

CURSO DE DIREITO

Luisa Batista Soares

**TRABALHO, ESTRADA E CONDUÇÃO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO
EMPREGADOR POR ATOS DE CONDUTOR DEPENDENTE DE SUBSTÂNCIAS
PSICOATIVAS**

Santa Cruz do Sul
2018

Luisa Batista Soares

**TRABALHO, ESTRADA E CONDUÇÃO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO
EMPREGADOR POR ATOS DE CONDUTOR DEPENDENTE DE SUBSTÂNCIAS
PSICOATIVAS**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ms. Neimar Santos da Silva.

Santa Cruz do Sul

2018

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo abordar a responsabilidade civil do empregador pelos danos, materiais e morais, causados pelos seus motoristas empregados quando estes estão sob o efeito de substâncias psicoativas, diante da observância ou não das exigências legais de realização de exames toxicológicos periódicos. Neste contexto, o problema de investigação que norteou a presente pesquisa e que se pretende responder ao seu final é se a ausência da realização de exames toxicológicos periódicos nos motoristas empregados obriga o empregador da responsabilidade civil pelos danos materiais e morais causados à terceiro”? O método utilizado no presente estudo é o dedutivo, em face de que se pretende trabalhar, primeiramente (na compreensão dos fatos gerais), toda a estrutura da Responsabilidade Civil, para assim, compreender especificamente as inovações trazidas com a Lei 13.103/2015, abordando ao final a eficácia de suas alterações e suas delimitações. O que se busca com a presente monografia é desvendar a responsabilização civil objetiva do empregador que “não observa” a regra legal quanto à aplicação e fiscalização dos exames toxicológicos periódicos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Motorista profissional. Exame toxicológico. Lei 13/103/2015. Danos causados.

ABSTRACT

The objective of this monographic work is to address the civil liability of the employer for the damages, material and moral, caused by their drivers when they are under the effect of psychoactive substances, in compliance with the legal requirements of periodic exams. In this context, the research problem that guided the present research and that aims to respond to its end is: "the conduct of periodic toxicological tests on employed drivers exempt the employer from civil liability for material and moral damages caused to the third party"? The method used in the present study will be the deductive, since the intention is to work, first (in understanding the general facts), the entire structure of Civil Responsibility, in order to specifically understand the renewals brought with Law 13.103 / 2015, addressing the effectiveness of its changes and its delimitations. Some of the main conclusions that are sought with this monograph is in the sense of the objective civil responsibility of the employer that "does not observe" the legal rule regarding the application and supervision of periodic toxicological exams.

Keywords: Civil responsibility. Professional driver. Toxicological examination. Law 13/103/2015. Damage caused.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2.1	Evolução histórica da responsabilidade civil.....	10
2.2	Pressupostos de Responsabilidade Civil.....	12
2.2.1	Atos comissivos e omissivos.....	13
2.2.2	Culpa do agente.....	14
2.2.3	Nexo de causalidade.....	16
2.3	Dano.....	17
2.3.1	Dano material.....	18
2.3.2	Dano moral.....	19
3	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL E EXCLUDENTES.....	21
3.1	Responsabilidade civil e responsabilidade penal.....	21
3.2	Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	22
3.3	Responsabilidade Subjetiva.....	23
3.4	Responsabilidade Objetiva.....	25
3.5	Responsabilidade por fato de outrem.....	27
3.6	Responsabilidade do empregador ou comitente.....	28
3.7	Responsabilidade civil nos transportes.....	29
3.8	Excludentes de responsabilidade.....	31
3.8.1	Culpa exclusivo da vítima.....	32
3.8.2	Fato exclusivo de terceiro.....	34
3.8.3	Caso fortuito ou força maior.....	37
4	CONTRATO DE TRABALHO DE MOTORISTA PROFISSIONAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR.....	38

4.1	Contrato de trabalho, natureza jurídica, elementos fáticos e jurídicos formais.....	39
4.1.1	Natureza jurídica.....	40
4.1.2	Elemento fáticos e jurídicos formais.....	40
4.1.3	Contrato de trabalho motorista profissional categoria diferenciada.....	41
4.2	A exigência legal do exame toxicológico e para substâncias psicoativas que causem dependência.....	42
4.3	Negativa do empregado em submeter-se ao exame toxicológico.....	44
4.4	Dever de indenizar pela omissão do empregador no cumprimento da lei que regula a atividade motorista.....	49
5	CONCLUSÃO.....	51
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho pretende-se analisar a responsabilidade civil do empregador ou comitente pelos danos oriundos da atividade de risco, mais precisamente no campo dos acidentes automobilísticos, quando prejuízo decorrer de um ato de motorista profissional dependentes de substâncias psicoativas.

Antes de adentrar ao tema, é de extrema relevância apresentar o conceito de responsabilidade, que possui origem do verbo *respondere*, ou seja, o dever que o indivíduo possui de assumir as consequências jurídicas de um fato danoso.

Partindo deste conceito, pode-se concluir que aquele que praticar um ato lesivo, gerando prejuízo para outro ficará compelido a repará-lo, e quando não for mais possível, restará a obrigação de indenizar.

Será apresentado um breve histórico da responsabilidade civil, seus pressupostos, as distinções entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, os casos em que restará autorizado pela doutrina a exclusão da responsabilidade civil, para que, então, a partir destes entendimentos, possa-se ingressar nas discussões pertinentes que emergiram o estudo do presente trabalho.

Esta monografia tem como premissa fazer um resgate, das principais características legais dos contratos de trabalho, mais precisamente, quanto a categoria diferenciada de motorista profissional.

A principal alteração da Lei 13.103/2015 que será abordada no presente trabalho é quanto a obrigação da realização do exame toxicológico, discutirá sua exigência legal, bem como as consequências perante a negativa do empregado em submeter-se ao mesmo.

Em alguns casos será de extrema relevância a análise dos posicionamentos jurisprudenciais no Tribunal Superior do Trabalho (TST), arguindo na discussão a importância da realização, fiscalização e consequências dos exames toxicológicos periódicos, levando sempre em consideração a função social do empregador.

O método utilizado para a concretização da pesquisa é o dedutivo, fazendo necessário compreender primeiramente o instituto da responsabilidade civil, e assim, então, entender as principais modificações trazidas pela Lei 13.103/2015.

Dessa forma, no primeiro capítulo será abordado o instituto da responsabilidade civil e sua evolução histórica, para que se possa compreender quais são os pressupostos para a configuração da mesma.

No segundo capítulo, se fará necessário discutir sobre as duas principais espécies de responsabilidade civil, qual seja, subjetiva e objetiva e nos casos que a doutrina autorizará a exclusão da responsabilidade civil.

No terceiro capítulo, será feita a análise minuciosa do contrato de trabalho quando da categoria diferenciada de motorista profissional e as alterações trazidas pela Lei 13.103/2015 que objetivaram o presente trabalho, para que se possa entender em qual momento essas modificações trazem responsabilidades para o empregador quando o mesmo não opera em consonância com a Lei.

A presente monografia se faz de extrema importância tendo em vista o avanço dos setores da indústria automotiva, associada à demanda urgente por meios de transporte e o consumo excessivo de substâncias psicoativas pelos motoristas profissionais.

Dentre as principais alterações promovidas pela Lei 13.103/2015 o seguinte ponto será abordado: a obrigatoriedade da realização dos exames toxicológicos na admissão, periodicamente e no desligamento, com direito a contraprova e a confidencialidade dos resultados, bem como as consequências diante da recusa do empregado em se submeter aos exames toxicológicos exigidos na legislação.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A convivência do homem em sociedade presume o dever de submissão as regras jurídicas, nas quais estão estabelecidas as consequências caso estas regras não sejam observadas. A teoria da responsabilidade civil busca delimitar quando o agente poderá ser responsabilizado pelo dano causado a outrem e em quais condições será obrigado a repará-lo.

Neste capítulo, pretende-se abordar todos os elementos da responsabilidade civil, esta abordagem é de extrema relevância para que se possa compreender como se pode atribuir a responsabilidade civil a alguém, bem como os casos em que o indivíduo será compelido a repará-la. A responsabilidade nada mais é do que a obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros. A compreensão da responsabilidade civil engloba todo o conjunto de princípios e normas que regem esta obrigação de reparar o dano, de indenizar.

A responsabilidade civil nasce quando uma obrigação não se cumpre, obrigação esta que pode ser resultante da vontade dos indivíduos em um acordo ou da lei. Este descumprimento obrigacional gera um dano, ou seja, a responsabilidade civil é o dever de indenizar um dano.

Análogo, para Gagliano e Pamplona Filho (2006), entende-se que a responsabilidade civil decorre da lesão de um direito particular, gerando para o indivíduo que praticou a conduta lesiva, a obrigação de repará-la, e caso isto não for possível, deverá indenizar aquele que restou lesado.

Conforme Dias (1997) a responsabilidade é, em regra, a execução indireta da obrigação, serve de traduzir a posição daquele que não executou a obrigação que não pode ser obrigado a executá-lo in natura, e que, dessa forma, vai ser condenado a perdas e danos. Em regra, existe um dever de não prejudicar o próximo, partindo da ideia de que cada um é responsável pelas consequências de seus atos.

Para Cavalieri (2005, p. 24): “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.” Explica ainda, que o dever jurídico contínuo é o de reparar o dano.

Azevedo (2004, p. 277) conceitua responsabilidade civil: “é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de

obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda decorrente do risco para os direitos de outrem."

No entendimento de Venosa (2003) a responsabilidade civil é a obrigação que se atribui a uma pessoa devendo está reparar o prejuízo causado a outra, seja por um fato próprio, ou por fato de coisas e pessoas que dela dependam.

Ainda, para Gonçalves (2012), aquele que praticar a lesão será compelido a restabelecer o direito ferido, devendo repará-lo em espécie ou em pecúnia.

No entendimento de Cavalieri (2012), a conduta é o comportamento humano voluntário, que se objetiva através de uma ação ou omissão. O agente causador do dano pode ter maior ou menor determinação no seu agir, ou seja, querer mais ou menos, mas sempre haverá um mínimo de vontade empregado na sua conduta.

Cavalieri (2014, p. 26), argumenta, ainda, quanto a função da responsabilidade civil frente ao princípio da reparação integral:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.

Portanto, como visto, restituir a vítima ao estado em que a mesma se encontrava antes da ocorrência do evento danoso, nada mais é do que uma justiça corretiva, sob pena de não fazendo, estar-se inobservado a principal função da responsabilidade civil (CAVALIERI, 2014).

Por fim, dentre inúmeros conceitos de responsabilidade civil, pode-se concluir que tem como principal objetivo restabelecer o equilíbrio econômico ou moral decorrente de um ato, fato ou negócio danoso, possuindo o intuito de que a vítima retorne ao status que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso.

2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

Para dar seguimento no presente trabalho faz-se necessário analisar o âmbito histórico da responsabilidade civil, pois este torna-se imprescindível para a compreensão do tema.

Como de costume no Direito, a origem da responsabilidade civil se encontra no direito romano, a responsabilidade civil surgiu como demonstração de vingança privada, partindo de uma reação ao mal sofrido (GAGLIANO e PAMPLONA, 2003).

Venosa (2012), também partilhada deste entendimento considerando esta reação natural e espontânea, apesar de que a reparação do dano causado injustamente surgiu recentemente na história do Direito. Ainda, o princípio da Lei do Talião possui o conceito de “olho por olho” o que, por si só, já demonstra uma forma de reparação do dano.

É inegável que este princípio advém da natureza humana, pois possui o intuito de reagir a qualquer mal injusto, ainda que com violência, este princípio permearia todas as épocas se não fosse contido pelo ordenamento jurídico (VENOSA, 2012).

Diante da evolução do convívio social e a padronização de leis, observa-se uma socialização das penas referentes aos danos sofridos, conforme explica Gonçalves (2008, p. 7):

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho.

Tendo em vista a soberania do Estado, a função *jus puniendi* concentrou-se nas mãos do mesmo, surgindo à ação de indenização, sendo capaz de então distinguir a responsabilidade penal da responsabilidade civil.

Durante o período romano, faz-se necessário, citar a *Lex Aquilia*, que esboça em suas linhas um princípio geral regulador da reparação do dano, Venosa (2012, p. 18) ensina que:

De qualquer forma, a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção de responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual. Por esta razão, denomina-se também de responsabilidade aquiliana essa modalidade.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, houve maior proteção à pessoa humana, deu-se espaço à valorização da proteção da honra, imagem, incolumidade da pessoa, destacando-se o dano moral como passível de reparação.

2.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Para que se tenha o dever de indenizar, faz-se necessário preencher os requisitos dos pressupostos ou elementos da responsabilidade civil.

Muito embora a doutrina não esteja em conformidade em relação aos pressupostos necessários para a ocorrência da responsabilidade civil, destaca-se alguns elementos necessários para sua configuração.

Apesar dos diversos conceitos quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, a base destes pressupostos encontra previsão legal no artigo 186 do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Portanto, sendo o ato ilícito, há um conjunto de pressupostos, inicialmente o elemento formal, que advém da violação de um dever jurídico mediante ato voluntário, há, também o elemento subjetivo, sendo este, dolo ou culpa, e o elemento causal-material que é decorrente da relação entre o dano e a sua causalidade, conforme entendimento de Cavalieri (2014).

Estes três elementos encontram respaldo no artigo 186 do Código Civil, bastando a simples interpretação do texto, neste sentido o entendimento de Cavalieri (2014, p. 33):

- a) *conduta culposa do agente*, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”;
- b) *nexo causal*, que vem expresso no verbo *causar*, e,
- c) *dano*, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”.

Ainda, conforme Cavalieri (2014), no momento em que alguém agir culposamente, violando o direito de outro e lhe causando um dano, deste ato remanescerá o dever de indenizar.

Muito importante ressaltar que sem a verificação destes requisitos não há se falar em responsabilidade civil.

2.2.1 Atos comissivos e omissivos

A Responsabilidade Civil do empregador poderá ocorrer em duas situações, quais sejam: de uma conduta comissiva, onde o agente é causador imediato do dano e de conduta omissiva, em que este não provoca diretamente o dano, mas tinha o dever de evitá-lo.

O dever de indenização surge de uma ação ou omissão do agente, sempre que agindo ou omitindo-se, violar um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade decorre de fato próprio, comissivo, ou de uma omissão do agente, quando deveria tomar alguma atitude e não o faz. (RODRIGUES, 2003).

A responsabilidade do agente pode decorrer de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob sua responsabilidade ou, ainda, pelos danos causados por coisas que estejam sob sua guarda (RODRIGUES, 2003).

Neste sentido Rodrigues (2003, p.15):

A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação pessoal, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.

Para Cavalieri (2000, p. 143) o “risco é a probabilidade de dano, importando isso dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”.

Porquanto para Rodrigues (2003), a ação ou omissão do agente corresponde ao comportamento de uma pessoa, que gera à indenização, normalmente surge da violação de um dever, que pode ser legal, contratual e social.

Para que seja caracterizada a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato, ou seja, de não se omitir.

A ação se configura como um fazer, um movimento comissivo, positivo, a prática de um ato que não deveria se realizar. Já a omissão se caracteriza por uma abstenção de conduta que deveria ter sido feita. Para se configurar a omissão é necessária a presença de dois elementos: o dever jurídico de praticar determinado

fato e a demonstração de que o dano poderia ter sido evitado se o agente não se omitisse. (CAVALIERI, 2005; GONÇALVES, 2009).

Ainda, cabe ressaltar que a ação ou omissão não precisa ser praticada pelo agente, visto que poderá decorrer de um ato de terceiro que esteja sob sua responsabilidade.

Para a configuração do ato ilícito é necessário que preenche dois dos pressupostos: a imputabilidade do agente e a conduta culposa.

Segundo o entendimento de Cavalieri (2014, p.40):

“Imputar” é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter ágio de outro modo.

Complementa ainda:

Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento (CAVALIERI, 2014, p.40).

Portanto, o dever de indenizar decorre de uma ação ou omissão do agente que viola um dever legal, contratual ou social.

2.3 Culpa do agente

Para que ocorra a obrigação de indenizar, é necessário que além da conduta ilícita, tenha, o agente, agido com culpa.

A lei determina que se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão, ficará obrigado a reparar, logo, para a caracterização da responsabilidade faz-se necessário demonstrar se o comportamento do agente foi doloso ou culposos (RODRIGUES, 2003).

Neste sentido:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, so que no primeiro caso a conduta nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce

licita, tornando-se ilícita na medida em que se descia dos padrões socialmente adequados (CAVALIERI, 2014, p. 46)

Portanto, no dolo o agente quer a ação e o resultado, enquanto que na culpa ele quer somente a ação, vindo a atingir o resultado por falta de cuidado (CAVALIERI, 2014).

A culpa está presente em duas formas: contratual ou extracontratual. Para que se estabeleça essa distinção, considera-se apenas o dever violado. Sendo o dever proveniente de uma relação jurídica obrigacional preexistente, será contratual, no entanto, se oriundo de lei ou um preceito geral de Direito, será a culpa extracontratual.

Nesse sentido, Diniz (2003, p. 42):

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.

O conceito cultural faz acreditar-se que a vítima possui a obrigação de provar que a culpa fora do agente para, então, pleitear a obtenção da reparação do dano, definição está conhecida como Teoria da culpa (subjéitiva).

Entretanto, tem-se, também, a culpa presumida, a qual permeia entre a responsabilidade culposa e a responsabilidade sem culpa. São as situações em que se inverte o ônus da prova da culpa, em que a obrigação deixa de ser da vítima e passa a ser do agente, suposto causador do dano, que para se eximir terá de demonstrar não agiu com culpa.

Conforme Cavalieri (2005, p. 64), deixando de lado, portanto a Teoria da culpa, consegue-se, por via da presunção, passa-se a teoria objetiva, devendo o causador do dano, até que prove o contrário, ser presumido culpado, no entanto, trata-se de presunção relativa, *juris tantum*, podendo eximir-se desta presunção provando que não teve culpa.

Ainda, no direito, a culpa possui três seguimentos distintos, quais sejam: de culpabilidade, de culpa sentido amplo (*lato sensu*) e culpa no sentido estrito (*stricto sensu*).

Para Cavalieri (2014), agir culposamente nada mais é do que o agente cometer um ato reprovável no direito, mas essa caracterização somente se dará se o agente podia ou deveria ter agido de outro modo.

A culpa *lato sensu* se limita em dolo e culpa, enquanto a culpa *stricto sensu*, advém de determinada posição ou situação psicológica do agente para com o fato.

Quanto à concepção *lato sensu*, o dolo emerge como espécie mais grave da culpa, definindo-se como a infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem (CAVALIERI, 2014).

Enquanto que à concepção *stricto sensu*, refere-se a manifestação da vontade do agente, que é direcionada ao fato causador da lesão. O agente não buscava o resultado, mas este ocorre pela falta de diligência na observância da lei ou norma de conduta (CAVALIERI, 2014).

2.4 Nexo de causalidade

O nexo causal é o segundo pressuposto da responsabilidade civil, possui como função determinar a medida para a obrigação de indenizar. Sendo indenizável somente o dano que decorrer de ato ilícito (CAVALIERI, 2014).

Conforme entendimento de Rodrigues (2003, p. 18):

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido formulado por aquela deverá ser julgado improcedente.

Logo, tem de haver a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Não havendo essa relação de causalidade, não se há a obrigação de indenizar.

Segundo preceitua Cavalieri (2014), é necessário analisar se o agente deu causa ao resultado antes de verificar se ele agiu ou não com culpa, pois não teria sentido culpar alguém que não tenha dado causa ao dano.

Ainda existem situações que extinguem o nexo causal, fazendo que não ocorra a responsabilidade civil, quais sejam: a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior.

Para MÁRIO 2000, este é o elemento mais complexo da responsabilidade civil, tendo em vista que é extremamente difícil de ser determinado.

Em regra, esta é a primeira questão a ser analisada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil, pois antes mesmo de ser verificado se o agente agiu ou não com culpa, é imprescindível apurar se ele deu causa ao resultado (CAVALIERI, 2014).

Logo, não basta que agente tenha praticado uma conduta ilícita e que a vítima tenha experimentado um dano, é necessário que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente.

Para Cavalieri (2014, p. 62):

Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja o resultado deste ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do auto material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

Há, também, as situações retiram o nexo causal, fazendo que não ocorra a responsabilidade civil: a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, os quais serão abordados em momento oportuno.

2.5 Dano

O dano é um imprescindível à caracterização da responsabilidade civil, pois, muito embora o agente cometa ato ilícito, e não provoque dano a ninguém, não há se falar em responsabilidade civil, tendo em vista que está resulta da obrigação de indenizar, todavia não poderá se configurar se não existir algo a ser reparado.

Trata-se da consequência do ato ilícito praticado pelo agente, sendo o pilar essencial à configuração da responsabilidade civil. Logo, se o agente cometer ato ilícito, mas não provocar danos a terceiros, não há se falar em responsabilidade civil, tendo em vista que está surge do dever de ressarcir, portanto a responsabilidade não poderá se concretizar se não existir o que reparar.

Indenização sem danos resultaria pena para quem a pagasse e locupletamento indevido para quem o recebesse, o que não é admitido em nossa legislação, conforme prevê os artigos 884 a 886 do Código Civil.

Para Cavalieri (2014, p. 93):

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.

Logo, dano é a violação de um bem jurídico, podendo este ocorrer na modalidade de dano material ou patrimonial ou dano moral e extrapatrimonial.

2.5.1 Dano material

Os danos materiais, como o nome sugere, diz respeito aos bens materiais de um indivíduo, de modo geral, ou seja, são todos aqueles danos que alguém sofre em seu patrimônio, como carro, casa, etc., ou mesmo aqueles danos físicos que sofre em seu corpo.

No entendimento de Venosa (2012, p. 303):

Dano pode ser compreendido como toda ofensa e diminuição de patrimônio. Não há como darmos um conceito unitário de dano, tendo em vista os inúmeros matizes que o vocábulo abrange. O dano que interessa à responsabilidade civil é o indenizável, que se traduz em prejuízo, em diminuição de um patrimônio

O dano patrimonial, ou também conhecido como dano material atinge os bens pertencentes ao patrimônio da vítima, podendo este tratar-se de coisas corpóreas (casa, carro etc.) ou de ou coisas incorpóreas, como direito de créditos (CAVALIERI, 2014).

Portanto, o dano material fere os bens do patrimônio daquele que restou lesado e através do pagamento da indenização busca-se o ressarcimento do dano causado à vítima, no intuito de retornar *o statu quo ante*.

No entanto, em alguns casos não existe a possibilidade de retornar ao estado anterior, então, busca-se a reparação em forma de pecúnia.

O dano pode ser avaliado tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio (dano emergente) ou o que impediu seu crescimento (lucro cessante).

Sendo o dano emergente aquilo que efetivamente a vítima perdeu, é a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato

ilícito. Enquanto o lucro cessante é aquilo que o lesado deixou de obter em razão do prejuízo que lhe foi causado.

Neste sentido, o entendimento sobre lucro cessante:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 95).

Portanto, o ressarcimento do dano emergente procura devolver à vítima o valor de seu patrimônio antes da ocorrência do dano, enquanto que o lucro cessante busca compensar o lesado pelo lucro que ele deixou de perceber em razão do dano ocorrido.

2.5.2 Dano moral

Os danos morais são aqueles relativos à moral de um indivíduo, que estão ligados à sua intimidade, sua honra, sua dignidade, ou seja, todos aqueles danos que uma pessoa sofre na sua esfera íntima, que repercutem direto na sua saúde física e psíquica.

A configuração e a mensuração do dano moral tornam-se complexas, tendo em vista que o dano moral se trata do sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária, pois está vinculado ao ânimo da vítima, envolvendo questões psicológicas do indivíduo.

O dano moral é a perda que atinge o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, sua percepção está ligada diretamente aos direitos da personalidade, logo, o dano permeia pelo imensurável, o que torna difícil estimar a justa recompensa (CAVALIERI, 2014).

Para Matielo (2001), conceitua que dano moral é caracterizado através de um fato que conduz a violação de interesses alheios, juridicamente protegidos, atingindo, tão somente, a reserva psíquica do ofendido.

Ainda, neste sentido, Venosa (2012, p.318):

De qualquer modo, é evidente que nunca atingiremos a perfeita equivalência entre lesão e a indenização, por mais apurada e justa que seja a avaliação do magistrado, não importando também que existam ou não

artigos de lei apontando parâmetros. Em cada caso, deve ser aferido o conceito de razoabilidade. Sempre que possível, o critério do juiz para estabelecer o *quantum debeatur* deverá basear-se em critérios objetivos, evitando valores aleatórios.

Afirma, ainda, Cavalieri (2014), o dano moral, nada mais é do que a lesão do direito à dignidade, conforme o artigo 5º, V e X da Constituição Federal, o qual dispõe de que qualquer violação à dignidade pessoal, lesiona a honra, constitui dano moral, restando indenizável.

Porém, muito importante destacar que não é qualquer descontentamento que configura o dano moral, logo alguns transtornos que fazem parte do dia a dia, são inerentes ao convívio em sociedade.

Para a caracterização do dano moral, o julgador vem buscando subsídio na jurisprudência e na doutrina, pois não existem critérios objetivos definidos em lei e possui conceitos infinitos.

Cavalieri (2014, p. 111), acrescenta:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimentos, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Logo o dano moral é aquele que viola a esfera patrimonial do indivíduo, que ao contrário de seus bens materiais, não pode ser restituído ao seu estado anterior ao que se encontrava, nem mesmo substituído. Portanto, sendo o dano um dos pressupostos da responsabilidade objetiva, sem ele não há se falar em responsabilização.

3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL E EXCLUDENTES

Como já mencionado precedentemente a responsabilidade civil é a obrigação imposta a uma pessoa para reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

A responsabilidade civil se apresenta sob diferentes espécies. Para saber em qual espécie se enquadra deve-se levar em consideração a sua perspectiva, podendo ser através do fato gerador, em relação ao seu fundamento, ou quanto ao agente.

Para Cavalieri (2014), a responsabilidade civil tem por elemento uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico dividindo-se em espécies, a qual depende de onde advém esse dever violado e qual o elemento subjetivo desta conduta.

3.1 Responsabilidade penal e responsabilidade civil

De início, faz-se necessário realizar a distinção da responsabilidade penal e da responsabilidade civil, muito embora nos dois casos sejam a infração de um dever por parte do agente.

No crime, o agente viola uma norma de direito público e seu comportamento afeta a ordem social, a partir do seu ato é provocada uma reação no ordenamento jurídico, porquanto a reação da sociedade é representada pela pena (RODRIGUES, 2003).

Nota-se que neste caso é indiferente para a sociedade a existência ou não de um prejuízo experimentado pela vítima.

No entanto, quando tratar-se de ilícito civil, o interesse é do lesado, deixando de ser um interesse público, sendo somente privado. Muito embora o agente não tenha violado um direito público com seu ato causou danos a vítima, restando-lhe o dever de repará-lo (RODRIGUES, 2003).

Neste caso, se o prejudicado se mantiver inerte, o agente causador do dano não sofrerá nenhuma consequência, por tratar-se de interesse único e exclusivamente do interessado/prejudicado.

Entretanto, é possível que de acordo com a agressividade do ilícito praticado e de suas consequências, tenha repercussão tanto da esfera civil como na penal, pois

além de infringir uma norma de direito público acarretará prejuízo a terceiro (RODRIGUES, 2003).

Pamplona (2014, p.9), distingue as duas espécies de forma clara:

Pela responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente o dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex: prisão), restritiva de direitos (ex: perda de carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex: multa).

Desse modo, sabe-se que a responsabilidade penal e a civil possuem os mesmos fundamentos, sendo que o que as distinguem são as condições em que elas surgem. Ocorrendo, então, a responsabilidade penal, quando o indivíduo viola uma norma de direito público, sendo lesado um interesse da sociedade, porquanto, na responsabilidade civil, o interesse violado é o privado, cabendo à vítima exigir sua reparação.

3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade contratual presume-se um contrato pré-existente, sendo possível o pleito de uma indenização a partir de um descumprimento contratual.

Porquanto, quando a responsabilidade for extracontratual será decorrente de um descumprimento de um dever legal, através da prática de um ato ilícito.

Gagliano e Pamplona (2003), entendem que quando as partes envolvidas possuíam um instrumento contratual entre si, o dano será apenas a consequência do descumprimento desta, ficando, então, diante de uma responsabilidade contratual.

Para Cavalieri (2014, p. 30):

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Cavaliere (2014), distingue a responsabilidade contratual e a extracontratual, senão, vejamos: quando a violação surgir a partir de um negócio jurídico, haverá um ilícito contratual ou negocial, no entanto quando a violação decorrer de um dever jurídico imposto pela lei, estaremos diante de um ilícito extracontratual, tendo em vista que o mesmo nasce sem a existência do instrumento contratual.

Para Rodrigues (2003), a principal diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual é que uma pessoa pode causar prejuízo a outra seja pelo descumprimento de uma obrigação contratual ou fazendo a prática de um ato ilícito.

Gonçalves (2008, p. 26), utiliza o exemplo abaixo para demonstrar a responsabilidade advinda de um contrato não cumprido:

Quem toma um ônibus, tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o seu passageiro ao destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.

Diniz (2008) salienta que o descumprimento de um contrato pode gerar danos tanto na esfera material quanto na moral. Quando prejuízo moral advir de um inadimplemento contratual, somente será passível de reparação se no contrato entabulado entre as partes não houver cláusula penal que contemple as perdas e danos entre os contratantes.

Por fim, tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual há a violação de um dever jurídico preexistente, sendo que a diferença será quando do surgimento deste. Sendo responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato celebrado entre as partes e extracontratual se o dever jurídico violado não tiver previsão contratual, mas sim decorrente de uma Lei ou norma jurídica.

3.3 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva está relacionada diretamente com a ideia de culpa, portanto, ninguém poderá ser obrigado a indenizar outro sem que antes seja provada sua culpa.

De acordo com Cavalieri (2014), tendo em vista que a culpa se encontra ligada diretamente com a responsabilidade ninguém merece censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado cautela em seu ato, portanto a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Segundo Monteiro (2007) a responsabilidade subjetiva é a teoria clássica e tradicional da culpa, que se configura com a violação de um dever que poderia ter sido observado, porém foi violado por negligência, imprudência ou imperícia.

Quanto aos elementos tem-se: o elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante a conduta voluntária, o elemento subjetivo, que pode ser dolo ou culpa, e o elemento causal-material, que é a relação entre o dano e a sua causa (CAVALIERI, 2014).

Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, pode ser claramente identificado no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto a saber:

- a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”;
- b) nexu causal, vem expresso no verbo causar; e,
- c) dano, revelado nas expressões “violar o direito ou causar dano a outrem” (CAVALIERI, 2014, p. 33).

Como já observado, para a ocorrência da responsabilidade subjetiva é necessário que a conduta tenha sido culposa, neste sentido Diniz (2008, p. 41) preceitua:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional, ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido suas consequências.

Ainda, para Diniz (2008), a responsabilidade pode ocorrer a partir de um comportamento lícito ou ilícito, podendo ser derivada de uma ação ou omissão.

Ademais, quando se tratar de ação ou omissão estas necessariamente precisam ser voluntárias, restando excluídos os atos praticados sob coação absoluta, estado de inconsciência etc.

No entendimento de Gagliano e Pamplona (2003), a culpa não é um elemento imprescindível da responsabilidade civil, e sim, um elemento accidental, sendo necessária, somente para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva.

Ainda, é preciso saber, que na responsabilidade subjetiva, nem sempre o causador do dano será responsabilizado, tendo em vista que em algumas tem-se, também, a figura do responsável indireto, que possui uma relação com o autor do dano.

Portanto, deve-se analisar, a ocorrência de culpa presumida, pois conforme Gonçalves (2008, p. 30), quando esta ocorrer o ônus da prova deverá ser invertido, senão vejamos:

O autor da ação só precisa provar a ação ou a omissão e o dano resultante da conduta do réu. Porque sua culpa já é presumida. É o caso, por exemplo, previsto no artigo 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionas, (culpa da vítima ou força maior) com a inversão do *ônus probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma das mencionadas excludentes, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida.

Além disso, para Gagliano e Pamplona (2003), não havendo a ocorrência do dano ou prejuízo, não há se falar em configuração de responsabilidade civil, isto porque sem a existência do dano não há o que ser indenizado.

Portanto, no momento em que o agente, mediante conduta culposa, violar o direito de outro, causando-lhe dano ou prejuízo, terá o dever de repará-lo.

3.4 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva é o oposto da responsabilidade subjetiva, tendo em vista que a mesma surge no momento da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de outrem que, para ser provada ou até mesmo questionada em juízo, não depende se o agente causador do dano agiu ou não com culpa.

Rodrigues (2003), dispõe que a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano não possui relevância, basta, apenas, que exista relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a ação do agente, nascendo, então, o dever de indenizar.

A responsabilidade objetiva leva em conta a teoria do risco administrativo, mais conhecida como risco criado, sendo analisada de acordo com a probabilidade da ocorrência de danos, a ação desempenhada pelo agente e a exposição ao perigo, Cavalieri (2007).

Para Gonçalves (2008, p. 35):

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como esta prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

Portanto, a responsabilidade objetiva (sem culpa), somente será configurada quando precedente de lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, logo, na ausência de lei expressa, em regra, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva (VENOSA, 2012).

A teoria do risco, com base no exercício de uma atividade, possui a ideia de que quem exerce determinada atividade e dela tira proveito direto ou indireto, sobre ela responderá pelos danos que causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos (VENOSA, 2012).

Para Diniz (2008, p. 50):

O agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção. O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não um erro de conduta. Com a apuração do dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo.

Ainda, toda pessoa que exerça alguma atividade está sujeita a gerar um risco para terceiros, devendo ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja ausente de culpa. Muito embora não exista a necessidade de comprovação de culpa, faz-se imprescindível o nexo de causalidade entre a ação e o dano (GONÇALVEZ, 2008).

Essa responsabilidade tem previsão no Código Civil, senão vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002, < <http://www.planalto.gov.br>>)

Portanto, define-se por responsabilidade objetiva as situações em que não será necessário que o agente causador do dano tenha praticado o ato danoso de forma dolosa ou culposa, ou seja, basta, simplesmente, que o dano ocorra para que aquele que se sentiu prejudicado seja indenizado.

3.5 Responsabilidade por fato de outrem

Em regra, sabemos que cada um será responsável por seus próprios atos, o que se denomina de responsabilidade direta, porém nas hipóteses previstas no artigo 932 do Código Civil abaixo transcrito, uma pessoa pode vir a responder por fato de outrem, a qual denomina-se como responsabilidade indireta ou responsabilidade por fato de outrem.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002, < <http://www.planalto.gov.br>>).

Entretanto, para que a responsabilidade do autor material do dano se transfira a alguém que não concorreu diretamente para sua execução, se faz necessário que os mesmos possuam algum vínculo jurídico entre si, tal como: o dever de guarda, vigilância ou custódia (CAVALIERI, 2014).

Cavaliere (2014, p. 236) define:

Na realidade, a chamada *responsabilidade por fato de outrem* – expressão originária da doutrina francesa – é a responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de

guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente.

Consequentemente a responsabilidade civil por ato ou fato de outrem é objetiva, tendo em vista que aquele que ficar responsável por outrem, irá assumir a obrigação de responder pelos atos ilícitos praticados por este.

Ademais, aquele que indeniza em nome de outrem tem direito a receber à quantia que pagou, exceto nos casos previsto no artigo 943 do Código Civil, o qual dispõe que apenas não será obrigado ao pagamento em regresso se quem deveria fazê-lo for descendente de quem satisfaz a obrigação, inclusive, o descendente deve ser absolutamente ou relativamente incapaz.

3.6 Responsabilidade do empregador ou comitente

A responsabilidade por fato de outrem no presente trabalho tem sua importância no sentido de responsabilização do empregador por seu empregado ou comitente.

Sabe-se que existe uma dependência do preposto para com o comitente, decorrente do direito de dar ordens e instruções para o cumprimento das funções que são designadas ao preposto assim como o direito de fiscalizar e até intervir no seu trabalho.

Através da teoria da substituição torna-se mais fácil a compreensão sobre esta modalidade de responsabilidade. O empregador ao se valer de um preposto ou de um empregado, está, na verdade, estendendo sua própria atividade, ainda o empregador ou preponente assume a posição de garante da indenização perante o terceiro ofendido (CAVALIERI, 2014).

Segundo Cavalieri (2014), uma vez provada a culpa do empregado ou preposto, surge a responsabilidade objetiva do empregador ou comitente, neste sentido dispõe:

Diferentemente de outros países, basta que o dano tenha sido causado em razão do trabalho – importando, isso, dizer que o empregador responde pelo ato do empregado ainda que não guarde com suas atribuições mais do que simples relação incidental, local ou cronológica (...)
 (...) Bastará que a função tenha oferecido ao preposto oportunidade para a prática do ato ilícito; que a função tenha lhe proporcionado a ocasião para a prática do ato danoso. E isso ocorrerá quando, na ausência da função, não

teria havido a oportunidade para que o dano acontecesse (CAVALIERI, 2014, p.248).

A exoneração do empregador somente se dará em caso fortuito, força maior ou que o evento se deu sem nexo de causal em relação a ele, sendo o ato danoso completamente estranho a atividade ou serviço, ou ainda que o ato seja praticado fora do exercício das atribuições do empregado ou preposto (CAVALIERI, 2014).

Portanto, é notório que se o ato não for praticado em razão da função ou no exercício dela, há ausência de conexão de tempo, de lugar e de trabalho, ou seja, atribuir condenação ao empregador nestes casos é violar o teor da lei, logo, nestes casos não há se falar em responsabilidade do empregador (CAVALIERI, 2014).

3.7 Responsabilidade civil nos transportes

Sabe-se que de todos os contratos existentes, o que possui maior relevância social e jurídica na atualidade é o contrato de transporte. Portanto, é preciso que alguém se comprometa a transportar a mercadoria a um destino, seja por meio aéreo, marítimo ou terrestre e, este comprometimento advindo de um contrato.

Nas palavras de Venosa (2012, p.165), “O homem desde a antiguidade, sempre teve necessidade de deslocar-se, bem como de deslocar suas coisas”.

Para Cavalieri (2014, p. 354) “Por pelo menos três aspectos distintos pode ser examinada a responsabilidade do transportador: em relação aos seus empregados, em relação a terceiros e em relação a passageiros”.

A obrigação do transportador de mercadorias (cargas) é de fim, pois busca o resultado, não somente o meio, logo, a mercadoria tem de ser entregue no seu destino, no mesmo estado em que a recebeu. É necessário ressaltar que a responsabilidade do transportador inicia com o recebimento da mercadoria e cessa com a sua entrega, portanto durante a viagem o transportador responde por tudo que acontecer com a mercadoria, restando a responsabilidade excluída em caso fortuito externo e o fato exclusivo de terceiro (CAVALIERI, 2014).

Neste sentido dispõe o artigo 749 e 750 do Código Civil de 2002:

Art. 749. O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.

Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ainda, segue o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho ao conhecer o agravo regimental em análise e ao final julgá-lo desprovido, tendo em vista que o empregador, no momento em que se responsabiliza pelo transporte, equipara-se ao transportador, assumindo, também, o ônus e o risco decorrente deste:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO REGIONAL PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. DESPACHO QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. Correta a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento da empresa. Primeiramente, quanto à PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, observa-se do apelo principal às págs. 577-595, que a empresa IBQ, embora tenha transcrito a decisão proferida em sede de embargos de declaração, deixou de transcrever o conteúdo objeto da petição de embargos de declaração, o que impede este julgador de analisar as indicadas ofensas aos artigos 832 da CLT e 458 do CPC/73, tidos por violados. É esse o entendimento da e. SBDI-1 desta Corte. Com efeito, a SBDI-1, no processo E-RR-1522-62.20135.15.0067, da relatoria do Ministro Cláudio Brandão, decidiu que a alegação de preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional pressupõe a transcrição, pela parte recorrente, não somente do teor da decisão regional de embargos de declaração, mas também do conteúdo pertinente da petição de embargos de declaração, a fim de que seja demonstrado se a parte que alega a nulidade efetivamente provocou a Corte Regional a se pronunciar quanto à eventual omissão, obscuridade ou contradição que entende haver na decisão regional embargada. Precedentes. Quanto à matéria de fundo (DANOS MORAIS E MATERIAIS) devolvida, destaca-se que incidem, na hipótese, os óbices das Súmulas 126 e 297/TST, porquanto expressamente ressaltado pela Corte Regional que, "In casu, o dano moral evidencia-se pelo fato de o obreiro estar em seu horário de trabalho, estar à disposição de sua empregadora e, ainda, no carro da empresa, restando configurado o nexó existente entre o fato e o prejuízo suportado pela vítima. A responsabilidade de reparar o dano, por sua vez, surge em razão da violação ao bem jurídico, bem como do nexó existente entre o fato e o prejuízo suportado pela vítima" (págs. 511-512) e que, "Compulsando os autos, verifica-se que o reclamante não pleiteou a indenização por danos materiais na forma de danos emergentes. Quanto aos lucros cessantes, é evidente que o mesmo ocorreu, uma vez que, com a morte prematura do marido da reclamante, houve interrupção de seus rendimentos, inclusive os que futuramente pudesse vir a auferir, fazendo jus a reclamante à indenização correspondente" (pág. 513). Veja-se, que a Corte Regional não adentra na questão fática a que alude a empresa IBQ, referente à possibilidade da aplicação da excludente de responsabilidade (culpa de terceiro). Ainda que assim não fosse, também não se viabilizaria a pretensão recursal em todos os seus aspectos (preliminar de nulidade e danos morais e materiais), porquanto, tratando de questões como a presente (acidente de trânsito sofrido pelo trabalhador em transporte fornecido pelo empregador - danos morais e materiais - culpa de terceiro e responsabilidade objetiva do empregador), esta Corte Superior, assim como decidira a Corte Regional, tem entendido que "O empregador, ao se responsabilizar pelo transporte de seus empregados, equipara-se ao

transportador, assumindo, portanto, o ônus e o risco desse transporte. Dessa forma, são perfeitamente aplicáveis à hipótese os arts. 734 e 735 do Código Civil, que estabelecem a responsabilidade do transportador. Isso porque o empregador, mesmo que por intermédio de empresa contratada, ao assumir o fornecimento de transporte do empregado, equipara-se ao transportador, sendo responsável objetivamente por eventual acidente ocorrido no trajeto, ainda que por culpa de terceiro" (RR-10925-39.2015.5.12.0012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 15/12/2017). No presente caso, em que o empregador alterou a rotina do trabalhador (e de outros) determinando que fizesse exames médicos em cidade diferente do seu posto de trabalho ("voltava da cidade de Parauapebas para Canaã dos Carajás, onde se localiza a Mina Sossego, onde o de cujus trabalhava na função de operador de produção"), fornecendo-lhe a condução, com muito mais razão se impõe a aplicação dos artigos 734 e 735 do CCB, uma vez que o veículo condutor, envolvido no acidente, era do próprio empregador ("caminhonete L-200, Triton, de propriedade da primeira reclamada"). Acresça-se que não se pode alegar, como faz a empresa, que, mesmo partindo da premissa adotada pela Corte Regional de aplicação da responsabilidade objetiva por equiparável a empregadora à empresa transportadora, a gratuidade do transporte, no caso, excluiria a sua responsabilidade, conforme disciplinado no artigo 736 do CCB, uma vez que a lei não faz a distinção alegada, se aplicando a qualquer que seja o transportador, razão pela qual não se aplica o mencionado artigo 736 do CCB, mas os artigos que o antecedem (734 e 735). Quanto à alegada culpa de terceiro, ainda pesa contra a ora agravante o teor da Súmula 187/STF, de seguinte teor: "a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva". Precedentes. Assim, por qualquer ângulo que se aprecie, não se viabiliza a pretensão recursal. Agravo regimental conhecido e desprovido. (AgR-AIRR - 2747-32.2013.5.08.0126 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 23/05/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/05/2018) (BRASIL, 2018, < <http://www.tst.jus.br>>)

Em suma, conclui-se que a teoria da responsabilidade civil utilizada no transporte em geral, é baseada na teoria do risco, ou seja, objetiva. Não se fazendo necessário demonstrar a culpa do agente. No entanto, faz-se necessário ressaltar que quando a culpa for de terceiros, o responsável pelo agente pode arcar com a indenização, cabendo, posteriormente a propositura de ação de regresso contra o real causador do dano.

3.8 Excludentes de responsabilidade civil

As excludentes de responsabilidade civil são circunstâncias que, ao ocorrer, impedem que se tenha um dos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, vindo a romper o nexos causal e possuem como consequência fulminam qualquer pretensão indenizatória.

Diferentemente das cousas concorrentes, que, conforme o artigo 945, do Código Civil, diminuem a responsabilidade, as causas excludentes fazem jus ao nome, tendo em vista que excluem a responsabilidade não gerando, contra o agente, qualquer pretensão indenizatória Cavalieri (2014).

Para Miragem (2015, p. 239-240),

Considerando-se o crescente desenvolvimento da responsabilidade objetiva com a correspondente diminuição do papel da culpa como critério para a imputação do dever de indenizar. Ganha destaque o nexa de causalidade como pressuposto da responsabilidade e, no seu âmbito, as hipóteses de rompimento o nexa de causalidade como situações de afastamento do dever de indenizar.

É sabido que as causas de excludente de responsabilidade civil agem diretamente nos elementos de responsabilidade civil, tornando-a inexistente, são os casos em que existem um fato externo, que direcionam ao acontecimento, portanto mesmo diante a ação do agente, aquele fato não se originou da sua própria vontade, não sendo a ação de forma espontânea (MIRAGEM, 2015).

As excludentes de responsabilidade civil que serão abordadas no presente trabalho são aquelas que rompem o nexa causal: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e de força maior.

3.8.1 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima é o acontecimento que se identifica como causa necessária de um dano sofrido pela mesma, sendo a execução imputável somente a esta. É notório que na ocorrência deste, restará a excluída a responsabilidade do agente, tendo em vista que o dano não ocorreu em razão de sua conduta, mas sim por ato único e exclusivo da daquela que restou lesada Miragem (2015).

Para Rodrigues (2003), a culpa exclusiva da vítima é caso de excludente do próprio nexa causal, tendo em vista que o agente, aparente causador do dano, é mero instrumento do acidente.

Segundo Gagliano e Pamplona (2003), no momento em que ocorre a culpa exclusiva da vítima, resta prejudicado o nexa causal, restando excluída a culpa do agente.

No entendimento de Miragem (2015, p. 241):

Trata-se de causa que exclui a responsabilidade do agente, uma vez identificado que o dano ocorreu não em razão da conduta ou atividade sua, senão em razão do comportamento da própria pessoa que sofreu o dano. Originalmente, usava-se referir a culpa exclusiva da vítima, o que releva clara confusão entre os juízos de imputabilidade da conduta e de causalidade. Embora a conduta da vítima que se identifique como necessária à realização do dano possa ter sido realizada por atuação culposa ou dolosa sua, isso não é decisivo. Importa, de fato, que tenha sido ela a causa necessária do dano, de modo a afastar as demais causas possíveis, inclusive a conduta ou atividade do agente de que se investigue eventual responsabilidade.

Nota-se, portanto, que no momento em que o evento danoso ocorre por culpa exclusiva da vítima, some a responsabilidade do agente, deixando de existir a relação de causa e efeito entre o ato e o prejuízo experimentado pela vítima (GONÇALVES, 2008, p. 439)

Gonçalves, utiliza como exemplo de culpa exclusiva da vítima quando um motorista está dirigindo de forma responsável e uma pessoa decide se suicidar, atirando-se debaixo das rodas do referido veículo. Neste caso, resta evidente a culpa da vítima diante do fato ocorrido, não havendo se falar, desta forma, em indenização.

Muito importante ressaltar que muito embora seja a culpa exclusiva da vítima considerada uma das espécies de excludentes da responsabilidade civil, está pode, ainda, ser exclusiva ou concorrente.

Para Gonçalves (2008), em alguns casos pode existir uma parcela de culpa tanto da vítima quanto ao agente, estando, neste caso, diante da culpa concorrente, ou seja, quando a vítima e o agente contribuíram para a realização do efeito danoso.

Quando se trata de culpa concorrente surge a dúvida, se deve ou não, o agente indenizar a vítima, tendo em vista que este contribuiu para o efeito danoso, neste sentido explica Gonçalves (2008, p. 440):

Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de 1/4, 2/5, dependendo de cada.

A culpa concorrente está prevista no artigo 945 do Código Civil de 2002.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa

em confronto com a do autor do dano (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Para Coelho (2005, p. 393):

Quando o dano decorre de culpa exclusiva da vítima, também não se estabelece a relação de causalidade entre ele e o ato ou a Atividade do demandado. Na verdade, neste ato, é a vítima que causou o dano e não há razões para imputar-se a quem quer que seja a responsabilidade pela indenização dos prejuízos. A vítima deve suportá-los inteiramente porque foi apenas dela a culpa do evento danoso. Não basta que o demandado tenha-se envolvido direta ou indiretamente com o dano para que surja sua responsabilidade. É necessário que seus atos ou atividades tenham sido a causa do prejuízo. A culpa exclusiva da vítima afasta esta possibilidade.

No entendimento de Coelho (2005), trata-se de responsabilidade objetiva, tendo em vista que a mesma não necessariamente decorre do fator culpa, portanto, com a ocorrência de um efeito danoso, ainda que a responsabilidade do agente seja objetiva, uma vez provada a culpa exclusiva da vítima, o agente não será responsável pela indenização, excluindo-se a sua responsabilidade.

Para Dias (2006, p. 945):

Quando fique precisamente apurada essa proporção em que as respectivas culpas intervieram no evento danoso, é fácil, na liquidação, atribuir a cada um o ônus que decorrem da sua responsabilidade. Muitos casos há, porém, em que a proporção não fica estabelecida, embora se reconheça que houve culpa de ambas as partes. Se o problema não é outro que precisar o grau de culpa, não há senão repartir os prejuízos. Se, entanto, a questão envolve indagação mais importante, como a de saber, por exemplo, se a culpa de determinado agente excluiria, ou não a culpa de outro, então, o exame da matéria há de ser feito na ação. E, por nós, não pode obedecer a outro critério que não ao das autonomias das culpas. Se embora culposo, a fato de determinado agente era inócuo para a produção do dano, não pode ele, decerto, arcar com prejuízo nenhum.

Portanto, nota-se, que para a ocorrência da culpa exclusiva da vítima é necessário que não exista nenhuma relação entre o ato do agente e o resultado danoso provocado a vítima. E, quando tratar-se de culpa concorrente, sabe-se que a vítima não agiu sozinha para o efeito danoso, portanto, o agente contribuiu para o ocorrido.

3.8.2 Fato exclusivo de terceiro

Entende-se por culpa exclusiva de terceiro quando o evento danoso ocorre por ato praticado por terceiro, que não seja o agente nem a vítima.

No entendimento de Cavalieri (2014), terceiro é qualquer pessoa além da vítima e do responsável, alguém que não possui nenhuma ligação com o aparente causador do dano e o lesado.

Neste sentido Oliveira (2005, p. 278):

A ocorrência de culpa exclusiva de terceiro se vislumbra quando o evento danoso se dá em razão de ato praticado por terceiro que não a agente ou a vítima. Neste caso, para que se enquadre na concepção de terceiro, mister se faz observar que este efetivamente deve estar alheio à relação existente entre agente e vítima, caso assim não seja, não será considerado terceiro, mas, sim, vítima ou agente. Em se tratando de culpa de terceiro, o elemento previsibilidade cai por terra, não sendo exigível, pois que se presume a existência de uma pessoa que esteja praticando ato que possa causar alguma interferência danosa na rotina do agente ou da vítima

Portanto, para que se caracterize fato exclusivo de terceiro é necessário identificar quem é o terceiro, pois o mesmo tem que ser estranho à uma relação originária entre as partes.

Para Miragem (2015), nem sempre o fato exclusivo de terceiro terá como consequência o afastamento da responsabilidade do agente, pois há situações em que mesmo tendo a ocorrência do efeito danoso fato exclusivo de terceiro, será colocado em análise o risco de determinado agente.

Um exemplo utilizado por Miragem (2015), é o caso de inadimplemento da obrigação do transportador, quando este deve responder pelos danos causados por terceiro, neste sentido a Súmula 187 do STF “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva” (BRASIL, 1963, < <http://www.stf.jus.br>>).

Gagliano e Pamplona (2003), entendem como terceiro qualquer um que não seja o causador do dano e nem mesmo a vítima, e, na ocorrência deste, ocorrerá a excludente de responsabilidade.

É necessário entender que está exclusão ocorrerá devido ao rompimento do nexo causal, que, como já visto, é um pressuposto imprescindível para que a pessoa possa buscar uma indenização pelo prejuízo lhe causado (GAGLIANO e PAMPLONA, 2003).

Ressalta-se, vez mais, que o fato exclusivo de terceiro só irá excluir a responsabilidade quanto restar rompido o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima, Cavalieri (2014).

Conforme entendimento de Cavalieri, 2014, p. 87).

Em outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos. Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito e força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.

Porém, se conjuntamente com o fato de terceiro, a conduta do agente também tiver participação no resultado danoso à vítima, não há se falar em exclusão de responsabilidade, Cavalieri (2014).

Cavalieri (2014), utiliza como exemplo quando um motorista ao desviar de uma fechada dada por um ônibus, subir na calçada atropelando um pedestre, não poderá se valer de fato de terceiro, pois a causa direta do atropelamento se deu pelo seu próprio ato.

Como já visto terceiro é a pessoa que não possui ligação com o suposto agente nem mesmo com a vítima, portanto quando tratar-se de preposto, não haverá exclusão de responsabilidade, tendo em vista que aquele que o indicou, responde pelos seus atos, Rodrigues (2003).

Portanto, para excluir integralmente a responsabilidade do agente causador do dano, através de fato de terceiro, há de assumir as características semelhantes ao caso fortuito, tornando a ocorrência do fato imprevisível ou irresistível, Rodrigues (2003).

Miragem (2015 p. 244):

O exame do nexos causal é imprescindível também para identificar-se o fato exclusivo de terceiro. Isso porque o juízo que deverá ser realizado é o que determinada causa originária, imputável a um agente, não será considerada causa do dano em razão da intervenção no processo causal do fato de terceiro, que assume plenamente a natureza de causa do dano.

Portanto, durante análise da contribuição da ação do terceiro para a concretização do dano, deve aparecer sem sobrevir qualquer dúvida, demonstrando o caráter necessário da causa que lhe é imputada para a ocorrência do evento danoso. Conseqüentemente, não se satisfará que o terceiro seja apenas o causador direto do dano, quando se entender que a causa para a execução do dano seja outra que não lhe é imputado (MIRAGEM, 2015).

Como visto, havendo a atuação causal de um terceiro, sem que pudesse imputar a contribuição do autor do dano, rompe-se o nexos causal, excluindo-se, portanto, o dever de indenizar.

3.8.3 Caso fortuito ou força maior

O caso fortuito e a força maior já foi pauta de muitas discussões, para que se pudesse estabelecer as suas diferenças, mas até hoje não se tem um entendimento uniforme sobre o assunto, tendo em vista que o próprio Código Civil, quando da previsão destes, em seu artigo 393, apresenta-os como se sinônimos fossem.

Dentre as possibilidades de afastamento da responsabilidade civil em decorrência do rompimento do nexo causal, estão os eventos classificados como caso fortuito ou força maior, a previsão desta excludente encontra-se prevista expressamente no artigo 393 do Código Civil e seu parágrafo único, abaixo transcritos:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (BRASIL, 2002, < <http://www.planalto.gov.br>>).

Como visto, o artigo acima mencionado, não traz um conceito para cada instituto, não os distinguindo.

Cavaliere (2014, p. 89), toma a liberdade de traçar as diferenças destes dois institutos:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz.

Posto isto, havendo a possibilidade de identificar a conduta daquele que assumiu os riscos de sua atividade, somente poderá restar excluída sua responsabilidade quando houver a quebra no nexo causal, ou seja, quando restar evidente que o evento danoso se deu mesmo com a ausência de conduta humana seja comissiva ou omissiva.

4 CONTRATO DE TRABALHO DO MOTORISTA PROFISSIONAL E A REPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

O contrato de trabalho é o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual um indivíduo obriga-se perante pessoa natural, jurídica a uma prestação pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa de serviços.

Os motoristas profissionais são trabalhadores que exercem suas atividades sob condições especiais de labor, que os distinguem das demais classes operárias e os enquadram no art. 511, § 3º, da CLT, abaixo transcrito, denominando-os de categoria diferenciada:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.
§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.
(BRASIL, 1943, < <http://www.planalto.gov.br>>)

Os motoristas de caminhões, na maioria das vezes são aqueles empregados que possuem atividade fora da empresa, longe dos olhos dos empregadores, o que dificulta o controle da sua jornada de trabalho, podendo empregado cumprir sua jornada de trabalho sem a sua devida fiscalização.

O transporte rodoviário possui importante papel na sociedade, tendo em vista a dimensão do Brasil e o grande aumento populacional, possuindo previsão no ordenamento jurídico brasileiro atualmente, a Lei n. 13.103/2015.

Sob a ótica de Passos et al (2015, p. 19), a substituição da Lei 12.612/2012 pela então vigente Lei 13.103/2015 foi um retrocesso, por entender que esta última ampliou muitos deveres e em contrapartida diminuiu os direitos e garantias dos empregados.

No entanto a sanção da Lei 13.103/2015, trouxe obrigações para ambas as partes, ou seja, para os motoristas e para os empregadores. Estas alterações têm como principal objetivo beneficiar o motorista quanto à sua qualidade de vida. Além disso, as alterações visam zelar pela segurança do motorista do caminhão e dos demais condutores que utilizam as rodovias brasileiras.

A principal alteração trazida pela Lei 13.103/2015 e que será abordada por se fazer de grande importância para o presente estudo é que agora os motoristas serão submetidos a exames toxicológicos na admissão e no desligamento da função, com direito à contraprova e confidencialidade dos resultados.

Para os motoristas empregados, a nova lei traz a obrigação de submissão a exames com janela de detecção mínima de 90 dias e programa de controle do uso de drogas e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado, pelo menos uma vez a cada dois anos e seis meses.

4.1 Contrato de trabalho, natureza jurídica, elementos fáticos e jurídicos formais

O contrato de trabalho é o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual um indivíduo obriga-se perante pessoa natural, jurídica a uma prestação pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa de serviços.

O contrato de trabalho está previsto no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, abaixo transcrito:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego (BRASIL, 1943, <<http://www.planalto.gov.br>>).

O respectivo artigo pressupõe uma ideia contratual (acordo de vontades), combinada com a teoria institucionalista (relação de emprego).

Saraiva (2011, p. 57), também compartilha deste entendimento:

Contrato individual de trabalho é o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física, denominada empregado, compromete-se, mediante o pagamento de uma contraprestação salarial, a prestar trabalho não eventual e subordinado em proveito de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador.

É sabido que através do contrato de trabalho surge a obrigação de fazer com relação ao empregado (prestar o serviço), porquanto para o empregador a obrigação de pagar o salário e cumprir com as determinações trabalhistas impostas pelas normas.

4.1.1 Natureza jurídica

Em grande maioria das doutrinas são encontradas duas teorias para justificar a natureza jurídica do contrato de trabalho, sendo estas as teorias: contratualista e a anticontratualista.

Martins (2001), considera a teoria contratualista toda a relação entre empregado e empregador, tendo em vista que depende da mera vontade entre as partes para que seja celebrado, porquanto a teoria anticontratualista pressupõe que o empregador se incorpora à empresa no momento em que passa a trabalhar para o empregador, inexistindo autonomia de vontade quanto as respectivas cláusulas contratuais.

Portanto, a relação jurídica criada pelo contrato de trabalho torna-se distinta das demais relações, tendo em vista que existe o elemento característico do contrato, qual seja, a subordinação existente entre empregado e empregador.

No entanto, já não se discute mais a natureza contratual da relação de emprego, pois é notório que a vontade é o elemento essencial à formação do vínculo empregatício, ou seja, o contrato de trabalho é um acordo de vontades que possui marco inicial na admissão do empregado e findando-se no momento em que uma ou ambas as partes quando as partes ou uma das partes assim decidem extingui-lo.

4.1.2 Elementos fáticos e jurídicos formais

Conforme disposto no artigo 104 do Código Civil de 2002, para a validade do negócio jurídico basta que as partes sejam capazes, o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

No entanto, Saraiva (2011, p. 80) esclarece:

A lei trabalhista, não prescreve ao contrato de trabalho, em regra, forma especial, podendo, inclusive, ser pactuado de forma verbal, somente por exceção, sendo imprescindível a forma, como por exemplo no contrato de aprendiz.

Conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, sabe-se que a relação de emprego apresenta como requisitos: a alteridade, subordinação,

personalidade, onerosidade, e a não eventualidade, devendo tais requisitos ocorrer de maneira simultaneamente para que seja configurada a relação de emprego.

4.1.3 Contrato de trabalho motorista profissional categoria diferenciada

Entende-se como categoria profissional diferenciada aquela formada pelos empregados que exercem profissões ou atividades que se diferenciam por força do estatuto profissional ou em consequência de condições de vida, peculiaridades e singularidades que envolvem o trabalho por eles prestado.

É considerado motorista profissional, objeto do presente estudo, aquele que exerce atividade com veículo condutor em local externo, trafegando nas vias nacionais e internacionais, conduzindo o veículo automotor com carga ou com pessoas, à serviço de seu empregador.

Para Belmonte (2016, p.19), “no século XX o Brasil optou pelo transporte preferencial rodoviário para a locomoção de pessoas e bens”.

Tendo em vista o grande alargamento das atividades mercantis no transporte rodoviário de cargas ou pessoas no Brasil, a figura do motorista profissional é indispensável para o funcionamento adequado da sociedade e da economia do Brasil.

Ao tratar da conceituação de motorista profissional, Belmonte (2016, p. 24) refere que:

Motorista profissional é o trabalhador cujo labor consiste, mediante formação profissional e habilitação por meio do Código de Trânsito Brasileiro nas categorias A, B, C, D, e E, na condução de veículos automotores para o transporte rodoviário de carga ou passageiros e na realização de verificações e manutenções básicas do veículo para efeito de alimentação de combustível e óleo, pressão de pneus e avaliação da necessidade preventiva das revisões e reparações de avarias.

Portando, como o motorista profissional exerce atividade remunerada, fica sujeito às regras da CLT, uma vez que se enquadra no artigo terceiro desta, conforme exposto abaixo:

Ainda, conforme dispõe o artigo 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” (BRASIL, 1943, < <http://www.planalto.gov.br>>).

A categoria de motorista profissional encontra-se regulamentada pela Lei 13.103/2015, a qual possui elementos positivos e negativos segundo afirma Passos et al que:

A Lei n. 13.103/2015, por sua vez, veio alterar profundamente o trabalho do motorista profissional, mas num sentido contrário à diretriz da normação de 2012, pois reduziu direitos e garantias, ampliando a jornada de trabalho [...]. (2015, p.19)

Porquanto, no entendimento de Cardoso (2016), a nova regulamentação da categoria de motorista profissional não fere a dignidade humana, a isonomia, nem a razoabilidade, trazendo inovações jurídicas essenciais.

4.3 A exigência legal do exame toxicológico para substâncias psicoativas que causem dependência

Uma das principais alterações trazidas pela Lei 13.103/2015 que será abordada no presente trabalho, é uma inclusão nos deveres do motorista profissional, qual seja, a obrigatoriedade em realizar os exames toxicológicos que notem o uso de substâncias ilícitas pelo período anterior de 90 dias, devendo ser feito periodicamente. Além disso, caso haja a recusa do motorista profissional em submeter-se ao exame toxicológico, a presente recusa será passível de infração disciplinar, conforme dispõe o artigo de Lei abaixo transcrito:

Art. 235-B. São deveres do motorista profissional empregado:
VII - submeter-se a exames toxicológicos com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com sua ampla ciência, pelo menos uma vez a cada 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, podendo ser utilizado para esse fim o exame obrigatório previsto na Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias (BRASIL, 2015, < <http://www.planalto.gov.br>>).

Sabe-se que o uso de substâncias psicoativas é um fator agravante nos acidentes de trânsito que envolvem os motoristas profissionais, e a redação da Lei trouxe juntamente com o aumento da jornada em larga escala a redução do tempo de descanso, o que deixa os motoristas profissionais mais propensos ao uso de substâncias psicoativas, tendo em vista que precisam cumprir pontualmente as jornas impostas (MORAES, 2015).

As mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho também introduzidas pela Lei 13.103/2015 também alcançaram a relação entre motorista profissional e seu empregador. De acordo com as mudanças o motorista profissional empregado está obrigado a fazer tanto os exames exigidos pelo DETRAN, mas também os exames toxicológicos no momento da admissão, periódicos e demissão.

O principal objetivo da realização do exame toxicológico para os motoristas profissionais não é somente para reduzir os altos índices de acidentes de trânsito nas rodovias do país, mas também para auferir o consumo de substâncias psicoativas usadas nos últimos 90 dias que, comprovadamente causem alguma dependência ou comprometam a capacidade de direção.

A redação da lei obriga que o exame toxicológico seja realizado quando da admissão, demissão e exames periódicos, se, por ventura, o resultado for positivo para o uso de alguma substância psicoativa, o motorista terá direito a contraprova e a refazer o teste em um novo período, no intuito de demonstrar que não é usuário. (NICOLADELI; PERES, 2015)

Para Moraes (2015), muito embora a redação tenha inserido a obrigatoriedade na realização dos exames toxicológicos está ainda não é eficaz, senão vejamos:

(...) o novo diploma legalizou todos os fatores que levam o motorista às drogas: excesso de jornada, pagamento por comissão e ínfima remuneração (MORAES, 2015, p. 71).

O uso de drogas ao volante, como aponta o jornal O Globo, é frequente:

Estima-se que 1/3 dos motoristas profissionais faça uso de alguma droga. Em uma fiscalização realizada em 2015 pelo Ministério Público do Trabalho em parceria com a PRF, um em cada três caminhoneiros submetidos a exames toxicológicos tinha usado drogas. (O GLOBO, 2016, s.p)

Tendo em vista os dados acima mencionados nota-se que é imprescindível a aplicação do exame toxicológico e a sua repercussão na sociedade, ademais, a realização do exame toxicológico não pode ser considerada uma punição, porquanto ocorrerá, somente, nos casos em que for constatado a prática ilícita do motorista profissional.

Por fim, a inclusão da realização do exame toxicológico foi de extrema relevância para a categoria de transporte, porquanto é sabido o nível elevado de

consumo de substâncias psicoativas nesta categoria, ficando, de certa forma, terceiros sujeitos, também, as consequências, especialmente o empregador.

Diante da constatação de que boa parte dos acidentes nas rodovias eram (e ainda são) causados por caminhoneiros e, principalmente, que estes estavam sob efeito de substâncias psicoativas, tornou-se obrigatório o exame toxicológico para motoristas das categorias C, D e E.

Sabe-se que é costumeiro o uso das substâncias psicoativas nas estradas brasileiras, este se faz diante da necessidade de resistir às longas jornadas de trabalho, alguns condutores fazem consumo, causando, muitas vezes, dependência e Acidentes de Trânsito colocando em risco a vida de terceiros que também utilizam a via para locomoção.

A realização e fiscalização do exame toxicológico são de grande utilidade para o empregador, primeira porque reduz o risco de responder por atos praticados pelos empregados condutores; segundo, porque reduz a possibilidade do uso de substâncias psicoativas; terceiro, pelo fato de assegurar o cuidado com a carga e as pessoas transportadas, inclusive perante terceiros que também se utilizam das rodovias.

4.3 Negativa do empregado em submeter-se ao exame toxicológico

Como já visto, anteriormente, o empregado poderá recusar a submeter-se ao exame toxicológico ou ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, todavia, sua negativa será passível de penalização de infração disciplinar, o que tem amparo legal (Lei 13.103/2015), senão, vejamos:

Art. 235-B, Parágrafo único. A recusa do empregado em submeter-se ao teste ou ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII será considerada infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei (BRASIL, 2015, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Quanto ao resultado positivo do exame toxicológico, é necessário observar que existem dois tipos de usuários: um é recreativo e outro é dependente. Sendo o motorista profissional considerado dependente a Justiça tem entendimento que se trata de doença profissional, tendo em vista que a utilização das substâncias

psicoativas decorre do excesso de jornada e de outras exigências patronais. Senão, vejamos o entendimento recente do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DEPENDENTE QUÍMICO. ÔNUS DA PROVA. Reportando-se à fundamentação da decisão impugnada, vê-se que o não reconhecimento do caráter discriminatório da dispensa fora sedimentado no pilar de que houve ausência de prova de que o ato fora discriminatório, ônus que se advertiu seria do reclamante. Do teor da Súmula nº 443 do TST se constata a possibilidade de presumir-se discriminatória a dispensa sem justa causa do empregado portador de patologia grave que suscite estigmas ou preconceitos. Não é demais advertir que a dita presunção milita em favor do empregado, sabidamente hipossuficiente na relação empregatícia, situação agravada na hipótese de acometimento de grave moléstia. Nesta trilha, sendo tal presunção *juris tantum*, possui esta Corte firme entendimento no sentido de que cabe ao empregador o ônus de demonstrar que a dispensa decorreu de motivo legítimo, alheio a fator discriminatório relacionado à doença do empregado. Precedentes. Ademais, ao analisar casos em que o empregado é dependente químico, este Tribunal tem reconhecido o caráter grave da patologia, sendo sua dispensa discriminatória, na esteira do que preleciona a Súmula 443 do TST. Precedentes. Desse modo, sendo incontroverso nos autos, por meio de prova documental, que foram solicitados 15 dias de afastamento do autor, a partir de 23/09/2013, por motivo de doença, e que no dia 26/09/2013 houve o encaminhamento do obreiro para internação em clínica para tratamento de dependentes químicos, forçoso reconhecer a natureza discriminatória da dispensa, nos exatos termos do que preleciona a Súmula 443 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Nos termos da Súmula nº 219 desta Corte, "a condenação ao pagamento de honorários advocatícios [...] não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família". Incabível, portanto, o deferimento de verba honorária na hipótese de empregado assistido por advogado particular. Recurso de revista não conhecido. (RR - 10524-33.2014.5.15.0031 , Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 28/02/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/03/2018) (BRASIL, 2018, < <http://www.tst.jus.br>>)

PROCESSO ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. RECURSOS EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO EMPREGADO. ETILISTA CRÔNICO. DOENÇA GRAVE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÚMULA 443/TST. Da leitura atenta do v. acórdão, vê-se que a tese do autor de que a sua dispensa se deu por discriminação mostra-se razoável, haja vista que a Corte Regional, mesmo deixando de reconhecer que houve dispensa discriminatória no caso, registrou que o autor, dispensado sem justa causa, ainda tinha necessidade de continuar se submetendo a tratamento médico e que não há controvérsia acerca da patologia que o acomete. É bem verdade que o Colegiado regional ressalta ainda que as patologias que acometem o trabalhador não têm nexos causal com as atividades laborais. Contudo, não se pode desconsiderar que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave, como portadores do vírus HIV, câncer, dependência química, etc, ou

se o empregado apresentar sinais de doença que suscite estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa, sob pena de presumir-se discriminação. Acrescente-se que consta ainda do v. acórdão que o trabalhador "permaneceu afastado do emprego, recebendo auxílio-doença, no período de 30.03.2006 a 23.02.2011" e que "teve novo afastamento de 29.04.2011 até 22.08.2011, tendo negado pelo órgão previdenciário o pedido de concessão de novo auxílio-doença". Consta ainda da r. decisão regional que "Os documentos juntados com a inicial... revelam que mesmo após a dispensa o reclamante continuou o tratamento médico junto aos órgãos de saúde". Nesse esteio, merece provimento o agravo de instrumento por aparente violação do inciso III do artigo 1º da Constituição da República. Agravo de instrumento conhecido e provido para melhor exame do recurso principal. II - RECURSO DE REVISTA. ETILISTA CRÔNICO. DOENÇA GRAVE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÚMULA 443/TST. A Corte Regional, mesmo deixando de reconhecer que houve dispensa discriminatória no caso, registrou que o autor, dispensado sem justa causa, ainda tinha necessidade de continuar se submetendo a tratamento médico e que não há controvérsia acerca da patologia que o acomete. Contudo, não se pode desconsiderar que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 443, uniformizou o entendimento de que, na hipótese de o empregado ser portador de doença grave, como portadores do vírus HIV, câncer, dependência química, ou se o empregado apresentar sinais de doença que suscite estigma ou preconceito, o empregador estará naturalmente impedido de dispensá-lo, à exceção de motivo que justifique a dispensa, sob pena de presumir-se a discriminação. Consta do v. acórdão que o trabalhador "permaneceu afastado do emprego, recebendo auxílio-doença, no período de 30.03.2006 a 23.02.2011" e que "teve novo afastamento de 29.04.2011 até 22.08.2011, tendo negado pelo órgão previdenciário o pedido de concessão de novo auxílio-doença". Consta ainda da r. decisão regional que "Os documentos juntados com a inicial... revelam que mesmo após a dispensa o reclamante continuou o tratamento médico junto aos órgãos de saúde". Nesse contexto, não vejo como deixar de concluir que havia sérios indícios de que era do conhecimento da empresa o estado de saúde do autor e a sua condição de dependente químico (etilista crônico). Ora, a pessoa com doença grave não pode ser dispensada, pois isso é o que emana da Constituição Federal e pode ser observado pelos princípios da valorização do trabalho e do emprego, da justiça social, da subordinação da propriedade a sua função socioambiental e do bem-estar individual e social, dentre tantos outros. Inúmeros princípios constitucionais ficariam esvaziados se um caso como o dos autos não tivesse uma solução concreta. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 1º, III, da Constituição da República e provido. III - RECURSO DE REVISTA DA EMPRESA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. A Corte Regional afastou a arguição de julgamento extra petita ao fundamento de irrelevância da impugnação aos cartões ponto, em razão de ser incontroversa a jornada 12x36, que tem a sua validade questionada no presente processo. Observa-se que há correspondência entre o pedido, a causa de pedir e o provimento jurisdicional, uma vez que o autor postulou diferenças de horas extras em razão da invalidade da jornada 12x36, daí decorrendo o deferimento do pleito autoral. Portanto, não se pode falar em decisão afastada dos limites da lide, pois observados a causa de pedir e o pedido, tendo o julgador realizado a subsunção dos fatos ao direito aplicável (narra mihi factum, dabo tibi jus e iura novit cùria). Intactos os arts. 128, 333, I, 460, do CPC; 818 da CLT e 5º, LIV e LV, da Constituição da República. E a divergência jurisprudencial também não impulsiona o apelo, pois os arestos colacionados são inespecíficos, por discrepância de quadro fático (Súmula 296/I/TST). Incidência do artigo 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO. No tocante às horas extras e à validade da jornada 12x36, o apelo veio calcado apenas

em divergência jurisprudencial. Contudo, os arestos ora se mostram inservíveis ao confronto de teses, porque não contêm fonte de publicação nos termos da Súmula nº 337, I, "a", do TST, ora são oriundos de Turmas do TST, órgão não elencado no artigo 896 da CLT. Incide o óbice da Súmula nº 337, I, "a", do TST e do art. 896 da CLT. Em relação à compensação, deve-se ressaltar, inicialmente, que o artigo 7º, XIII, da Constituição da República prevê a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Contudo, a Corte regional foi expressa ao registrar que a empresa Ré não trouxe aos autos norma coletiva, que pudesse amparar o pedido em epígrafe. Nesse esteio, indene o art. 7º, XIII, da CF/88. Quanto à aplicação da Súmula nº 85 do TST, o TRT registra que a Ré "nem ao menos ventilou referido requerimento na contestação". Trata-se, portanto, de inovação recursal e não merece a análise requerida. Por outro lado, o artigo 59, § 2º, da CLT prevê que "Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia". Ora, a empresa não trouxe aos autos nenhuma norma coletiva. Indene, portanto, o indigitado artigo da CLT. Para completa entrega da prestação jurisdicional, deve-se registrar que o TRT não emitiu tese a respeito de nenhum dos pedidos sucessivos. Ausente o prequestionamento, incide o óbice da Súmula nº 297 do TST. Nesse esteio, emerge como obstáculo à revisão pretendida a regra do art. 896, § 7º, da CLT, estando incólumes os artigos 7º, XIII, da Constituição da República e 59, § 2º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS MAJORADOS PELA INTEGRAÇÃO DE HORAS EXTRAS. REFLEXOS. BIS IN IDEM. O TRT entendeu que os repousos semanais remunerados majorados pela integração das horas extras devem refletir nas demais verbas pleiteadas. A decisão regional como posta contraria a OJ da SBDI-1 nº 394. Recurso de revista conhecido por contrariedade à OJ da SBDI-1 nº 394 e provido. CONCLUSÃO: Agravo de instrumento do Empregado conhecido e provido. Recurso de revista do Empregado conhecido e provido. Recurso de revista da Empresa parcialmente conhecido e provido. (RR - 451-44.2012.5.02.0383 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 04/04/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/04/2018) (BRASIL, 2018, <<http://www.tst.jus.br>>)

Muito embora o artigo 482, f, da Consolidação das Leis do Trabalho, disponha que o trabalhador que comparecer ao serviço alcoolizado ou sob os efeitos de drogas poderá ser dispensado por justa causa. Cabe, aqui, ressaltar, que se o empregado for dependente químico de álcool ou de substâncias psicoativas, a dependência é caracterizada como doença e sua dispensa poderá ser discriminatória, conforme entendimentos acima mencionados.

Assim, a dispensa sem justa causa nesse caso afronta a dignidade da pessoa e presume-se discriminatória, na forma da Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho, abaixo transcrita:

Súmula 443, TST - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego (BRASIL, 2012, <<http://www.tst.jus.br>>).

Portanto, caso o empregado que sofre de dependência química e apresente sinais da doença, que causem estigma ou preconceito, presume-se que a dispensa foi discriminatória. Para que seja válida, a empresa terá que provar que a demissão ocorreu por motivo alheio à doença. Importante, ainda, mencionar que o empregado deve se encontrar em um grau de dependência que o incapacite de realizar suas atividades. Uma vez constatada clinicamente por um médico a sua incapacidade, devendo, então, o empregado ser afastado, tendo como consequência a suspensão do contrato de trabalho.

Ainda o artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho preceitua quanto as possibilidades de falta grave que geram o desligamento por justa causa:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional (BRASIL, 1943, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Diante das previsões legais, caso o motorista profissional se recuse a submeter ao exame toxicológico estará cometendo infração disciplinar, a qual possui como possibilidade a dispensa por justa causa nos termos do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

4.4 Dever de indenizar pela omissão do empregador no cumprimento da lei que regula a atividade motorista

Como já vimos anteriormente, uma pessoa poderá ficar sujeito responsabilização por dano causado a outro, não por ato próprio, mas por ato de alguém que está sob sua sujeição (RODRIGUES, 2003).

Rodrigues (2003, p. 15) dispõe ainda “Assim, o pai responde pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia; o patrão responde pelos atos de seus empregados, e assim por diante”.

Cavaliere (2014, p. 38), afirma neste mesmo sentido:

(...), tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da Lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Logo, não impedir o resultado equivale a permitir a ocorrência do fato danoso, pois no momento da omissão, o omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de fazê-la ou, ainda, não impedindo que o resultado se concretize.

Cavaliere (2014, p. 39), “Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado”.

Dentre as obrigações do empregador contratante de motorista de caminhão profissional está a realização do exame toxicológico, trazida pela nova regulamentação Lei 13.103/2015. Ademais, ainda que a exigência seja para o condutor do veículo de carga, é de responsabilidade do empregador solicitar e custear toda a realização da análise, desde a coleta do material, até a obtenção do resultado.

O empregador contratante de motorista profissional deve levar essa nova regulamentação com muito zelo, afinal, por meio de fiscalização, pode ser multada caso deixe de cumpri-las. A exigência é que o motorista profissional seja submetido ao exame toxicológico de larga janela de detecção.

Nessa análise, são coletadas amostras de cabelo, pelo ou unha que são usadas para a pesquisa da possível presença de drogas ilícitas, como a maconha,

cocaína, crack, ecstasy, dentre outras. De acordo com a lei, o exame só pode ser feito dessa maneira, pois consegue detectar a presença de drogas consumidas nos últimos 90 ou 180 dias antes da coleta, dependendo do material coletado. O exame toxicológico tem validade de 60 dias.

Como visto, nos casos em que o empregador tem o dever de fazer algo e não o faz, omitindo-se, estará sujeito a responsabilização, e diante da obrigatoriedade do empregador em solicitar e custear realização do exame toxicológico periodicamente nos motoristas profissionais, no momento que deixa de realizar, está sujeito a assumir as consequências decorrentes da não realização deste. Incidindo sobre o empregador a responsabilização prevista no art. 932 do Código Civil.

5 CONCLUSÃO

Em decorrência do grande crescimento da sociedade, por óbvio se fez necessário a regulamentação das relações que foram surgindo, assim como nas atividades realizadas por motoristas profissionais.

Na proporção do avanço da sociedade os institutos da responsabilidade civil precisaram acompanhar esta evolução, tendo em vista que somente a responsabilidade subjetiva, como existia anteriormente, já não era mais o suficiente para solucionar os conflitos advindos nos transportes de cargas. Surgindo, então, a responsabilidade objetiva que passou a basear-se, tão somente, na teoria do risco, portanto, para a responsabilização do empregador em decorrência de uma atividade exercida por um motorista profissional basta que este profissional esteja a serviço e sob a guarda do empregador. Ademais, não é somente o fator culpa que deve ser analisado, pois nas concepções objetivas o empregador, ao prestar o serviço de transporte, está tirando proveito desta atividade e como consequência deverá arcar com os riscos e prejuízos advindos desta.

Sabe-se que a responsabilidade civil objetiva é considerada a responsabilidade sem culpa, portanto necessita apenas da existência do nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado.

Diante do grande crescimento industrial, proporcionado pelo desenvolvimento do maquinismo e implantação de novas tecnologias, o legislador entendeu que tinham casos que não poderiam ser enquadrados no conceito tradicional de culpa, incluindo, portanto, a previsão da responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada a teoria do risco, além do mais, a responsabilidade objetiva estendeu-se também a obrigação de indenizar, independente de culpa.

Atualmente, a teoria da responsabilidade objetiva é de extrema relevância no âmbito indenizatório, pois no momento em que o empregador designa uma tarefa para empregado entra em ação a teoria da substituição, tendo em vista que esta teoria é conceituada como o prolongamento da atividade que deveria ser completada pelo empregador. Ademais, como visto nos estudos acima, o ato do substituto, quando no exercício de suas funções, é considerado o ato do próprio substituído, pois é praticado na realização do serviço que interessa o empregador.

Portanto, nos dias de hoje a responsabilidade do empregador é facilmente justificada pela teoria do risco-proveito, tendo em vista que esta responsabilidade

tem por fundamento a obrigação de segurança do empregador em relação ao empregado. Logo, no momento em que o empregador prolonga sua atividade através de um empregado (preposto), os danos que este venha a causar passam a ser também do empregador, tendo em vista que o empregado foi somente o elo através do qual realizou-se o fato danoso.

Então, uma vez comprovado o dano e nexos causal do ato do empregado surge, para o empregador, a obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade objetiva, restando uma mínima possibilidade de exclusão desta responsabilidade. Conforme os estudos realizados, sabe-se que a responsabilidade do empregador somente restará excluída nos casos em que conseguir provar que o evento danoso ocorreu por caso fortuito ou força maior, ou ainda, que o ato danoso é completamente estranho atividade determinada ou que o fato danoso fora praticado fora do exercício das atribuições do empregado.

Uma das principais inovações trazida pela Lei 13.103/2015 que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, que foi objeto de estudo no presente trabalho foi a inserção da realização de exames toxicológicos periódicos nos motoristas profissionais.

É de notório conhecimento a incidência de acidentes de trânsito envolvendo motoristas que fazem o uso de algum tipo de substância psicoativa, tendo como a principal motivação conseguir resistir as pesadas jornadas de trabalho, sabe-se que as consequências dessa prática aumentam o comportamento de risco e os acidentes nas estradas. A obrigatoriedade da realização do exame toxicológico regulamentada pela nova lei veio na tentativa de retirar da estrada os motoristas usuários de substâncias psicoativas, pois colocam em risco a sua própria vida e de terceiros.

Dentre algumas das obrigações do empregador, agora, com a regulamentação da Lei 13.103/2015 em seu teor, fora acrescentada a responsabilidade do empregador em solicitar e custear toda a realização da análise, desde a coleta do material, até a obtenção do resultado dos exames toxicológicos.

Por fim, entende-se que os empregadores precisam adaptar-se à todas exigências estabelecidas com a nova regulamentação e se por ventura, deixar de fazer o que a lei lhe define como obrigação poderá atrair para si a responsabilidade civil objetiva de eventual dano que venha ser causado por ato de seu preposto, na forma do artigo 932 do Código Civil, vez que ficará explícita sua omissão quanto à obrigatoriedade de conduta estabelecida em lei.

Portanto, no momento em que é imposta uma obrigação que possui previsão legislativa quanto a profissão de motoristas, qual seja, a realização de exames toxicológicos periodicamente e mesmo ciente desta obrigatoriedade o empregador deixa de realizar, custear e fiscalizar a execução deste exame estará sujeito a arcar com eventuais danos decorrentes desta omissão.

Tendo em vista que possuí o dever jurídico de agir (realizar o exame), de praticar um ato (inspeção periódica) que, presumivelmente, poderia impedir o resultado, pois no momento em que através do exame toxicológico periódico fosse constatado o uso de substâncias psicoativas pelo empregado o mesmo deveria ser afastado imediatamente das rodovias, a fim de aguardar o tempo previsto em Lei para realizar a contraprova e se novamente fosse constatado o seu afastamento para a realização de um tratamento, o que, de certa forma, iria impedir um eventual fato danoso.

Ademais, é explícita a responsabilidade civil objetiva do empregador por seus motoristas profissionais, uma vez que a atividade empresarial é considerada de risco e, ainda que empregador opere com extrema cautela, só o desempenho da sua atividade econômica já o expõe a determinado e considerável risco de ser responsabilizado por acidente praticado pelo empregado.

Importante salientar, ainda, sendo a atividade da empresa de risco, deve ser aplicada a responsabilidade objetiva no caso, vez que restam configurados o dano e o nexo causal. Além disso, tratando-se de acidente de trânsito ocorrido no exercício de atividade de risco acentuado, como é o caso dos motoristas profissionais, encontra-se a culpa presumida do empregador.

Sabe-se que o empregador tem responsabilidade pela reparação civil do dano causado por seu empregado, no momento da execução das atividades designadas, e o empregador ao deixar de adotar a redobrada cautela (omissão) na realização e fiscalização dos exames toxicológicos, acontecendo qualquer fato danoso em decorrência desta omissão estará o empregador obrigado a arcar com qualquer prejuízo que venha a ser causado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2004, 10. ed.

BELMONTE, Alexandre Agra. *A novel lei dos motoristas profissionais* (Nº 13.103/2015) e as questões jurídicas decorrentes. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília – Ano 82 – nº 1* p. 19-42. – jan/mar, 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 1, seção 1, 10 jan. 2002*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Lei 13.103, de 2 de março de 2015. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 1, seção 1, 03 mar. 2015*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 187. *Dejt. Brasília, 13 dez. 1963*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 443. *Dejt. Brasília, 27 nov. 2012*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

CARDOSO, Deborah. *Uma nova perspectiva sobre o transporte rodoviário de carga no Brasil: jornada de trabalho do motorista profissional à luz da Lei nº 13.103/2015*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília – Ano 82 – nº 1 – p. 77-113, jan/mar, 2016*. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil*, 4. ed. rev. atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v.4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

MARIO, Caio. *Responsabilidade civil forense*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. *Impactos da lei n. 13.103/2015 sobre a proteção jurídica ao motorista profissional*. Revista eletrônica do tribunal regional da 9°. Região, Paraná. V. 5, n. 45, p. 50-79, Out., 2015. Disponível em <<https://juslaboris.tst.jus.br/>>. Acesso em: 28 mai. 2018

NICOLADELI, S. L.; PERES, F. A. M. *Inovações precarizadoras da Lei N. 13.103/2015: o estado legislando na contramão da via constitucional*. Revista eletrônica do tribunal regional da 9°. Região, Paraná. V. 5, n. 45, p. 14-21, Out. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=45&edicao=9309>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

O GLOBO: *Mais de 33% dos motoristas profissionais fogem do exame toxicológico*. S.I, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://oglobo>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. 1. ed. São Paulo: LTR, 2001.

FILHO, R. P.; GAGLIANO, P. S. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. III. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASSOS, André Franco de Oliveira et al. *Motorista profissional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

PASSOS, André Franco de Oliveira. *Lei do motorista: história de uma longa espera, um breve avanço e agora um grande retrocesso*. Revista eletrônica do tribunal regional da 9°. Região, Paraná. V. 5, n. 45, p. 14-21, Out. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=45&edicao=9309>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

RODRIGUES, Silvio: *Direito civil: responsabilidade civil*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOS ESTRADAS: *As drogas e os motoristas profissionais - Dimensionando o problema e apresentando soluções*. S.l, 14 jan. 2015. Disponível em: <<http://estradas.com.br/sos-estradaslanca-estudo-sobre-o-uso-de-drogas-por-motoristas-profissionais/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, vol iv.

VENOSA, Silvio de Salvo: *Direito civil: responsabilidade civil*, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012