ICMS para optante do Simples Nacional. Mesmo sofrendo o repasse, a empresa optante do Simples Nacional (no caso das autoras), deve pagar sua alíquota única(típica do regime)que se vê incluído o ICMS. Há pagamento em duplicidade sem direito ao creditamento".

4.2 Limite de recolhimento e tempo de recebimento das vendas

Em pesquisa realizada as empresas, percebeu-se que o prazo para recolhimento dos impostos deveria aumentar. Em um dos resultados da pesquisa feita pela Confederação Nacional das Indústrias em 2006, constatou-se que o prazo médio de recebimento das vendas das empresas industriais de médio e pequeno porte é de 46 dias. Entre as empresas consultadas, 41,9% possuem prazo médio de recebimento das vendas superior a 45 dias e 38% recebem suas vendas, em média, entre 31e 45 dias.

A cobrança de ICMS acaba sendo um grande fardo para as indústrias que precisam arcar com uma enorme carga tributária, sendo inclusive maior que os demais impostos exigidos.

A pesquisa aponta que há um descompasso entre o prazo médio de recebimento das vendas e os prazos médios de recolhimento dos tributos que exigem um custo financeiro alto ao cumprimento das obrigações tributárias da maior parte das empresas industriais do país.

O recolhimento do ICMS na Substituição Tributária para frente é realizado pelo contribuinte determinado, e de acordo com cada processo e cada operação, nos termos da lei. Cada Estado possui um prazo específico para o recolhimento do tributo que pode variar de legislação para legislação.

4.3 Hipóteses de restituição

A lei disciplina a restituição do imposto de ICMS que foi cobrado presumidamente conforme prevê o dispositivo constitucional:

Art. 150:

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Deve-se destacar ainda a posição do STF sobre o RE 593.849- de 19.10.2016- rel. Min. Edson Fachin) ao se posicionar em favor restituição da diferença cobrada a maior do ICMS no regime da Substituição Tributária Progressiva:

“É devida a restituição da diferença do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços –ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior a presumida” (RE 593.849- de 19.10.2016- rel. Min. Edson Fachin).

Sobre essa decisão comenta Hugo de Brito:

A Corte reconheceu ser relativa uma presunção que vinha sendo tratada como “absoluta”, que era a do preço final previsto para fins de cobrança do imposto frente ao substituto tributário. Considerando-se que a nova orientação terá efeitos significativos sobre as Fazendas dos Estados-membros, e, especialmente, que se trata da mudança na orientação pacificamente firmada pelo próprio STF em momento anterior, os efeitos do novo posicionamento foram modulados, de sorte a que sejam aplicados apenas a fatos ocorridos posteriormente à sua adoção, ressalvados apenas

aqueles casos já judicializados quando da prolação do acórdão (BRITO, 2018, p. 299).

Apesar da posição de unanimidade, e, sendo vencidos os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Teori Zavascki, a substituição tributária ainda vem causando alguns transtornos as MEIs que se tornaram reféns de uma restituição lenta e burocrática e que em alguns casos mesmo através de medidas judiciais as empresas tem seu pedido de restituição negado, tendo em vista que alguns tribunais de justiça ainda não reconhecem a legalidade da restituição sob o argumento de falta de regulamentação da matéria por parte dos estados.

Essa situação leva a uma vulnerabilidade das MEIs, pois saem prejudicadas na recomposição de seu capital. Portanto, para o pequeno empresário existe a possibilidade de pleitear a restituição do imposto de ICMS pago antecipadamente, que pode ocorrer em um prazo que dura em média 90 dias após o pedido ou apelar para as vias judiciais quando a compensação do indébito não for reconhecida. Todavia, verifica-se que ocorre um desajuste entre o prazo de pagamento do imposto e o do recebimento das vendas, gerando elevado custo financeiro as Micro e Pequenas empresas que precisam arcar com os tributos até haja a devolução da diferença do imposto pelo fisco.

4.4 Dificuldades em manter o capital de giro

A necessidade de antecipar o ICMS, sem a ocorrência do fato gerador, acaba gerando como consequência a falta de recursos financeiros. A citar como exemplo, temos o empreendedor varejista que acaba sofrendo uma substancial perda de capital por causa da ST para frente.

Pois, na medida em que ele já recebe o produto com o ICMS da indústria e da venda final retido, o seu custo sobe, causando uma redução do seu capital que em regra já é muito pequeno, tendo em vista as inúmeras obrigações financeiras que o pequeno e micro empresário possui dentro da sua empresa. Ou seja, ao adquirir seus estoques, o empresário varejista passa a ter menos dinheiro em caixa para sustentar sua operação.

Fato que se comprova, na medida em que, por diversas vezes, muitos empreendimentos acabam contraindo capital de giro em instituições financeiras para manter os custos operacionais de seus negócios.

O processo pode ser ainda pior quando a mercadoria aguarda um prazo relativamente longo no estabelecimento comercial e não é vendida. Isso

diminui a margem de lucro do empreendedor e acaba gerando uma concorrência desleal quando compararmos a possibilidade de sucesso no mercado de uma pequena empresa com outra de grande porte, que apresenta as mesmas regras de tributação do regime da substituição tributária.

4.5 Efeito econômico-social da Substituição Tributária nas Micro e Pequenas Empresas.

A substituição tributária como mecanismo eficiente de arrecadação do ICMS para os estados tem em contra-partida um efeito negativo para as MEs e EPPs. Com o aumento do custo da operação através da cobrança antecipada do ICMS com uma base cálculo presumida, muitos empresários acabam demitindo funcionários para reduzi seus gastos, prática esta muito comum em momentos de dificuldades financeiras.

Essa situação pode ser ainda mais grave, quando consideramos também a grande quantidade de empreendedores que vão à falência pela excessiva carga tributária imposta pelo fisco com outros impostos, comprometendo o aquecimento da economia, e, por consequência, gerando diversos problemas de ordem social.

4.6 O Projeto de Lei PLS 476/2017 – Complementar

Visando acabar com os efeitos negativos da substituição tributarias para os pequenos empreendedores e empreendedores de médio porte o plenário da câmara do senado aprovou o projeto de lei [PLS 476/2017](#) de autoria da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), cujo o objetivo visa impor mais restrições na aplicação do regime de substituição tributária sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

Empresas com um faturamento anual de até 4.800.000,00, o mesmo teto do simples nacional, estarão isentas do artifício da substituição tributária. Assim dispõe em sua justificativa a comissão de assuntos econômicos do senado federal:

Este Projeto de Lei busca aperfeiçoar as mudanças que a Lei Complementar nº 147/2014 promoveu na Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (LC nº 123/2006) com a intenção de restringir a aplicação do regime de substituição tributária do ICMS. As alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014 foram motivadas pelos efeitos negativos que

o uso indiscriminado do regime provoca nas micro e pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional (BRASIL, 2014).

O projeto surgiu no âmbito do Grupo de Trabalho de Reformas Microeconômicas, criado por iniciativa do presidente da CAE, senador Tasso Jereissati, com o apoio do senador Armando Monteiro e se torna um sinal de esperança para os pequenos empreendedores.

O texto atualmente está em análise na Câmara dos Deputados passando por revisão. A ideia do projeto é facilitar a atividade empreendedora e empresarial no país, a fim de estimular a geração de emprego e renda.

5. CONCLUSÃO

A substituição tributária pra frente já foi tema de muitos debates quanto a sua constitucionalidade e aplicabilidade, principalmente quando o mecanismo atua no segmento das micro e pequenas empresas enquadradas no simples nacional.

Desde que a humanidade se constituiu como sociedade, ao longo de sua história, é sabido que a arrecadação de impostos tornou-se um procedimento comum e muito importante para organização financeira do Estado, assim como de todos que dele depende. Contudo, o recolhimento deve ser regrado, justo e transparente a todos, de modo que não prejudique a esfera do razoável.

Do contrário, seus efeitos podem ser extremamente negativos para a sociedade. A substituição tributária foi um mecanismo adotado pelos estados, tendo em vista a enorme complexidade da cadeia produtiva.

Por apresentar uma quantidade exorbitante de produtos que são comercializados diariamente entre o fabricante, atacadista, o comércio varejista e o consumidor final. Mas, se por um lado o mecanismo tem um efeito poderoso anti-sonegação, por outro se torna extremamente prejudicial a sobrevivência dos seguimentos empresariais mais vulneráveis da nossa economia que são as MEs e as EPPs.

Portanto, percebe-se que o mecanismo carece de revisão e mais estudo para o seu aperfeiçoamento, até que se encontre um ponto de equilíbrio entre a eficácia e a razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BALEIRO, A. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em:

[dezembro-2006-548099-publicacaooriginal-63080-pl.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2006/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 07/04/ 2018.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CNI; Consulta às empresas mostra que há necessidade de ampliação dos prazos de recolhimento de tributos. Disponível em: < https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/64/90/6490d038-ed73-4146-ba1c332510ac3a07/se22nov2006.pdf> Acesso em: 08/04/2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15/09/2018.

Emenda Constitucional nº. 18, de 1º de dezembro de 1965. Reforma do Sistema Tributário. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-65.htm >. Acesso em: 15/09/2018.

Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 11/04/2018.

MACHADO, H. B. S. **Manual de Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NICHELE, R.; NETO, A. M. F. (Coords.). **Curso avançado de Substituição Tributária**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ROCHA, R. **Direito Tributário**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

RODRIGUES, Luis. Substituição Tributária do ICMS prejudica o optante do Simples Nacional. Disponível em: < <http://www.leigeral.com.br/novidades/detalhes/57-substituicao-tributaria-do-icms-prejudica-o-optante-do-simples-nacional>> Acesso em: 15/09/2018.

SABBAG, E. **Manual de Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SABBAG, E.; MINARDI, J. **Vade Mecum Tributário**. 11ª ed. Salvador: Armador, 2018.

SENADO NOTÍCIAS. Plenário aprova restrição de substituição tributária do ICMS para micros e pequenas empresas. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/07/plenario-aprova-restricao-de-substituicao-tributaria-sobre-micro-e-pequenas-empresas>>. Acesso em: 15/08/2018.

TAVARES, D. Substituição tributária aumenta ICMS em até 700%, 2011, Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/asn/uf/GO/substituicao-tributaria-aumenta-icms-em-ate-700,cef4f2fdb026410VgnVCM1000003b74010aRCRD>> Acesso em: 12/04/2018.

TEIXEIRA, Manuel dos A. M. Convênio ICMS 52, de 7 de abril de 2017. Disponível em: . Acesso em: 11/04/2018.

UBER - VÍNCULO DE EMPREGO OU PARCERIA?

RODRIGO PERRONE: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Processo Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade Pontifícia Católica de São Paulo.

Resumo: O presente artigo pretende discorrer sobre relação de trabalho estabelecida entre o Uber e seus motoristas, assim como apresentar a visão deste tema no Direito Comparado e Brasileiro.

Palavras-chave: Startups. Unicórnios. Uberização. Direito Comparado. Direito Brasileiro. Parceria. Vínculo de Emprego.

Abstract: This article intends to discuss the relationship established between Uber and its drivers, as well as to present the vision of this theme in Comparative and Brazilian Law.

Keywords: Startups. Unicorns. Uberization. Comparative Law. Brazilian Law. Partnership. Employment Bond.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA –STARTUPS E UNICÓRNIOS. 3. UBERIZAÇÃO. 4. CONCEITO DE EMPREGADO E EMPREGADOR – CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 5. MOTORISTAS DO UBER NO DIREITO COMPARADO. 6. MOTORISTAS DO UBER NO DIREITO BRASILEIRO – VÍNCULO DE EMPREGO OU PARCERIA. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Com efeito, o Direito do Trabalho atualmente se depara com enormes desafios devido a 4ª Revolução Industrial, a qual modificou as

antigas relações de trabalho que conhecíamos, trazendo novos conceitos para a área trabalhista que devem ser enfrentados pelos profissionais que se aventuram no estudo desta matéria.

Entende-se como 4ª Revolução Industrial, a introdução da inteligência artificial, plataformas digitais e outras tecnologias nas relações de trabalho, com o objetivo de aumentar a produtividade das empresas.

Sobre esta Revolução Industrial, afirma Antônio Carlos Aguiar:

Revolução industrial que vai além da utilização da robótica como meio de substituição de mão de obra. A mudança é cultural e estrutural na forma de atuar e se mover neste Mundo Virtual, que substitui modelos econômicos de constituição e realização de negócios das empresas, bem como da forma de trabalhar e ser contratado (de onde, como e para quem prestar serviços). Em determinados momentos até mesmo quem está no comando ativo do serviço realizado e contratado é figura digna de incertezas jurídicas. Ultrapassa-se assim, a fronteira tradicional (e territorial) de relacionamentos de todos os tipos e áreas. O negócio sustentado na lógica empresarial de efetivação por intermédio de bem jurídico que se traduz exclusivamente por patrimônio sólido, físico e fungível tem valor relativizado e sua atração para investimentos relegado a um plano e patamar inferiores. A aposta virtual do negócio passa por outra estrada (infoestrada); acompanha uma lógica diferente. Uma ideia pode ter valor negocial muito maior". (AGUIAR, 2018, p. 36)

Como exemplo desta nova era, podemos citar o surgimento de empresas como Amazon, Google, Apple e Uber que revolucionaram o mercado de trabalho através do uso intensivo da tecnologia.

Este avanço tecnológico gera enormes benefícios para a sociedade, porém traz consigo uma face cruel, qual seja, a eliminação de milhares de postos de trabalhos e a extinção de diversas profissões, como

ocorreu com os ascensoristas de elevadores substituídos por equipamentos automáticos e computadorizados.

Segundo o Sebrae no "Japão existem hotéis cujos recepcionistas são robôs. Do limpador da vidraça até o cortador de grama, as tarefas que foram automatizadas. Segundo o gerente do estabelecimento, naquele hotel, até 90% dos robôs podem substituir as tarefas desempenhadas pelos humanos". (ROSA, 2017)

O caso mais emblemático referente a perda de postos de trabalho devido a esta revolução ocorreu na Kodak, conhecida multinacional de venda de equipamentos fotográficos. Em 1998, a empresa tinha 170 mil funcionários e vendia 85% de todo papel fotográfico no mundo[1], porém 20 anos depois devido à criação das câmeras digitais, abriu falência em 2012 possuindo atualmente cerca de 8 mil empregados.[2]

Em um estudo realizado pela consultoria Mckinsey, constatou-se que no Brasil 15,7 milhões de trabalhadores serão afetados em algum grau pelo uso de novas tecnologias até 2030 e no mundo entre 400 milhões a 800 milhões.[3]

Importante destacar que apesar da tecnologia eliminar diversos empregos, também cria outros, assim como auxilia diversas profissões, como no caso dos médicos que poderão contar com a inteligência artificial para analisar sintomas das doenças e a elaborar diagnósticos, como vem ocorrendo na China.[4]

Os advogados atualmente estão sendo auxiliados pelo Watson criado pela IBM[5], sistema este que realiza serviços rotineiros e repetitivos, permitindo com que o advogado se concentre em elaborar teses e estratégias para melhor defender os interesses de seus clientes.

Há ainda o Victor, que será implantado no Supremo Tribunal Federal, tendo por objetivo analisar todos recursos extraordinários e identificar aqueles que estão vinculados a temas de repercussão geral, buscando assim agilizar a tramitação dos processos.[6]

Logo, os leitores que acompanham este texto não precisam se apavorar com as novas tecnologias, pois estas irão lhes auxiliar em tarefas cansativas e entediadas, permitindo que o profissional desenvolva atividades mais complexas.

Assim, para aquele profissional antenado, não haverá perdas em suas atividades, mas somente ganho, pois poderá fornecer seus serviços com uma melhor qualidade.

O problema desta revolução surge quando o trabalhador não tem acesso à educação, não sendo capaz de acompanhar os avanços tecnológicos, situação esta preocupante em nosso país que possui um dos piores sistemas de ensino do mundo, com professores mal remunerados, péssimas infraestruturas, ausência de um plano pedagógico eficiente, alto índice de violência nas escolas, pais desinteressados na educação dos filhos e alunos desmotivados.

Neste cenário, a tecnologia gera milhares de desempregados ou subempregos, excluindo diversos trabalhadores do mercado de trabalho e contribuindo para o avanço da desigualdade social, não sendo outro o entendimento do Diretor da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na América Latina:

Há uma forte preocupação com os trabalhadores de menor qualificação, em termos de impacto das tecnologias. Essas pessoas não são realmente alfabetizadas digitais, e não terão oportunidade para aprender habilidades específicas. Elas serão deixadas para trás e terão uma empregabilidade muito pequena. (PERRIN, 2018)

Diante desta situação, cabe ao Estado Brasileiro capacitar seus trabalhadores para enfrentar os desafios trazidos pelas novas relações de trabalho, oferecendo uma educação de qualidade e criando meios de proteção frente a automação, cumprindo assim as disposições do Arts. 7º, XXVII e 205 da Constituição Federal.^[7]

Importante destacar que as novas tecnologias nas relações de trabalho devem auxiliar e não aumentar a desigualdade, sendo assim dever

o Estado evitar a precarização das relações de trabalho, a fim de preservar a dignidade humana do trabalhador, nos termos do Art. 1º, III de nossa Carta Magna. [8]

Assim, sendo os serviços de transporte de pessoas por aplicativo oferecido pelo Uber uma nova forma de relação de trabalho, por certo tal assunto não escaparia de discussões na Justiça do Trabalho, a qual tem por essência evitar a precarização do trabalho no território brasileiro, preservando os direitos dos trabalhadores.

2. EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA –STARTUPS E UNICÓRNIOS

As novas tecnologias criadas pela 4ª Revolução Industrial chegam ao mercado através das startups, empresas de baixo custo com ideias inovadoras, as quais foram definidas por Felipe Matos, pioneiro neste tipo de empreendimento no Brasil como:

Startups são portadoras de inovação tecnológica, que geram empregos qualificados, que tem um efeito multiplicador na economia e geram um incremento de eficiência. Então, se eu tenho uma empresa que tem uma solução inovadora, a própria adoção dessa solução faz a sociedade funcionar melhor. (BRITO, 2018)

As primeiras startups surgiram no Vale do Silício, na Carolina do Norte, Estados Unidos, com o Google, Apple, Microsoft, Yahoo e Facebook.

O Google pode ser considerado um exemplo clássico de startup, pois foi fundado por dois estudantes da Universidade de Stanford que construíram a famosa ferramenta de busca para identificar sites importantes, fazendo um enorme sucesso na comunidade acadêmica.

Atualmente a gigante da tecnologia tornou-se uma das empresas mais valiosas do mundo, totalizando US\$ 120,9 bilhões[9], influenciando a economia e modo de vida de diversas sociedades ao redor do planeta.

Diante da valorização destas startups, aquelas que ultrapassam o valor de US\$ 1 bilhão de dólares são chamadas pelo mercado de unicórnios.

No Brasil, são considerados unicórnios o aplicativo de transportes 99 e o Nubank que gerencia serviços financeiros

Segundo a Agência Brasil, no mundo existem 43 unicórnios nos Estados Unidos, na China, 43, na Índia 9 e no Reino Unido 7. Na América do Sul, além dos unicórnios brasileiros, entram neste grupo a LifeMiles, um programa de fidelidade da aérea colombiana Avianca e o site de turismo argentino, Decolar. [\[10\]](#)

3. UBERIZAÇÃO

O Uber foi fundado em 2009 em São Francisco, como uma startup da tecnologia, trazendo para o mercado um novo conceito para transporte de passageiros através de aplicativos de celulares, tornando-se posteriormente uma das empresas mais bem-sucedidas e valiosas do mercado mundial.

Neste contexto, a Uber chegou ao Brasil em 2014 durante a Copa do Mundo, se espalhando por diversos Estados, contando atualmente com milhares de motoristas particulares, os quais são considerados parceiros da empresa através da chamada economia de compartilhamento, não possuindo assim direitos trabalhistas.

Esta forma de trabalho ficou conhecida como “uberização”, termo este utilizado para definir qualquer relação de trabalho precária e sem direitos trabalhistas.

4. CONCEITO DE EMPREGADO E EMPREGADOR – CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Com efeito, as relações de trabalho sempre geraram conflitos, sendo dever da Justiça do Trabalho solucioná-los para apaziguar a sociedade.

Antes de aprofundarmos as discussões a respeito do Uber, devemos compreender alguns conceitos trazidos pela Consolidação das Leis do Trabalho a respeito desta matéria.

Nesse sentido, entende-se empregador toda empresa individual ou coletiva que assumi os riscos da atividade econômica, bem como admite, assalaria e dirige os serviços prestados pelo trabalhador.^[11]

Por sua vez, considera-se empregado a pessoa física que presta serviços com habitualidade, onerosidade, subordinação e pessoalidade.^[12]

Analisando estes conceitos, verifica-se que o empregado não pode ser uma pessoa jurídica, mas somente pessoa física, assim como deve ser insubstituível em suas atividades devido à pessoalidade.

Outrossim, suas atividades não poderão ser eventuais (habitualidade), devendo haver também uma contraprestação pelos serviços prestados (onerosidade).

Por fim, o trabalhador deve se submeter (subordinação) ao poder diretivo do empregador (*jus variandi*).

Presentes estes elementos na relação de trabalho, restará configurado o vínculo de emprego, o qual enseja o pagamento de gratificação natalina, férias mais terço constitucional, saldo salário, aviso prévio proporcional, recolhimento do FGTS, multa de 40%, seguro desemprego, horas extras, descansos semanais remunerados, dentre outros direitos características do contrato de trabalho.

A respeito deste tema, afirma o professor Maurício Godinho Delgado:

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles, porém, captados pelo Direito, que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência ser chamados de elementos fático-jurídicos. Não são, portanto, criação jurídica, mas simples reconhecimento pelo Direito de realidades fáticas relevantes. Também denominados pela mais arguta doutrina jurídica de pressupostos, esses elementos fáticos-jurídicos alojam-se "...na raiz do fenômeno a ser demonstrado", antecedendo o fenômeno e dele independentemente, embora venham a ser indispensável à composição deste fenômeno. Conjugados, esses elementos fáticos-jurídicos (ou pressupostos) em uma determinada relação socioeconômica surge a relação de emprego, juridicamente caracterizada. (GODINHO, 2018, p. 338)

Neste contexto, questiona-se se as novas relações de trabalho, marcadas pela uberização, geram direitos trabalhista?

A resposta para esta pergunta passa pela verificação do caso em concreto, uma vez que no Direito do Trabalho deve-se observar o Princípio da Primazia da Realidade, o qual dispõe que a realidade da situação fática deve prevalecer sobre a forma, partindo o presente artigo deste pressuposto para análise da relação de trabalho estabelecida entre o Uber e seus motoristas.

5. MOTORISTAS DO UBER NO DIREITO COMPARADO

A relação entre o Uber e seus motoristas vem sendo amplamente discutida em diversos países, a fim de se determinar a existência ou não do vínculo de emprego entre a empresa e os chamados "parceiros".

Nos Estados Unidos, em 2015 uma motorista do Uber teve o vínculo de emprego reconhecido pela Comissão Trabalhista da Califórnia, a qual constatou a existência de controle pela empresa da prestação dos serviços através da aplicativo de celular.[\[13\]](#)

Ainda, neste país está em discussão uma Ação Coletiva na Carolina do Norte[\[14\]](#) e em São Francisco[\[15\]](#) envolvendo cerca de 385 mil pessoas pleiteando vínculo de emprego com o Uber.

Como se não bastasse tal fato, existem nos Estados Unidos diversas decisões individuais favoráveis aos trabalhadores sobre esta matéria e recentemente a cidade de Nova York deu o primeiro passo para o futuro reconhecimento de vínculo ao estabelecer um piso salarial mínimo aos motoristas do Uber.[\[16\]](#)

Na Inglaterra, o Tribunal de Apelações sobre Empregos do Reino Unido[\[17\]](#), decidiu recentemente que os motoristas que trabalham para o Uber possuem vínculo de emprego e tem direito a proteções trabalhistas básicas.

A decisão do case n. 2202550/2015[\[18\]](#), observou os seguintes pontos para reconhecimento do vínculo de emprego:

Dentre os inúmeros aspectos explorados pelo Tribunal para justificar a grande ingerência da Uber sobre os seus motoristas e a conseqüente existência da relação de trabalho, encontram-se os seguintes: (i) o fato de a Uber entrevistar e recrutar motoristas; (ii) o fato de a Uber controlar as informações essenciais (especialmente o sobrenome do passageiro, informações de contato e destinação pretendida), excluindo o motorista destas informações; (iii) o fato de a Uber exigir que motoristas aceitem viagens e/ou não cancelem viagens, assegurando a eficácia desta exigência por meio da desconexão dos motoristas que violarem tais obrigações; (iv) o fato de a Uber determinar a rota padrão; (v) o fato de a Uber fixar a tarifa e o motorista não poder negociar um valor maior com o passageiro; (vi) o fato de a Uber impor inúmeras condições aos motoristas (como escolha limitada de veículos

aceitáveis), assim como instruir motoristas sobre como fazer o seu trabalho e, de diversas maneiras, controlá-los na execução dos seus deveres; (vii) o fato de a Uber sujeitar motoristas, por meio do sistema de rating, a determinados parâmetros que ensejarão procedimentos gerenciais ou disciplinares; (viii) o fato de a Uber determinar questões sobre descontos, muitas vezes sem sequer envolver o motorista cuja remuneração será afetada; (ix) o fato de a Uber aceitar o risco da perda; (x) o fato de a Uber deter as queixas dos motoristas e dos passageiros; e (xi) o fato de a Uber se reservar ao poder de alterar unilateralmente os termos contratuais em relação aos motoristas. (FRAZÃO, 2016)

Ainda, a Suíça e França reconheceram os motoristas do Uber como empregados para fins previdenciários.[\[19\]](#)

Conforme se verifica, existem discussões sobre vínculo de emprego entre o Uber e seus motoristas em diversos países, não sendo este tema exclusivo da Justiça do Trabalho brasileira.

6. MOTORISTAS DO UBER NO DIREITO BRASILEIRO – VÍNCULO DE EMPREGO OU PARCERIA

No Brasil, há alguns anos debate-se sobre a existência ou não de vínculo de emprego entre o Uber e seus motoristas, sendo recorrente a discussão deste tema na Justiça Trabalhista.

O conflito envolve a análise de matéria fática-probatória, situação esta que limita a discussão aos Tribunais Regionais em razão das disposições da Súmula n. 126 do C.TST[\[20\]](#) que veda a reanálise de provas e fatos pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O tema em estudo apresenta duas vertentes em nossos Tribunais Regionais do Trabalho, existindo entendimentos favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento do vínculo empregatício entre os motoristas e o Uber.

Segundo o professor José Eduardo de Resende Chaves Júnior temos os seguintes argumentos contrários a configuração da relação de emprego:

O motorista tem total liberdade quanto a sua jornada de trabalho, que é absolutamente flexível. O motorista trabalha no dia e na hora que desejar. Essa característica é um traço marcante da autonomia da prestação do trabalho. Os meios de produção (veículo e o celular) pertencem ao trabalhador e não à empresa. (JÚNIOR, 2016)

Nesse sentido, as decisões desfavoráveis ao reconhecimento do vínculo de emprego se fundamentam no fato de que o motorista não se submete ao poder diretivo da empresa, não estando subordinado ao Uber.

Consta ainda nestes julgados que o motorista do Uber não preenche os requisitos da habitualidade e pessoalidade, assim como o fato da empresa definir o preço da viagem, padrão de atendimento e forma de pagamento não significa a existência da relação empregatícia.

Ainda, os magistrados contrários ao reconhecimento do vínculo de emprego entendem que o descadastramento em situações de assédio e violência contra passageiros seria apenas uma questão de segurança.

Assim, os julgados normalmente apontam os seguintes pontos para afastar o reconhecimento do vínculo:

- § O sistema UBER é uma plataforma tecnológica que apenas facilita o contato entre o proprietário do veículo cadastrado e o cliente;
- § No momento em que o motorista se cadastra na plataforma do UBER, adere a diversas cláusulas para que prestação dos serviços seja uniforme e com qualidade;
- § O cadastramento no aplicativo ocorre por questões de segurança;
- § O motorista possui autonomia para ficar "off-line" no aplicativo por até um ano, sem sofrer penalidades;
- § Liberdade para cumprir a própria rotina de trabalho;

- § Ausência de fiscalização;
- § Ausência de entrevistas para prestar os serviços para o Uber, sendo necessário apenas o cadastro na plataforma digital;
- § Ausência de jornada mínima a ser cumprida;
- § Recusa de viagens sem penalidades;
- § Possibilidade de cadastro de outra pessoa no sistema para dirigir o veículo.

Os argumentos acima citados, foram utilizados para fundamentar as decisões proferidas pela 9ª Turma do TRT-3 no processo n. **0011359-34.2016.5.03.0112** e pela **8ª Turma do TRT-2 no processo** n. 1001574-25.2016.5.02.0026.

Em que se pesem os argumentos utilizados pelos Julgadores para não reconhecer o vínculo de emprego entre as partes, não há como se admitir este sistema como uma parceria de economia compartilhada, tendo em vista a notória ingerência da empresa sobre os motoristas, sendo evidente o uso do *jus variandi* pelo Uber, uma vez que realiza a gestão e organiza as atividades, fiscaliza os motoristas e dirige os serviços.

Na prática, o Uber age como um verdadeiro empregador pelos seguintes motivos:

- a) Define os preços das viagens;
- b) Determina a rota que os motoristas devem seguir através do Waze (aplicativo de GPS);
- c) Exige um padrão de comportamento destes motoristas;
- d) Exige comprovação de ausência de antecedentes criminais;
- e) Exige para cadastro no Uber X veículos modelos 2008 ou mais novo, 4 portas, ar condicionado, 5 lugares e Uber Black veículos SEDAN ou SUV com 4 portas, ar condicionado, 5 lugares, bancos do couro;
- f) Atribui nota aos motoristas;
- g) Aqueles que tiverem notas baixas acabam descadastrados;

- h) A recusa da viagem pelo motorista prejudica sua avaliação podendo causar o seu desligamento do aplicativo;
- i) Retém entre 20% a 25% do valor da corrida.

Com base nesta realidade, a 15ª Turma do Tribunal Regional da 2ª Região, no processo n. **1000123-89.2017.5.02.0038 reconheceu o vínculo empregatício entre os motoristas e o Uber, cujo teor da decisão transcreve-se a seguir:**

(...) As demandadas, em apertada síntese, se opuseram à pretensão autoral argumentando não se tratarem de empresas de transporte, mas cuja atividade principal é a exploração de plataforma tecnológica, e que nessa perspectiva os motoristas atuam como parceiros, consubstanciando o que hoje se denomina economia compartilhada. Aduziram a ausência de habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação. Contudo, os elementos de prova existentes nos autos não autorizam, no caso, com a devida vênia da Origem, seja alcançada tal conclusão. No que respeita ao objetivo empresarial das demandadas, é falacioso o argumento utilizado na medida em que há controle da concretização do serviço de transporte prestado pelo motorista, dito parceiro. Se se tratasse de mera ferramenta eletrônica, por certo as demandadas não sugeririam o preço do serviço de transporte a ser prestado e sobre o valor sugerido estabeleceriam o percentual a si destinado. Também não condicionariam a permanência do motorista às avaliações feitas pelos usuários do serviço de transporte. Simplesmente colocariam a plataforma tecnológica à disposição dos interessados, sem qualquer interferência no resultado do transporte fornecido, e pelo serviço tecnológico oferecido estabeleceriam um preço/valor fixo a ser pago pelo motorista pelo tempo de utilização, por exemplo. Na verdade, como bem observado na decisão proferida pelo MM. Juiz do Trabalho, Dr. Eduardo Rockenbach Pires, nos autos do processo n.º 1001492-33-2016-5-02-0013: "A ré oferece no mercado um produto

principal: o transporte de passageiros. O aplicativo é um instrumento, um acessório ao bom funcionamento do serviço. E os consumidores do produto da ré não são os motoristas, mas sim os passageiros (...) o valor que cabe à empresa é extraído do serviço de transporte prestado ao consumidor passageiro. Logo, como o excedente do capitalista é extraído na circulação de sua mercadoria, conclui-se com segurança que a mercadoria com que a ré atua não é o aplicativo, e sim o serviço de transporte." *E a confirmação dessa conclusão também pode ser extraída da confissão das demandadas de que contratam seguro de acidentes pessoais em favor de seus usuários, ou seja, aqueles que se utilizam do transporte, o que, em última instância, revela assumirem a responsabilidade pela integridade física dos usuários (fl. 616/617). Portanto, é patente a finalidade empresarial das demandadas: o transporte de passageiros. Também não prospera o argumento de que a relação existente entre as demandadas e o demandante trata-se de modelo de economia compartilhada. Esta, na sua essência, representa a prática de divisão do uso de serviços e produtos, numa espécie de consumo colaborativo, mas numa perspectiva horizontal, propiciada, em regra, pelas tecnologias digitais. Assim, no campo da mobilidade urbana, tal prática pode ser identificada nas práticas de carona compartilhada, na qual os usuários, valendo-se de plataformas tecnológicas, compartilham o transporte. E a propósito dessa prática, os especialistas não reconhecem na atividade desenvolvida pelas demandadas a existência efetiva de compartilhamento, observando que, na realidade, tais empresas lucram sem nada compartilhar, o que inclusive deu ensejo à criação do termo *ridewashing* (revestir de outro significado) o compartilhamento ou a carona no transporte (...). Nesse contexto, não é possível também acolher a alegação das demandadas de que o sistema por ela gerenciado se trata de modelo de economia compartilhada. Resta, assim, examinar a natureza da relação existente entre as demandadas e o demandante, no caso dos autos. As demandadas, como já*

*mencionado anteriormente, negam a existência de habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação. Contudo, os elementos de prova existentes nos autos sinalizam em direção diversa. **A habitualidade** está amplamente comprovada pelos documentos juntados às fl. 230/372, pelo demandante, a indicar que, no período de 14/07/2015 a 14/06/2016, o trabalho de motorista foi realizado de modo habitual. **A onerosidade**, do mesmo modo, é inequívoca, pois pela realização do serviço de transporte era o demandante remunerado, pouco importando que o seu ganho não fosse custeado diretamente pelas empresas demandadas. A melhor doutrina e a jurisprudência predominante dos tribunais trabalhistas há muito já reconhecem que a remuneração do empregado pode ser paga por terceiros. (...) Na espécie, os mesmos documentos antes citados revelam que as demandadas concentravam em seu poder, em regra, os valores pagos pelos usuários, realizando posteriormente o repasse ao demandante. Cumpre assentar também que o fato de ser reservado ao motorista o equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário não pode caracterizar, no caso, a existência de parceria, pois conforme indicado no depoimento pessoal do demandante (fl. 1101/1102), sem contraprova das empresas, ele arcava com as seguintes despesas: aluguel do veículo, despesas com sua manutenção, combustível, telefone celular e provedor da internet. O que, convenhamos, somam despesas elevadas, especialmente se considerarmos em comparação ao exemplo citado, em decisão judicial invocada pelas demandadas, das manicures em relação aos salões de beleza. Aqui, as despesas da manicure são mínimas e, portanto, o fato de receberem percentuais superiores a 50% pode mesmo configurar a uma relação de parceria. **A pessoalidade**, por seu turno, é inequívoca e confessada pelas demandadas. Argumentam que um mesmo veículo pode ser utilizado por vários motoristas, o que, a seu juízo, descaracterizaria a pessoalidade. Entretanto, admitem e confessam que o motorista deve ser sempre cadastrado, do que resulta*

*conclusão em sentido diametralmente contrário, ou seja, o que importa é quem está conduzindo o veículo. Por fim, resta examinar a alegação de ausência de **subordinação**. Aduziram as demandadas que o motorista possui total autonomia na execução do trabalho, pode exercer uma segunda atividade profissional, não é submetido a regra de condutas, pode recusar viagens e também pode conceder desconto aos usuários. Contudo, mais uma vez, verifico que os elementos os de prova existentes nos autos não refletem essa realidade. Quanto à existência de total autonomia do motorista, o próprio depoimento da preposta ouvida em Juízo à fl. 1102, revela que o valor a ser cobrado pelo usuário é "sugerido" pelas empresas e que o motorista pode dar desconto a ele. Entretanto, no caso de concessão de desconto pelo motorista, o valor destinado às empresas permanecerá calculado sobre aquele por elas sugerido. De acordo com a preposta "...o valor das viagens é sugerido pela UBER: tempo x distância; que o percentual da taxa da uber varia de 20% a 25%, de acordo com a categoria; que o percentual recebido não inclui o desconto ofertado pelo motorista ao cliente...". Portanto, não se pode cogitar de plena autonomia na medida de que a taxa de serviços não pode ser alterada. Do mesmo modo, a afirmação de que o motorista pode ficar ilimitadamente off-line e recusar solicitações de modo ilimitado também não condiz com a necessidade empresarial e com a realidade vivenciada na relação empresa/motorista/usuário. Fosse verdadeira tal afirmação, o próprio empreendimento estaria fadado ao insucesso, pois as empresas correriam o risco evidente de, em relação a determinados locais e horários, não dispor de um único motorista para atender o usuário. Ademais, as empresas se valem de mecanismos indiretos para obter o seu intento de disponibilidade máxima do motorista às necessidades dos usuários por elas atendidos. De acordo com o depoimento do demandante, sem contraprova das demandadas "...o depoente recebia incentivo se atingisse o número de 45 clientes por semana; que se não atingisse não recebia apenas o incentivo;*

que podia deixar o telefone off line; (...) que podia cancelar corrida, porém recebia informação de que a taxa de cancelamento estava alta e que poderia ser cortado; que existia um limite de cancelamento, mas não sabe informar qual era esse limite..." (fl.1101). *Também não aproveita às demandadas o argumento de que o motorista é livre para exercer uma segunda atividade profissional, pois a exclusividade não figura como requisito da relação de emprego. Por fim, a alegação de que as empresas não impõem aos motoristas regras de conduta tampouco restou comprovada. Há confissão das demandadas de que as avaliações dos usuários são decisivas para a manutenção do cadastro do motorista. Aliás, a preposta, ouvida em audiência, admitiu que o demandante foi desligado exatamente por ter avaliação abaixo da média.(...) É preciso registrar, nesse passo, que a relação existente entre as demandadas e os motoristas que lhes servem não se caracteriza pelo modelo clássico de subordinação e de que, assim, a depender do caso concreto sob exame, poderá não haver a configuração do vínculo de emprego, especialmente nos casos em que a prestação de serviços se revelar efetivamente eventual. Por isso, o exame das demandas judiciais que envolvem os novos modelos de organização do trabalho deve se dar à luz das novas concepções do chamado trabalho subordinado ou parasubordinado, especialmente considerando o avanço da tecnologia. Aliás, a alteração introduzida pela Lei 12. 551/2011 no art. 6.º da CLT, é expressiva na direção ora apontada. De acordo com o parágrafo único "Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalhado alheio." (...) Em consequência, considerando as peculiaridades do caso dos autos, acolho o inconformismo do demandante para reconhecer o vínculo de emprego entre as partes no período indicado na inicial, qual seja, de 14/07/2015 a 14/06/2016, nos exatos termos do pedido (fl. 41)". (TRT-2, 2018)*

De acordo com a referida decisão, o aplicativo do Uber não se trata de uma economia compartilhada, isto porque se assim o fosse, a empresa colocaria a plataforma tecnológica à disposição dos interessados, sem qualquer interferência no resultado do transporte fornecido, sendo evidente a natureza empresarial do empreendimento.

Como se não bastasse tal fato, o vínculo de emprego resta configurado pelas seguintes razões:

- a) O Uber exerce o controle do serviço de transporte prestado pelo motorista;
- b) O Uber fixa o preço do serviço de transporte;
- c) O Uber retém um percentual do valor da viagem;
- d) A permanência no aplicativo está condicionada a avaliações dos usuários;
- e) O produto da prestação dos serviços do Uber não é o motorista, mas sim os passageiros, pois contrata seguro contra acidentes para seus usuários, tendo assim a finalidade empresarial de transporte de passageiros e não de economia compartilhada, que consiste na divisão e uso de serviços e produtos;
- f) A habitualidade está presente pela própria prestação dos serviços pelo motorista;
- g) A onerosidade pelo pagamento dos serviços, observando-se que pouco importa que tenham sido pagos valores por terceiros, isto porque estes compõem a remuneração (salários + gorjetas de terceiros), na forma do Art. 457 da CLT^[21];
- h) O trabalhador recebe 75% do valor da viagem;
- i) A pessoalidade existe pelo fato do motorista que está cadastrado no aplicativo ser aquele que efetivamente está prestando o serviço;
- j) A subordinação ocorre devido à ausência de autonomia do motorista revelada pelo fato da taxa dos serviços cobrada pelo Uber não poder ser alterada pelo motorista;

- k) A alegação de que motorista pode ficar ilimitadamente off-line e recusar solicitação não condiz com a necessidade empresarial e a realidade, pois se fosse verdadeiro este argumento, o empreendimento estaria fadado ao fracasso, uma vez que a empresa correria o risco de em determinados locais e horários não ter um único motorista para atender os usuários;
- l) O Uber se utiliza de mecanismos de controle do trabalhador como a ameaça de descadastramento pela alta taxa de cancelamento das viagens;
- m) O fato do motorista exercer uma segunda atividade não afasta o vínculo de emprego em razão da exclusividade não ser um dos seus requisitos.

Diante dos pontos acima indicados, com a vênua aos colegas que pensam de forma diversa, resta evidente o preenchimento das disposições do Art. 3º da CLT, existindo vínculo de emprego entre o Uber e seus motoristas.

Este também é o entendimento do Ministério Público do Trabalho em parecer do Grupo de Estudos "GE UBER"^[22], o qual concluiu presentes os requisitos para preenchimento do vínculo de emprego entre os motoristas e as empresas de transporte de passageiros por aplicativos.

Portanto, em razão do Princípio da Primazia da Realidade, deve-se afastar a ideia de economia compartilhada no caso dos motoristas do Uber, pois a relação estabelecida entre as partes preenche todos os requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego, tendo os motoristas direito as proteções previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e na Constituição Federal.

7. CONCLUSÃO

Analisando a questão com base no Princípio da Primazia da Realidade, resta evidente que não existe uma economia compartilhada entre o Uber e seus motoristas, mas sim uma relação de emprego, em razão dos seguintes pontos:

- § O Uber controla o serviço de transporte prestado pelo motorista;
- a) O preço do serviço de transporte é estabelecido pelo Uber;
 - b) O Uber retém entre 20% a 25% do valor da Viagem;
 - c) O Uber determina a rota que os motoristas devem seguir através do Waze (aplicativo de GPS);
 - d) O Uber controla informações essenciais para prestação do serviço, como nome do passageiro, informações de contato e destino;
 - e) O Uber exige um padrão de comportamento destes motoristas;
 - f) O Uber exige comprovação de ausência de antecedentes criminais;
 - g) O Uber exige para cadastro no Uber X veículos modelos 2008 ou mais novo, 4 portas, ar condicionado, 5 lugares e Uber Black veículos SEDAN ou SUV com 4 portas, ar condicionado, 5 lugares, bancos do couro;
 - h) A permanência do motorista no aplicativo está condicionada a avaliações dos usuários;
 - i) Aqueles que tiverem notas baixas acabam descadastrados;
 - j) A recusa da viagem pelo motorista prejudica sua avaliação podendo causar o seu desligamento do aplicativo;
 - k) O Uber não é uma economia compartilhada, pois tem objetivo eminentemente empresarial;
 - l) O motorista cadastrado deve ser aquele que irá prestar o serviço ao usuário do aplicativo;
 - m) A taxa dos serviços cobrada pelo Uber não pode ser alterada pelo motorista;
 - n) O Uber concede descontos sem consultar o motorista que terá sua remuneração reduzida;
 - o) A alegação do Uber de que o motorista pode ficar ilimitadamente off-line e recusar solicitações de

viagens não condiz com a realidade, pois se fosse verdadeira esta tese, o empreendimento estaria fadado ao fracasso, uma vez que a empresa correria o risco de em determinados locais e horários não ter um único motorista para atender os usuários;

- p) O fato do motorista exercer uma segunda atividade não afasta o vínculo de emprego em razão da exclusividade não ser um dos seus requisitos.

Os elementos acima descritos, comprovam a existência de personalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação previstos no Art. 3º da CLT, devendo ser reconhecido o vínculo empregatício entre as partes, nos termos do Art. 9º da CLT[23], tendo os motoristas do Uber direitos trabalhistas que estão sendo suprimidos indevidamente pela empresa.

A relação estabelecida entre o Uber e seus motoristas não condiz com uma economia compartilhada, situação esta que vem gerando o reconhecimento do vínculo de emprego em diversos países como Estados Unidos e Inglaterra.

Neste contexto, apesar da existência de diversas decisões a favor do reconhecimento do vínculo de emprego proferidas pelo Juízes das Varas Trabalhistas no Brasil, a maior parte destas sentenças acaba sendo reformada pelos Tribunais Regionais Trabalhistas, os quais resistem em reconhecer uma realidade que precariza as relações de trabalho e viola os direitos trabalhistas.

Entende-se que o reconhecimento do vínculo possivelmente encareceria o serviço para o consumidor final, porém os Tribunais Regionais devem pautar suas decisões não pelo valor econômico, mas sim pelos preceitos constitucionais que preveem a proteção do trabalhador sendo dever do Estado preservar a dignidade humana de seus cidadãos, nos termos do Arts. 1º, III e 7º de nossa Carta Magna.

Neste contexto, apesar de todos os ataques sofridos pela Justiça do Trabalho pelo empresariado, a maioria das vezes injustos, esta revela-se o único meio de proteger os direitos dos trabalhadores, sendo

necessário uma mudança urgente de posição dos Tribunais Regionais Trabalhistas a respeito vínculo de emprego com aplicativos, antes que a situação de precarização do trabalho entre o Uber e seus motoristas se agrave, pois frisa-se novamente, diante dos elementos fáticos apontados no artigo, não há como se afastar o vínculo de emprego entre as partes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, A. C. **Direito do Trabalho 2.0. Digital e Disruptivo**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

ÁVILA D', M. **Amazon desbanca Google e é empresa mais valiosa do mundo; veja ranking**. InfoMoney. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

BERTÃO, N. **Funções típicas de advogados já são feitas por softwares e robôs**. Exame. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Constituição Federal, Brasília, DF, out 1988. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro, RJ, mai 1943. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 126. Disponível em: .

BRITO, D. **Startups crescem no Brasil e consolidam nova geração de empreendedores**. Agência Brasil. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

BRUSTEIN, J. **Nova York cria primeiro salário mínimo para motoristas da Uber**. Uol. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

CABRERA, L. C. **Evolução revolucionária**. Exame. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

DEMARTINI, F. **Uber tem vitória em processo sobre vínculo empregatício de motoristas nos EUA** . Canaltech. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

EMPLOYMENT TRIBUNALS. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

FARINACCIO, R. **Existe vida após a foto digital: o que faz a Kodak no mundo moderno?**. TecMundo. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

FRAZÃO, A. **A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber**. JOTA. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

GODINHO, M. D. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

JÚNIOR, J. E. DE R. C. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

Justiça reconhece motorista como funcionária do Uber em processo nos EUA. Canaltech. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

Médico-robô começa a tratar pacientes em ambulatório da China. Veja. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

Ministério Público da União. Grupos de estudos "GE Uber" - Relatório conclusivo. CONAFRET. 2017.

Notícias STF. STF. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

PERRIN, F. **Automação vai mudar a carreira de 16 milhões de brasileiros até 2030**. Folha de S.Paulo. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

ROSA, E. **A quarta Revolução Industrial e o futuro do trabalho**. Sebrae. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

PELEGI, A. **Estudo do Ministério Público do Trabalho conclui que prestação de serviços a aplicativos configura vínculo empregatício**. Diário do Transporte. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

STREITFELD, D. **Motoristas da Uber nos EUA lutam por vínculo empregatício**. Folha de S.Paulo. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

TRT-2. RECURSO ORDINÁRIO : RO 1000123-89.2017.5.02.0038.
Relatora: Desembargadora Beatriz de Lima Pereira. DEJT:
24/11/2017.TRT-2, 2017. Disponível em: <
https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/VisualizaDocumento/Autenticado/docu
mentoHTMLProtegido.seam?idBin=a48db878d56f39e08625b59b3428d60fb
9f834e3c359499aa3d38e99544c4dfb024ed4fbd9f8e8d7e039c56d687708af2
35b249582ce70ad434659d1ed479a42 >

NOTAS:

[1] CABRERA, L. C. **Evolução revolucionária**. Exame. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

[2] FARINACCIO, R. **Existe vida após a foto digital: o que faz a Kodak no mundo moderno?**. TecMundo. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

[3] PERRIN, F. **Automação vai mudar a carreira de 16 milhões de brasileiros até 2030**. Folha de S.Paulo. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

[4] **Médico-robô começa a tratar pacientes em ambulatório da China**. Veja. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

[5] BERTÃO, N. **Funções típicas de advogados já são feitas por softwares e robôs**. Exame. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

[6] **Notícias STF**. STF. Disponível em: . Acesso em: 8 dez. 2018.

[7] Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[8] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

[9] ÁVILA D', M. **Amazon desbanca Google e é empresa mais valiosa do mundo; veja ranking.** InfoMoney. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[10] BRITO, D. **Startups crescem no Brasil e consolidam nova geração de empreendedores.** Agência Brasil. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[11] Art. 2º da CLT - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[12] Art. 3º da CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

[13] **Justiça reconhece motorista como funcionária do Uber em processo nos EUA.** Canaltech. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[14] STREITFELD, D. **Motoristas da Uber nos EUA lutam por vínculo empregatício.** Folha de S.Paulo. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[15] DEMARTINI, F. **Uber tem vitória em processo sobre vínculo empregatício de motoristas nos EUA.** Canaltech. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[16] BRUSTEIN, J. **Nova York cria primeiro salário mínimo para motoristas da Uber.** Uol. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[17] **Uber terá de pagar direitos trabalhistas a motoristas ingleses.** Veja. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[18] **EMPLOYMENT TRIBUNALS.** Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[19] PELEGI, A. **Estudo do Ministério Público do Trabalho conclui que prestação de serviços a aplicativos configura vínculo empregatício.** Diário do Transporte. Disponível em: . Acesso em: 9 dez. 2018.

[20] RECURSO. CABIMENTO. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas.

[21] Art. 457 da CLT - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

[22] Ministério Público da União. Grupos de estudos "GE Uber" - Relatório conclusivo. CONAFRET. 2017.

[23] Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo fazer um breve estudo sobre a importância do controle interno na Administração Pública, aliado do gestor, pois sua atuação independente dentro do órgão permite uma base de dados segura, objetiva e impessoal para a tomada de decisão, de maneira a estimular a governança a executar atos de maneira eficaz com foco na coletividade.

Palavras-chave: Importância. Controle interno. Administração pública.

Abstract: This article aims to make a brief study about the importance of internal control in Public Administration, allied to the manager, because its independent performance within the agency allows a secure, objective and impersonal database for decision making, in order to stimulate governance to effectively implement acts focused on collectivity.

Keywords: Importance. Internal control. Public administration.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo hacer un breve estudio sobre la importancia del control interno en la Administración Pública, aliado del gestor, pues su actuación independiente dentro del órgano permite una base de datos segura, objetiva e impersonal para la toma de decisión, de manera a estimular la gobernanza a realizar actos de manera eficaz con foco en la colectividad.

Palabras clave: Importancia. Control interno. Administracion publica.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

O Brasil vem passando por uma fase de significativas mudanças no que diz respeito ao fortalecimento e moralização dos órgãos públicos. A crescente denúncia e a implementação de sistemas de controles de gestão mais confiáveis no âmbito governamental vem tomando espaço cada vez mais amplo no dia-a-dia das instituições públicas.

A missão do controle interno é a de fornecer aos gestores, de todos os níveis, informações para a tomada de decisão, relatos que venham auxiliar o controle dos processos, com o objetivo de alcançar as metas estabelecidas e resguardar os interesses da organização, colaborando na definição de suas responsabilidades, fornecendo análises, apreciações, recomendações, pareceres e acima de tudo, informações relativas às atividades examinadas, propiciando, assim, um controle efetivo a um custo razoável.

Controlar significa fiscalizar pessoas, físicas e jurídicas, evitando que a objetivada entidade se desvie das finalidades para as quais foi instituída na sociedade. E o adjetivo "interno" quer dizer que, na Administração Pública, o controle será exercido por servidores da própria entidade auditada, conforme as normas, regulamentos e procedimentos por ela própria determinada, em consonância, óbvio, com os preceitos gerais da Constituição e das leis que regem o setor público. Na verdade, o controle interno, em essência, deve ser realizado por todo servidor público, em especial os que ocupam postos de chefia. Já, o instituído sistema de controle interno checa, de forma articulada, a eficiência de todos aqueles controles setoriais, sob estruturação apresentada em lei local. Então, controle interno não é a mesma coisa que sistema de controle interno.

De acordo com a FASB (Financial Accounting Standards Board), controle interno consiste num conjunto de políticas e procedimentos que são desenvolvidos e operacionalizados para garantir razoável certeza acerca da confiança que pode ser depositada nas demonstrações financeiras e nos seus processos correlatos, bem como na correta apresentação daquelas demonstrações financeiras, garantindo que foram preparadas de acordo com os princípios de contabilidade geralmente aceitos e que incluem políticas e procedimentos de manutenção dos registros contábeis, aprovações em níveis adequados e salvaguarda de ativos.

Segundo o COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) os controles internos asseguram o atingimento dos objetivos, de maneira correta e tempestiva, com a mínima utilização de recursos.

O Poder Público fica com mais de um terço de toda a riqueza produzida no Brasil (PIB), mas, de outro lado, seus serviços estão longe de atingir padrão de excelência.

Nesse cenário, o controle da adequada e eficiente aplicação do dinheiro público assume, mais do que nunca, importância estratégica no desenvolvimento da Nação.

Os sistemas de controle interno devem ser orientados por princípios fundamentais, cuja observância visa a garantir com razoável segurança que os objetivos estabelecidos sejam alcançados. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do tema, assim dispõe:

É por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo^[1].

A Lei Complementar nº 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, estabeleceu que, a fiscalização do cumprimento dos seus dispositivos será exercida por: Poder Legislativo, Tribunal de Contas, Ministério Público e Sistema de Controle Interno de cada Poder. Nas organizações privadas, o controle vem a ser exercido e imposto por seus executivos e conselheiros, enquanto na Administração Pública a função controle é exercida em decorrência de exigências legais, o qual se tem um departamento específico para acompanhamento e para verificar os processos de aquisição de bens e serviços, estes mediados por organismos específicos dentro de cada esfera administrativa das divisões político-

administrativas nacionais. Segundo a Instrução Normativa nº 16/91, da Secretaria de Tesouro Nacional (BRASIL, 1991), este consiste no conjunto de atividades, planos, métodos e procedimentos interligados, utilizado com vistas a assegurar que o objetivo dos órgãos e entidades da administração pública seja alçado de forma confiável e concreta, evidenciando assim, eventuais desvios ao longo da gestão, até a consecução dos objetivos fixados pelo Poder Público.

A Lei nº 12.846/2013, apelidada de Lei Anticorrupção, trouxe importantes inovações sobre as sanções aplicáveis aos agentes privados que participem, como beneficiários, de desvios de atuação e de recursos públicos. Acompanhar e apurar a lisura dos atos administrativos, principalmente aqueles que importem despesa para o erário, é função precípua do controle interno da Administração Pública. É natural, portanto, que as novas atribuições relacionadas com a aplicação prática da Lei Anticorrupção recaiam sobre os servidores públicos responsáveis por tal atividade, uma vez que atos lesivos previstos no art. 5º da mencionada lei podem e devem ser todos objeto de auditoria interna.

A Constituição Federal de 1988 (CF88), em seu art. 70, determina que o sistema de controle interno de cada poder e órgão autônomo deve fiscalizar o uso eficiente, econômico e regular dos recursos públicos, conforme demonstrado a seguir:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Mais adiante, a CF88 estabelece que o sistema de controle interno dos poderes e órgãos autônomos devem atuar de forma integrada para garantir a execução dos programas de governo (ou políticas públicas) seja realizada com eficiência, eficácia e regularidade, de modo que os objetivos da ação estatal sejam plenamente alcançados (finalidade pública):

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

No contexto das Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) editou regra específica para o sistema de controle interno governamental, a NBC T 16.8, segundo a qual tal instância se desdobra em três categorias:

Operacional – relacionada às ações que propiciam o alcance dos objetivos da entidade governamental.

Contábil – relacionado à veracidade e à fidedignidade dos registros e das demonstrações contábeis;

Normativa – relacionada à observância da regulamentação pertinente.

2 Desenvolvimento

O sistema de controle interno é um instrumento de mudança que apoia os governantes a prestarem contas dos resultados obtidos, em função da responsabilidade a eles conferida. A existência de Controle Interno é de extrema importância para que haja eficácia na utilização das verbas públicas por parte dos governantes.

O controle interno fundamenta-se na razão administrativa e jurídica, já que, o governante que implanta este instrumento de gestão, assim o faz no

intuito de cumprir o que a lei determina e tendo como resultado informações sobre a administração por ele praticada. Neste contexto o controle interno atua na organização desenvolvendo funções de planejamento, execução das atividades planejadas e avaliação periódica dos resultados obtidos.

Como o controle interno é um setor que participa de forma efetiva do planejamento orçamentário e faz avaliação periódica da sua execução, torna-se um dispositivo de grande relevância para que os recursos públicos sejam aplicados de forma eficaz.

Importante destacar que a responsabilização do controle interno está prevista em vários dispositivos e como tal é função de relevante importância. Além disso, a depender da atuação do controlador interno, nos casos de omissão intencional, este poderá responder juntamente com o ordenador de forma solidária e na medida de sua participação.

Risco é a probabilidade de que um evento irá ocorrer tendo um impacto positivo ou negativo no cumprimento dos objetivos:

Risco podem ser inerentes

Riscos podem advir de Erros ou Fraudes

Risco podem impactar níveis como: Estratégico, Financeiro ou Operacional.

Controle é qualquer mecanismo de aumento da probabilidade de alcance dos objetivos estabelecidos por meio do gerenciamento de eventos:

Preventivos ou Detectivos

Periódicos ou por eventos

Manuais ou Automáticos

Operacionais ou Financeiros

Mitigatórios ou Compensatórios

As controladorias governamentais devem ser estruturadas para cumprir essa finalidade: garantir a gestão eficiente, eficaz e regular dos recursos públicos. Assim, por exemplo, uma controladoria que avalia os objetivos dos programas de governo e monitora sua execução, visando garantir o uso racional e legal desses recursos, cumpre adequadamente sua missão constitucional. Por outro lado, uma outra controladoria que atua na formalização ou montagem de processos administrativos, para fins de prestação de contas, não atende ao preceito constitucional, pois deixa de contribuir para a melhoria dos resultados da gestão.

A função da controladoria é auxiliar entidades a alcançar seus objetivos por meio de gerenciamento de riscos, garantindo a execução das operações com segurança razoável. A Estrutura Integrada de Controle Interno – COSO é um referencial teórico importante nessa matéria que possibilita às organizações desenvolverem, de forma efetiva e eficaz, sistemas de controle interno que se adaptam aos ambientes operacionais e corporativos em constante mudança, reduzindo os riscos para níveis aceitáveis e apoiando um processo sólido de tomada de decisões e governança da organização. (COSO, 2013, p.4)

Devemos pensar na estrutura das controladorias governamentais como órgãos auxiliares da gestão no processo de tomar decisões importantes na condução das políticas públicas. Na perspectiva dos gastos públicos, a controladoria deve subsidiar o gestor nos momentos de orçamentação, contratação e pagamentos. A indisponibilidade do interesse público é peça chave para entendermos a lógica de funcionamento dos órgãos e entidades governamentais. Aos governantes e gestores não é permitido agir livremente, conforme seus próprios interesses.

A gestão do erário deve ser realizada em prol do bem comum, sempre. A coletividade é que deve ser a beneficiada das ações públicas, não uma pessoa em especial ou grupo de interesse particularmente. Diante desse paradigma, nasce o princípio da legalidade, vinculando os gestores e governantes às normas de procedimentos voltadas para alcançar o interesse público.

Como corolário da legalidade, o orçamento é a mola propulsora da gestão pública, pois nele devem constar todas as ações que serão realizadas pelo Estado em um exercício financeiro, quanto irão custar para a sociedade e quais as fontes de recursos irão custeá-las. Nenhuma receita ou despesa públicas podem ser omitidas da lei orçamentária.

Nesse sentido, é fundamental para uma boa gestão fazer um planejamento adequado das ações e um orçamento justo das receitas e despesas públicas. Caso isso não aconteça, estar-se-á à mercê das oportunidades, e oportunidades muitas vezes geram oportunistas, que geralmente buscam satisfazer interesses pessoais disfarçadamente.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro:

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu^[2].

Há basicamente duas maneiras de gastar o dinheiro público: 1- pagamento de servidores; 2- pagamento de parceiros privados. O pagamento dos servidores é feito por meio da chamada folha de pagamentos, enquanto o pagamento dos parceiros privados é realizado por meio de apresentação de faturas ou notas fiscais por serviços prestados ou bens adquiridos.

Visando criar regras para evitar o uso inadequado desses dinheiros, muitas normas são criadas para disciplinar esse processo. Em relação à primeira forma de uso, foi criado o instituto do concurso público para selecionar de forma objetiva e impessoal as pessoas que serão servidores efetivos do estado. Além disso, há o processo seletivo simplificado, usado para contratação de servidores temporários. E finalmente há um “pequeno” grupo de servidores que são contratados em comissão, pela livre escolha dos governantes e gestores. Salvo esta última exceção, percebemos que a regra geral para contratação de servidores é a realização de um processo público no qual todos os interessados que se enquadrem nos requisitos para as funções possam concorrer em iguais condições, selecionando os mais aptos,

de acordo com as regras estabelecidas. No que tange à segunda regra de uso, foi criado o instituto da licitação para escolher os parceiros a serem contratados pelo estado, em igualdade de condições, buscando a melhor proposta para a administração sempre. Há exceções à essa regra, "exceções" relacionadas com dispensa ou inexigibilidade. Contudo, deve haver controle sobre todo o processo de contratação, seja via licitação, seja diretamente. De qualquer modo, seja o pagamento de servidores, seja o pagamento de parceiros privados, deve ser controlado para evitar riscos e prevenir contra desvios, garantindo a regularidade da execução contratos e a eficiência operacional.

As ações administrativas controlam as etapas e procedimentos cotidianos do controle interno, desta forma são utilizados por todos colaboradores sem que os mesmos percebam que os executem. Existem três formas de controle:

Prévio ou preventivo, concomitante ou sucessivo, e o subsequente ou corretivo essas as formas de controle que o autor cita (SILVA, 2013)[3]. - Controle prévio ou preventivo (a priori) segundo com Silva (2011, p.29)[4] consiste "[...] quando exercido antes de ser praticado o ato administrativo, visando prevenir a prática de ato ilegal ou não conveniente com o interesse público. Botelho (2011,p.27)[5] coaduna com o entendimento de Silva ao afirmar que controle prévio ou preventivo vem a ser: O controle que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para sua eficácia[...]".Este controle cria normas e procedimentos que por consequência reduzem e otimizam o tempo, evitando assim, possíveis falhas e vícios. A formalização de normas, manuais e outras formas de instruir as ações da administração pública, dando um padrão e qualidade as ações torna-se uma das formas mais eficientes de controle prévio, reduzindo com isto custos, otimizando tempo e evitando vícios (SILVA, 2013)[6].

Controle concomitante ou sucessivo vem a ser exercido durante o ato, que acompanha a sua realização, com a finalidade de verificar a regularidade de sua formação (RAMIS, 2013)[7]. Já Silva (2013, p.7)[8] atesta que "controle concomitante como acompanhamento da realização da atividade administrativa no momento do ato, para que este não se desvirtue de sua natureza, evitando falhas, desvios e até fraudes".

Controle subsequente ou corretivo (a posteriori) consiste no ato controlado efetivado após a sua conclusão, objetivando corrigir eventuais falhas, declarando a sua invalidade ou dando-lhe eficácia (BOTELHO, 2011; RAMIS, 2013). Silva (2013, p.27)^[9] destaca controle corretivo como sendo “[...] aquele que atua posteriormente á realização do ato, depois de consumado, avaliando se houve a regular aplicação dos recursos públicos e, ainda, se ela foi eficiente (2013:27)”.

Estrutura de controle interno compreende ambiente de controle; mapeamento e avaliação de riscos; procedimentos de controle; informação e comunicação; e monitoramento. O ambiente de controle deve demonstrar o grau de comprometimento em todos os níveis da administração com a qualidade do controle interno em seu conjunto.

Mapeamento de riscos é a identificação dos eventos ou das condições que podem afetar a qualidade da informação contábil.

Avaliação de riscos corresponde à análise da relevância dos riscos identificados, incluindo: (a) a avaliação da probabilidade de sua ocorrência; (b) a forma como serão gerenciados; (c) a definição das ações a serem implementadas para prevenir a sua ocorrência ou minimizar seu potencial; e (d) a resposta ao risco, indicando a decisão gerencial para mitigar os riscos, a partir de uma abordagem geral e estratégica, considerando as hipóteses de eliminação, redução, aceitação ou compartilhamento.

Para efeito desta Norma, entende-se por riscos ocorrências, circunstâncias ou fatos imprevisíveis que podem afetar a qualidade da informação contábil.

Procedimentos de controle são medidas e ações estabelecidas para prevenir ou detectar os riscos inerentes ou potenciais à tempestividade, à fidedignidade e à precisão da informação contábil, classificando-se em: (a) procedimentos de prevenção – medidas que antecedem o processamento de um ato ou um fato, para prevenir a ocorrência de omissões, inadequações e intempestividade da informação contábil; (b) procedimentos de detecção – medidas que visem à identificação, concomitante ou a posteriori, de erros, omissões, inadequações e intempestividade da informação contábil.

Monitoramento compreende o acompanhamento dos pressupostos do controle interno, visando assegurar a sua adequação aos objetivos, ao ambiente, aos recursos e aos riscos.

O sistema de informação e comunicação da entidade do setor público deve identificar, armazenar e comunicar toda informação relevante, na forma e no período determinados, a fim de permitir a realização dos procedimentos estabelecidos e outras responsabilidades, orientar a tomada de decisão, permitir o monitoramento de ações e contribuir para a realização de todos os objetivos de controle interno.

Nesse processo, a controladoria governamental aqui definida como a unidade operacional encarregada das funções de controle interno deve pautar-se em boas práticas de gestão capazes de prevenir riscos e corrigir desvios. O responsável pela controladoria governamental é o controlador geral a quem compete tomar as decisões importantes que orientaram toda a atividade do sistema de controle interno.

1. Por que controlar? Porque na gestão pública há riscos de uso ineficiente ou irregular dos recursos e devemos buscar controlá-los para garantir que o interesse público seja alcançado.

2. O que controlar? Porque é preciso escolher entre as diversas alternativas possíveis quais serão os objetos de controle. Em outras palavras, deve-se definir quais os processos de trabalho receberão atenção do controle interno, sejam relativos a arrecadação de receitas ou a realização de despesas.

3. Quando controlar? Porque a oportunidade de exercer o controle faz muita diferença na gestão de riscos, a qual pode ser prévia à realização do ato de gestão, concomitante a sua execução, ou subsequente a ele.

4. Como controlar? Porque deve-se estabelecer a metodologia de controle a ser usada em cada momento, ou seja, é definir como serão executadas as atividades de controle.

Conceitos Básicos de Auditoria Governamental

Erro: ato não voluntário, não intencional, resultante de desconhecimento técnico, imperícia, imprudência, desatenção ou má interpretação na elaboração de documentos, registros ou demonstrações. Existe aqui culpa, pois não há intenção de causar dano ao Tesouro.

Fraude: ato voluntário intencional, referente à omissão ou manipulação de transações, adulteração de documentos, informações, registros e demonstrações. Existe dolo, pois há intenção de causar dano ao erário.

Gestão Pública: sempre em prol do interesse coletivo, administração de pessoas e recursos, baseada nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e economicidade (LIMPE).

Programa de Auditoria: plano de ação contendo os procedimentos a serem aplicados nos trabalhos do controlador.

Relatório de Auditoria: documento técnico de que se serve o controlador para relatar suas constatações, conclusões e recomendações.

Ética Profissional: praticará ato de descrédito o controlador que omitir fato importante, dele conhecido, mas não evidenciado no relatório.

É fundamental, no entanto, lembrar que o controle interno deve ser estruturado de modo que os seus custos sejam razoáveis em razão dos benefícios decorrentes do mesmo. Não seria adequado criar uma atividade de controle que fosse mais onerosa do que a própria atividade de gestão.

Controle interno é um processo conduzido pela estrutura de governança, administração e outros profissionais da entidade, e desenvolvido para proporcionar segurança razoável com respeito à realização dos objetivos relacionados a operações, divulgação e conformidade. (COSO, 2013, p.6)

A segurança razoável na execução das operações, ao invés da segurança absoluta, se justifica porque o custo do controle não pode ser maior do que seus benefícios e as atividades de controle não podem ser empecilho ou causar entrave ao desenvolvimento das operações.

O dinheiro público é usado em razão de três grandes finalidades: pagar servidores; pagar credores; e pagar fornecedores. Muito pouco é gasto para além desses objetos.

E nas contratações de serviços ou aquisições de bens, acontece em várias ocasiões definir a quantidade e a qualidade em razão do interesse de quem fornece e não, como deveria ser, na medida exata da demanda social ou institucional. Nessas situações, o controlador precisa se posicionar no sentido de evitar os gastos desnecessários, quando ficar comprovado que eles não visam atender necessidade de interesse público.

No entanto, esse controlador está subordinado ao governante que tem o interesse contrariado, de modo que ele pode se sentir constrangido em adotar tal postura, ou, caso adote, pode ser pressionado a mudar de ideia, quando não a deixar o cargo. Em regra, os órgãos de controle externo observam bastante as formalidades processuais que envolvem a gestão, não se atendo aos aspectos do mérito dos atos administrativos, os quais são relativos à conveniência e oportunidade. Contudo, realizar um gasto formalmente perfeito, mas inconveniente ao interesse público é mais prejudicial que atender aos fins sociais descumprindo formalidades.

Como as instituições de controle externo têm se absterido de controlar o mérito, a corrupção corre solta sob o manto sagrado dos procedimentos burocráticos perfeitos. Inobstante, não é missão do controle interno averiguar formalidades processuais, a ele compete gerenciar riscos e corrigir desvios e isso não se pode realizar sem adentrar nas questões do mérito dos atos. O problema reside nesse ponto.

Os maiores riscos enfrentados pelas instituições públicas no uso dos recursos orçamentários estão associados ao direcionamento de verbas para fins privados, aquisições e contratações em volumes ou preços superdimensionados, ou recebimento em quantidade ou qualidade inferiores às contratadas.

As atividades do controle interno somam-se às do controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e às do controle social desempenhado pela cidadania, constituindo-se todos nos verdadeiros pilares de urna boa administração pública, no processo da

fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Compara-se a um grande guarda-chuva, que abarca todas as atividades, fazendo o acompanhamento desde o planejamento de sua atuação, ou seja, desde a elaboração das peças orçamentárias, até o mais simples ato de gestão, envolvendo tanto bens materiais quanto recursos humanos utilizados para o funcionamento da máquina pública.

Essa a maneira mais eficiente de se materializar o agir independente por parte dos servidores, possibilitando-lhes o pleno exercício das atribuições de seus cargos. Dessa forma, as controladorias exercerão efetivamente sua finalidade precípua, ou seja, proteger o patrimônio público, bem como apoiar e auxiliar o gestor no exercício das suas funções governamentais.

Entende-se que na atual conjuntura, os órgãos controladores tiveram suas competências substancialmente alargadas, passando a observar não apenas a legalidade dos atos como também a sua economicidade. Como consequência, os órgãos de controle deverão ser considerados instrumentos de suma importância, não só para a boa aplicação do dinheiro público, mas também para a manutenção da ordem jurídica posta pelo Estado de Direito.

Conclusão

O Controle Interno se configura em um importantíssimo aliado do gestor, pois sua atuação independente dentro do órgão permite uma base de dados segura, objetiva e impessoal para a tomada de decisão, de maneira a estimular a governança a executar atos de maneira eficaz com foco na coletividade.

Para que o controle interno alcance êxito ficou constatado que é preciso superar as dificuldades na sua implantação, de forma a favorecer a conscientização dos administradores públicos das vantagens de um sistema usado de forma correta, para o bom andamento da instituição.

É fundamental que as ações de controle interno sejam aperfeiçoadas de forma contínua e permanente para que se possam atingir níveis satisfatórios de desempenho e busca de qualidade superior nos serviços oferecidos aos

cidadãos. Na administração Pública os mecanismos de controle existentes previnem o erro, a fraude e o desperdício, trazendo benefícios à sociedade.

Referências

BOTELHO, Milton Mendes. **Manual de controle interno: teoria & prática**. 1ª Ed. (ano 2013), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 2006.

MACHADO JR., J. Teixeira e REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada**, Rio de Janeiro, IBAM, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

NUNES, Moacyr de Araújo. **Manual de Orçamento e Contabilidade Pública**, São Paulo, CEPAM.

RAMIS, Diogo Dias. **Controle da administração pública**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: . Acessado em: 03 de novembro, 2018.

SILVA, Elderson Ferreira da. *Controladoria na Administração Pública*: **Manual prático para implantação**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Manoel Gonçalves da. **Controle Interno**. Ed. Abril. Rio de Janeiro, 2011.

TOLEDO JR., Flavio C. e ROSSI, Sérgio Ciquera. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo**, Editora NDJ, São Paulo, 3ª. edição, 2005.

TOLEDO JR. Flavio C., **Artigo "A Necessidade de Dar Eficácia ao Controle Interno"**; 2013.

NOTAS:

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

[3] SILVA, Elderson Ferreira da. Controladoria na Administração Pública: **Manual prático para implantação**. São Paulo: Atlas, 2013.

[4] SILVA, Manoel Gonçalves da. **Controle Interno**. Ed. Abril. Rio de Janeiro, 2011.

[5] BOTELHO, Milton Mendes. **Manual de controle interno: teoria & prática**. 1ª Ed. (ano 2013), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

[6] SILVA, Elderson Ferreira da. Controladoria na Administração Pública: **Manual prático para implantação**. São Paulo: Atlas, 2013.

[7] RAMIS, Diogo Dias. **Controle da administração pública**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: . Acessado em: 03 de novembro, 2018.

[8] SILVA, Elderson Ferreira da. Controladoria na Administração Pública: **Manual prático para implantação**. São Paulo: Atlas, 2013.

[9] SILVA, Elderson Ferreira da. Controladoria na Administração Pública: **Manual prático para implantação**. São Paulo: Atlas, 2013.

A INTERPRETAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE PELA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

DELMIRO XIMENES DE FARIAS:

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

RESUMO: O crime de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é polêmico em nossa sociedade, pois muitas pessoas gostam de ingerir bebidas alcoólicas e precisam, logo depois, dirigir um veículo automotor. Ocorre que este crime ainda é considerado como de perigo abstrato, no qual não é preciso demonstrar se houve lesão ou perigo de lesão, sendo esta circunstância absolutamente presumido por lei, o que viola claramente o princípio da ofensividade previsto implicitamente na Constituição Federal, o qual determinar que uma conduta seja considerada crime, deve ter havido uma lesão ou um perigo concreto de lesão. Assim, crimes de perigo abstrato devem ser considerados inconstitucionais. Portanto, não deve o crime de embriaguez ao volante ser considerado de perigo abstrato, mas sim de perigo concreto, na sua modalidade indeterminada, ou seja, deve haver a demonstração probatória de perigo, mas não é necessário demonstrar quem são as vítimas do perigo.

Palavras-chave: Embriaguez ao volante. Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Princípio da ofensividade. Perigo concreto. Perigo abstrato.

SUMÁRIO: Resumo; Introdução; 1. O princípio da ofensividade; 2. Crimes de dano e crimes de perigo; 3. O crime de embriaguez ao volante diante do princípio da ofensividade; 3.1 Crime de embriaguez como crime de perigo concreto indeterminado e suas outras características; 3.2 Requisitos do crime de embriaguez ao volante; 3.3 Distinção entre o crime do artigo 306 e o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que, em nossa sociedade, há algumas práticas comuns da maioria dos indivíduos. Dentre elas, este trabalho trata de duas. A primeira é

o tradicional consumo de bebida alcoólica, o qual nos segue desde tempos remotos da humanidade. A segunda é a paixão ou necessidade de carros, veículo automotor que muitos consideram essencial para a vida urbana.

Como uma das formas de diversão, muitas pessoas costumam, por exemplo, reunir-se com amigos em bares e conversar enquanto ingerem cerveja, vodka, cachaça, etc. O problema é que, para se reunirem, precisam se locomover de suas casas para o local de encontro para tal prática, e para isto, normalmente conduzem seus automóveis até o lugar, e depois de beber, dirigem de volta às suas casas.

É de conhecimento comum que o álcool tende a diminuir a capacidade mental e motora de quem as ingere. A condução de um automóvel, por exemplo, exige do condutor uma boa capacidade de atenção, de responder a estímulos externos e de coordenação motora. Assim, a combinação de álcool com o trânsito, por reduzir atributos necessários para a condução de um veículo, pode resultar em acidentes, e algumas vezes, morte.

Por conta disto, o legislador criou um crime baseado nessa situação, para diminuir os índices de acidente e morte no trânsito, e por vezes, modificou este crime tentando alcançar a vontade popular de tratar com mais rigidez esta prática.

Ocorre que, ao realizar a vontade do povo, o legislador criou um tipo penal que não prevê efetiva lesão ou perigo de lesão para que se caracterize o crime, como ocorreu em 2008, desrespeitando valores constitucionais, fundamentais para a garantia dos direitos dos indivíduos, como foi o caso de violação ao princípio da ofensividade.

Diante disto, em razão de uma tendência de tolerância zero, mesmo com a modificação, em 2012, do crime de embriaguez ao volante previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, há juristas que ainda interpretam o dispositivo como não sendo necessário a lesão ou o perigo de lesão, ou seja, tratando o crime como de perigo abstrato.

Neste trabalho será averiguado o que significa princípios e o conceito do princípio da ofensividade, assim como será analisada os crimes de dano e

de perigo, especialmente os de perigo concreto e abstrato, e a constitucionalidade deste último. E como objetivo principal, este trabalho verificará como o crime de embriaguez ao volante deve ser interpretado, se por crime de perigo concreto, abstrato, ou algum outro.

1. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Antes de adentrar no que consiste o princípio da ofensividade, deve-se tentar esclarecer o que significa um princípio, o qual remonta a uma ideia de ponto de partida para a criação ou interpretação de uma regra. O princípio são os valores essenciais de uma nação, os quais, numa perspectiva positivista, são normatizados, ou seja, transformados em textos jurídicos, seja quando incluída na Constituição de um Estado, ou nas suas leis, possuindo força imperativa, o que quer dizer que devem ser respeitadas.

Sendo ambos espécies de norma jurídica, adotando a teoria de Robert Alexy (*apud* NOVELINO, 2011, p. 211-212), os princípios se diferenciam das regras, basicamente, por serem mais abstratos, ou seja, possuem conceito abrangente que regula vários tipos de condutas, enquanto as regras se aplicam a casos concretos mais determináveis.

Além disso, os princípios são mandamentos não definitivos, ou seja, em um caso concreto no qual dois princípios têm suas ideias colididas, para que se respeite ambos, pode acontecer a diminuição da incidência de um em favor do aumento da incidência de outro, mas nunca deixam de ter eficácia. Já as regras são definitivas, não podendo diminuir sua incidência em caso de conflito com outra, quando, ou ela é completamente respeitada, ou completamente afastada. (NOVELINO, 2011, p. 213).

Os princípios têm uma carga de importância mais que as regras, o que quer dizer que as regras, para serem válidas, devem respeitar os princípios, havendo uma hierarquia entre estas normas.

No Direito, os princípios têm basicamente duas funções. A primeira é de guiar o legislador no processo legislativo, ou seja, na criação das leis, para o que a lei se compatibilize com o que a nação tem como valores essenciais. Assim, o legislador, ao criar a lei, deve respeitar os princípios, pois nestes estão contidos os valores.

A segunda função básica ocorre depois que a legislação é criada, no momento da análise dela pelos juristas, os quais devem interpretar o que consta no texto da lei conforme o que dita os princípios, fazendo uma interpretação que respeita os valores essenciais da nação.

No Direito Penal, os princípios têm uma função peculiar de sua matéria, que é a de limitar o poder punitivo estatal, ou seja, impedir que ocorra criação ou interpretação de lei que vai contra os valores e modelo de Estado, no nosso caso, o Estado Democrático de Direito, evitando-se abusos contra os direitos historicamente conquistados pelo cidadão. Normalmente, estes valores normatizados, ou seja, princípios, estão previstos na Constituição Federal de 1988, especialmente em seu artigo 5º, seja expressamente (está contido literalmente do texto) ou implicitamente (não está contido na literalidade do texto, mas está em sua ideia ou finalidade principal).

Feita esta breve explicação sobre o que se entende por princípio, adentra-se no que seria o princípio da ofensividade ou da lesividade, como também é chamado.

Segundo este princípio, para ser considerado crime, a conduta, além de se encaixar perfeitamente no que prevê o texto legal de uma infração penal, deve afetar o bem jurídico protegido pelo crime previsto em lei. De acordo com Eugênio Rául Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2009, p. 483-484, grifo do autor):

A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de *dano* ou *lesão* e de *perigo*. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória. Há afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo.

Assim, só há crime se a conduta praticada pelo agente causa uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido ou lhe cria algum risco concreto desta lesão.

Por bem jurídico que mereça proteção do Direito Penal, entende-se por ser aqueles que receberam uma importância histórica correspondendo aos direitos mais básicos e essenciais do cidadão para o desenvolvimento de sua personalidade, como o direito a vida e à propriedade. Por exemplo, no caso do artigo 121 do Código Penal, o crime de homicídio, o bem jurídico protegido é a vida. No caso do artigo 155 do Código Penal, o crime de furto, o bem jurídico é o patrimônio da vítima. Já no crime de lesão corporal, disposto no artigo 129 do Código Penal, o bem jurídico é a integridade física.

O conceito deste princípio se resume no brocardo latino *nullum crimen sine injuria*, o que, em uma tradução livre, significa que não existe crime sem injúria. Assim, se da conduta não resulta uma ofensa ou dano a um bem jurídico penalmente relevante ou não lhe oferece risco real de lesão, não há que se falar em crime.

O princípio da ofensividade não se encontra expresso na Constituição Federal, mas sim implícito. Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 52), este princípio está previsto no artigo 98, inciso I, da Carta Maior, quando se refere a “infrações penais de menor potencial ofensivo”. Por esta expressão, consideram-se os crimes com pena máximo igual ou inferior a dois anos, cumulados ou não com multa, e as contravenções penais, de acordo com o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, ressalvadas os casos de violência doméstica contra a mulher, como dita o artigo 41 da Lei nº 11.340/03.

Se as infrações mais leves, que são as de menor potencial ofensivo, têm certo grau de ofensividade, ou seja, as condutas devem resultar em lesão ou perigo de lesão, mesmo que seja com baixa intensidade, os crimes mais graves também devem ter resultados com dano ou perigo, também tendo ofensividade, mas com grau maior. Assim, a ofensividade é requisito de todo e qualquer crime, seja através da efetiva lesão ou o concreto perigo de dano.

Também pode ser considerado que o princípio da lesividade está implicitamente previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Quando o dispositivo fala que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pode-se retirar diversas normas, do qual uma delas é que o poder punitivo estatal, realizado através do Poder

Judiciário, está preocupado com a lesão e a ameaça de lesão, em outras palavras, o efetivo dano e o risco concreto de dano.

Segundo Alice Bianchini, Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2009, p. 338), o artigo 13 do Código Penal, o qual prevê que a existência de um crime depende de um resultado, refere-se a um resultado jurídico, e não naturalístico, pois nem todas as infrações penais possuem resultado natural no mundo dos fatos, como os crimes formais e de mera conduta. Sendo jurídico o resultado previsto no referido dispositivo, quer dizer que o resultado se configura com “a ofensa ao bem jurídico, que se expressa numa lesão ou perigo concreto de lesão”, sem necessariamente haver uma mudança material no mundo dos fatos.

Desta forma, conforme o artigo 13 do Código Penal, tendo todos os crimes resultado jurídico, está aí implicitamente o princípio da ofensividade, pois se exige o dano ou o risco de dano para que ocorra o crime.

O Princípio da Ofensividade possui funções decorrentes daquelas relacionadas aos princípios em gerais. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 61-62) e René Ariel Dotti (2012, p. 141), a primeira é a “função político-criminal”, o qual quer dizer que o legislador deve, ao criar um crime, apresentar elementos no texto de lei de que só haverá punição se existir efetiva lesão ou perigo real de dano ao bem jurídico protegido pela norma.

A segunda função colocada pelos referidos autores é que este princípio deve servir como critério de interpretação para o jurista, especialmente para o juiz, devendo ele, ao analisar o caso concreto, somente taxar como crime os casos onde houver a lesão real ou perigo concreto de lesão.

Conforme ensina o Bitencourt (2013, p. 62), estas duas funções devem ser consideradas complementares uma da outra, no caso de desrespeito a uma delas, deve-se socorrer na outra, como na hipótese de existir um crime que no texto da lei não se encontra um elemento que preveja o requisito da lesão ou o perigo de lesão, momento em que o juiz, com base no princípio da ofensividade, só poderá condenar o suposto criminoso se existiu de fato a lesão ou o perigo real de dano.

Rogério Greco (2011, p. 51-52) pontua outras funções deste princípio. A primeira se refere a que não pode ser considerado criminoso quem somente cogita praticar um crime, pois esta atitude não foi externada, o que demonstra que não houve dano ou qualquer perigo de dano. A segunda consiste em que o indivíduo não pode ser punido por lesionar ou criar perigo de dano somente contra si mesmo, já que não houve risco para outras pessoas. Também tem como função evitar a incriminação em razão de “simples estados ou condições existenciais” da pessoa, ou seja, afastando-se do direito penal do autor, não se pode punir uma pessoa pelo que ela é, mas sim pelo que ela fez. Por último, conforme afirma o autor, não se pode taxar condutas como criminosas se elas somente são socialmente reprováveis sem haver qualquer afetação a bens jurídicos de terceiros.

O princípio da ofensividade fundamenta a tipicidade material em sua segunda dimensão, qual seja, o desvalor do resultado. De acordo com a teoria tripartite do conceito analítico de crime, para que este seja configurado, deve haver um fato típico, antijurídico e culpável. Também na teoria bipartite do conceito analítico do crime, ainda deve haver fato típico e antijurídico. Assim, nas duas teorias que predominam na doutrina brasileira, vê-se o substrato que é o fato típico. Dentro deste, há vários requisitos, como a conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade penal.

Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 300), tipicidade penal, “num conceito preliminar é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”. Para a doutrina penal moderna, a tipicidade penal não corresponde somente ao perfeito encaixe do fato ao texto de lei que prevê o crime (tipicidade formal), mas também uma valoração da conduta e do resultado (tipicidade material). A conduta praticada pelo agente deve criar um risco proibido (desvalor da conduta) resultando uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (desvalor do resultado).

Assim, vê-se que a ideia do princípio da ofensividade está condita dentro da tipicidade material, que é requisito da tipicidade penal, que por sua vez é pressuposto do fato típico, o qual é substrato do crime.

2. CRIMES DE DANO E CRIMES DE PERIGO

Como decorrência do princípio da ofensividade, existe uma classificação que diferencia crime de dano e crime de perigo. No primeiro, a conduta do agente deve resultar em uma lesão efetiva ao bem jurídico protegido, ou seja, deve haver um prejuízo a um direito da vítima. Por exemplo, no caso do homicídio simples, previsto no artigo 121 do Código Penal, há uma conduta que tira a vida da vítima, ou seja, uma óbvia lesão a este direito do indivíduo.

Caso o agente tiver realizado os atos executórios do crime mas não ocorra o resultado lesão efetiva ao bem jurídico em razão de circunstâncias alheias a sua vontade, estar-se diante de tentativa, o que também é passível de punição pelo Direito Penal, em razão do perigo que criou o agente. Se não houver lesão em razão da impossibilidade de ocorrer por conta do modo que o agente realizou a conduta, não haverá crime, por exemplo, no caso do indivíduo esfaquear pessoa já morta não existe bem jurídico a ser lesado.

No crime de perigo, o agente cria um risco de lesão ao bem jurídico da vítima, ou seja, na perspectiva do momento da consumação do fato (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 484), há uma relevante probabilidade de que este perigo criado pelo agente pode resultar em dano, o qual não necessariamente irá ocorrer. Assim entende Damásio de Jesus (2010, p. 229), quando afirma que “Crimes de perigo são os que se consumam tão só com a possibilidade do dano”.

René Ariel Dotti (2012, p. 467) conceitua que o crime de perigo “é aquele que cuja conduta ameaça ofender o bem jurídico protegido pela norma”. Nesses tipos de crime, há uma antecipação da pena com o objetivo de que se evite o efetivo dano (GRECO, 2011, p. 193-194). Exemplo de crime de perigo é o artigo 134 do Código Penal, que prevê o crime de abandono de recém nascido:

Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Nos crimes de perigo, não há dolo de lesão, ou seja, a intenção de causar prejuízo ao bem jurídico de alguém, mas sim dolo de perigo, que quer dizer que o agente quer realizar a conduta que cria o perigo, mas sem a vontade de causar o dano.

Quando um indivíduo, em momento de loucura, coloca fogo em sua própria residência, esta conduta por si só, não configura crime, mas se a residência fica muito próxima de outra, como ocorre nas vizinhanças urbanas, caracteriza-se o crime de incêndio, previsto no artigo 250 do Código Penal: "Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem". No caso apresentado, a intenção do agente é somente colocar fogo em sua residência e não causar prejuízo a terceiros.

Segundo Gonzalo Quintero Olivares *apud* Rogério Greco (2011, p. 194), o dolo de perigo nada mais é que a falta do dever de cuidado, característica dos crimes culposos. Em razão disto, para o autor, está equivocada falar em dolo, devendo se falar em culpa. Preferível é a expressão "dolo de perigo", pois, mesmo não havendo o dever de cuidado, realmente existe a intenção de realizar a conduta que se sabe arriscada. Desta forma, concluí-se que o elemento subjetivo é o dolo de perigo.

Os crimes de perigo, tradicionalmente, são divididos em crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato. No primeiro, numa perspectiva do momento do fato, o perigo é real, existe de fato probabilidade de acontecer um dano, ou seja, conforme o próprio nome diz, o risco é concreto. Neste tipo de crime, o perigo deve ser objeto de prova, devendo ser demonstrado, em juízo, pela acusação, o risco de dano. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 282):

Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco no caso concreto ao bem juridicamente protegido. O perigo é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em uma situação de risco, no caso concreto.

Além disto, nos crimes de perigo concreto, a vítima titular do bem jurídico protegido é determinado, ou seja, sabe-se quem é ou são as vítimas daquele perigo. Assim, deve-se provar, também, que houve e quem foi a vítima do crime de perigo concreto.

No segundo, no crime de perigo abstrato, não há a necessidade de saber se há um perigo próximo e real ao bem jurídico, pois ele é presumido pela própria lei incriminadora, não importando ser o risco remoto, com pouquíssima probabilidade de acontecer o dano. Mesmo que, na realidade, a conduta do agente não provocar qualquer perigo, o crime ainda irá existir, pois ele é presumido por lei, não precisando ser provado em juízo. A configuração da infração penal se satisfaz somente com a conduta realizada pelo agente.

Conforme Damásio de Jesus (2010, p. 229, grifo do autor), "*Perigo presumido* (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão".

No mesmo sentido, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 282, grifo do autor) que o "perigo *abstrato* pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nesses termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa".

Sendo uma presunção *juris et de jure*, ou seja, presunção absoluta, não se admite prova em contrário no processo criminal. O que se opõe a presunção relativa (*juris tantum*), o qual, mesmo presumido pela lei, permite que a parte ré produza prova que afaste a circunstância presumida, fenômeno conhecido como inversão do ônus da prova, mas isto não acontece nos crimes de perigo abstrato, no qual se caracteriza a presunção absoluta.

Assim, o perigo presumido pela lei não pode ser sequer discutido em juízo. A simples prática do ato previsto como proibido na lei penal caracteriza o crime, sem que o réu possa produzir prova para se defender a respeito da inexistência do risco, pois este é irrelevante, pois já presumido pela lei.

Os crimes de perigo abstrato não necessitam de vítima determinada, pois, sendo o perigo absolutamente presumido, não é preciso provar que existia uma vítima titular do bem jurídico protegido pela lei criminal. Assim, para quem defende a validade do crime de perigo abstrato, mesmo que não exista ninguém no raio de risco da conduta realizada pelo agente, ainda haverá o crime.

Considerando que os crimes de perigo abstrato são legítimos, no que tange à tipicidade material, não é necessário a sua segunda dimensão, ou seja, não é necessário que exista um resultado representado na lesão ou perigo real de lesão do bem jurídico. Assim, não é preciso valorar o resultado, pois mesmo que não exista nem mesmo o perigo real de lesão, o crime continua existindo. Desta forma, no crime de perigo abstrato, para caracterizar a tipicidade penal, basta o perfeito encaixe do fato ao que está previsto no texto do tipo penal (tipicidade formal) e o desvalor da conduta (primeira dimensão da tipicidade material).

Nota-se, assim, que a desnecessidade de se verificar se houve lesão ou perigo de dano em razão da conduta realizada pelo agente, presumindo-se que houve perigo mesmo que na realidade nunca este existiu, desrespeita o princípio da ofensividade, o qual, como já colocado no capítulo anterior, determina que todas as infrações penais devem resultar em lesão ou perigo de lesão.

Desrespeitando o princípio da ofensividade, o qual é valor essencial para o Direito Penal que está previsto implicitamente na Constituição Federal, conclui-se que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, não devendo ser admitidos no mundo jurídico brasileiro. Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 61, grifos do autor):

Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o

bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

Infelizmente, em várias ocasiões, o legislador perdeu a oportunidade de incluir nos textos legais de alguns tipos penais a previsão de que deve haver lesão ou, ao menos, perigo concreto de lesão ao bem jurídico penalmente relevante, como no caso do artigo 253 do Código Penal:

Art. 253 - Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Neste crime, no seu texto, não se verifica que na conduta nela prevista deve haver lesão ou perigo de lesão, ou seja, basta realizar a conduta aí tipificada, que o crime já fica caracterizado.

Em casos como este, em razão da falha do legislador, ou seja, da não observância da primeira função do princípio da ofensividade, que é de guiar o legislador para que respeite o que determina este princípio, deve o interprete, especialmente o juiz, em razão da segunda função da referida norma, fazer uma análise do artigo levando em consideração que deve haver uma ofensividade, pois é um valor principiológico previsto na Constituição Federal.

Assim, o mencionado crime deve ser interpretado conforme a Constituição, respeitando o princípio da ofensividade, ou seja, para que ocorra o crime de fabrico de explosivo sem licença da autoridade estatal, deve haver uma valoração do resultado, ou seja, se essa produção de explosivo coloca em risco real algum bem jurídico.

Por exemplo, se um fazendeiro, no interior de sua imensa propriedade rural, fabrica um explosivo sem a licença com o fim de destruir uma construção em sua fazenda, e sem que exista pessoas próximas do local de fabricação, não há que se falar em crime, já que os bens jurídicos em risco

são vida, integridade física e propriedade do próprio agente da conduta. Como já foi colocado, o princípio da ofensividade proíbe a incriminação de condutas que lesionam ou são perigosas para bens jurídicos do próprio agente.

Considerar legítimo os crimes de perigo abstrato é abrir possibilidades de punição em casos nos quais nenhum bem jurídico é lesado ou sofre perigo de dano. Em razão da inexistência de objeto (bem jurídico) que possa ser alvo de lesão ou risco de lesão, esta hipótese caracteriza crime impossível, previsto no artigo 17 do Código Penal, o qual dispõe que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. Assim, é impossível se consumar o crime se não houver objeto.

Em razão da inconstitucionalidade, alguns doutrinadores, com base no princípio da ofensividade, apresentam formas de interpretação dos supostos crimes de perigo abstrato para que, então, sejam considerados constitucionais.

Nessa perspectiva, Cezar Roberto Bitencourt aceita o crime de perigo abstrato se da sua conduta é possível verificar idoneidade para criar algum perigo concreto para o bem jurídico protegido:

Se o legislador penal pretende admitir a existência de *crimes de perigo abstrato*, é necessário ajustar, com a maior precisão possível, o *âmbito da conduta punível*, sem deixar de lado os *princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal* (princípios desenvolvidos no segundo capítulo), com o fim de evitar uma expansão desmedida do Direito Penal. Significa, em outros termos, que nos delitos de *perigo abstrato* é necessário demonstrar, pelo menos, a *idoneidade* da conduta realizada pelo agente para produzir um potencial resultado de dano ao bem jurídico, visto desde uma perspectiva genérica. (BITENCOURT, 2013, p. 282-283, grifos do autor).

Para Eugênio Rául Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a solução seria tratar o crime de perigo abstrato não como um perigo de presunção absoluta, mas sim relativa. Desta forma, tanto nas infrações penais de perigo concreto quanto nas de perigo abstrato, deve haver a discussão sobre a existência do risco. No delito de perigo concreto, a acusação deve provar que houve perigo. Nos crimes de perigo abstrato, não precisa a acusação demonstrar o risco, pois é relativamente presumido, mas pode a defesa produzir prova para demonstrar a inexistência de perigo, ou seja, ocorre a inversão do ônus da prova. Segue, em seus próprios termos, o entendimento dos referidos doutrinadores:

Na realidade, não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato – ao menos em sentido estrito –, mas apenas tipos em que se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto noutros há uma inversão do ônus da prova, pois o perigo é presumido com a realização da conduta, até que o contrário não seja provado, circunstância cuja prova cabe ao acusado. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 484, grifos do autor).

Leonardo Schmitt de Bem, citando Luiz Flávio Gomes, coautor da segunda parte da obra agora referenciada, não se deve aceitar a categoria do crime de perigo abstrato puro, ou seja, aquele de presunção absoluta, mas sim admitir um meio termo entre o crime de perigo concreto e o de perigo abstrato. Para os autores, este meio termo seria o crime de perigo abstrato de perigosidade real ou simplesmente crime de perigo concreto indeterminado. As duas expressões são equivalentes.

No crime de perigo concreto indeterminado, sob a perspectiva do momento da realização da conduta, é necessário existir um bem jurídico no raio de afetação do bem jurídico, não sendo presumido este perigo. Ou seja, para a análise da existência ou não de perigo, o interprete deve se colocar no momento que a conduta supostamente perigosa está sendo praticada, e não analisar sob a perspectiva de quem já sabe o que aconteceu.

Além disso, caracterizando-se o meio termo entre as duas formas básicas de crime de perigo, no delito de perigo concreto indeterminado,

sabendo que existia um risco para algum bem jurídico, o seu titular não necessita ser determinável. Quer dizer, na peça inicial acusatória do processo penal, não precisa a acusação demonstrar de quem foi o bem jurídico colocado em risco, mas somente demonstrar que, naquele momento, tudo indicava que a conduta era perigosa.

Em termos, afirma Leonardo Schmitt de Bem que nos crimes de perigo concreto indeterminado “é necessário que algum bem jurídico (vida, integridade física ou patrimônio) entre no raio de ação da real periculosidade da conduta, não sendo necessário haver vítima concreta, mas, sim, vítima indeterminada”. (BEM; GOMES, 2013, p. 51).

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal ainda continua a decidir pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, afirmando que esta classificação de crime é necessária para a devida proteção dos bens jurídicos. Como exemplo deste posicionamento, tem-se a decisão do *Habeas Corpus* nº 104.410 do Rio Grande do Sul.

3. O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE DIANTE DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Com a finalidade de diminuir os acidentes de trânsito e com base na doutrina dos crimes de perigo, o legislador de 1997 instituiu a Lei nº 9.503, o Código Brasileiro de Trânsito, o qual disciplina a forma de administração das vias públicas, regulamenta a utilização de veículos automotores, prevê infrações administrativas que podem ser realizadas no trânsito, além de crimes ocorridos em razão da condução de veículos automotores, por exemplo.

Nesta lei, consta o artigo 306 o qual incrimina o fato de dirigir após ingerir bebida alcoólica ou substâncias entorpecentes. Este dispositivo, desde sua redação original, já sofreu algumas reformas, tentando se adaptar à mudança da realidade no trânsito brasileiro. Ocorre que, no mais das vezes, estas mudanças existiram por questões de pressão popular e da mídia, os quais acreditam que o fato de dirigir embriagado merece tratamento mais rígido.

A redação original de 1997 do artigo 306 constava que era crime “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Analisando o dispositivo, nota-se que, para a configuração do crime, era necessário que a condução do veículo estivesse influenciada pelo consumo de álcool ou substância de efeito semelhante, que fosse em via pública, e que representasse perigo à terceiros, sendo esta circunstância um elemento essencial para a caracterização da infração penal.

Nota-se que, segundo essa redação, este delito era de perigo concreto, pois, no próprio texto do tipo penal, existia o requisito da exposição “a dano potencial a incolumidade de outrem”, ou seja, necessitava-se que a acusação demonstrasse em processo criminal a existência de um perigo real e concreto a uma determinada vítima.

No ano de 2008, houve reforma do mencionado artigo através da Lei nº 11.705, levando a uma disciplina mais rigorosa a respeito crime de embriaguez ao volante, o que ficou conhecido como a primeira “lei seca”, apesar de a pena continuar a mesma. O artigo 306 previa que:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Pelo *caput* do artigo, nota-se que, em relação ao álcool, não mais estava incluída no texto legal o requisito do perigo a outrem, bastando que o condutor estivesse com 0,6 gramas de álcool por litro de sangue para que o crime ficasse caracterizado. Assim, referente à alcoolemia, o crime era considerado de perigo abstrato, o que, segundo a opinião colocada neste

trabalho, era inconstitucional, devendo ser interpretado de forma que se adequasse ao princípio da ofensividade.

Conforme o parágrafo único deste artigo, o Poder Executivo federal deveria regulamentar outros testes para aferição do consumo de álcool que fossem equivalentes à quantidade de 0,6 gramas de álcool por litro de sangue. O que era feito pela Resolução nº 206 do Contran, em seu artigo 1º. Neste dispositivo, quando o teste era feito pelo bafômetro ou etilômetro, a quantidade de 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expelido pelos pulmões é equivalente aos 0,6 gramas de álcool por litro de sangue.

Assim, constatadas estas quantidades de álcool no teste do bafômetro ou exame de sangue, o condutor de veículo automotor estava cometendo o crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Ainda de acordo com o *caput* do artigo 306, em sua segunda parte, referindo-se a outras substâncias que não fossem álcool, mas que alterassem a capacidade psicomotora do condutor, deveria ficar demonstrado que estas substâncias estavam influenciando a sua forma de dirigir de modo que causasse perigo de lesão real, mas não necessitando provar quem estava em perigo.

Já que todos os crimes devem respeitar o princípio da ofensividade, mesmo não prevendo no antigo texto legal do crime, a forma de dirigir o veículo precisa apresentar perigo através, por exemplo, de zigue-zagues. Esta condução anormal deve acontecer em razão da atuação da substância no organismo do motorista. É isto que a expressão "sob a influência" quer dizer. Assim, a melhor interpretação para esta parte do dispositivo é que ele deveria ser tratado como crime de perigo concreto indeterminado.

Em relação à embriaguez, este dispositivo era quase inócuo, ou seja, não tinha efetividade por falta de fiscalização, e, quando tinha, se condenava muito pouco por conta da falta de provas que se dava em razão falha legislativa na descrição do crime. Isto ocorria por porque já que o crime só ficava caracterizado com a verificação da quantidade não permitida de álcool no sangue, já que esta era uma condição essencial do crime.

Como vige no nosso ordenamento jurídico o princípio de que o indivíduo não pode ser obrigado a criar provas contra si mesmo, chamado de princípio do *nemo tenetur se detegere*, decorrente do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no artigo 8º, parágrafo 2, alínea "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos, não pode ser ele obrigado a soprar o bafômetro ou realizar o exame de sangue.

No processo penal, que também é regido pelo princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, em dúvida, deve-se julgar em favor do réu no caso de falta de provas para incriminá-lo. Sendo o resultado bafômetro e do exame de sangue uma prova essencial para a verificação da quantidade proibida de álcool para a caracterização do crime, a sua falta leva à absolvição do réu. Assim, em nosso país, enquanto vigorava esse texto da infração penal de embriaguez ao volante, poucos eram condenados criminalmente.

Assim, em razão do exposto acima e também por conta da vontade populista e midiática de tolerância zero em relação a crimes, incluído aí a embriaguez ao volante, causa de acidentes mortais no trânsito, o texto do artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito foi mais uma vez modificado, agora pela Lei nº 12.760, sancionada em 20 de dezembro de 2012, dispondo uma nova tipificação do crime, que também ficou conhecido como a "nova lei seca", em termos:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Observa-se de logo que, do *caput*, foi retirado a previsão de quantidade fixa de álcool proibido. Para ocorrer a condenação por este crime, não mais é necessário somente a prova de quantidade de álcool consumido. A pena continua a mesma e o Contran permanece a regular a equivalência de valor de álcool entre os testes. Também foram acrescentados três parágrafos, que serão objeto de estudo posteriormente neste trabalho.

3.1 Crime de embriaguez como crime de perigo concreto indeterminado e suas outras características

O crime em análise é considerado de perigo abstrato pela população em geral, em razão da ideia de tolerância zero, inclusive por grande parte da doutrina brasileira. Equivocada é esse entendimento. Como se pode notar com a simples leitura do *caput* do artigo 306, o texto prevê o requisito de que a capacidade psicomotora de condução esteja alterada em razão da influência de álcool ou substância psicoativa.

Conforme Leonardo Schmitt de Bem de Luiz Flávio Gomes (2013, p. 119), essas “novas exigências típicas, agora, não podem (mais) ser presumidas. Passaram a compor a descrição legal. Devem ser efetivamente narradas na denúncia e comprovadas em juízo, porque elementares do tipo legal”. Assim, são considerados elementos objetivos normativos, ou seja, que requerem valoração pelo interprete, e para tanto, devem ser provados.

O delito em estudo deve respeitar o princípio da ofensividade. Logo, além da prova dos requisitos previstos no texto do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, também precisa existir, ao menos, perigo real de lesão a vida, integridade física ou patrimônio de qualquer pessoa que possa entrar na área de risco da conduta, ou seja, os titulares destes bens jurídicos podem

ser indeterminados. Não se pode admitir um perigo presumido, pois, desta forma, estar-se-ia violando o princípio da ofensividade.

Para saber se a conduta de dirigir embriagado oferece perigo de lesão a pessoas indeterminadas, deve-se verificar se a uma anormalidade na forma de condução do agente, se ele está fazendo zigue-zagues, dirigindo no acostamento, em alta velocidade, desrespeitando sinal de pare e semáforo vermelho, entre outros. Mas quando a influência do álcool é tamanha que a pessoa não consegue realizar atividades que seriam fáceis para um indivíduo sóbrio, ou seja, quando está visivelmente embriagado, não há necessidade de provar uma direção anormal, já que diminuição da capacidade psicomotora é clara e óbvia. Assim entende Leonardo Schmitt de Bem e Luiz Flávio Gomes (2013, p. 129):

Não é necessário, nesse caso de embriaguez visível com elevado grau de comprometimento da capacidade psicomotora, a comprovação de uma condução irregular ou anormal (dirigir em zigue-zague, subir em calçada etc.). Aliás, a anormalidade (ou irregularidade) já está evidenciada na embriaguez indiscutivelmente elevada e notória, nitidamente comprometedora da capacidade psicomotora do condutor.

Desta forma, sabendo que a Constituição Federal, através do princípio da ofensividade, exige um perigo real que deve ser provado e não presumido, e que as vítimas em potencial não precisam ser discriminadas, o crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo concreto indeterminado, também chamado de perigo abstrato de perigosidade real. (BEM; GOMES, 2013, p. 96).

O sujeito ativo, ou seja, o agente que realiza a conduta criminosa, pode ser qualquer pessoa, tendo ou não habilitação ou permissão para dirigir, que conduz veículo automotor, ou seja, aciona o automóvel, por exemplo, e o coloca em movimento, direcionando-o para o destino desejado. Assim, o crime não se configura se o indivíduo embriagado estiver empurrando o veículo. (BEM; GOMES, 2013, p. 53).

Por veículo automotor, segundo o Anexo I da referida lei, entende-se por ser aquele que possui “motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)”.

Pela expressão “circule por seus próprios meios” se quer dizer que o veículo é capaz de entrar em movimento em razão de sua própria estrutura, por exemplo, por conta de motor de combustão interna, sendo somente acionado e direcionado pelo condutor.

O sujeito passivo, que significa o titular do bem jurídico protegido pelo dispositivo penal incriminador, é a coletividade, ou seja, indetermináveis ou determináveis pessoas que estavam submetidas ao perigo que a embriaguez ao volante provoca. (BEM; GOMES, 2013, p. 53).

O agente deve estar com a capacidade psicomotora alterada, ou seja, suas faculdades mentais e coordenação motora devem estar prejudicadas. Sendo um requisito exposto no texto do atual artigo 306, esta circunstância deve ficar demonstrada, não podendo ser presumida. Além disso, a modificação da capacidade psicomotora do sujeito ativo deve ser em razão da ingestão voluntária de álcool ou outra substância psicoativa.

Para se provar, a autoridade de trânsito deve fazer testes para avaliar a capacidade psicomotora, e não somente presumir que está alterada por conta do nível de álcool, pois é de conhecimento comum que cada pessoa tem tolerância diferente a bebidas alcoólicas. Alguns ficam alterados com pouco consumo, e outros necessitam de quantidade elevada de álcool para demonstrar os sintomas de embriaguez.

Por substância psicoativa que cause dependência, entende-se serem aquelas que influenciam, modificam ou alteram a capacidade psíquica e motora do agente. Deve-se fazer uma interpretação restritiva deste termo, já que, no dia a dia, há diversas substâncias que modificam, mesmo que minimamente, a capacidade psicomotora de uma pessoa, como o café. (BEM; GOMES, 2013, p. 57).

Não podem ser considerados bens jurídicos penalmente relevantes a segurança viária ou incolumidade pública, já que são termos muito vagos, quando na verdade representam interesses genéricos, instrumentais, intermediários, os quais abrangem a vida, a integridade física e o patrimônio, estes que são, em última análise, os verdadeiros bens jurídicos que merecem proteção do Direito Penal. (BEM; GOMES, 2013, p. 126-127).

O local do crime, desde a modificação de 2008, não precisa mais ser somente a via pública, pois o texto do tipo penal não prevê mais essa expressão. Atualmente, o local do crime pode ser qualquer lugar de circulação comum às pessoas, seja de pedestres ou veículos automotores. Assim, por exemplo, se um condutor estiver conduzindo anormalmente seu automóvel por estar embriagado em sua fazenda, mas nesta circulam trabalhadores, haverá o crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Já que não existe previsão legal de embriaguez ao volante culposa, este crime só existe na modalidade dolosa, caracterizada pela simples vontade do agente em ingerir bebida alcoólica ou fazer uso de substância psicoativa e, depois, em dirigir veículo automotor, mesmo não querendo causar qualquer dano. A intenção que se analisa é a vontade de beber e dirigir.

O artigo 306 prevê um crime permanente, já que sua consumação (a condução anormal por embriaguez oferecendo perigo) se prolonga no tempo. Ou seja, não há uma conduta e um resultado instantâneo, mas sim uma conduta continuada e o resultado de perigo de alastrando no tempo.

Este delito admite tentativa, ou seja, os atos executórios interrompidos por circunstância alheia a vontade do agente são punidos, por exemplo, no caso de um indivíduo que ingere bebida alcoólica, se dirige cambaleando a seu carro que está estacionado em rua com algum movimento de outras pessoas, liga o automóvel e imediatamente é abordado por um agente de trânsito que o impede de sair com o carro.

O parágrafo 1º do artigo 306 prevê formas de se provar o estado de embriaguez, seja por 0,6 gramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, seja por sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora.

O inciso I deste dispositivo que prevê a quantidade de álcool para que se prove o estado de embriaguez não deve ser utilizado isoladamente para a caracterização da influência do álcool na redução da capacidade psicomotora, pois, sabe-se, que cada pessoa reage de forma diferente à determinada concentração de álcool (BEM; GOMES, 2013, p. 126-127). A quantidade de álcool prevista no inciso I deve ser cumulada com testes para verificar se a influência do álcool reduziu sua capacidade psicomotora, com a verificação se a forma de dirigir era anormal e se poderia haver pessoas em perigo.

Este dispositivo não pode ser interpretado como elemento essencial do tipo penal, isto é, não pode por si só presumir a influência do álcool ou de substância psicoativa na condução anormal do veículo. Se assim fosse, o crime seria considerado de perigo abstrato puro, o qual não pode ser aceito por violação ao princípio da ofensividade.

Assim, deve-se interpretar o parágrafo primeiro como norma de natureza processual, ou seja, somente prevê meios de prova, e como todo meio de prova, deve ser valorado pelo juiz, pois vige o sistema do livre convencimento motivado do magistrado, ou seja, uma prova não é absolutamente mais importante que a outra. Melhor dizendo, as provas, em regra, têm mesmo valor. Somente no processo criminal que o juiz irá valorá-las, só então dando importância maior a uma que a outra.

O parágrafo 2º surgiu para corrigir o texto legal anterior, não tendo mais como única prova possível, para a caracterização do crime, o resultado do teste do bafômetro ou do exame de sangue. Agora, o crime pode ser provado por todos os meios admitidos em direito, seja por testemunhas, vídeos, exame clínico, entre outros.

O parágrafo 3º traz norma semelhante ao antigo parágrafo único, prevendo que o Executivo, através do Conselho Nacional de Trânsito, regulará o crime e determinará a equivalência de quantidade de álcool entre os diversos testes. Deste dispositivo, foi criada a Resolução de nº 432 de 2013 do Contran, que revogou a Resolução nº 206.

Este novo ato normativo prevê, por exemplo, em seu artigo 7º, a tolerância de álcool no organismo para efeito do crime do artigo 306 do

Código Brasileiro de Trânsito, aumentando para 0,34 miligramas de álcool por ar alveolar expelido no bafômetro, e repetindo este dispositivo em relação ao exame de sangue. A Resolução 432/13 também regula a infração administrativa de embriaguez ao volante do artigo 165 do Código Brasileiro de Trânsito.

Infelizmente, mais uma vez, há uma confusão na resolução 432/13 que trata estas quantidades de álcool no organismo como requisitos suficientes para a caracterização do crime de embriaguez ao volante, presumindo os outros elementos do tipo penal, como se, necessariamente, estes valores traduzem uma direção anormal que represente perigo. Assim entende Leonardo Schmitt de Bem e Luiz Flávio Gomes (2013, p. 106-107):

Reitere-se: a Resolução n. 432 confundiu a comprovação da embriaguez com a configuração do crime. A quantificação de álcool no sangue (em relação aos motoristas que fizeram o exame ou o teste) é apenas um dos sinais indicativos da embriaguez. Mas uma coisa é provar a embriaguez e outra distinta é o grau de alteração da capacidade psicomotora do agente, assim como a forma como ele conduzia o veículo, sob a influência do álcool (ou outra substância psicoativa).

Além disso, se um elemento essencial do tipo não está previsto na lei, uma resolução não poderá incluí-la, sob pena de violação ao princípio da legalidade (reserva legal), previsto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

3.2 Requisitos do crime de embriaguez ao volante

Depois de demonstrar que o crime é de perigo concreto indeterminado e de analisar o texto legal, resume-se agora os requisitos do crime, enumerando-os. Basicamente, há cinco requisitos para que se configure a infração penal do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, os quais devem ser provados pela acusação.

O primeiro é que deve estar o agente dirigindo. Por segundo, o agente precisa ter ingerido voluntariamente bebida alcoólica ou substância psicoativa. Em terceiro, o agente deve ter sua capacidade psicomotora reduzida em razão da influência do álcool ou da substância psicoativa. O quarto requisito é que a reduzida capacidade psicomotora do agente deve ser de tal modo que sua condição de veículo automotor fique anormal. Em quinto e por último, a condução anormal deve oferecer perigo real a pessoas indeterminadas, em respeito ao princípio da ofensividade.

Estes requisitos correspondem aos pressupostos da tipicidade penal. A tipicidade formal está ligada com os três primeiros requisitos, enquanto a tipicidade material corresponde ao quarto requisito em relação a sua primeira dimensão, qual seja, o desvalor da conduta (criação de risco proibido), e o quinto requisito em relação a sua segunda dimensão, que é o desvalor do resultado (lesão ou perigo de lesão).

Considerar que o crime de embriaguez ao volante é de perigo abstrato, seria aceitar uma tipicidade material sem haver um desvalor do resultado, ou seja, sem uma lesão ou perigo real de lesão, o que vai contra o princípio da ofensividade.

3.3 Distinção entre o crime do artigo 306 e o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro

Infração administrativa é diferente de crime. O primeiro dispõe sobre forma de conduta que deve ser obedecida pelos cidadãos, que se desrespeitada, será punida com medidas menos rígidas do que acontece com o crime, como é o caso de multa e apreensão temporária de veículo. As infrações administrativas decorrem do poder de polícia do Estado, que tem como finalidade restringir ou limitar direitos dos cidadãos para que ocorra um melhor convívio social entre eles.

Crime é fato típico, ilícito e culpável, previsto necessariamente em lei, onde há a proteção dos bens mais essenciais para o desenvolvimento das pessoas, como a vida, integridade física e o patrimônio. Por proteger estes bens jurídicos mais primordiais, a punição no Direito Penal é mais rigorosa, prevendo, inclusive, pena de privação de liberdade, o que não ocorre nas infrações administrativas.

A primeira diferença entre o crime do artigo 306 e a infração administrativa de embriaguez a volante do artigo 165, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, é que, no primeiro, em respeito ao princípio da ofensividade, o fato deve ter colocado em perigo a coletividade. Já no segundo, não há necessidade do condutor representar perigo, mas estar somente dirigindo sob a influência de álcool ou outras substâncias psicoativas.

Na infração administrativa, é permitido que qualquer quantidade de álcool presuma a sua influência no organismo e sua respectiva condução anormal, o que ocorre atualmente, de acordo com o artigo 276 da legislação de trânsito, o qual afirma que "Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165". Assim, sendo presumido, não há necessidade de comprovação.

Segundo o parágrafo único deste mesmo dispositivo, o Contran pode regular as margens de tolerância no teste do bafômetro, o que foi feito na já citada Resolução nº 432/13, o qual determina uma tolerância de 0,05 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expelido dos pulmões.

Na infração administrativa não há a necessidade, também, de se demonstrar o perigo para pessoas indeterminadas, pois este de infração não se submete ao princípio da ofensividade, podendo ser o perigo totalmente presumido.

Segundo o artigo 277, parágrafo 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, se o condutor recusar fazer o teste do bafômetro ou o exame de sangue, automaticamente será enquadrado na infração administrativa do artigo 165 do mesmo código. Tal regra tem duvidosa constitucionalidade, já que, é direito fundamental da pessoa de que não é obrigado a realizar prova contra si mesmo, ou seja, o princípio do *nemo tenetur se detegere* já citado neste trabalho, que está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no artigo 8º, parágrafo 2, alínea "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O crime de embriaguez ao volante prevê pena de "detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão

ou a habilitação para dirigir veículo automotor”. Referente a esta suspensão e proibição, Leonardo Schmitt de Bem e Luiz Flávio Gomes (2013, p. 63, grifos do autor) ensinam que:

Em relação à pena restritiva de direito, recordamos, porém, que o juiz pode apenas aplicar a pena de proibição para *obstar* que o agente, ainda não habilitado, obtenha o acesso ao processo de habilitação e pode aplicar a pena de suspensão ao condutor que praticou o delito durante o estágio probatório, impedindo-o de *obter* a Carteira Nacional de Habilitação. É inconteste que o motorista que já possui habilitação definitiva não mais poderá ser impedido de algo pelo magistrado.

A infração administrativa do artigo 165 é gravíssima, a punição é uma multa de R\$ 1.915,40 e suspensão no direito de dirigir por doze meses. Caso ocorra reincidência durante este período, a multa tem seu valor dobrado.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo principal a análise da melhor interpretação para o crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja, o de embriaguez ao volante, pautado no princípio da ofensividade (lesividade), do qual decorrem os crimes de dano e de perigo, demonstrando quais os requisitos para a caracterização para o referido crime.

Primeiramente, ficou demonstrado o significado de princípio, que são os valores essenciais da nação positivados na constituição e nos textos de lei, e analisou-se o conceito de princípio da ofensividade, o qual afirma que para uma conduta seja considerada crime ela deve resultar em lesão ou perigo de lesão, ou seja, deve haver uma afetação no bem jurídico protegido pela lei penal.

Verificou-se que o princípio da ofensividade tem funções básicas, quais sejam, servir de critério de política criminal direcionado ao legislador, para que este, ao criar um crime, coloque no texto da lei que o delito precisa resultar em lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico penalmente relevante que pretende proteger. A segunda função seria destinada aos

interpretes da lei, especialmente o juiz, devendo estes somente considerar determinada conduta como crime se ela causar dano ou risco de dano ao bem protegido.

Também foi apresentado que o princípio da ofensividade fundamenta a segunda dimensão da tipicidade material, que é o desvalor do resultado.

Na segunda parte deste trabalho, como decorrência do princípio da ofensividade, diferenciou-se crime de dano de crime de perigo. Considera-se de dano o delito que efetivamente causa um prejuízo ao bem jurídico protegido. Enquanto crime de perigo é aquele que, pela perspectiva do momento da conduta, o agente cria um risco de lesão ao bem jurídico da vítima, ou seja, há uma probabilidade de lesão.

Ainda neste capítulo, apresentou-se as espécies de crime de perigo, quais sejam, os de perigo abstrato e os de perigo concreto. Neste, o risco de dano ao bem jurídico protegido é real e, para que o agente seja condenado, deve haver a prova deste perigo. Nos crimes de perigo abstrato, há uma presunção absoluta da lei que havia o perigo somente por ter o agente realizado a conduta proibida, ou seja, não é necessário que, para a condenação do agente, se prove o perigo.

Demonstrou-se que tal perigo abstrato deve ser considerado inconstitucional, pois viola o princípio da ofensividade, já que é necessário que ocorra um perigo concreto de lesão, evitando-se taxar de criminoso aquele que realizou uma conduta que não representou qualquer perigo.

Por conta desta inconstitucionalidade, apresentou-se soluções doutrinárias para resolver o problema dos crimes de perigo abstrato. O primeiro é de que este perigo abstrato deve, pelo menos, ter idoneidade de produzir um risco ao bem jurídico protegido. Segundo, tem-se a posição de que nos delitos de perigo abstrato, não há uma presunção absoluta, mas sim relativa, sendo admitida contraprova para afastar a ideia de perigo. Por terceiro, criou-se uma classificação de meio termo, que é o crime de perigo concreto indeterminado (também chamado de crime de perigo abstrato de perigosidade real), o qual consiste em que o crime deve ter, pelo menos, um

perigo concreto, real, provável, sem ser presumido, mas que não precisa atingir pessoas determinadas.

Na terceira parte do trabalho, colocou-se a descrição legal do crime de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro logo após ter sido apresentada modificações deste dispositivo desde que foi instituído em 1997.

Neste capítulo, ficou demonstrado que o crime de embriaguez ao volante deve ser considerado de crime de perigo concreto indeterminado, pois em seu texto o legislador colocou elementos objetivos normativos, que devem ser valorados pelo juiz através da demonstração probatória no processo penal. Além disso, por respeito ao princípio da ofensividade, o perigo não pode ser presumido pela lei, devendo também ser objeto de prova.

Apontou-se, também, os requisitos para a configuração do crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, entre os quais está a necessidade de uma condução anormal do veículo em razão da influência de bebida alcoólica ingerida e o efetivo perigo de lesão por conta desta direção anormal, o que correspondem às duas dimensões da tipicidade material.

Finalmente, fez-se distinção entre a infração administrativa de embriaguez ao volante do artigo 165 e o crime do artigo 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro. No primeiro, que é decorrência do poder de polícia do Estado, é permitida a presunção de perigo. Já no segundo, não é possível esta presunção, por ser um desrespeito ao princípio da ofensividade que rege o Direito Penal.

Assim, conclui-se que o crime de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, não pode ser considerado crime de perigo abstrato, pois esta classificação de delito viola o princípio da ofensividade. Deve-se, então, utilizar-se dos meios de correção apresentados, dos quais reputa-se mais adequado tratar este crime como de perigo concreto indeterminado.

REFERÊNCIAS

BEM, Leonardo Schmitt de; GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei seca**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU** de 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **DOU** de 24 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **DOU** de 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **DOU** de 8 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito

Brasileiro. **DOU** de 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. **DOU** de 21 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006. Dispõe sobre os requisitos necessários para constatar o consumo de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao206_06.pdf> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)> Acesso em: 27 dez. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011. v. 1.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

UM CONSELHO NACIONAL DE POLÍCIA PARA O CONTROLE DEMOCRÁTICA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

ADILSON JOSÉ BRESSAN:

Especialista em Ciências Penais.
Especialista em Segurança Pública.
Delegado de Polícia de Entrância Final em Santa Catarina.

É inerente ao Estado Democrático de Direito o controle do poder estatal em todos os níveis, com a participação da sociedade, na busca pela transparência, eficiência e legalidade da atuação das instituições.

A Polícia Judiciária, como órgão de Estado, não foge ao dever de prestar contas e de se submeter à fiscalização, devendo pautar suas ações em princípios democráticos.

Neste contexto, ganha relevo a *accountability* na Polícia Judiciária, haja vista o necessário equilíbrio na sua função repressiva da criminalidade e ao mesmo tempo garantidora de direitos fundamentais, tais como a liberdade e a dignidade das pessoas.

Accountability, em seu sentido mais abrangente, pode ser definida como a responsabilidade de prestar contas daquilo que se faz, o que significa apresentar o que faz, como faz e por que faz.^[1]

A dimensão conceitual de *accountability* abrange *answerability*, que é a obrigação de informar e justificar as ações, e *enforcement*, que significa a recompensa pelos bons comportamentos e a punição pelos maus.^[2]

Quando se fala em *answerability* é clara a correlação com a Polícia Judiciária, pois o dever de prestar contas é inerente à atuação policial, que está constantemente submetida à vigilância do Ministério Público, do Judiciário, da advocacia, da Defensoria Pública, e da sociedade.

Ademais, a Polícia Judiciária, no desempenho do seu mister, deve atuar com transparência, estando o Delegado de Polícia obrigado a

fundamentar os seus atos decisoriais, sujeitando-se a consequências caso aja em desconformidade com a lei.

Aí que entra a concepção de enforcement, no sentido de que como decorrência da fiscalização da atividade de polícia judiciária, toda má conduta implica responsabilização.

A prestação de contas, portanto, pela Polícia Judiciária, funciona como um mecanismo de qualificação de suas atividades, por isso o controle interno exercido pelas ouvidorias, corregedorias e chefias, além do controle externo.

Com relação ao controle externo da Polícia Judiciária, foi atribuído pelo artigo 129, inciso VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao Ministério Público, para ser exercido na forma de lei complementar.

No âmbito da União, coube à Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, dispor sobre o controle externo da atividade policial pelo Parquet.

Posteriormente, veio a Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, pela qual o Conselho Nacional do Ministério Público, sob o argumento de disciplinar o controle externo da Polícia pelo Ministério Público, ampliou o conteúdo da lei complementar, invadindo a seara legislativa, abarcando matéria cuja competência não lhe foi atribuída.

O vício foi percebido pela Ordem dos Advogados do Brasil, que propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4220), arguindo que o Conselho Nacional do Ministério Público exorbitou o poder que lhe foi outorgado constitucionalmente e que teria cuidado de matérias atinentes a direito processual penal, polícia investigativa, e direcionamento do Ministério Público para realização de investigação criminal.

Na verdade, o controle da atividade policial pelo Ministério Público, que em tese teria sido instituído em razão dos conflitos de atribuições entre polícias, acabou se tornando, ele próprio, fonte de novos problemas.

A principal razão está no fato de que o Ministério Público não exerce o controle com isenção, haja vista seu interesse em presidir as investigações criminais, o que o põe em constante conflito com a Polícia Judiciária, a quem cabe, por expressa disposição constitucional, a apuração das infrações penais.

O Ministério Público, gradualmente, foi embrenhando-se no terreno da investigação criminal, de início com a justificativa de complementar a prova deficiente, depois com o pretexto de suprir as falhas da autoridade policial, até que, por derradeiro, arvorou-se impavidamente nas lidas da polícia judiciária, e todas as tentativas de conferir à polícia a exclusividade da investigação criminal foram obstadas pelo Ministério Público por meio de silogismos erísticos. Por trás de todas as iniciativas do Ministério Público, oculta-se a intenção de assumir o poder de polícia judiciária.^[3]

Exemplo da constante tentativa do Ministério Público de avançar os limites de suas prerrogativas está nos incisos X e XI do artigo 25 da Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, que foram vetados por se tratar de matéria eminentemente processual que não poderia estar em uma lei destinada a dispor, exclusivamente, sobre a organização do Parquet.

Com referidos dispositivos, pretendia o Ministério Público a tramitação direta do inquérito policial e a estipulação de prazo, por seus membros, para conclusão das investigações, sem que houvesse o controle jurisdicional pela autoridade judiciária.

Portanto, o controle externo da Polícia Judiciária pelo Ministério Público se apresenta contaminado pela disputa do poder de investigação, o que o torna antidemocrático e incompatível com o atual estágio de evolução em que se inserem as instituições essenciais à justiça.

Logo, é imperativo que um governo que se propõe democrático adote estratégias democráticas e populares de controle da polícia e promova o fortalecimento das organizações sociais de modo que elas se traduzam em um “controle da sociedade sobre o Estado, sobre a polícia, sobre a Justiça, porque a democracia é sinônimo de poder do povo, requerendo, portanto, um novo perfil de relações entre o poder central e a população”.^[4]

A possibilidade de um controle com viés democrático sobre a Polícia Judiciária é vislumbrada com a criação de um Conselho Nacional de Polícia Judiciária, nos moldes do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, que foram concebidos para oferecer aos cidadãos uma administração de justiça ágil, transparente e eficaz para a proteção dos direitos e reparação das violações.

Ora, não é outra a razão de ser de um Conselho Nacional de Polícia Judiciária, senão oferecer aos cidadãos uma polícia investigativa ágil, imparcial, transparente e eficaz para a garantia de direitos fundamentais.

Pretendendo a criação do Conselho Nacional de Polícia foi proposta a Emenda Constitucional nº 381/09, cujo objetivo está em conceber um órgão estruturado, imparcial e com efetiva condição de fiscalizar a conduta e zelar pela autonomia funcional dos integrantes das Polícias.

Também foi proposta a Emenda Constitucional nº 102/2011, para instituir o Conselho Nacional de Polícia, devendo lei complementar cuidar de sua competência e organização.

A Ordem dos Advogados do Brasil já se manifestou no sentido de que, para o controle externo da polícia, faz-se necessário um Conselho Nacional de Polícia Judiciária, composto de representantes da própria Polícia, de membros do Judiciário, do Ministério Público e da advocacia.^[5]

Portanto, para um controle democrático da Polícia Judiciária, impõe-se a criação de um Conselho Nacional de Polícia Judiciária, formado por representantes da Polícia Judiciária, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da advocacia e da sociedade, de forma que a investigação criminal possa ser realizada com autonomia e imparcialidade e os profissionais estejam sob olhares isentos e democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Consultor Jurídico. **OAB propõe controle externo da Polícia Federal e Judiciária.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-mar->

[10/oab propoe controle externo policia federal judiciaria](#). Acesso em 25 set. 2018.

CUBAS, Viviane de Oliveira. **'Accountability' e seus diferentes aspectos no controle da atividade policial no Brasil**. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7171/5750>. Acesso em 25 set. 2018.

FREYESLEBEN, Márcio Luiz Chila. **O controle externo da polícia judiciária**. Disponível em: <https://sindepol.com.br/site/artigos/o-controle-externo-da-policia-judiciaria.html>. Acesso em 25 set. 2018.

PINHEIRO, Paulo S. [e] SADER, Emir. (1985), **"O controle da polícia no processo de transição democrática no Brasil"**. Temas Imesc, Vol. 2, nº 2.

SCHEDLER, Andreas. **Por um conceito de accountability**. In DIAMOND Larry - Para Entender a Democracia. Curitiba, PR: Atuação, 2017.

[1] CUBAS, Viviane de Oliveira. **'Accountability' e seus diferentes aspectos no controle da atividade policial no Brasil**. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7171/5750>. Acesso em 25 set. 2018.

[2] SCHEDLER, Andreas. **Por um conceito de accountability**. In DIAMOND Larry - Para Entender a Democracia. Curitiba, PR: Atuação, 2017.

[3] FREYESLEBEN, Márcio Luiz Chila. **O controle externo da polícia judiciária**. Disponível em: <https://sindepol.com.br/site/artigos/o-controle-externo-da-policia-judiciaria.html>. Acesso em 25 set. 2018.

[4] PINHEIRO, Paulo S. [e] SADER, Emir. (1985), **"O controle da polícia no processo de transição democrática no Brasil"**. Temas Imesc, Vol. 2, nº 2.

[5] Consultor Jurídico. **OAB propõe controle externo da Polícia Federal e Judiciária**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-mar-10/oab-propoe-controle-externo-policia-federal-judiciaria>. Acesso em 25 set. 2018.

DEPRESSÃO E CONCAUSA NO AMBIENTE DE TRABALHO: ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

DENISE PATRÍCIO DOS SANTOS: aluna do curso Bacharel em Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife.

RESUMO: O presente artigo versa sobre ambiente de trabalho e as repercussões jurídicas na Justiça do Trabalho através da insurgência das concausas e da depressão enquanto moléstia profissional em decorrência de ambientes de trabalho estressantes, de sobrecarga exaustiva, atuando o trabalho como elemento desencadeador do adoecimento. Em que pese o reconhecimento da depressão como problema de saúde pública, onde em, 2020, atingirá a condição de segunda doença que mais atinge os países desenvolvidos e em desenvolvimento, como reflexo vem ganhando monta o número de ações trabalhistas visando o reconhecimento do nexo de causalidade. Nesse mister, a produção acadêmica busca apresentar o objeto no universo dos debates teóricos, legais, doutrinários e jurisprudenciais. Contribuir para informar de maneira analítica onde o ambiente do trabalho atua como gatilho para ser causa da propagação desse mal do século é o que será destacado nessas linhas.

Palavras-chave: Concausa; Depressão; Moléstia Profissional. Nexo de Causalidade.

1 INTRODUÇÃO

A carta política quando nos fundamentos e objetivos do texto constitucional revela as medidas protetivas a redução inerente aos riscos do trabalho, dispondo sobre a valorização do trabalho.

Não obstante, em que pese o suporte no âmbito internacional através das convenções e tratados – Tratado de Estocolmo, ECO 92, Declaração de Bizkaia sobre o Direito ao Meio Ambiente –, o número de acidentes de trabalho alcança índices alarmantes muito embora as normas de proteção à saúde e segurança cuide de preservar no ambiente laboral.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como Conferência de Estocolmo, iniciada em cinco de junho de 1972, marcou uma etapa muito importante na ecopolítica internacional.

Esta foi basicamente a primeira grande reunião organizada para concentrar-se as questões ambientais e a primeira atitude mundial a tentar preservar o meio ambiente, visto que a ação antrópica gera séria degradação ambiental, criando severos riscos para o bem estar e sobrevivência da humanidade (RIBEIRO, 2010).

Houve a convocação dessa Conferência visando amenizar a problemática: homem X natureza. Princípios e conceitos tornaram-se base para a evolução na área do meio ambiente a partir da Conferência de Estocolmo e desta resultaram inúmeras questões que continuam a influenciar e a motivar as relações entre os atores internacionais, colaborando para a notável evolução que eclodiu após a Conferência.

Segundo Le Prestre (2016, p. 9), a conferência foi realizada para atender quatro fatores que foram influência à época:

1. Aumento e importância da comunidade científica, que começaram a questionar sobre o futuro do planeta, as mudanças climáticas e sobre a quantidade e qualidade da água.

2. Aumento da exposição, pela mídia, de desastres ambientais (marés negras, desaparecimento de territórios selvagens, modificações na paisagem), gerando um maior questionamento da sociedade a cerca das causas e soluções para tais desastres.

3. Crescimento desenfreado da economia, e conseqüentemente das cidades, sendo que estas cresceram sem nenhum planejamento para o futuro.

4. Outros problemas ambientais, como chuvas-ácidas, poluição do Mar Báltico, grandes quantidades de metais pesados e pesticidas.

Nesse sentido, compete ao empregador adotar as medidas preventivas visando prevenir danos, preservando a saúde e a integridade dos trabalhadores. Em decorrência da inobservância dessas responsabilidades, causalidades diretas e indiretas vem formando o componente pericial que atuam como concausa no desenvolvimento da depressão, levando empresas a indenizar trabalhadores. Quando se fala em atividade pericial, o debate é direcionado para a dificuldade e exigência do judiciário do instrumento para a formação do nexo de causalidade.

Nesse mister, o referido artigo atua para evidenciar numa perspectiva multifacetada como se forma o nexo de causalidade das doenças laborais a partir das ponderações doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais considerando o liame entre o fato e o dano na depressão. O estabelecimento ou não do nexo de concausa na justiça do trabalho tem sido um grande desafio e motivo de discussões acaloradas, angústias e frustrações em peritos, assistentes técnicos e magistrados no meio ambiente do trabalho.

1 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: NEXO DE CAUSALIDADE

Dita como um estado de desencorajamento, perda de humor, decepção, melancolia e angústia reproduzida por aspectos multifatoriais, a depressão ocupa o universo das relações laborais atuando o ambiente de trabalho como elemento desencadeador dos transtornos depressivos.

Lançar um olhar com o lastro de criticidade passou a ser elemento fundante do debate contemporâneo posto a presença do viés da desvalorização do trabalho, refletido em práticas abusivas, investindo, muitas, vezes, na falta de respeito a dignidade humana.

Conforme descreve Nascimento (2008, p.13), o trabalho é considerado historicamente como uma forma de castigo onde “escravos e servos, historicamente sucedidos, eram os que podiam dedicar-se ao trabalho que, nas origens, foram sempre pesados”.

Entre o lucro e o trabalhador saudável fez opção a história das relações empregatícias pelo acúmulo material e, muito embora tenha havido uma evolução dos meios de trabalho, com o surgimento de novas tecnologias,

assim como o surgimento de leis protetivas ao trabalhador, não foi suficiente para elidir os problemas graves que ainda ocorrem nas relações empregatícias.

Alguns desses problemas não diferem muito daqueles que existiam no início de tudo, podendo se afirmar que persistem verdadeiras relações de escravidão, além de outros problemas surgidos – ou pelo menos justificados – pelo próprio progresso.

Trazendo isso para o contexto laboral, a depressão advém da ligação entre a moléstia resultante e o trabalho exercido, ou seja, é o vínculo demonstrativo de que a enfermidade se originou ou se desencadeou pelo trabalho.

No acidente típico, o nexo de causalidade ocorre de modo manifesto, assim como nas doenças profissionais em que a ligação é bem visível. Por outro lado, quanto às doenças do trabalho, por exemplo, deve-se ter mais cautela, visto que não é na totalidade dos casos que se determina com precisão se a moléstia se deu em virtude do labor, exigindo exames complementares, a fim de obter respostas claras, por meio de “diagnósticos diferenciais”. (OLIVEIRA, 2008, p. 239)

O nexo de causalidade atua na impossibilidade de reconhecimento da ocorrência de acidente do trabalho ou de doença ocupacional sem a comprovação de sua existência, ligando o labor ao acidente ou à enfermidade. Sendo assim, sem a constatação do referido nexo, nem ao menos se poderia cogitar a hipótese de a depressão vir a ser reconhecida como doença do trabalho equiparada a acidente do trabalho.

Atualmente, tem se utilizado uma nova forma de ligação entre doença e trabalho, trazida com a Lei n. 11.340/2006, o nexo técnico epidemiológico, previsto no artigo 21-A da Lei n. 8.213/1991.

De acordo com Garcia (2008, p 81),

esse nexo teria trazido uma série de evoluções quanto a esta questão, considerando a dificuldade de reconhecimento do nexo de causalidade para se

reconhecer doenças profissionais e do trabalho. Através do nexo técnico epidemiológico, produziu-se uma listagem de doenças que, até que exista prova contrária, consideram-se originadas pelo trabalho. O estudo destas doenças foi organizado através da porcentagem de incidência de determinadas doenças em ramos específicos de atividade arrolados pela Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE. O nexo técnico epidemiológico estabelece, assim, uma presunção relativa quanto à natureza laboral da moléstia. Se a natureza é relativa, obviamente é possível que o empregador comprove a ausência de ligação entre enfermidade e trabalho, fato que pode ser discutido não somente no âmbito administrativo, mas também em ações judiciais.

O artigo 337 do Decreto 6042/2007 demonstra a relação entre o agravo e o labor elencado na CID sendo considerado pelo INSS como uma das espécies de nexo causal. No caso da depressão, a dificuldade de estabelecer o nexo de causalidade deriva da sua subjetividade e multifatoriedade, sendo que, tirando os casos de exposição a determinados agentes químicos nocivos à saúde, seria possível tentar reconhecê-la como patologia laboral apenas em caso excepcional, comprovando-se que a ela ocorreu diretamente pelas condições especiais em que o trabalho fora desenvolvido, conforme o § 2º, do artigo 20 da Lei n. 8.213/1991, o que se torna bem mais complicado e pouco admitido pelos nossos Tribunais.

Garcia(2008, p. 100) traz, exemplificativamente, alguns ramos de atividades considerados como doenças profissionais por ocasião da depressão: transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, municipal; atividades de Correio Nacional; serviços de telefonia fixa comutada; bancos múltiplos, com carteira comercial; caixas econômicas; bancos múltiplos, sem carteira comercial; planos de saúde; limpeza em prédios e em domicílios; atividades de limpeza não especificadas; Administração Pública em Geral; Justiça; Segurança e ordem pública e atividades de atendimento hospitalar.

Porém, independente do nexa epidemiológico existir ou não, o fato é que a questão é alvo de limites, visto que independente da lista é possível que um obreiro seja alvo de assédio moral desencadeando um quadro depressivo motivado pelo ambiente de trabalho, muito embora prevaleça o descarte das doenças degenerativas bem com o das moléstias ligadas a grupos etários.

Por ambiente de trabalho, o mesmo é entendido como o local de realização da atividade laboral, abrangendo as condições de trabalho, a sua organização e as relações intersubjetivas presentes em seu âmbito, insere-se no meio ambiente como um todo (art 200, inciso VIII, da CRFB/1988), o qual, por sua vez, integra o rol de direitos humanos fundamentais, inclusive por ter como objetivo o respeito à “dignidade da pessoa humana”, valor supremo que revela o “caráter único e insubstituível de cada ser humano”, figurando, ainda, como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art 1º, inciso III, da CF/1988).

O meio ambiente, nos termos da Lei Nacional do Meio Ambiente, é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art 3º, I, da Lei 6.938/81). Desse modo, o meio ambiente pode ser natural, cultural, do trabalho, entre outras espécies.

Mais especificamente, o meio ambiente do trabalho engloba a incolumidade dos trabalhadores, tanto sob o aspecto físico quanto sob os aspectos social e mental. Engloba, inclusive, a prestação de serviços externos, ou seja, fora do estabelecimento do empregador.

Segundo a doutrina majoritária até mesmo o domicílio do trabalhador pode ser considerado como meio ambiente do trabalho. Cabe destacar que não pode haver diferenciação entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego (art. 6º da CLT e jurisprudência do TST).

Contudo, para a depressão, é preciso sempre salientar a discussão relacionada ao nexa de causalidade entre a doença mental e trabalho, em

virtude, especialmente, das diversas percepções quanto à origem da moléstia.

Alguns pesquisadores entendem que a doença decorre por questões orgânicas, outros acham que ela é gerada unicamente por razões psicogênicas e, finalmente, o entendimento que prevalece, isto é, a concepção de que a doença seja causada por vários fatores reunidos (origem multifatorial resultante de fatores biopsicossociais), ideia que favorece a ligação entre a enfermidade mental e trabalho. (TEIXEIRA, 2007, p. 38)

A concepção multifatorial, por sua vez, leva a outro raciocínio: as enfermidades precisam estar unicamente ligadas ao trabalho para serem consideradas doenças do trabalho, ou podem estar aliadas a outros fatores, os quais originam ou desencadeiam o quadro? Essa análise traz, então, a proposição da associação de causas no reconhecimento de doenças decorrentes da atividade laborativa.

Na prevalência do que é mais benéfico para o trabalhador, anda o Direito no sentido de não descartar o ambiente do trabalho como concausa a disparar o gatilho, tutelando o trabalhador dada a sua condição de parte hipossuficiente na relação laboral.

No entanto, deve buscar auxílio com prudência e com laudos médicos, uma vez que será realizada perícia médica e, tão somente, será conferido o direito à reparação se comprovado que seu vínculo com a empresa contribuiu para agravar o quadro de depressão.

Diante do exposto e, uma vez celebrada a antinomia entre a depressão ser reconhecida ou não como doença do trabalho, a jurisprudência não tem reconhecido onexo causal entre depressão e trabalho. Uma das dificuldades assinaladas é a natureza multifatorial da depressão, o que significa que, possivelmente, não tenha sido apenas um agente causador do quadro.

Assim, em tese, poder-se-ia pensar nisso como justificador da ausência de reconhecimento da moléstia como doença do trabalho, equiparando-a ao acidente do trabalho. Contudo, dentro do tema "nexo de

causalidade”, devemos ter em mente a questão da união de fatores que podem ter gerado o quadro, ou seja, a concausalidade.

Cavaliere Filho (2014, p.22) conceitua,

a concausa como “outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado”. Adverte, ainda, para o fato de que a concausa “não inicia nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o causal”⁴⁸. Desta forma, perfeita se torna a aplicação do inciso I, do art. 21, da Lei 8213/1991.

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

Segundo Monteiro e Bertagni (2008, p.12),

há outro preceito legal que traz circunstâncias descritas como acidente do trabalho. Trata-se do artigo 21, da Lei n. 8.213/1991, em que os acidentes se relacionam somente de forma indireta com a função laborativa. Sendo assim, o mencionado dispositivo acolhe o princípio da concausalidade, ou da equivalência das condições ou, também, da equivalência dos antecedentes.

Destarte o mister principiológico, ganha força a concausa enquanto parte da Lei dos Benefícios através do artigo 21, posto que a condição de rio menor não impede que desague contribuindo para a incapacidade muito embora o rio maior não tenha se originado exclusivamente no trabalho.

Sendo assim, nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou doença. Poderá haver, então, ajuntamento de elementos que concorram para um resultado, ou seja, as concausas. Essas concausas poderão ser antecedentes, posteriores ou concomitantes em relação ao acidente.

Grosso modo, no itinerário do Direito do Trabalho e Previdenciário colabora a concausa para provocar o debate em torno da repercussão das variáveis do assédio moral e sexual que lesiona material e moralmente trabalhadores para fins de garantir regimes de metas abusivas reclamando diferenciações práticas no reconhecimento da depressão, ainda que se verifique um fator antecedente, superveniente ou concomitante no desenvolvimento da patologia, tendo em vista que a depressão é plenamente reconhecida como doença pela Classificação Internacional de Doenças.

Uma vez manifestos os conflitos dificultando a comprovação do quadro clínico laboral dado a subjetividade da depressão, ganha coro os fundamentos da dignidade humana e da proteção do trabalhador, considerados como direito fundamental do obreiro, onde na dúvida sobre a existência da origem laboral do quadro depressivo, a solução deveria ser a favor do empregado, caso não se pudesse afastar o trabalho como uma das possíveis causas do quadro (ABREU, 2007, p. 79).

Por mais que exista dificuldade na verificação donexo causal, o que deve melhorar é o modo de avaliação para descobrir a origem da enfermidade e não simplesmente a negação de um direito, sustentando-se na tese de que a depressão não pode ser considerada doença ocupacional pela dificuldade de comprovação da ligação com o trabalho.

Inclusive, o termo utilizado é dificuldade e não impossibilidade. Ademais, a característica multifatorial da depressão não poderia ser justificada como impedimento para o reconhecimento da sua vinculação ao trabalho, porque sendo apenas uma concausa, o reconhecimento como acidente do trabalho está plenamente garantido na Lei 8.213/1991.

Observa-se, assim, forte contexto nebuloso entre as percepções teóricas e as decisões judiciais sobre o tema, onde o trabalhador não pode

ficar desamparado diante da possibilidade de não atingir metas, sofrendo abusos ficando a margem da justiça e sua verdade fática.

Cumpra deixar claro que a relação do assédio moral como fonte desencadeadora de depressão, além de surtir efeitos jurídicos para o empregado e o empregador, atingirá também o Estado e a sociedade, transpondo, portanto, a sua esfera meramente contratual.

Assim, conforme ensina Cavalieri Filho (2014, p. 28) a concausa é “outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado”. O autor acrescenta, ainda, que a concausa “não inicia nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal”.

Dessa forma, a configuração da concausalidade prescinde da existência e efetiva comprovação da contribuição da atividade laboral para o acidente do trabalho, seja por fato preexistente, superveniente ou concomitante, mas com a presença da prática da atividade nonexo causal, mesmo que indiretamente, verificando-se que o trabalho contribuiu para o acometimento do infortúnio, ou para seu agravamento.

Assim, se as condições de trabalho a que se submetia o trabalhador, embora não tenham sido a causa única, contribuíram diretamente para a redução ou perda da sua capacidade laborativa, deve-lhe ser assegurada a indenização pelos danos sofridos.

Em casos de moléstias concausais, o que deve ser de fato levado em consideração quando da análise da responsabilidade do empregador são as atividades desenvolvidas pelo empregado, os movimentos realizados, a força física empregada, enfim, o meio ambiente do trabalho e não se ater a listas trazidas pela legislação que elencam genericamente as patologias sem ter como prever cada caso de forma específica, cuja análise cabe aos operadores do direito (ABREU, 2007).

Apesar de as normas protetivas da saúde do trabalhador estarem dispersas no ordenamento jurídico brasileiro em diversos regramentos de diferentes hierarquias normativas, o bem-estar físico e mental do trabalhador

integra o direito fundamental à saúde, sendo, portanto, um direito essencial à vida humana, cabendo a todos os atores sociais efetivá-lo.

Desta feita, a Justiça do Trabalho deve evitar a rigidez clássica do positivismo jurídico, conforme ensina Bobbio (1995, p. 63): “Hoje, estamos acostumados a pensar no Direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código”. Todavia, conforme o jurista, “Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os mais jovens que iniciam seus estudos jurídicos devem se livrar”.

A proteção constitucional em caso de acidente do trabalho decorre do artigo 201, § 10 e do artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal. A proteção previdenciária não exige a empresa de adotar as medidas de proteção coletivas e individuais previstas na CLT e nas Normas Regulamentadoras, constituindo contravenção penal o seu descumprimento. Também é dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular dado os aspectos legais que circundam as concausas e o processo de adoecimento no meio do trabalho.

2 ASPECTOS LEGAIS SOBRE A CONCAUSA E O ADOECIMENTO NO MEIO DO TRABALHO

Advertida pela OMS como doença mais incapacitante já em 2020, vem com o art. 21, I, da [lei 8.213](#) a responsabilidade da empresa em decorrência da concausa (causa concorrente ligada direta ou indiretamente ao trabalho) para o resultado de determinada doença incapacitante ao trabalhador.

Não obstante, a Constituição Federal em seu art. 6º, recentemente alterado pela Emenda Constitucional nº 90 de 2015, já trazia disposição para referendar à Previdência Social como direito social. Por sua vez, estes se desempenham através da atuação do Estado, para dirimir a desigualdade social.

Dispõe o art. 1º da Lei 8.213 que a Previdência Social, sobre contribuição, procura assegurar a seus beneficiários proteção social,

viabilizando meios imprescindíveis à sobrevivência do ser humano, devido a sua incapacidade:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Segundo Martins (2016, p. 10), “previdência vem do latim *prévidere*, ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las, ou de *praevidentia*, prever, antever”.

Com a chegada da Emenda 45, e conseqüentemente com a preocupação quanto à proteção jurídica da saúde dos trabalhadores, passou-se a ser analisada a possibilidade de se caracterizar tecnicamente a depressão como “doença” do trabalho, procurando delimitar até que ponto esta enfermidade e o trabalho interferem um no outro.

Entretanto, a primeira legislação brasileira a tratar a respeito de acidente laboral surgiu no ano de 1919, pelo Decreto-Lei 3.724 de 15 de janeiro de 1919, que veio do projeto da comissão Especial da Legislação Social da Câmara dos deputados.

A lei tinha como fundamento jurídico a teoria do risco profissional, ela visava a definir o que é acidente de trabalho, essa lei não considerava acidente de trabalho a doença profissional incomum, as que fossem geradas pelo trabalho tendo em vista, que a lei exigia que a mesma fosse exclusivamente pelo exercício do trabalho, o que fazia com que a interpretação da lei tornasse um conceito muito restrito.

Com o Decreto-Lei número 7.036/1944 que ampliou o conceito de acidente de trabalho, dando uma interpretação maior, mesmo com os casos em que aparentemente não estão relacionados com o exercício do trabalho tem um sentido muito mais amplo. Para essa lei bastava ter um nexo de causalidade entre a doença existente e a atividade laboral.

Por fim, a lei que regulamenta a matéria até os dias de hoje de acordo com a Constituição Federal de 1988, é a Lei 8.213/91[28], na qual em seu artigo 20 inciso I, relaciona as doenças ocupacionais equiparadas a acidente de trabalho, considera como doença profissional aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante na relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, e que atualmente estão elencadas nos termos do Decreto 357/91, alterado pelo decreto 611/92.

A realidade do nosso país mostra a questão da atividade laboral em pessoas com 60 anos ou mais. Essa parcela populacional é a mais atingida pela depressão, podendo dificultar a continuação da atividade produtiva.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, (CLT), através da portaria de nº 3.214/78, encontramos diversas normas regulamentadoras (NR), concernentes a segurança e a proteção do trabalhador.

Ela nos traz diversos mecanismos de conservação do meio ambiente e prevenção de acidentes e doenças do trabalho, através de imposição e deveres aos empregadores, bem como aos órgãos da Administração Pública.

Sendo assim, o empregado quando inserido na cadeia produtiva da empresa, passa a executar suas tarefas em um meio ambiente próprio do trabalho, considerando este como um conjunto de condições de produção em que a união do capital com o trabalho resulta na obtenção de bens e serviços.

Sob a luz do art. 200, VIII, da Constituição Federal de 1988, o empregado passa a ter direito a um meio ambiente de trabalho, que lhe proporcione uma boa qualidade de vida, uma vez que passa boa parte de seu dia sob condições de trabalho.

Logo a busca incessante por resultados imediatos, e lucros altíssimos, faz com que muitos empregadores aforem a degradação do meio ambiente de trabalho, cuja preservação é de responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas, conforme o Art.225, §3º da Constituição Federal de 1988.

Resta claro, portanto, na visão de Martins (2011), que a relação entre mundo de trabalho e meio ambiente compõe o instrumental de concepção da Organização Internacional do Trabalho, principalmente quando se trata de tutelar a saúde do trabalhador e a sua segurança, são princípios do direito ambiental ao vínculo capital *versus* trabalho pela similitude dos bens jurídicos tutelados, que viabilizam os princípios do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável, da correção no risco na fonte, da intervenção estatal obrigatória, da prevenção e entre outros fatores.

A Organização internacional do trabalho (OIT) se posiciona na defesa de imprescindíveis quesitos que englobam o direito a segurança e a salubridade, ela tem por meta, a justiça social na medida em que visa alcançar o progresso das formas de trabalho desempenhadas mundialmente. A convenção n. 155 da OIT, que explica a relação entre saúde do trabalhador e meio ambiente de trabalho, ao especificar principalmente a questão da saúde e segurança dos trabalhadores, define local de trabalho como: “todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde tem como comparecer, e que estejam sob o controle, direto ou indireto do empregador”.

No artigo 155 da CLT, encontramos o papel desenvolvido pela medicina do trabalho, voltada a preservar a saúde do trabalhador avaliando antes e depois o estado e a saúde bem como a elaboração de métodos de prevenção considerando os riscos e os perigos ao quais os trabalhadores estão expostos nos seus mais variados setores de trabalho.

Ainda no capítulo V da CLT, que trata da Segurança e Medicina do Trabalho, cujo nos artigos 154 a 160, disciplinam em normas gerais a matéria, cujas especificações constituem atribuição do Ministério do Trabalho, que através de seus órgãos técnicos e mediante diversas portarias, instruções e ordens de serviço, elaboram o quadro das atividades insalubres e perigosas. Além da CLT, a Lei 7.369, de 20 de setembro de 1985, disciplina o trabalho perigoso em redes elétricas.

Logo se pode afirmar que a responsabilidade pelas condições perigosas do trabalho da qual é submetido o empregado, recai ao empregador, do qual deve ter o discernimento que o bem mais importante

que há na sua empresa é a saúde de seus empregados. Portanto, para que os empregados possam produzir, é necessário um ambiente propício para o desenvolvimento de seu trabalho, na qual possa ser resguardado seu conforto físico e mental.

Com frequência, a Justiça do Trabalho tem determinado o pagamento de indenizações, com o fundamento da existência da concausa.

O nexo concausal é uma questão ainda não aclarada na responsabilidade civil, pela absoluta falta de previsão legal do seu alcance e consequências jurídicas, diferentemente do nexo causal, onde há o vínculo direto de causa e efeito que liga a execução dos serviços e a doença do trabalhador, devidamente previsto nos art. 949 e 950 do Código Civil. No entanto esse motivo não tem impedido a responsabilização civil da empresa.

O entendimento dos Tribunais do Trabalho é no sentido de que é do empregador a obrigação de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, conforme art. 157, I, CLT (*Art. 157 – Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho*).

3 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

A fim de uma melhor compreensão do tema abordado se faz necessário a análise de casos concretos sobre a concessão do benefício auxílio-doença. Para tanto, examinar-se-á jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Foram encontradas 17 decisões judiciais no TJRS e 1.658 no TRF4, que tinham relação com pedidos de auxílio doença e depressão, no período de 2015 até outubro de 2017.

De acordo com Duarte (2011, p. 16), são dois os requisitos: incapacidade para o trabalho ou atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos e a carência. A primeira trata, em regra, de uma incapacidade temporária, que impede o segurado de exercer suas atividades laborativas. A segunda trata do período que se exige de contribuição à Previdência Social para fazer jus ao benefício.

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO-DOENÇA. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR. EXAME DA LEGISLAÇÃO. AMPUTAÇÃO DE FALANGE DE QUIRODÁCTILO. TRANSTORNOS PSIQUIÁTRICOS (DEPRESSÃO) DECORRENTE DA LESÃO. CONCAUSA. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. – AUXÍLIO-DOENÇA – Os benefícios acidentários estão inseridos no sistema constitucional de proteção ao trabalhador, constituindo-se em direito social fundamental. Compreensão do princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e do artigo 6º da Constituição Federal. Os requisitos legais do auxílio-doença estão previstos no artigo 59 da Lei nº 8.213/91. A presença da incapacidade para o trabalho por período superior a 15 (quinze) dias é requisito fundamental para a concessão do benefício, a ser constatada mediante a realização de prova pericial. A incapacidade laboral, comprovada por perícia médica, por período superior a 15 (quinze) dias autoriza a concessão ao trabalhador do auxílio-doença. Precedentes. Caso em que a perícia produzida nos autos demonstra que o autor se encontra temporariamente incapacitado para o trabalho, por estar acometido de quadro depressivo, decorrente da lesão sofrida no acidente de trabalho, que resultou a amputação de falange do 4º quirodáctilo da mão direita. Acidente que atuou como causa para o desencadeamento da depressão. – TERMO INICIAL – Demonstrada a persistência da incapacidade da parte autora após o cancelamento administrativo, o termo inicial do benefício deve observar tal marco temporal. – CORREÇÃO MONETÁRIA – A correção monetária incidente sobre as parcelas vencidas será pelo IGP-DI até 31.03.2006, e o INPC desde 01.04.2006 até a vigência da Lei nº 11.960/09, quando tanto a correção

monetária quanto os juros moratórios serão atualizados uma única vez e pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. – CUSTAS – ISENÇÃO – As Pessoas Jurídicas de Direito Público estão isentas do pagamento de custas processuais. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Civil. Apelação Civil nº 70051261683 – Comarca de Vacaria. Relator: Marilene Bonzanini, 14 de nov. 2012. Diário de Justiça, Porto Alegre, 27 de nov. 2012

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre, tem jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Neste Tribunal os magistrados julgam recursos de ações que abarcam empresas públicas autarquias e a União Federal, assim como causas envolvendo matéria previdenciária e execuções fiscais. Desse modo, segue análise de decisões do Tribunal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO

POR INCAPACIDADE. COMPLEMENTAÇÃO DA PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE.

1. Tendo o expert respondido de modo claro e coerente a todos os quesitos formulados, sendo conclusivo quanto ao atual estado de saúde da parte requerente, bem como quanto aos períodos em que constatou a existência de incapacidade laborativa, inexistente motivo a ensejar a complementação da prova pericial. 2. O julgador formará sua convicção não apenas com base na prova pericial, mas sim a partir da composição dos dados por ela fornecidos com os demais elementos constantes dos autos. 3. A mera irresignação da parte com as conclusões do perito não fundamenta, isoladamente, pedido de nova perícia médica ou sua complementação, quando a matéria se encontra suficientemente e escla- recida.

De acordo com o julgamento do Recurso Revista 1206-85.2011.5.04.0403 julgado em 15/05/2013, pela segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Relatora Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, manteve a decisão que condenou a empresa Penasul Alimentos Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais e materiais a uma trabalhadora diagnosticada com esquizofrenia.

O caso foi considerado doença ocupacional, e a empresa foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais). A patologia é conhecida como transtorno esquizoafetivo, e foi diagnosticada em 2004. Os sintomas incluem delírios, alucinações, humor expandido e depressão.

Estudos recentes mostram que o meio ambiente laboral pode ser fator originário ou desencadeante dessa e de várias outras enfermidades. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), estima-se que surgem a cada ano mais de 160 milhões de casos de doenças relacionadas ao trabalho. No topo das enfermidades estão os transtornos mentais.

Como não é possível a norma estabelecer regras de comportamento para todas as etapas da prestação de serviços, abrangendo cada passo, gesto, variável, atitude, forma de execução ou manuseio dos equipamentos, exige-se do empregador o dever de observar uma regra genérica de diligência, uma postura de cuidado permanente, a obrigação de adotar todas as precauções para não lesar o empregado.

Neste sentido, segundo Cavalieri Filho (2014), julgado em 15/05/2013, firmou entendimento a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região de Goiânia, conforme se depreende da leitura do acórdão proferido pelo Desembargador Geraldo Rodrigues do Nascimento, no Processo nº RO – 0001922-31.2011.5.18.0013 a operadora de *call center* que exercia suas atividades laborais, na empresa Atento Brasil S/A irá receber indenização por danos morais devido ao desenvolvimento de Síndrome de *Burnout*, também conhecida como a Síndrome do esgotamento profissional, ocasionada pelo forte ritmo estressante de trabalho.

A reclamada foi condenada ainda ao pagamento de horas extras, indenização por danos morais e reversão da dispensa por justa causa. A

empresa inconformada com a decisão alegou que a dispensa por justa causa ocorreu devido à trabalhadora ter xingado um cliente. Já quanto à indenização por danos morais, a empresa argumenta que não é devida, pois sempre orienta os teleoperadores a desligarem o telefone quando os clientes são grosseiros e mal-educados, e que por isso eles teriam no máximo, “o dissabor de ouvir algo desagradável”.

Segundo o relator do processo, desembargador Geraldo Rodrigues do Nascimento, as provas constantes dos autos evidenciam estarem presentes todos os elementos indispensáveis à responsabilidade civil da empresa. Conforme perícia médica ficou caracterizada a relação de causa estresse laboral e efeito Síndrome de *Burnout*.

O perito ainda destacou que “é de conhecimento técnico científico o evidente risco psíquico para a atividade de tele atendimento”. Citou ainda a Norma Regulamentadora nº 17 do Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelece a garantia de pausas no trabalho imediatamente após operação onde haja ocorrido ameaças, abuso verbal, agressões ou que tenha sido especialmente desgastante. Conforme relatado por depoimentos de testemunhas, a empresa não concedia esse intervalo previsto na NR-17 se as pausas legais já tivessem sido concedidas.

Ao que parece, o grande desafio para fins de caracterização é a relação de causalidade, sendo o nexos o elo de ligação, e a correlação, laço ou relação direta se causa e efeito entre o fato gerador de responsabilidade e o dano ocasionado à vítima, pois será responsável por ele que lhe tiver dado causa.

É também um dos elementos importantes na perquirição indenizatória, pois é através dele que poderemos chegar ao responsável pelo dano; entretanto, para responsabilizar, a agente necessariamente há de haver uma ligação de causa e efeito entre a conduta do ofensor e o resultado danoso. Assim, o comportamento doloso ou culposos deve ser oriundo do dano que o resultado final da causa e o efeito.

Silva (2011, p. 7), cita que num estudo referente ao nexos de causalidade “é preciso que esteja certo que, sem este fato o dano não teria

ocorrido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria”.

A doutrina propôs três teorias que buscam amenizar a questão. A primeira é da equivalência das condições, Cavalieri Filho (2014), ensina que condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito *conditio sine qua non*, por essa teoria, “causa será toda condição que haja contribuído para o resultado”, ou seja, todas as condições têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem, sem haver necessidade de provar a causa que mais contribuiu para o resultado final.

Essa teoria é insatisfatória, uma vez que poderia se chegar a uma cadeia infinita de nexos causais, e embora tenha surgido para beneficiar a vítima, foi abandonada por inadequação.

A segunda teoria, a da Causalidade adequada, foi desenvolvida pela doutrina francesa, dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Numa cadeia de condições, cumpre analisar qual foi à causa que mais contribuiu para causar a lesão.

As concausas podem ocorrer por fatos preexistentes, supervenientes ou concomitantes àqueles que desencadearam o implemento do nexo de causalidade. Em determinados casos o trabalho é o único fator que desencadeia a doença; em outros, o trabalho é tão somente um fator contributivo; pode ser ainda que o trabalho apenas agrave uma patologia preexistente ou determine a precocidade de uma doença latente.

Em que pese a importância doutrinária das teorias do nexo causal ou concausal, não há fórmula infalível que se aplique a todas as situações, mormente em tema tão singular e complexo, como é o caso das indenizações por acidente do trabalho e doenças ocupacionais.

Segundo Abreu (2007), são apenas técnicas auxiliares sedimentadas pela doutrina, que indicam possíveis roteiros de solução das controvérsias quanto ao nexo causal. A realidade, contudo, é muito mais rica e diversificada do que qualquer esquema classificatório e cada caso concreto tem

especificidades que somente a inteligência do julgador será capaz de perceber e encontrar o caminho mais justo para dirimir a controvérsia.

O jurista Cavalieri Filho (2014, p. 88) pontuou: "A doutrina atual tem preferido falar, em lugar de concorrência de culpas, em concorrência de causas ou de responsabilidade, porque a questão é mais concorrência de causa do que de culpa.

É ponto pacífico atualmente que a chamada culpa exclusiva da vítima impede a reparação dos danos pela inexistência donexo causal. Desse modo, pode-se afirmar também que há umnexo causal atenuado ou parcial quando a doença decorrer de fatores causais laborais e extralaborais.

Dentro deste panorama, restando comprovado efetivamente o abuso, no meio ambiente laboral, este ato deve ser considerado ilícito, com repercussões no âmbito civil e penal.

A Carta Maior do nosso ordenamento jurídico serve de fundamento para esta tese, pois no seu artigo 5º, inciso X constitui como "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Neste mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro, determina no art. 186 que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Portanto, atualmente, a responsabilidade objetiva do empregador possui fundamentação nas disposições do inciso III, do artigo 932, do Código Civil, em que o empregador é responsável civilmente pelos atos de seus empregados, prepostos e serviçais, em razão ou no exercício de seu trabalho.

A fim de confirmar este posicionamento, o Código Civil de 2002, no artigo 933, estabelece a responsabilidade civil, independente de culpa por atos dos terceiros. Fixada a atual responsabilidade do empregador, importa

tecer algumas considerações acerca do direito a saúde mental no ambiente de trabalho.

Deve-se ressaltar que os Direitos Fundamentais possuem plena aplicabilidade nas relações privadas, sendo igualmente dever das Empresas proporcionar o melhor ambiente de trabalho, sob pena de serem responsabilizadas civilmente, arcando com a devida reparação pecuniária

A depressão é um grave problema de saúde na atualidade, com repercussões na seara previdenciária, ou seja, mais do que um problema pessoal do trabalhador, ou uma responsabilidade corporativa, a depressão deve ser tratada como um problema social. Apesar do crescente interesse doutrinário acerca do assédio moral, ainda há muito espaço para o estudo da matéria, principalmente levando-se em consideração a quantidade de estudos realizados na área no direito estrangeiro.

Provar a existência de um transtorno mental, bem como sua relação com o trabalho, não é uma tarefa fácil, haja vista inexistir consenso estabelecido que reconheça a relação direta entre depressão e trabalho. Parte dessa dificuldade situa-se justamente na origem da doença, que pode ter sua gênese em fatores genéticos, psicossociais e/ou biológicos

Sendo assim, o estudo dessa relação deve considerar diversos fatores, como a personalidade do trabalhador, a capacidade de resiliência, as condições de trabalho e as formas como o sujeito enfrenta o estresse (AMBRÓSIO, 2013).

Contudo, o crescente número de transtornos físicos e mentais associados ao trabalho demonstra que ainda não foi possível alcançar a atenção ideal à integridade física e psíquica do trabalhador. Resta claro que o ambiente laboral é capaz de influenciar de forma decisiva na saúde do indivíduo, que, na maioria das vezes, passa a maior parte de suas vidas nesse local.

4CONCLUSÃO

Diante desse contexto, em que transtornos mentais relacionados ao trabalho possuem grande recorrência, torna-se relevante debater a efetiva

proteção do trabalhador que adoece e recorre ao Judiciário em busca de uma tutela indenizatória.

Nota-se que a saúde dos trabalhadores deve ser preservada, sendo necessário o devido respeito e cuidado por parte dos Empregadores. Observou-se que o processo saúde-doença é potencializado pelas condições de trabalho, sendo este um determinante social da saúde.

Aspectos como pressões excessivas, cobranças de metas, agressões morais, ameaças de terceirização, perseguições, demissões, exercício de atividades mecânicas e sem criatividade são causas comuns de problemas psíquicos.

Não obstante, ainda há obstáculos que dificultam o reconhecimento e o tratamento que o tema merece. O maior deles é o nexos causal traduzido pela dificuldade de se vincular a doença desenvolvida pelo trabalhador com o seu ambiente de trabalho.

Isso pode ser ilustrado pela depressão ocupacional que é considerada uma doença de origem multicausal que pode ter origem genética ou em virtude de qualquer outro determinante social, dificultando a afirmação por parte de especialistas da origem laboral do transtorno.

Ainda que exista essa subjetividade inerente ao tema, a relação saúde-trabalho é latente. A associação entre os ambientes de trabalho e o bem-estar psíquico do trabalhador é apontada pela literatura desde tempos remotos, o que se justifica pelo tempo que o trabalhador dispõe para o labor, além de essa atividade estar na esfera da obrigação que muitas vezes não é exercida com criatividade e liberdade, mas como fonte de estresse e pressões infindáveis.

A discussão na esfera judicial também enfrenta esse subjetivismo. A grande pergunta para a justiça é se há ou não relação de causalidade entre o trabalho e o transtorno mental. A possibilidade de outras causas que não o trabalho acaba sendo um argumento fácil para aqueles que não acreditam nessa relação ou que a analisam com olhos preconceituosos.

O assédio moral também foi observado como condição capaz de afetar a saúde psíquica do trabalhador que acaba ficando acuado diante das repetidas investidas de superiores em humilhar e constranger através de comentários sobre a produtividade do trabalhador, sua aparência e até sua orientação sexual.

É preciso dar um basta em certas condutas. O trabalhador não pode ser encarado como um brinquedo em exposição, o conceito de dignidade da pessoa humana deve ser preservado nos ambientes de trabalho, cabendo ao Estado combater os abusos de forma eficaz e não somente através da justiça.

No panorama da proteção conferida pela justiça, verificou-se que os tribunais têm concedido indenização por dano moral ou material aos trabalhadores, o que apenas resta prejudicado, na maioria das vezes, quando o nexos causal não é identificado pelo juiz, seguindo ou não a perícia judicial, observando também as outras provas do processo.

Observou-se que há grande relevância na prova pericial para o enfrentamento da questão do nexos causal, sendo muito comum que os julgadores sigam a opinião do perito quanto à associação entre o trabalho e a doença. Entretanto, devemos frisar o caso especial que abordamos em que o juiz ao contrário do perito reconheceu o nexos causal pelas demais provas nos autos, caso emblemático e de bom alvitre ressaltar.

Desse modo, pode-se inferir que o ordenamento jurídico disciplina a saúde do trabalhador através das leis e que cabe aos julgadores o papel de tutelar os direitos daqueles que buscam uma reparação na justiça, principalmente, diante de um quadro em que não se vislumbram Políticas Públicas específicas voltadas para saúde mental do trabalhador.

Não se deve admitir que, com a quantidade de dispositivos legais existentes no Brasil, ainda existam Empresas que insistam em não os cumprir, agindo com descaso e pondo em risco a saúde da força de trabalho responsável por seu lucro. Mais ainda, que trabalhadores deixem de denunciar essas mazelas, seja na justiça ou nos órgãos administrativos de proteção à saúde do trabalhador.

Claro que existem aqueles que precisam se omitir porque ainda possuem vínculo empregatício com a Empresa, o que é lastimável devido às mínimas opções de combate no atual sistema, apenas denúncias anônimas nos órgãos administrativos, sem se colocar em risco o emprego.

Do exposto, verifica-se que a forma como o ordenamento jurídico pode proteger os trabalhadores vítimas de danos nos ambientes do trabalho é através da aplicação da lei com a tutela judicial de reparação de danos, não havendo escassez de leis quanto ao tema de saúde do trabalhador na esfera da reparação.

Nesse cenário, conclui-se que, nos termos da Política Nacional as ações de Saúde do Trabalhador na rede de serviços devem ser assumidas pelo Sistema como um todo, tendo como porta de entrada a rede básica de saúde e como retaguarda técnica os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador e os níveis mais complexos desse Sistema.

Pretende-se, dessa forma, que as ações atinjam todos os trabalhadores do País, cumprindo o preceito constitucional e as determinações da Lei Orgânica da Saúde (LOS) n.º 8.080/1990. A preparação de um material de apoio para a atuação dos profissionais responsáveis pela atenção aos trabalhadores no sistema de saúde tem sido uma demanda de todos aqueles que se dedicam ao campo da Saúde do Trabalhador.

Nessa concepção, trabalhadores são todos os homens e mulheres que exercem atividades para sustento próprio e/ou de seus dependentes, qualquer que seja sua forma de inserção no mercado de trabalho, nos setores formais ou informais da economia.

Estão incluídos nesse grupo os indivíduos que trabalharam ou trabalham como empregados assalariados, trabalhadores domésticos, trabalhadores avulsos, trabalhadores agrícolas, autônomos, servidores públicos, trabalhadores cooperativados e empregadores – particularmente, os proprietários de micro e pequenas unidades de produção.

São também considerados trabalhadores aqueles que exercem atividades não remuneradas – habitualmente, em ajuda a membro da

unidade domiciliar que tem uma atividade econômica, os aprendizes e estagiários e aqueles temporária ou definitivamente afastados do mercado de trabalho por doença, aposentadoria ou desemprego.

Entre os determinantes da saúde do trabalhador estão compreendidos os condicionantes sociais, econômicos, tecnológicos e organizacionais responsáveis pelas condições de vida e os fatores de risco ocupacionais – físicos, químicos, biológicos, mecânicos e aqueles decorrentes da organização laboral – presentes nos processos de trabalho.

Assim, as ações de saúde do trabalhador têm como foco as mudanças nos processos de trabalho que contemplem as relações saúde-trabalho em toda a sua complexidade, por meio de uma atuação multiprofissional, interdisciplinar e intersetorial.

REFERÊNCIAS

ABREU, Fernanda. **Depressão como doença do trabalho e suas repercussões jurídicas**. São Paulo: LTr, 2007.

AMBROSIO, G. **O nexo causal entre depressão e trabalho**. Revista LTr Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 2, ano 77, p. 193-204, fev. 2013.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil**. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DUARTE, Marina Vasquez. **Direito Previdenciário**. 7ª ed. Porto Alegre: Jurídico V; 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Acidentes do Trabalho: Doenças Ocupacionais e Nexo Técnico Epidemiológico**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

LE PRESTRE, P. **Ecopolítica Internacional**. São Paulo: Senac, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais**: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 07.

RIBEIRO, W. C. **Geografia política e gestão internacional dos recursos naturais**. Estudos Avançados, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. **Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p. 27-44, jul/dez 2007.

BIOGEOGRAFIA DOS DIFERENTES AMBIENTES ECOLÓGICOS NA PAISAGEM CIDADINA: ASPECTOS A PARTIR DA OBSERVAÇÃO DA AVIFAUNA URBANA NO/DO PARQUE CEMITÉRIO DO BONFIM, BELO HORIZONTE - MG²

Adriano Gomes Peixoto³

Aline Santos Belmonte⁴

Flávio Moreira da Silva⁵

Vagner Luciano de Andrade⁶

RESUMO: Durante muito tempo, o cemitério foi entendido enquanto espaço religioso ao consolidar diferentes práticas e percepções da morte e do sepultamento ao longo da história humana. Um exemplo bem próximo é a localidade de Cemitério do Peixe, localizada às margens do Rio Paraúna, na região da Serra do Cipó, entre Conceição do Mato Dentro e Gouveia. Em épocas mais recentes, a necrópole passou a ser empreendida enquanto ambiente cultural das cidades através do imaginário social e lendas urbanas e rurais associadas aos locais de sepultamento. Uma delas é a famosa Loira do Bonfim, uma das principais lendas urbanas da cidade de Belo Horizonte. Na capital mineira, a memória coletiva e um pouco da história das mentalidades tem sido pesquisadas por discentes e docentes das áreas de Arquitetura, Artes, Design, Filosofia, Geografia, História e Sociologia dentre outros cursos. Neste contexto, os cenários de ambientes políticos pretéritos encontram-se imortalizados nos túmulos cívicos e, além disso, o cemitério perpetua a reprodução dos ambientes sociais da urbe nas práticas de ornamentação e na arte tumular. O assunto é tão atraente e instigante que

2Pesquisa realizada em 14/10/2018 no evento Passarinhada Parque Cemitério do Bonfim, Belo Horizonte (ONG ECOAVIS/Rede Ação Ambiental) e apresentada no Simpósio de Geografia da Faculdade Pedro II – FAPE2 em 20/10/2018.

3Engenheiro, Ambientalista e Diretor-Presidente da ONG ECOAVIS - Ecologia e Observação de Aves, Conselheiro Suplente do COMAM-BH, Conselheiro Titular no COMPUR-BH, Conselheiro Suplente do SCBH Águas da Moeda, Conselheiro Suplente do PARNA Serra do Gandarela.

4Bióloga pelo Centro Universitário UNA e Membro da Rede Ação Ambiental.

5 Licenciado em Geografia pela Faculdade Pedro II – FAPE2.

6Bacharel-Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNIBH), Licenciado em História (UNICESUMAR) e discente dos cursos de Ciências Biológicas (UNIFRAN) e Gestão Ambiental (UNICESUMAR). Membro da Rede Ação Ambiental.

perspectivas de percepção e apropriação dos espaços cemiteriais tem se ampliado por diferentes lugares no Brasil e no Mundo, e as projeções econômicas do Turismo cemiterial são otimizadoras. Neste contexto, entendendo as necrópoles, enquanto notáveis recortes educacionais são possíveis diferentes leituras, interpretações e contextualizações da vida e da morte. Uma dessas percepções versa sobre a questão socioambiental, estudando a vida no espaço da morte. Assim, o presente trabalho apresenta uma análise sobre os diferentes ambientes ecológicos na paisagem citadina. Elencou-se o cemitério do Bonfim, Belo Horizonte – MG como recorte espacial prioritário e os principais aspectos biológicos foram coletados e registrados a partir da observação de aves urbanas no respectivo espaço. O objetivo é entender os ambientes do Bonfim para além das representações de perpetuação das distinções sociais, registrando aspectos inerentes à Biologia da Conservação, Biogeografia, Ecologia da Paisagem e Zoologia de Vertebrados. Localizado numa região densamente povoada e urbanizada, a dinâmica da avifauna urbana reforça a importância do cemitério enquanto área verde relevante para a manutenção da qualidade de vida local. Pretende-se a partir do respectivo estudo entender um pouco mais da dinâmica biológica das aves e sua relação com a arborização cemiterial incentivando a preservação dos indivíduos arbóreos, bem como ampliação de novas árvores pelas muitas alamedas da necrópole.

PALAVRAS-CHAVE: Área Verde, Avifauna, Ecologia Urbana, Educação Ambiental, Espaço Cemiterial.

INTRODUÇÃO

A Ornitologia é uma área do conhecimento das Ciências Biológicas e se formata enquanto disciplina que apresenta e discute tópicos relevantes da ecologia, comportamento, manejo e conservação de espécies de aves dentro de uma abordagem evolutiva. A avifauna é um componente interdisciplinar de suma importância no entendimento da biodiversidade local em paisagens naturais, rurais e urbanas. A observação de aves, no Brasil e no mundo, atualmente transpôs os limites da academia e se formata enquanto possibilidade turística da contemporaneidade. A avifauna é ainda indicador biológico que permite múltiplas análises no que se refere às características

remanescentes naturais da paisagem, seja ela preservada ou antropizada. Os pesquisadores e amantes de aves observam elementos como adaptação; estação reprodutiva; forrageamento; sistemas de acasalamento (escolha de parceiro, cuidado parental, fertilização extraconjugal, tamanho efetivo da população); sistemas de apropriação (territorialidade e colonialidade); sucesso reprodutivo e tamanho da ninhada. No âmbito da formação de ecólogos e biólogos, o estudo das aves faz parte do componente curricular obrigatório denominado Zoologia de Vertebrados, com exceção do Centro Universitário Newton Paiva, em Belo Horizonte, onde o componente teórico/prático é separado da disciplina Zoologia de Vertebrados permitindo uma maior ênfase nas abordagens específicas da ornitologia. A Universidade Federal de Minas Gerais, através do Instituto de Ciências Biológicas oferta a disciplina denominada Comportamento e Ecologia de Aves com carga horária de 60 horas, vinculado ao Departamento de Zoologia e desenvolvida no âmbito da Pós-Graduação em Ecologia, Conservação e Manejo da Vida Silvestre (Mestrado/Doutorado). A disciplina contempla aulas teóricas com vivências práticas dadas nas visitas de campo e aborda técnicas de censo, marcação individual e monitoramento de populações e comunidades de aves. No entanto, a área da ornitologia, ainda carece de atividades mais acessíveis ao público geral, que promovam a percepção das aves nos ambientes urbanos e rurais. Algumas experiências de sucesso tem se destacado através da educação ambiental, em diferentes estados do país.

A classe das aves é um grupo de vertebrados constituído por cerca de 10.000 espécies de diferentes cantos, cores e formas, com valores culturais, econômicos, espirituais e étnicos para muitas nações e povos de todo o planeta. Algumas aves são sagradas para determinadas tradições religiosas pelo mundo afora. No Brasil, atualmente são 1.919 espécies de aves, sendo

consideradas lamentavelmente, 166 ameaçadas de extinção (SAVE BRASIL, 2018, on line).

A avifauna é um excelente indicador da qualidade socioambiental, detectando transformações na saúde e nas condições do ecossistema, sendo, portanto, efetiva para entender os desafios para a continuidade da vida no planeta. Apresentam multiplicidade de respostas adaptativas e evolutivas perante diversas condições ambientais, podendo ser monitoradas objetivando compreensão sobre suas características biológicas, seu estado de conservação e respectivamente, indicando o status dos serviços prestados: condição do ar, regulação do clima e propriedade da água. A SAVE Brasil (2018, on line) destaca que:

Além de serem bons indicadores, as aves têm papéis ecológicos muito importantes no meio ambiente, como a dispersão de sementes, a polinização, e o controle de pragas. Como exemplos dessas funções desempenhadas por elas, podemos apontar espécies como os jacus, sanhaços e arapongas, que se alimentam de frutos engolindo as sementes sem quebrá-las, de forma que as eliminam junto com as fezes em lugares mais distantes, onde germinam dando origem à novas plantas. Espécies como os beija-flores realizam uma função semelhante, já que ao se alimentarem do néctar das flores, carregam o pólen em seus bicos e dessa forma realizam a polinização. Há também aves que exercem um papel importante no controle de animais considerados pragas, como por exemplo, as andorinhas, que são aves insetívoras, e as corujas, que se alimentam de roedores. Outra função muito importante desempenhada por aves é realizada pelos urubus, que se alimentam de carcaças de animais, não permitindo que essas se acumulem no ambiente. Além disso, assim como os outros animais, as aves também contribuem para o equilíbrio do meio

ambiente sendo presas para predadores, e suas fezes e carcaças agem como adubos naturais para as florestas.

De forma geral, mudanças ambientais na ecologia, conservação e distribuição das espécies de aves levam a soluções de outros problemas não identificáveis subsidiando suporte aos indicadores e informações de gestão de sustentabilidade, impacto ambiental e desempenho em biodiversidade (SAVE BRASIL, 2018, on line). Devido a sua variedade de cores, formas e sons, a avifauna cumpre uma enorme função como espécies-bandeira, chamando a atenção das pessoas para a conservação da natureza e para as questões ambientais como um todo, viabilizando programas de disseminação em educação ambiental. Em Belo Horizonte, a organização não governamental ECOAVIS – Ecologia e Observação de Aves desenvolve um papel fundamental em ações educativas voltadas à preservação de áreas naturais e/ou ameaçadas divulgando informações sobre a biodiversidade e reforçando ações voltadas à conservação.

CEMITÉRIOS NA PAISAGEM URBANA: definindo um recorte espacial

Há várias percepções sobre o cemitério nas paisagens urbanas e rurais, entendendo-o enquanto espaço de múltiplas apropriações e interpretações: ambientais, artísticas, culturais, educativas, políticas, religiosas, sociais e turísticas. Os espaços cemiteriais de Belo Horizonte são componentes da paisagem citadina e tem funções múltiplas, em especial, o cemitério mais antigo datado de 1897. Antes da transferência da capital de Ouro Preto para as paisagens do arraial do Curral del Rey, os sepultamentos aconteciam na matriz colonial de Nossa Senhora da Boa Viagem. Quando da construção da Cidade de Minas, empreendida por Aarão Leal de Carvalho Reis (1853-1936), a matriz seria transferida para a Praça do Cruzeiro e provisoriamente o

cemitério (Figura 01) ficou dentro do perímetro da Avenida do Contorno, sendo transferido posteriormente para onde se localiza atualmente, no Alto dos Menezes, sendo hoje considerado “parque”.

Figura 01 – Mapa dos equipamentos públicos planejados para a Cidade de Minas



Fonte:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/02/17/interna_gerais,734868/elaborada-por-aarao-reis-planta-da-construcao-de-bh-nao-foi-cumprida.shtml

A cidade, por sua vez, ocupante da sexta posição em população do país (Quadro I) tem um conjunto significativo de unidades de conservação, administradas pela Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica. Esta autarquia resultante da fusão, em 2017 da Fundação Municipal de Parques com a Fundação Zoobotânica administra os quatro cemitérios públicos da capital, sendo dois em formato de necrópoles, Bonfim e Saudade, e dois na

modalidade de parques, Consolação e Paz (Figura 02). A urbe tem ainda dois grandes cemitérios-parques privados, o Bosque da Esperança e o Colina e uma necrópole israelita, no Bairro Jaraguá. Se dividir a cota populacional atual para os atuais sete cemitérios daria uma média de 357.368 habitantes por unidade, sendo um número pequeno para uma metrópole grande. A cidade precisaria de mais um cemitério, mas não há espaço no tecido urbano, visto que 95% da área territorial total já se encontram edificadas e urbanizadas. Os grandes vazios urbanos coincidem com importantes áreas de unidades de conservação, sendo impensável e impraticável, apesar de necessário. Na década de 1960 foi criado o Cemitério Municipal do Barreiro⁷, depois denominado oficialmente de Cemitério São João Batista⁸, porém não foi implantado. Por outro lado, o cadastramento das últimas áreas verdes urbanas de Belo Horizonte para a futura implantação de parques ecológicos deve atender as aplicações técnicas da Deliberação Normativa nº 12 do Conselho Municipal do Meio Ambiente – COMAM, promulgada em 11 de novembro de 1992. Sobre os espaços urbanos declarados protegidos em função de suas funções e propriedades ecológicas, o Programa BH Verde (2002, p. 05) averigua que:

Consideram-se como de interesse ambiental do Município, todas e quaisquer áreas sobre as quais recaia qualquer tipo de interesse pela proteção e preservação de suas características ambientais. Genericamente, subdividem-se em dois grandes grupos: as áreas definidas através de prévios zoneamentos ambientais, geralmente estabelecidos através de legislações específicas, e as áreas

7 Lei nº 832, de 8 de julho de 1960 revogada pela lei nº 6.725, de 29/08/1994 (Inciso XXIV do Art. 66) Lei nº 6.725/1994 declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (ADI nº 1.0000.00.041895-4) cria o Cemitério Municipal do Barreiro e dá outras providências.

8 Lei nº 867, de 25 de março de 1961 - revogada pela lei nº 6.725, de 29/08/1994 (Inciso XXIV do Art. 66) Lei nº 6.725/1994 declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (ADI nº 1.0000.00.041895-4). Dá denominação ao Cemitério do Barreiro, criado pela lei municipal nº 832/1960.

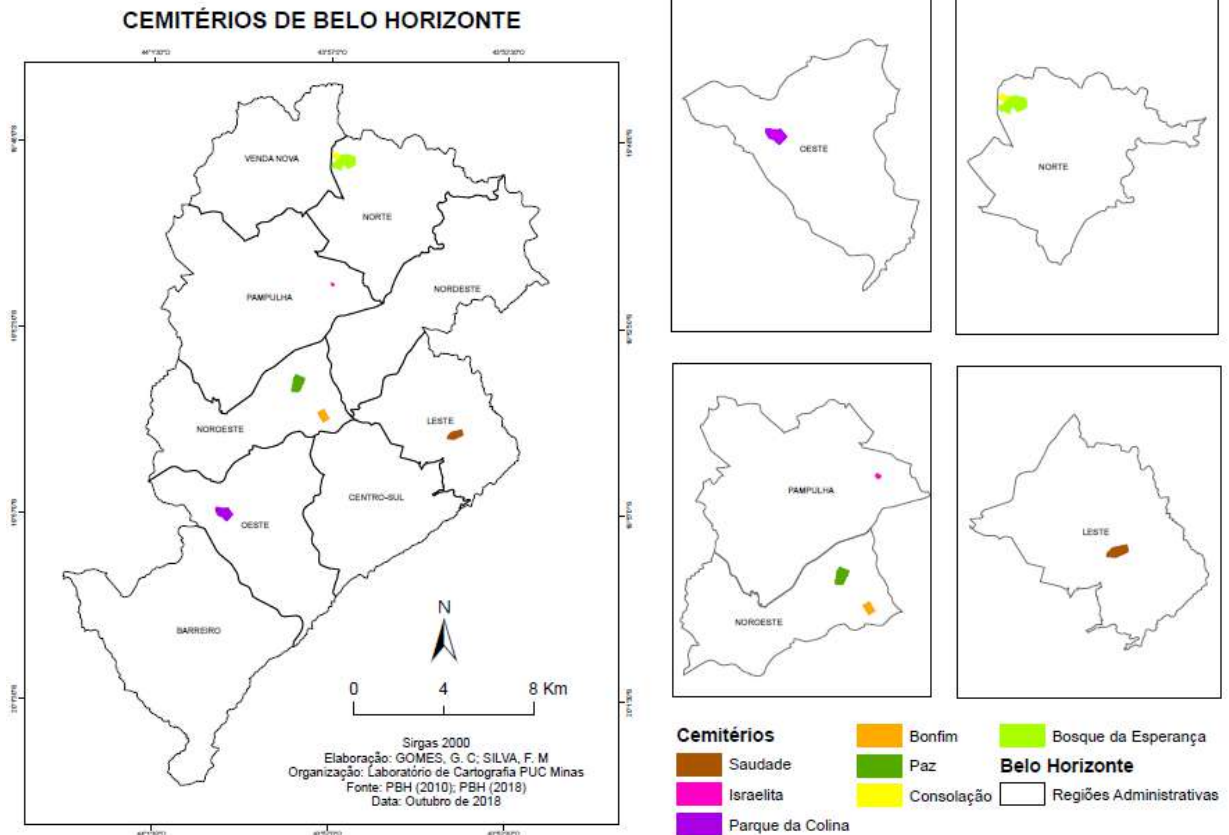
simplesmente conhecidas como “áreas verdes”, sejam públicas ou privadas.

Fazendo parte do primeiro grupo, citam-se as zonas de interesse ambiental definidas pela legislação urbanística municipal, ou seja, as Zonas de Preservação Ambiental (ZPAMs) e as Zonas de Proteção (ZPs), que buscam entre outras finalidades, através da definição de parâmetros específicos para sua ocupação e uso, garantir a preservação e proteção do patrimônio ambiental do Município presentes em macrorregiões, e as Áreas de Diretrizes Especiais (ADEs) de Interesse Ambiental, que objetivam a preservação de características naturais de maior relevância, quando mais pontualmente localizadas. Nesse grupo ressaltam-se, ainda, a área referente a Serra do Curral, marco geográfico do Município, com grande valor paisagístico, ambiental e simbólico para a população, cujo perímetro e diretrizes de proteção, definidos inicialmente em 1996, encontram-se hoje sendo revisados, as duas Áreas de Proteção Ambiental (APAs) definidas por legislações estaduais – as APAS SUL – RMBH e Fazenda Capitão Eduardo⁹ - e a Área de Proteção Especial (APE) Cercadinho¹⁰. Esta última, assim como a APA Sul-RMBH, tem como objetivo principal a proteção a mananciais de abastecimento de água de Belo Horizonte. E existe, ainda, a área de proteção da bacia da Barragem Santa Lúcia, instituída pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente (COMAM), voltada para a preservação e proteção das características ambientais e paisagísticas da região.

Figura 02 - Localização dos sete cemitérios na cidade de Belo Horizonte

9 Norma: lei 21965, de 11/01/2016 ementa: revoga a lei nº 13.958, de 26 de julho de 2001, que cria a Área de Proteção ambiental – APA – Fazenda Capitão Eduardo e dá outras providências.

10 Norma: lei 15979, de 13/01/2006 ementa: cria a Estação Ecológica do Cercadinho e dá outras providências.



Elaboração: Flávio Moreira da Silva (2018)

Quadro I – capitais brasileiras em ordem populacional com detalhamentos sobre cemitérios-parques e necrópoles

Capital Estado	População (2018)	Área (km ²)	Total de cemitérios e nomes oficiais e/ou populares	
São Paulo - SP	12.176.866 habitantes	1 522,986	22	Araçá, Campo Grande, Chora Menino, Consolação, Dom Bosco, Flor de Vila Formosa, Freguesia do Ó, Itaquera, João XXIII, Lajeado, Lapa, Nova Cachoeirinha, Parelheiros, Penha, Quarta Parada, Santo Amaro, São Luiz, São Paulo, São Pedro, Saudade, Tremembé, Vila Alpina e Vila Mariana
Rio de Janeiro - RJ	6.688.927 habitantes	1 182,296	13	Campo Grande, Guaratiba, Ilha do Governador, Inhaúma, Irajá, Murundu, Paquetá, Pechincha, Piabas, Ricardo

				de Albuquerque, Santa Cruz, São Francisco Xavier e São João Batista
Brasília – DF	2.974.703 habitantes	5 801,937	06	Asa Sul, Brazlândia, Gama, Planaltina, Sobradinho e Taguatinga
Salvador – BA	2.857.329 habitantes	692,819	10	Bom Jesus dos Passos, Brotas, Ilha de Maré, Itapoan, Paramana, Paripe, Periperi, Pirajá, Plataforma e Ponta de Nossa Senhora
Fortaleza – CE	2.643.247 habitantes	313,140	06	Antônio Bezerra, Bom Jardim, Messejana, Mucuripe, Parangaba e São João Batista
Belo Horizonte – MG	2.501.576 habitantes	313,554	04	Bonfim, Consolação, Paz e Saudade
Manaus – AM	2.145.444 habitantes	11 401,058	10	Nossa Senhora Aparecida, Nossa Senhora da Conceição, Nossa Senhora da Piedade, Nossa Senhora do Carmo, Santa Helena, Santa Joana, Santo Alberto, São Francisco, São João Batista e São José
Curitiba – PR	1.917.185 habitantes	434,967	04	Água Verde, Boqueirão, Santa Cândida e São Francisco de Paula
Recife – PE	1.637.834 habitantes	217,494	05	Casa Amarela, Parque das Flores, Santo Amaro, Tejió e Várzea
Goiânia – GO	1.495.705 habitantes	739,492	04	Cemitério Parque, Jardim da Saudade, Santana e Vale da Paz
Belém – PA	1.485.732 habitantes	1 064,918	05	Icoaraci, Mosqueiro, Santa Izabel, São Jorge e Tapanã
Porto Alegre – RS	1.479.101 habitantes	496,827	03	Belém Velho, São João e Tristeza

São Luiz – MA	1.094.667 habitantes	827,141	09	Anjo da Guarda, Gavião, Maiobão, Santa Bárbara, São Cristóvão, Tibiri, Turu, Vila Embratel, e Vila Maranhão
Maceió – AL	1.012.382 habitantes	510,655	08	Divina Pastora, Mãe do Povo, Nossa Senhora da Piedade, Nossa Senhora do Ó, Santa Luzia, Santo Antônio, São José e São Luiz

Elaborado por Flávio Moreira da Silva (2018)

Neste contexto, há uma pergunta aparentemente sem resposta, os cemitérios são parques? Quais as diferenças técnicas entre cemitérios-parque e parques cemitérios? Na capital mineira, os cemitérios são considerados indiretamente parques municipais, apenas do ponto de vista operacional e administrativo. O Conselho Municipal do Meio Ambiente – COMAM, cujas atribuições legais foram conferidas pelo artigo 14, da Lei Municipal nº 4.25311, de 04 de dezembro de 1985 e pelo artigo 60 e seguintes do Decreto Municipal nº 5.89312, de 16 de março de 1988, ao considerar a necessidade de normatizar a implantação de unidades de conservação¹³ no Município de Belo Horizonte, estabeleceu as normas técnicas para implantação dos parques municipais urbanos. Do ponto de vista ecológico, os cemitérios-

11 Decreto - 4253/1982 Ementa: Abre Crédito Suplementar no valor de Cr\$ 8.758.000,00 a dotações da Câmara Municipal e de Encargos Gerais do Tesouro Municipal.

12 Decreto - 5893/1988 Ementa: Regulamenta a Lei nº 4.253, de 04 de dezembro de 1985, que dispõe sobre a política de proteção, controle e conservação do meio ambiente e melhoria da qualidade de vida no Município de Belo Horizonte.

13 Espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. Fonte: <http://www.ambienteduran.eng.br/conceitos-e-classificacao-de-ucs>

parques são mais adequados do que as necrópoles por uma série de fatores. Nesta discussão, entre os Parques Cemitérios da cidade, elencou-se o Bonfim (Figura 03), situado no Alto dos Menezes, entre os bairros Bom Jesus, Bonfim e Carlos Prates na Regional Noroeste para estudos, sobre desenvolvimento de espécies biológicas, delineando observações sobre a ecologia das mesmas, a partir da observação de aves. A Regional Noroeste, por sua vez, é a regional mais adensada e dispõe de poucas áreas verdes e parques urbanos. Nela encontra-se o maior cemitério da Capital mineira, o Parque Cemitério da Paz, localizado entre os bairros Aparecida, Caiçaras, Santo André e Sumaré.

Figura 03 – Árvore suprimida em meio aos túmulos do Bonfim e a floração dos jambeiros



Fotografia de Vagner Luciano de Andrade – Rede Ação Ambiental
(esquerda - 2018)

Fotografia de Adriano Peixoto – ONG ECOAVIS (direita - 2018)

A Secretaria Municipal de Meio Ambiente através da Deliberação Normativa do COMAM nº 12 de 11 de novembro de 1992 define que a implantação de

parques municipais deverá observar as normas técnicas e ambientais pertinentes ao uso, apropriação e conservação. A implantação de parques urbanos no município compreende dez etapas subsequentes de trabalhos interdisciplinares: I - pesquisa e análise da área; II - consulta à população envolvida; III - elaboração do programa; IV - elaboração do estudo preliminar; V - elaboração do projeto arquitetônico e paisagístico definitivo; VI - elaboração dos projetos complementares; VII - elaboração dos projetos especiais; VIII - elaboração dos cronogramas para execução da implantação; IX - execução e fiscalização da implantação; X - acompanhamento das obras. Os trabalhos de pesquisa e análise da área consideram três fatores (Quadro II) que viabilizam a implantação do parque.

Quadro II – fatores determinantes para implantação de parques urbanos

I - Condicionantes biofísicos:	II - Condicionantes socioeconômicos:	III - Condicionantes culturais:
a) drenagem; b) solo e subsolo; c) relevo; d) clima e microclima; e) vegetação; f) hidrologia; g) fauna; h) cenário referencial; i) intervenções humanas.	a) características da população; b) demografia; c) uso do solo; d) meios de acesso; e) atividades de recreio e turismo da região; f) atual utilização da área.	a) histórico da área e da região; b) registros existentes; c) valores culturais; d) desejo da população envolvida.

Adaptado de COMAM (1992)

As tarefas de elaboração do programa consideram também três aspectos primordiais:

- I - Programas e atividades de uso público: a) infantis; b) 3º idade; c) esportivas; d) contemplativas; e) turísticas; f) culturais; g) educacionais; h) educação ambiental;
- II - Programas operacionais: a) proteção; b) manutenção; c) administração.
- III - Programas de meio ambiente: a) inventário dos recursos naturais; b) inventário dos recursos culturais; c) características dos visitantes; d) previsão do impacto ambiental em razão do uso; e) áreas de preservação representativa dos diversos ecossistemas; f) áreas passíveis de receber vegetação ou passíveis de serem recuperadas para funcionarem como áreas de preservação.

Estudos preliminares compreendem o pré-dimensionamento espacial, o zoneamento e a setorização, bem como a adequação entre os três. A definição dos acessos principais e secundários, a localização das edificações e mobiliários e a readequação do sistema viário do entorno são etapas fundamentais para a incorporação do parque urbano à dinâmica da comunidade local e da cidade como um todo. Os trabalhos de preparação do projeto arquitetônico e paisagístico definitivo abrangem a implantação geral, o detalhamento técnico construtivo, a especificação de materiais a serem empregados, a vegetação a ser utilizada e/ou mantida, a iluminação e a irrigação, e o memorial descritivo e justificativas do projeto. Projetos complementares e especiais são indispensáveis como os cálculos estruturais, as instalações elétricas e hidráulicas, a programação visual, o projeto acústico, o projeto luminotécnico, o projeto térmico, a terraplanagem e drenagem.

A elaboração dos projetos arquitetônico, paisagístico e urbanístico dependerá de cronogramas para execução das obras, que terão como finalidade uma implantação sequencial do parque urbano, se desmembrando em dois tipos, o cronograma físico e o cronograma financeiro. Caberá à Administração Regional, oferecer meios para que a participação das comunidades nos processos decisórios se efetive, podendo ser convocadas audiências públicas quando, se fizerem necessárias, dado o porte ou natureza do empreendimento. Os trabalhos de execução e fiscalização dos diversos projetos e das obras é atualmente intermediados pelas seguintes instituições:

- Administração Regional;
- Associação da comunidade diretamente afetada;
- Associações ambientais regularmente constituídas;
- COMAM – Conselho Municipal do Meio Ambiente;
- Comissão Consultiva do Parque;
- Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica;
- SMMA – Secretaria Municipal do Meio Ambiente;
- SUDECAP – Superintendência de Desenvolvimento da Capital.

O Programa BH Verde, datado do ano de 2003 mapeou os parques municipais e áreas verdes da cidade pelas nove regiões administrativas ou áreas regionais: Regional Centro-Sul (incluso a Área Central), Regional Oeste, Regional Barreiro, Regional Noroeste, Regional Pampulha, Regional Venda Nova, Regional Norte, Regional Nordeste e Regional Leste. Embora as necrópoles tenham projetos arquitetônicos, paisagísticos e urbanísticos, como o exigido para os parques urbanos, nota-se que as diferenças são imensas, não somente no uso e apropriação, como no arranjo espacial e na percepção sobre o ambiente, bem como a simbologia dada aos mesmos.

Parques são espaços de recreação, entretenimento, lazer, contemplação e conexão com a natureza. Os cemitérios são espaços da dor, do lamento, da saudade, da perda irreparável. Mas a biodiversidade, mesmo que pequena em decorrência do grau de antropização se faz presente em ambos os recortes espaciais. Embora nos parques urbanos, a diversidade biológica, talvez se amplie mais, dada à reabilitação natural da área, a preservação dos remanescentes naturais, nas necrópoles, espaços tradicionais da morte e do luto, existem vidas a serem conhecidas e investigadas. O destaque fica com invertebrados, aves e répteis. Há também algumas ocorrências de mamíferos, que precisam ser conhecidos e inventariados no âmbito da Ecologia Urbana e da Educação Ambiental. Empreendem-se assim significativos avanços nas áreas de Biologia da Conservação, Biogeografia, Ecologia da Paisagem e Zoologia de Vertebrados. Lopes, Peixoto e Nogueira (2012, p. 42) alegam que “a Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), Minas Gerais, apesar de concentrar grandes universidades e instituições de pesquisa, ainda carece de dados básicos sobre sua avifauna”.

ECOLOGIA, TURISMO E OBSERVAÇÃO DE AVES

O Parque Cemiterial do Bonfim já é parte integrante da visita turística¹⁴ da cidade e suas apropriações veiculam-se à questão histórica e cultural, formatando um espaço educativo relevante para visitantes de todas as faixas etárias. A observação de aves, porém é uma nova possibilidade de uso e apropriação para o cemitério. O ecoturismo em áreas protegidas compreende várias possibilidades de visita e apropriação de diferentes

¹⁴ Lei - 10655/2013 Ementa: Inclui o Cemitério do Bonfim nos roteiros turísticos e culturais do Município.

atrativos naturais, históricos e culturais. Nesta conjuntura, destaca-se o turismo de aventura, os métodos de observação de aves (birdwatching), o turismo de observação de baleias. Todas estas atividades compreendem programas de técnicas de condução de grupos, bem como planejamentos inerentes à capacidade de carga em espaços naturais e em trilhas ecológicas. O turismo de observação de aves pode auxiliar nos conhecimentos relacionados à biologia e conservação das espécies, inclusive didatizando a complexa classificação biológica (Figura 04). Para Figueiredo e Campos (2011, p. 175):

A observação de aves é mais antiga e mais difundida, sendo muito desenvolvida principalmente nos EUA, Inglaterra, Alemanha, Espanha e Japão, calculando-se que existam cerca de 80 milhões de "*birdwatchers*" pelo mundo. A grande contribuição destes turistas é sua participação na catalogação de espécies novas ou a ocorrência de espécies em vias de extinção. Muitos praticantes mantêm contatos entre si e, se não são especialistas na área, desenvolvem esta atividade por profundo amor e zelo, colaborando com a preservação das espécies e auxiliando a compreender os aspectos relacionados com a etologia (comportamento das espécies). O público está normalmente relacionado ao alto poder econômico, pois, apesar de ser uma atividade que não apresenta necessidade de aparelhagem cara ou sofisticada, pudemos observar que os praticantes pertencem na sua grande maioria aos países desenvolvidos e, conseqüentemente, com poder aquisitivo para viagens internacionais.

Figura 04 – Estratégia pedagógica para fixação dos elementos de classificação biológica de espécies



Fonte: Fotografia da direita ONG ECOAVIS (2018) e esquema da esquerda <http://expedicaovida.com.br/truque-para-decorar-a-classificacao-biologica/>

A Prefeitura de Belo Horizonte exige solicitação oficial para realização de visitas técnicas, trabalhos artísticos e pesquisas acadêmicas nas quatro necrópoles públicas, bem como nos parques urbanos municipais. A Rede Ação Ambiental foi criada no âmbito da GEEDA/SMMA/PBH em 10/03/2005 e reúne um grupo de agentes ambientais em ação envolvidos em diferentes atividades sociais, culturais, ambientais e educacionais. Uma das ações é o PROSA Bonfim¹⁵. Neste contexto, em parceria com a ONG Ecoavis¹⁶ promoveu em 14 de outubro de 2018, num domingo, uma atividade de observação de pássaros no Cemitério do Bonfim (Figura 05) com o intuito de inventariar as espécies da avifauna local, entendendo, a importância desta necrópole na região Noroeste.

Figura 05 - Evento "Passarinhada Parque Cemitério do Bonfim, Belo Horizonte" realizada em 14/10/2018

¹⁵ Projeto Socioambiental Cemitério Bonfim (Rede Ação Ambiental/Agentes Ambientais em Ação)

¹⁶ Inventário de Aves do Parque Cemitério do Bonfim coordenado por Adriano Peixoto, Almir Brito, Graça Brito e Anderson Conde (ONG ECOAVIS, 14 de outubro de 2018, entre 08:00-11:00 horas)



Arte: Adriano Gomes Peixoto - ONG ECOAVIS

Alguns indivíduos arbóreos (Figura 06) são essenciais à alimentação desses animais ampliando as perspectivas e a importância do mesmo. Na sequência, as expectativas pautaram-se em socializar os resultados da ação (Quadro III) junto à comunidade científica no âmbito do Simpósio de Geografia da Faculdade Pedro II, ocorrido em 20 de outubro de 2018 e também no Intercâmbio Socioambiental previsto para o dia 06 de dezembro de 2018, em Ribeirão do Eixo, no município de Itabirito.

Figura 06 – Aves pousadas em árvores e túmulos do Bonfim



Fotografias de Almir Brito – ONG ECOAVIS (2018)

Quadro III – tabela de classificação biológica das espécies da avifauna urbana avistadas no Bonfim

Ordem	Família	Espécie	Nome
Apodiformes	Trochilidae	<i>Colibri sp</i>	colibri
Apodiformes	Apodidae	<i>Chaetura meridionalis</i>	andorinhão-do-temporal
Apodiformes	Trochilidae	<i>Amazilia lactea</i>	beija-flor-de-peito-azul
Apodiformes	Trochilidae	<i>Eupetomena macroura</i>	colibri-tesoura
Cathartiformes	Cathartidae	<i>Coragyps atratus</i>	urubu-de-cabeça-preta
Columbiformes	Columbidae	<i>Columba livia</i>	pomba comum
Columbiformes	Columbidae	<i>Patagioenas picazuro</i>	pombão
Columbiformes	Columbidae	<i>Columbina talpacoti</i>	rolinha-caldo-de-feijão
Cuculiformes	Cuculidae	<i>Piaya cayana</i>	alma-de-gato
Cuculiformes	Cuculidae	<i>Guira guira</i>	anu-branco
Falconiformes	Falconidae	<i>Falco femoralis</i>	falcão-de-coleira
Passeriformes	Troglodytidae	<i>Troglodytes musculus</i>	garrincha, corruíra
Passeriformes	Icteridae	<i>Molothrus bonariensis</i>	godelo, chupim

Passeriformes	Hirundinidae	<i>Pygochelidon cyanoleuca</i>	andorinha-caseira
Passeriformes	Tyrannidae	<i>Pitangus sulphuratus</i>	bem-te-vi verdadeiro
Passeriformes	Tyrannidae	<i>Megarynchus pitangua</i>	bem-te-vi-do-bico-chato, neinei
Passeriformes	Tyrannidae	<i>Myiozetetes similis</i>	bem-te-vi-do-topete-vermelho
Passeriformes	Furnariidae	<i>Furnarius rufus</i>	joão-de-barro
Passeriformes	Passeridae	<i>Passer domesticus</i>	pardal
Passeriformes	Tyrannidae	<i>Camptostoma obsoletum</i>	risadinha
Passeriformes	Turdidae	<i>Turdus leucomelas</i>	sabiá-barranco
Passeriformes	Turdidae	<i>Turdus amaurochalinus</i>	sabiá-poca
Passeriformes	Thraupidae	<i>Tangara sayaca</i>	sanhaço-cinza
Passeriformes	Thraupidae	<i>Tangara palmarum</i>	sanhaço-coqueiro
Passeriformes	Tyrannidae	<i>Tyrannus melancholicus</i>	suiriri
Piciformes	Ramphastidae	<i>Ramphastos toco</i>	tucano
Psittaciformes	Psittacidae	<i>Brotogeris chiriri</i>	periquito-do-encontro-amarelo

Strigiformes	Strigidae	<i>Glaucidium brasilianum</i>	caburé
--------------	-----------	-----------------------------------	--------

Elaboração: Adriano Gomes Peixoto/ONG ECOAVIS com colaboração de Almir Brito, Graça Brito, Paulo Carvalho e Anderson Conde

O trabalho pretendia construir um inventário contabilizando as respectivas espécies à administração do cemitério, bem como promover um momento de interação e intercâmbio em educação socioambiental (Figura 07). A realização de atividades educativas, culturais e científicas no cemitério do Bonfim tem várias regras visando à conservação deste relevante espaço cultural cidadão. Assim são protocolos indispensáveis: não subir nos túmulos, não identificar nomes dos sepultados nos jazigos nas filmagens/fotografias, e se coincidir com algum sepultamento, não filmar/fotografar ou perturbar o cortejo fúnebre. O uso de buzinas, alto-falantes e outros aparelhos de amplificação de som, bem como o consumo de bebida alcoólica são expressamente vetados. Por fim, não se deve remover ou alterar os utensílios/objetos de adorno colocados juntos aos túmulos, por respeito ao patrimônio cultural da coletividade e também zelo aos proprietários legais dos jazigos. A coleta de flores, frutos ou sementes também não é indicada, salvo autorizações legais da gerência do mesmo para fins justificáveis.

Figura 07 - As aves e as evidências de múltiplos aspectos ecológicos.



Almir Brito



Almir Brito



Almir Brito



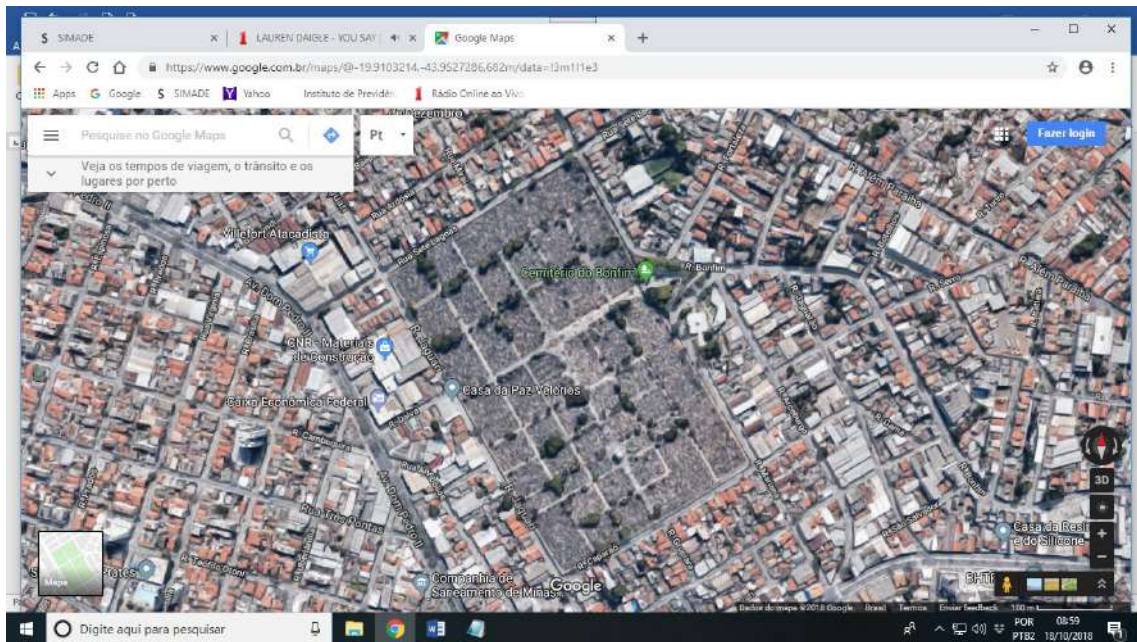
Almir Brito

Fotografias de Almir Brito – ONG ECOAVIS (2018)

O PARQUE CEMITÉRIO DO BONFIM: aspectos culturais, ecológicos e educativos

O presente trabalho tem por finalidade expor aspectos ecológicos presentes no Cemitério do Bonfim localizado em Belo Horizonte. A proposta do estudo é trazer uma nova perspectiva para um ambiente urbano quase sempre relacionado com a morte, mas que possui diferentes manifestações de vida. A pesquisa objetivou levantar a partir dos indivíduos arbóreos, espécies da avifauna encontradas na necrópole e em seu entorno. O estudo trouxe um novo olhar em torno do território cemiterial, além de fomentar novos estudos ambientais sobre a paisagem citadina. A partir de visitas técnicas realizadas no cemitério do Bonfim foi possível observar diferentes aspectos ecológicos no local que culminam na observação de aves descritas. A pesquisa identificou a presença de indivíduos (avifauna) no ambiente e como ocorrem suas relações ecológicas (alimentação, caça, competição, e reprodução etc). A presença de vários indivíduos arbóreos de diferentes espécies, sendo elas nativas ou exóticas viabiliza a diversidade de aves urbanas presentes na área de estudo. Seu entorno (Figura 08) é caracterizado por área urbanizada com poucos quintais arborizados, poucas praças e parques. No entorno da necrópole, estão o Cemitério da Paz, a Praça São Cristóvão e o Bosque Anfiteatro Paranaíba, evidenciando a pouca existência de áreas verdes remanescentes na regional.

Figura 08 – Adensamento urbano no entorno do cemitério do Bonfim



Fonte: Google Earth (2018)

O cemitério do Bonfim apresenta árvores como pata-de-vaca (*Bauhinia forficata*), Goiabeira (*Psidium guajava* L), Cipreste (*Cupressus* sp.), Palmeira-imperial (*Roystonea oleracea*), Jambo (*Syzygium jambos*) e até mesmo plantas aromáticas como a Falsa-melissa (*Lippia alba*). A disponibilidade de indivíduos arbóreos e a tranquilidade favorece a permanência de aves no local (ARGEL-DE-OLIVEIRA, 1996). As árvores abrigam a avifauna, fornecendo alimento, locais de nidificação e poleiros, e por essa razão elas buscam esses espaços como referências ambientais (GILBERT, 1989). Devido à fragmentação de habitats onde essas espécies vivem, locais como a Necrópole do Bonfim é uma alternativa de refúgio e sobrevivência (GAVARESKI, 1976). O método adotado para a identificação das espécies foi de observação visual conhecida mundialmente como *birdwatching*¹⁷. O

17 A observação de aves, ou *birdwatching*, é uma prática que envolve milhões de pessoas em todo o mundo. A observação e o reconhecimento das espécies de aves podem ser feitas na maioria das vezes pela sua simples visualização e escuta.

estudo foi realizado no dia 14 de outubro de 2018 com o auxílio de integrantes da ONG ECOAVIS, o período de observação foi de 8h às 11h.

A identificação das espécies foi realizada visualmente com o auxílio de binóculos, com a finalidade de registrar a presença de aves avistadas no local e posterior conferência das espécies foram feitos registros escritos e fotográficos. Foram observadas aves em voo individual e em bando, forrageando, locais de nidificação e alguns indivíduos se alimentando. Em determinado momento foi utilizado uma gravação contendo a vocalização da espécie *Piaya cayana* conhecida popularmente como alma-de-gato para induzir sua aproximação.

Durante o registro foram identificadas 28 espécies, representada por 16 famílias, 8 ordens e 23 gêneros. A família de maior ocorrência foi a Tyrannidae, onde foram avistadas as aves risadinha (*Camptostoma obsoletum*), bem-te-vi (*Pitangus sulphuratus*), ne-inei (*Megarynchus pitangüa*), bentevizinho-de-penacho-vermelho (*Myiozetetes similis*), suiriri (*Tyrannus melancholicus*). A ordem de maior ocorrência foi a Passeriformes, na qual foram apontadas as espécies joão-de-barro (*Furnarius rufus*) da família Furnariidae e cinco espécies da família Tyrannidae citadas anteriormente. As espécies sabiá-barranco (*Turdus leucomelas*) e sabiá-poca (*Turdus amaurochalinus*) foram presenciadas inúmeras vezes ao longo do período de observação. O comportamento das aves também foi observado como no caso do tucanuçu (*Ramphastos toco*) que permaneceu o tempo todo em frente ao ninho, e de acordo com esse comportamento pode-se inferir que haviam filhotes no local. É importante ressaltar que foi identificado a supressão de várias espécies arbóreas, sendo necessário averiguar os motivos e enfatizar a relevância das árvores para a sobrevivência e

manutenção das aves urbanas. Também foi verificado à presença de borboletas e grande incidência de formigas durante o percurso. Os dados obtidos previamente servirão como base para futuras pesquisas relacionadas com o estudo ambiental realizado. Além de fomentar discussões ambientais envolvendo o território cemiterial terá como a finalidade estudar espécies de vertebrados ou invertebrados que utilizam esse ambiente como recurso de sobrevivência. O local também poderá ser incluído em atividades ambientais de escolas, universidades e agências de turismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma série de pesquisas é empreendida no Bonfim e versam sobre múltiplos temas de diferentes áreas do conhecimento. Assim, enquanto recorte turístico, os principais túmulos de referência quanto à historicidade da capital e do estado encontram-se mapeados socializando simbologias e contextos culturais significativos das mais de 170 mil pessoas já sepultadas, ao longo de mais de 120 anos da necrópole. A visita guiada é um marco considerável e significativo. Todos os meses, no último domingo, as lápides e sepulturas são decodificadas por guias experientes socializando informações relevantes para a coletividade. Urge agora repensar a história do Bonfim numa perspectiva de conexão com a sustentabilidade e com a ecologia. O túmulo de Caio Viana Martins é uma possibilidade, dado à história do escotismo no Brasil. Os escoteiros têm uma relação de muita proximidade com a natureza em sua filosofia e demais protocolos. O túmulo dos Bombeiros é outro destaque, dado o envolvimento deste profissional para com as questões ambientais, em especial, incêndios florestais, resgates de animais, dentre outras ações em favor da vida. Os mausoléus cívicos, por sua vez, onde encontram-se vários Governadores ou Prefeitos é possível pensar na

evolução da gestão ambiental no âmbito das políticas públicas estaduais e municipais, e quais governantes contribuía neste sentido. Por último, evidencia-se a Goiabeira, ao lado da catacumba da Irmã Benigna, que simbolicamente formam um único conjunto de memória e identidade da religiosa.

O cemitério é uma interseção onde é possível perceber múltiplas manifestações da vida articuladas junto às representações da morte. Muitas espécies ainda precisam ser conhecidas para se entender um pouco das dinâmicas ecológicas locais. Invertebrados como abelhas, borboletas e formigas são visíveis por toda parte. As casas de joão-de-barro evidenciam que a necrópole é dormitório e referência de alimentação para várias espécies. Assim as espécies de adorno/ornamentação, as espécies exóticas, as espécies frutíferas e as espécies pioneiras precisam ser inventariadas e a questão da supressão de árvores problematizada.

As se apresentar as várias feições da Necrópole do Bonfim, enquanto parque verifica-se que o mesmo apesar de contribuir significativamente para a melhoria da qualidade de vida da Regional Noroeste, o mesmo não se enquadra nas diretrizes nacionais definidas para unidades de conservação e nem para as normas municipais e padrões técnicos para parque urbano. Os aspectos do Bonfim também não se assemelham à tipologia de cemitério-parque. Dada sua importância ambiental, artística, cultural, educativa, política, religiosa, social e turística, é urgente pensar seu Tombamento integral nas esferas estadual (IEPHA) e nacional (IPHAN) viabilizando-se a preservação de árvores, alamedas e jazigos, enquanto receptáculos da memória, da identidade do povo mineiro

Por último propõe-se no âmbito da Faculdade Pedro II, localizada na região do cemitério a possibilidade de oferta de cursos na área de Ciências Biológicas com ênfase em Ecologia e Gestão Ambiental, bem como História com ênfase em Patrimônio Cultural. Os cursos, no contexto da licenciatura já consolidada na respectiva instituição de ensino superior contribuirá para a formação de novos profissionais que por sua vez ampliem os índices de educação ambiental, conservação da biodiversidade e educação para o patrimônio. Outros cursos que versem sobre as questões inerentes à urbanidade como Artes, Filosofia, Sociologia também completam o conjunto de perspectivas para a formação de novos atores socioambientais que efetivem a futura qualidade de vida na cidade de Belo Horizonte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGEL-DE-OLIVEIRA, M. M. 1996. **Aves urbanas**. Anais do V Congresso Brasileiro de Ornitologia, Campinas, Brasil, p. 151-162.

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Decreto Municipal nº 5.893, de 16 de março de 1988**. Disponível em <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao>. Acesso em 17. Out. 2018

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Lei Municipal nº 4.253, de 04 de dezembro de 1985**. Disponível em <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao>. Acesso em 17. Out. 2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Estrutura Curricular do curso de bacharelado em Ciências Biológicas**. Disponível em https://www.newtonpaiva.br/system/file_centers/archives/000/000/115/original/estrutura_curricular.pdf?1464867577. Acesso em 17. Out. 2018

CONSELHO MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE. **Deliberação Normativa COMAM nº 12 de 11 de novembro de 1992**. Disponível em <https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/imagens/authenticated%2C>

%20editor_a_meio_ambiente/deliberacoes/comam/DN12_92.pdf. Acesso em 17. Out. 2018

FIGUEIREDO, Luiz Guilherme Buchmann. CAMPOS, João Geraldo Cardoso. **Turismo de esportes e aventura: livro didático**. 4^a. ed.– Palhoça : UnisulVirtual, 2011.201 p.

GAVARESKI, C. A. 1976. **Relation of park size and vegetation to urban bird populations in Seattle, Washington**. Condor, 78: 375- 382.

GILBERT, O. L. 1989. **The ecology of urban habitats**. Chapman and Hall, London, UK, 369 pp.

LOPES, Leonardo Esteves; PEIXOTO, Helberth José Cardoso; NOGUEIRA, Wagner. **Aves da Serra Azul, sul da Cadeia do Espinhaço, Minas Gerais, Brasil**. In Atualidades Ornitológicas On-line Nº 169 - Setembro/Outubro 2012 Disponível em http://www.ao.com.br/download/AO169_41.pdf. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Programa BH Verde**. Belo Horizonte: Secretaria Municipal de Meio Ambiente. Setembro de 2002. 20 p.

PEIXOTO, Adriano Gomes. et. el **Aves do Parque Cemitério Bonfim**. In: Plataforma Táxeus - Listas de espécies. Disponível em www.taxeus.com.br. Elaboração 14. Out. 2018

PORTAL GLOBO. **Faltam vagas em cemitérios públicos de São Luís**. Disponível em <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/10/faltam-vagas-em-cemiterios-publicos-de-sao-luis.html>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA. **Informações gerais sobre cemitérios**. Disponível em <http://obituarios.curitiba.pr.gov.br/publico/cemiterios.aspx>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA. **Informações gerais sobre cemitérios**. Disponível em <https://www.fortaleza.ce.gov.br/noticias/cemiterios-publicos-de-fortaleza-se-preparam-para-o-dia-de-finados>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE GOIÂNIA. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em <http://www4.goiania.go.gov.br/portal/site.asp?s=782&m=1767>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE MACEIÓ. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em <http://www.maceio.al.gov.br/2017/03/semads-orienta-sobre-servicos-funerarios-nos-cemiterios-publicos/>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE MANAUS. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em <http://semulsp.manaus.am.gov.br/cemiterios/>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smam/default.php?p_secao=136. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE SALVADOR. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em <http://www.ordempublica.salvador.ba.gov.br/index.php/servicos/cemiterio-publico>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/servico_funerario/enderecos/index.php?p=3572. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DO RECIFE. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em <http://www2.recife.pe.gov.br/servico/cemiterios-publicos>. Acesso em 17. Out. 2018

PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. **Informações gerais sobre cemitérios.** Disponível em <http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?id=8288776>. Acesso em 17. Out. 2018

SAVE BRASIL. **Caracterização e Contextualização de Aves.** Disponível em <http://www.savebrasil.org.br/porque-as-aves/>. Acesso em 17. Out. 2018

SITE METROPOLES. **Serviços de cemitérios são reajustados e ficam mais caros no DF.** Disponível em <https://www.metropoles.com/distrito-federal/servicos-de-cemiterio-sao-reajustados-e-ficam-mais-caros-no-df>. Acesso em 17. Out. 2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Ementas das disciplinas da especialização em Ecologia.** Disponível em <https://www.ufmg.br/pos/ecologia/ementas/>. Acesso em 17. Out. 2018