

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

**ELEMENTOS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE
TRABALHO
Reflexões acerca da gênese civilista, caracteres, elementos
essenciais e acidentais**

Curitiba, 05 de dezembro de 1.997

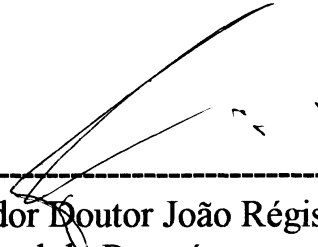
**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

**ELEMENTOS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE
TRABALHO**
**Reflexões acerca da gênese civilista, caracteres, elementos
essenciais e acidentais**

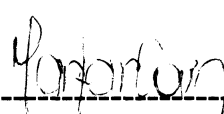
Dissertação apresentada por
José Affonso Dallegrave Neto,
como requisito parcial à
obtenção do grau de mestre em
Direito das Relações Sociais,
sob a orientação do **Professor
João Régis Fassbender
Teixeira**.

Curitiba, 05 de dezembro de 1.997

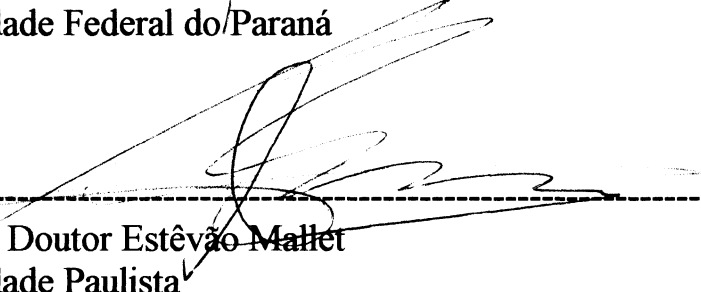
TERMO DE APROVAÇÃO



Professor Orientador Doutor João Régis Fassbender Teixeira
Universidade Federal do Paraná



Professora Doutora Maria Francisca Carneiro
Universidade Federal do Paraná



Professor Doutor Estêvão Mallet
Universidade Paulista

AGRADECIMENTOS

A todos que de uma forma direta ou indireta contribuíram e incentivaram a realização deste trabalho.

Menciono alguns nomes, dentre tantos que me auxiliaram:

- Deborah Vons;
- Pietra Dallegrave;
- Roberta Fabiane;
- Eduardo Pottumati;
- Lorelei Ceschin;
- Mario Vicentim;
- Professora Selma;
- Arminda Barska;
- Djalma Vieira;

Destaco alguns professores que tiveram influência na formação acadêmica:

- Luiz Edson Fachin;
- Manoel Eduardo Camargo;
- Celso Ludwig;
- Luiz Eduardo Gunther;
- Valdyr Perrini;
- José Roberto Vieira;
- Maria de Lourdes;
- Eduardo Leite; dentre outros

RESUMO

Este trabalho trata da análise do Contrato Individual de Trabalho, considerado como fruto da emancipação do contrato civil, mormente o contrato de *locação de serviço*. Com maior ênfase no Direito Privado, a dissertação contém enfoques interdisciplinares, na medida em que esquadrinha os antecedentes e as perspectivas à luz dos históricos modelos de Estado: Liberalismo, *Welfare state* e Neoliberalismo. Ao enfrentar os elementos caracterizadores e a natureza jurídica da relação de emprego, o estudo parte das teorias contratuais até constatar que o Contrato Individual de Trabalho é uma espécie de negócio jurídico bilateral e comutativo. A partir disso, faz-se uma exposição da chamada Teoria do Negócio Jurídico, desde a concepção pandectista alemã até os dias atuais. Ao final, a dissertação focaliza de forma minuciosa os elementos essenciais e acidentais do contrato trabalhista e suas imbricações nos planos de existência, validade e eficácia.

ABSTRACT

This work deals with the analyses of the Individual Labor Contract, considered as the fruit of emancipation of the civil contract, namely the *hiring contract*. With greater emphasis on Private Law, this dissertation contains inter-subject focus, to the extent that it investigates the antecedents and the perspectives in light of the historical models of the State Liberalism, Welfare State, and Neoliberalism. When facing the characteristic elements and the legal nature of the employment relation, this study begins from the contractual theories to find out that the Individual Labor Contract is a kind of bilateral commutative juristic act. From this on, an explanation of the so called Theory of the Juristic Act is made, since its German Pandectist conception until today. At the end, the dissertation minutely focuses the essential and accidental elements of the labor contract as well as its imbrications in te fields of existence, validity and force.

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUÇÃO.....	1

PARTE I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO DE TRABALHO: ORIGEM CIVILISTA, EMANCIPAÇÃO E PERSPECTIVA

CAPÍTULO I - A DOGMÁTICA JURÍDICA.....	3
Seção I - O Positivismo Científico e o Estado Liberal.....	5
Seção II - Os Conceitos e as Categorias Jurídicas	7
Seção III - Os Códigos Novecentistas e o Direito Privado.....	10
 Capítulo II - A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO.....	15
Seção I - Origem: do Direito Romano à Teoria Pandectista do Negócio Jurídico	15
Seção II - O Princípio da Vinculação ao Pactuado.....	18
Seção III - O Princípio da Autonomia da Vontade.....	19
 Capítulo III - AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO.....	23
Seção I - A Sobreposição dos Interesses Coletivos sobre os Individuais.....	24
Seção II - A superação da presunção de Igualdade Formal.....	25
Seção III - A limitação da vontade e a necessidade de intervenção do Estado.....	26
 Capítulo IV - O CONTRATO E A JUSTIÇA COMUTATIVA.....	30
Seção I - A incidência no Contrato Comutativo.....	30
Seção II - Casos de manifesta ausência da Justiça Comutativa.....	32
Seção III - Relação de paridade entre as partes e tutela ao hipossuficiente.....	34

Capítulo V - ORIGEM E PERSPECTIVAS DO CONTRATO DE TRABALHO.....38

Seção I - A gênese histórica da Relação de Trabalho 38

Seção II - A consagração do Contrato de Trabalho no Estado Social.....54

Seção III - A perspectiva do Contrato de Trabalho no Estado Neoliberal.....47

Parte II - CARACTERÍSTICA DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Capítulo I - A RELAÇÃO DE EMPREGO.....53

Seção I - Conceito e distinção com a Relação de Trabalho.....53

Seção II - Elementos caracterizadores.....56

Seção III - Natureza Jurídica: Teorias Contratualistas e Anticontratualistas.....63

Capítulo II - O CONTRATO DE TRABALHO COMO NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL.....70

Seção I - A Teoria do Fato Jurídico e sua Classificação.....70

Seção II - A Teoria do Negócio Jurídico.....74

Seção III - O Contrato Individual de Trabalho.....77

Capítulo III - CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO.....81

Seção I - Bilateral, Oneroso e Comutativo.....81

Seção II - Sucessivo, *Intuito Personae* e *de Adesão*.....86

Seção III - Consensual, Típico e Principal 90

Capítulo IV - CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATOS AFINS.....94

Seção I - Distinções com os clássicos contratos civis.....94

Seção II - Controvérsias atuais.....96

Seção III - A configuração da fraude e seus efeitos 104

Parte III - ELEMENTOS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Capítulo I - ELEMENTOS ESSENCIAIS PREVISTOS EM LEI.....107

Seção I - Agente Capaz.....110

Seção II - Objeto Lícito.....116

Seção III - A Forma.....120

Capítulo II - ELEMENTOS ESSENCIAIS SUPLEMENTARES OU DOUTRINÁRIOS.....124

Seção I - A Causa e o Consentimento.....124

Seção II - Os vícios da vontade: Erro, Dolo e Coação.....130

Seção III - Os vícios sociais: Simulação e Fraude 143

Capítulo III - OS ELEMENTOS ACIDENTAIS DO CONTRATO DE TRABALHO 149

Seção I - As condições e o termo.....150

Seção II - Hipóteses e peculiaridades dos Contratos a Prazo.....162

Seção III - Perspectivas do contrato por tempo determinado.....168

Capítulo IV - INEXISTÊNCIA, NULIDADE E NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO.....174

Seção I - Planos de Existência e Eficácia.....175

Seção II - Plano de Validade: Nulidade Absoluta.....181

Seção III - Plano de Existência: Nulidade Relativa.....199

CONCLUSÃO.....204

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....207.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tenciona estudar os elementos, essenciais e acidentais, do Contrato Individual de Trabalho e seus reflexos nos chamados planos de existência, validade e eficácia. A proposta se resume em como esquadrihar tema tão denso oriundo da civilista Teoria Geral dos Contratos. De que forma, e em que grau nos reportamos à parte geral do Código Civil em seu Livro III, *Dos Fatos Jurídicos*. Antes disso, a exposição aborda os caracteres da relação de emprego e as várias teorias que informam sua natureza jurídica.

A partir dessa *hipótese* o estudo analisa o Contrato Individual de Trabalho à luz do Direito Privado. A interdisciplinariedade ganha relevo quando da análise dos antecedentes e perspectivas da relação de trabalho subordinado, tendo como pressuposto histórico os modelos de Estado da Idade Moderna, a contar do Liberalismo, passando pelo Estado Social até chegar ao novel Neoliberalismo.

Sob o aspecto formal, a dissertação contém três partes, com cinco capítulos na primeira e quatro nas demais. Cada um dos treze capítulo subdivide-se, simetricamente, em três seções.

A *Parte I*, foi denominada *Evolução histórica do Contrato de Trabalho: origem civilista, emancipação e perspectiva*. O seu primeiro capítulo focaliza a *dogmática jurídica* influenciada pelo Positivismo Científico do século XVIII até os

Códigos Novecentistas do BGB e Napoleônico: época que fora formulada a pandectista Teoria do Negócio Jurídico. A partir do capítulo II, aborda-se a *concepção tradicional do contrato*, produto da teoria do negócio jurídico que adaptou os modelos do direito romano, passando pelas chamadas *transformações do contrato*, objeto do capítulo III. Dessa evolução do conceito de contrato, adveio a necessidade de intervenção do Estado para proteger o pólo mais frágil e assegurar a justiça comutativa. Desse propósito surge o Contrato de Trabalho, fruto de emancipação do contrato civil, consoante explanação dos capítulos IV e V.

A *Parte II, Características do Contrato Individual de Trabalho*, parte de um modelo autônomo de contrato de trabalho. Por opção didática estuda-se, antes a relação de emprego, seus caracteres e sua natureza jurídica. Após se constatar que a teoria contratual é a que melhor explica a taxionomia dessa relação jurídica, passa-se a análise do contrato de trabalho como espécie de negócio jurídico bilateral, sua classificação e distinção com os contratos afins.

Na última parte estuda-se os *Elementos do Contrato Individual de Trabalho*. Inicia-se, o capítulo I, pelos elementos essenciais expressamente previstos em lei e após, no capítulo II, os essenciais ditos *suplementares ou doutrinários*. O capítulo III fala dos elementos acidentais e, finalmente, no IV estuda-se o Contrato de Trabalho e seus planos de existência, validade e eficácia.

Nas CONCLUSÕES obteremos a ratificação da *hipótese*, ou seja, de que a análise dos elementos do Contrato Individual do Trabalho passa, necessariamente, pelo estudo da sua origem civilista, suas características e, sobretudo, pela Teoria Geral dos Contratos.

**Parte I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO
DE TRABALHO: ORIGEM CIVILISTA,
EMANCIPAÇÃO E PERSPECTIVA**

CAPÍTULO I - A DOGMÁTICA JURÍDICA

Dogma é a atitude que consiste em afirmar sem espírito crítico dogmas, ou seja, “verdades” para as quais não se admitem discussões¹. É exatamente assim que

¹ DUROZOI, Gerard e ROUSSEL, André. Dicionário de filosofia, p.141

se apresenta o Direito nos moldes do Positivismo Científico. É a concepção de Direito isenta de qualquer ideologia, a ciência jurídica como teoria pura, a irretorquível ciência do *dever-ser*. Cabe-nos, no entanto, uma pergunta salutar: É possível esta concepção neutra ? A resposta é negativa, conforme se vê adiante.

Se por um lado Kelsen contribuiu para evitar o abuso da ciência do direito como capa de tendências ideológicas², não se pode negar, por outro lado, que a dogmática jurídica exerce, ela própria, uma *função ideológica*, já que cumpre importantes tarefas de “socialização (homogeniza valores sociais e jurídicos), de silenciamento do papel social e histórico do direito, de projeção (cria uma cosmovisão do mundo social e do direito) e de legitimação axiológica, ao apresentar, como ética e socialmente necessários, os deveres jurídicos”³.

Oportuno lembrar a advertência de Orlando de Carvalho: “não há sistemas neutros ... todo o Direito é ideológico-político (e tanto mais quanto menos o mostra ...) como ideológico-político é o seu sistema de exposição”⁴.

² LÔBO, Paulo Luiz Neto. Do contrato no estado social, p.27.

³ WARAT, Luis Alberto. El sentido comun teórico, contradogmáticas, n. 1, mar/jul 1981, p. 65, *in apud* Paulo LÔBO: Do contrato no estado social, p.28.

⁴ CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica, p.14 e 15.

Seção I - O Positivismo Científico e o Estado Liberal

Todo o direito está na lei, tal assertiva bem demonstra a idéia legalista que fulcrou o Positivismo Científico, nascido no século XVIII. Sob a influência de Kant⁵, na Alemanha e de Comte, na França, o Positivismo Científico tinha duas linhas mestras: o *estatismo* e o *racionalismo*.

A propósito, as lições de Gilissen: “*Estatismo: a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito. Racionalismo: as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista*”⁶.

Foi a escola Pandectística que melhor absorveu a concepção do Positivismo na Alemanha, tendo como propulsores de destaque Windscheid e Von Jhering. O primeiro, dominou a ciência do Direito Civil antes e depois do B.G.B.⁷, não só na Alemanha como também em outros países europeus⁸. Quanto a Von Jhering,

⁵ “A teoria do conhecimento de Kant revela sua posição idealista. O objeto passa a submeter-se ao sujeito. Assim, as formas e as categorias são *a priori* e a matéria é *a posteriori* e variável, de um objeto a outro. As coisas só se tornam conhecidas na medida em que entram em relação com o sujeito e se amoldam às suas formas e categorias”, conforme CELSO LUIZ LUDWIG em sua tese de mestrado na UFPR: “A alternatividade jurídica na perspectiva da Libertação: Uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel”. Biblioteca da UFPR.

⁶ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. p. 516.

⁷ B.G.B. - *Bürgerlich Gesetzbuch* - trata-se do Código Civil alemão promulgado em 1896 e que entrou em vigor no dia 1o. de janeiro de 1900.

⁸ as traduções de Windscheid em italiano e grego resultaram em forte influência sobre os juristas destes países, cf. registra GILISSEN em obra citada, p. 517.

destacamos como o precursor da marcante *jurisprudência dos interesses* que, em contraposição à *jurisprudência dos conceitos*⁹, enaltece a perquirição dos interesses subjacentes aos conflitos da sociedade para melhor interpretar a norma jurídica¹⁰.

Pecaram os *Pandectas* alemães, como também os *Exegetas* da escola francesa, pelo excesso de abstrações lógicas do sistema jurídico. O grande erro dos Positivistas foi o de “engessar” o direito no tempo e no espaço, interpretando suas normas de forma descomprometida em relação aos valores e compromissos sociais.

Registre-se que já no fim do século XIX, esses mesmos juristas se uniram aos economistas e políticos para defender o *laissez faire, laissez passer*. Nascia, então, a ideologia do *Liberalismo*, assentada em dogmas como: a não interferência do Estado, a autonomia da vontade na celebração de contratos e a igualdade formal entre as partes.

Sob a forte influência de Kant, que insistia sobre a vocação fundamental do direito para permitir a coexistência das liberdades individuais, os pandectistas alemães criaram a tão decantada figura do *negócio jurídico*: uma teoria cheia de conceitos excessivamente abstratos e categorias jurídicas de aguçada perfeição lógica.

⁹ expressão consagrada na Alemanha, “*begriffsjurisprudenz*”, que prega um método de construção jurídica a partir de conceitos abstratos.

¹⁰ oportuno o registro do Prof. Fernando Noronha: “hoje, a *jurisprudência dos interesses* já está ultrapassada, substituída pela *jurisprudência dos valores*, ou das *valorações*, cuja formulação mais acabada se deve essencialmente a outro Mestre alemão, Josef Esser, e que, no fundo, representa mero desenvolvimento da idéia básica da *jurisprudência dos interesses*: se o legislador fez prevalecer na norma concreta um certo interesse, é porque ele procedeu a uma determinada valoração de tais interesses, que lhe permitiu selecionar aquele que, a seu juízo, se afigurava mais merecedor de tutela. Atrás dos interesses estão, portanto, valores, que os precedem e que, por isso, devem orientar todo o pensamento jurídico.”, in “O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais”, p. 37 e 38.

Seção II - Os Conceitos e as Categorias Jurídicas

A fim de melhor elucidar como se posicionam conceitualmente os elementos que compõem o sistema jurídico pátrio, herdado do Positivismo, evocaremos, de forma sintética, as didáticas lições de Orlando Gomes¹¹:

“ O direito realiza-se mediante processos técnicos. Os mais importantes são: a) os conceitos; b) as categorias; c) as construções; d) as ficções; e) as presunções. O conceito é uma abstração (esquematizada) que permite pelo processo da generalização, as construções ou teorias. As categorias são os quadros em que se agrupam, por afinidade, os elementos da vida jurídica. Os principais são: o sujeito, o objeto e o fato jurídico. A ficção é o processo pelo qual a ordem jurídica admite como verdadeiro o que é suposto. A presunção é uma consequência que a lei tira de um fato conhecido, para admitir um desconhecido.

A aplicação do direito se faz passando do geral para o particular. O silogismo é o instrumento do jurista prático. A operação pela qual se põe a espécie sob o império da regra abstrata, denominada subsunção, não é simples, porque, freqüentemente, se tornam necessários, para completá-la, sucessivos silogismos. As normas de direito positivo são agrupadas sistematicamente,

¹¹ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 9 a 11.

formando os institutos jurídicos. A coordenação dos diversos institutos jurídicos em um todo harmônico forma, por sua vez, o sistema jurídico.”

O melhor compêndio do sistema jurídico positivista é apresentado por Luiz Edson Fachin, quando diz ser um sistema “pretensamente neutro calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, praticamente inatingível e com pretensões à perenidade”¹².

Segundo o autor supracitado, tal sistema desenhou a formulação mais acabada do projeto ideológico de sustentação do Direito Civil nos últimos dois séculos.

Aludido sistema jurídico é tão fechado que sequer permite a possibilidade de existência de lacunas. Parte da premissa que a lei contém todo o direito e que o processo de aplicação é fruto de um mero exercício silogístico¹³. Logo, o papel do julgador e do hermeneuta é equivalente ao de um autômato.

Neste diapasão, fazendo alusão à *escola da exegese* francesa, ao *Pandectismo* alemão e à *escola analítica (Analytical School)* da Inglaterra, Maria Helena Diniz lembra que reinava a concepção mecânica da função judicial, entendida como um processo de dedução lógica, que supunha haver para cada caso controvertido

¹² FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil *in* revista: “Jurisprudência Brasileira”, p.46.

¹³ cf. Amilton Bueno de Carvalho: “a aplicação silogística da lei, como é ensinada nas faculdades, nada mais é do que uma forma de aprisionar o Juiz, tirar-lhe a força criadora. Serve, pois, às classes que elaboram as leis, pois fazem dele um mero e frio aplicador do direito positivo”, *in* artigo “A Lei. O Juiz. O Justo.”, Revista AJURIS, n. 35, p. 145.

uma lei e que aquele caso fosse redutível a uma expressão simples, livre de qualquer ambigüidade. “O racionalismo buscava a simetria, a construção lógica perfeita, o que o levou à utopia”¹⁴.

Conhecido por *jurisprudência dos conceitos*¹⁵, o método jurídico do Positivismo, utiliza a técnica da construção do direito a partir de postulados, conceitos e pirâmides de conceitos.

A base da *pirâmide* era constituída pelos conceitos jurídicos mais restritos, que se subordinariam a outros, colocados em escalões superiores e progressivamente mais amplos, até que, no topo, estariam os conceitos mais abstratos de todos, como os de “direito subjetivo”, “pessoa”, “negócio jurídico”. De acordo com tal visão, o ordenamento jurídico completar-se-ia a si mesmo: haveria sempre um conceito superior do qual deduzir a solução do caso concreto, ou a partir do qual se esclareceria o sentido de eventual norma obscura ... era o conhecido dogma da *plenitude lógica do ordenamento jurídico*¹⁶.

Não podemos deixar de registrar nossa crítica a este sistema que traz conceitos abstratos e categorias jurídicas com a ilusória pretensão de serem imutáveis e exaustivos, quando em verdade são provisórios, haja vista a necessidade de acompanhar a constante mutação axiológica da sociedade¹⁷.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p.47 e 48.

¹⁵ do alemão: *begriffsjurisprudenz*, jurisprudência usada aqui no sentido de ciência do direito.

¹⁶ NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais, *apud*, nota de rodapé n. 40, p. 36.

¹⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O sistema jurídico herdado do Positivismo Científico e os Códigos Civis Novecentistas. *In*: Revista do IAP n. 26/1996. p. 250.

No abalizado escólio de Maria Francisca Carneiro quanto à lógica e à linguagem utilizadas nesse modelo jurídico “vimos que o direito, nessa apreensão, vale-se de determinados códigos lingüísticos e científicos, que redundam em um produto específico, *nem sempre satisfatório a todas as questões da realidade*”¹⁸.

Não obstante encontrar-se abalado por críticas que ao longo do tempo aumentam, tal sistema influenciou os códigos novecentistas e insiste em permanecer no tempo.

Seção III - Os Códigos Novecentistas e o Direito Privado

Sem dúvida foi no século XIX que surgiu a verdadeira vocação para a codificação e sistematização dos ordenamentos jurídicos. O motivo nos parece óbvio: a forte influência do Liberalismo que desejava o *mundo da segurança*, traduzido numa seqüência ordenada de normas legais que vinha ao encontro da idéia de perenidade das categorias jurídicas e dos conceitos abstratos que tinham a pretensão de serem permanentes. Laurent proclamava naquela ocasião: “Não existe mais incerteza porque o direito está escrito nos textos; já há a segurança dos textos”¹⁹.

¹⁸ CARNEIRO, Maria Francisca. Das linguagens ao direito: um método para avaliação do dano moral. p. 246.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena, obra citada, p. 47.

Destacamos, nessa época, dois códigos de suma importância: o francês e o alemão. O código napoleônico de 1804 exerceu forte influência nos códigos novecentistas e alguns do presente século. Foi considerado o código da burguesia em face dos valores que colimou atender, mormente a idéia individualista que imperava na época. Sem preocupação com a originalidade, o código francês procurou harmonizar o direito romano com o direito costumeiro²⁰.

Já o código alemão, o B.G.B. de 1896, repercutiu nos códigos mais recentes do século XX, tendo como característica sua preocupação obsessiva pelo tecnicismo²¹. Como contribuição histórica importante, destacamos sua rigorosa fidelidade às concepções e às técnicas do direito romano.

A ciência do direito, no século XIX, encontra sua expressão mais característica no exegetismo. Para a escola francesa da Exegese, a totalidade do direito positivo identifica-se por completo com a lei escrita. Com isto, a ciência jurídica se apegou a tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido.

Na Alemanha deu-se a incorporação do direito romano à ordenação jurídica alemã e os *pandectistas* da época passaram a ter uma atitude rigorosamente exegetica aos textos do *Corpus Iuris*, bem semelhante a que os franceses tinham relativamente ao Código Napoleônico²².

²⁰ cf. GOMES, Orlando. obra citada, p. 53.

²¹ tal fato mereceu elogios por parte da doutrina da época, vez que facilitava a interpretação, afastava as controvérsias e eliminava as ambigüidades, cf. observações feitas por Orlando Gomes *in* obra citada, p. 55.

²² cf. DINIZ, Maria Helena. *In*: obra citada, p. 46 e 50.

Cumpra assinalar que os dois códigos, francês e alemão, não atingiram as bases econômicas e sociais de vida social, conservando-se como códigos nitidamente capitalistas; o *codex* alemão foi informado por princípios filosóficos de um individualismo menos liberal do que o francês²³.

O nosso código civil de 1916 sofreu forte influência do B.G.B.. Até mesmo a divisão é equivalente: uma parte geral (composta do direito das pessoas, dos bens e dos negócios jurídicos) e uma parte especial (compreendida em direito das obrigações, direitos reais, direito de família e direito hereditário).

O grande pecado dos códigos civis foi fazer tábula rasa dos sujeitos de direito, considerando-os como seres indiferenciados e iguais, quando na realidade não há esta igualdade²⁴.

O arcabouço da codificação se armou sobre um prolongamento do personalismo ético, que atribui ao homem, como indivíduo, isoladamente, uma dignidade, embora (e apenas) formal²⁵. Com efeito, o sujeito de direito do código é tão somente aquele que possui patrimônio (aquele que tem!).

²³ cf. GOMES, Orlando, obra citada, p. 55.

²⁴ cf. observa Eduardo de O. LEITE: “O Código Civil Brasileiro, elaborado num período de transição, com características acentuadamente monarquistas, escravagistas e paternalistas, nunca reproduziu as tendências de uma comunidade em intensa evolução e que caminha decisivamente em direção a um mundo moderno, liberado das tradições legadas pelo passado. O Código Civil reproduziu antes as instituições de uma elite, minoritária e refratária, do que as aspirações do povo brasileiro”, in “Tratado de Direito de Família”, vol. 1, p. 343.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. in artigo já citado, p.46, nota 5 *in fine*.

Nesse quadrante, tudo se reduzia a ingressar no *foro privilegiado* do sujeito de direito: aquele que tem bens, sob si, compra, vende, pode testar, e até contrair núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais, o limbo. Os que nada têm (naquela acepção clássica de patrimônio) ficam de fora do espaço criado pelas categorias abstratas do sistema jurídico.²⁶

Atualmente, o grande acervo de *leis especiais* ou *extravagantes*²⁷, mais consultadas e aplicadas que o próprio código, demonstra a fase *pós-código* que estamos vivendo. Tal fator é sintomático, na medida em que as *leis extravagantes*, percebendo o equívoco do código, atuam em sentido inverso, ou seja, buscam perquirir a realidade de cada sujeito de direito, seus valores sociais, para, então, num segundo momento, normatizar as relações conflituosas daí existentes²⁸. É por isto que a vocação do século não é para a codificação²⁹.

A tendência do Estado Social do século XX foi a de identificar e assumir a inferioridade social de determinados sujeitos de direito, protegendo-os juridicamente. Esse sentido é exatamente inverso daquele visto no Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX que, conforme lembram Magano e Mallet, contemplava direitos individuais considerados “não em face do homem concreto, de carne e osso, mas do homem como

²⁶ FACHIN, Luiz Edson, artigo citado, p. 48 e 49.

²⁷ Em verdade, estas expressões “leis especiais ou extravagantes” são impróprias, vez que o Código não é mais hoje a disciplina geral das relações jurídicas próprias da sociedade civil. Como lembra Orlando Gomes, o qual concordamos em gênero e número, “essas leis nada têm de especiais, eis que não são desdobramentos de institutos codificados, não regulam matéria estranha ao conteúdo do Direito Privado, nem apanham menor número de destinatários ou de hipóteses”, in Introdução ao Direito Civil, p. 58.

²⁸ exemplo típico desta constatação é o recente Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90.

²⁹ GOMES, Orlando. obra citada, p. 59.

entidade abstrata, projeção essencial de uma idéia, categoria metafísica, *inexistente no plano real*.”³⁰

O *contrato*, como instituto jurídico inserido nesse contexto, sofreu sensível transformação: do arcaico modelo alemão e sua teoria do negócio jurídico à política de ingerência estatal no combate aos abusos e às usuras, bem como na defesa do restabelecimento equitativo dos contratantes.

³⁰ MAGANO, Octávio Bueno. MALLET, Estêvão. O direito do trabalho na Constituição. p. 03.

CAPÍTULO II - A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO

Chamamos de concepção tradicional do contrato aquela que teve origem no Direito Romano, sendo aperfeiçoada e delineada com magistral precisão no século XIX pela escola alemã dos Pandectas³¹.

Justifica-se a alcunha “tradicional”, na medida em que referido modelo, de índole individualista, sofreu, ao longo do tempo, fortes críticas em face do excesso de abstrações não mais condizentes com os valores sociais evoluídos e transformados³².

Seção I - Origem: do Direito Romano à Teoria Pandectista do Negócio Jurídico

O modo normal de formação dos contratos, tanto no direito romano antigo, como no clássico era a *stipulatio*. Tratava-se de um contrato formal, no sentido de que era exigida, sob pena de nulidade, a troca de certas palavras solenes entre o credor e o devedor. Os termos eram simples. Por exemplo, *Spondesne ?* (Prometes ?), *Spondeo!* (Prometo!)³³.

³¹ Para os Pandectas o contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico (bilateral).

³² Destacamos como críticos Orlando Gomes e, entre os mais novos, Fernando Noronha, Carlos Alberto Bittar, Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Neto Lôbo, dentre outros.

³³ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. p. 731.

O Direito Romano distinguia os *pactos* dos *contratos*, sendo ambos espécies do gênero *conventio* que era, de certa forma, todo e qualquer acerto estabelecido entre dois sujeitos, visando o solvimento de algum compromisso ou a adimplência de alguma obrigação. *Pactos* eram as convenções que geravam obrigações de direito natural (*naturale tantum*), sem que pudessem implicar em sanções ou possibilidade de ação judicial. *Contrato* era a convenção que produzia obrigações civis, prevista pelo direito e, portanto, passível de ação judicial.

Na época do imperador Justiniano esse balizamento foi sendo desprezado, culminando com a concepção do contrato como instrumento jurídico capaz de produzir obrigação³⁴. A partir de então, o Direito Romano, sob forte influência de Ulpiano, rompe com o formalismo e passa a enaltecer a idéia de contrato como *consentimento mútuo* acerca de um mesmo objeto. Embora os romanistas não tivessem um conceito específico e abrangente de contrato, na prática tiveram inúmeros modelos contratuais (vg: *locatio* e *mandatum*, dentre outros).

A despeito da influência romanista, podemos asseverar que a construção do conceito de contrato propriamente dita é moderna e deve-se, fundamentalmente, a filósofos do século XVIII³⁵.

Não se pode esquecer também a influência dos canonistas que atribuíram importância vital à *palavra empenhada* e à *fé jurada*, sendo, para eles, a

³⁴ DAIUTO, Reynaldo Ribeiro. Introdução ao Estudo do Contrato, p. 23

³⁵ GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações, p. 70.

vontade das partes, a própria fonte das obrigações. Os jusnaturalistas receberam bem a idéia canônica, apesar de suas divergências óbvias oriundas da sua posição racionalista.

Já no século XIX, era do *voluntarismo jurídico*, nasceu a *Teoria do Negócio Jurídico*. Inspirada no modelo idealista kantiano³⁶, foi formulada pela escola alemã dos Pandectas, cuja característica marcante era a precisão lógica e o abstracionismo em excesso.

Ressalte-se, a sintética observação de Bittar acerca da influência do Código Napoleônico:

*“a simplicidade econômica à época da edição do modelo francês inspirou a formulação de um regime contratual baseado no contato direto entre produtor e comprador; locador e locatário; tomador e prestador de serviços e assim por diante. Contentaram-se as codificações do século XIX e início do século XX com as posições que, oriundas do regime romanista, foram consolidadas, à luz das influências canônicas e do direito intermediário, pela doutrina científica do século XVIII.”*³⁷.

Os fundamentos da Teoria do Negócio Jurídico alemão e do modelo francês foram: a *autonomia da vontade dos signatários* e a *vinculação das partes ao pactuado*.

³⁶ vide nota 5 infra e ainda “O pensamento de Kant” de Georges PASCAL, Petrópolis, Vozes, 1983, p. 37.

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor, p.9.

Seção II - O Princípio da Vinculação ao Pactuado

É o princípio da força obrigatória do contrato, ou seja, aquilo que nele for estipulado deve valer como lei entre os contraentes. Consagrada no direito canônico, a premissa *pacta sunt servanda* impõe o cumprimento das partes em relação ao que foi pactuado livremente.

A Lei é que torna obrigatório o cumprimento do contrato e o faz para compelir aquele que livremente se vinculou a manter sua promessa, procurando, desse modo, “assegurar as relações assim estabelecidas”³⁸.

O direito positivo, além de contemplar mencionado princípio, prevê sanções contra a inadimplência das obrigações contratuais, autorizando o credor a adentrar na esfera patrimonial do devedor, através de execução judicial.

A esse princípio da obrigatoriedade ou da vinculação, poder-se-ia chamar de princípio da *intangibilidade*, vez que se estaria traduzindo melhor não só a impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também de o conteúdo contratual ser objeto de revisão judicial.

Por outro lado, a pressão da realidade econômica e social forçou a admissão de algumas restrições, “corporificadas em institutos que se foram

³⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito civil, p. 13.

desenvolvendo paulatinamente, como a *teoria da imprevisão* e a resolução por *onerosidade excessiva*, mas que nunca chegaram a afetá-lo verdadeiramente”³⁹.

O *princípio da vinculação ao pactuado* possui vários fundamentos: para alguns decorre do natural dever de veracidade dos homens; para outros decorre do fato de ser conveniente ao cidadão o respeito ao direito alheio, para que possa assim exigir em relação ao seu. Por último, a teoria que entende ser decorrente do princípio da autonomia da vontade, vez que o homem só pode ser vinculado pelas suas próprias obrigações. Essa, a teoria mais aceita.

Seção III - O Princípio da Autonomia da Vontade

Há divergências quanto à questão terminológica desse princípio. A expressão consagrada pela doutrina clássica é *autonomia da vontade*⁴⁰. Contudo, a expressão que tende a substituir aquela, a fim de caracterizar a concepção individualista e liberal que ao seu tempo imperava, é *princípio da autonomia privada*⁴¹.

Tamanha preocupação com o aspecto onomástico reflete a necessidade dos positivistas em querer adaptar um conceito a outras circunstâncias sociais, tudo nos moldes ideológicos do liberalismo. A isto, Paulo Lôbo chama de “declínio do dogma liberal da *vontade*”⁴².

³⁹ NORONHA, Fernando. ob. citada, p. 42.

⁴⁰ alcunhada por Gounot em 1912.

⁴¹ cf. Fernando Noronha, *in* obra citada, p. 111.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Neto. obra citada, p. 58.

Para Emílio Betti a autonomia privada “configura um auto-regulamento; um regulamento directo, individual, concreto, de determinados interesses pessoais efectivados pelos próprios particulares interessados. Entre o interesse regulado, o poder e a vontade reguladora há uma coincidência imediata: porque são interesses, poder e vontade das próprias pessoas”⁴³.

Fernando Noronha subdivide o princípio da autonomia da vontade em:

- *liberdade contratual*;
- *consensualismo*, e
- *efeito relativo dos contratos*.

A *liberdade contratual* ocorre em duas dimensões: quanto à celebração dos negócios jurídicos e quanto à determinação do conteúdo do contrato. A primeira tem-se mantida, em termos gerais, enquanto que a liberdade do conteúdo contratual tem sofrido amplas restrições⁴⁴. À medida que o Estado absorve maior componente de social, reduz-se o espaço de *autonomia*, ampliando-se o espaço de *heteronomia*⁴⁵. Quanto mais *interesse social*, menos *autonomia da vontade*⁴⁶. O avanço de um é a medida do recuo da outra⁴⁷.

⁴³ BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, p.99, tomo I.

⁴⁴ WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos, vol. 2. p. 121.

⁴⁵ Paulo Lôbo distingue “autonomia” de “heteronomia”, sendo o primeiro o poder de auto-regular-se entre iguais e, o segundo, o poder de criar normas para os outros. De acordo com este professor alagoano, a prevalência da “heteronomia” é o reflexo da decadência do liberalismo, na razão inversa da expansão da ideologia social, característica da sociedade de massas. Obra citada, p. 58 e 59.

⁴⁶ Segundo Maria Helena Diniz: “em atenção à convivência social, este princípio da autonomia da vontade subordina-se às imposições da ordem pública”. Obra citada. p. 225.

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. obra citada, p. 58.

O *princípio do consensualismo* é infenso ao formalismo que imperou no Direito Romano. Aqui domina a liberdade quanto à forma dos contratos: o simples pacto já vincula os contratantes. Porém, com o advento do chamado “dirigismo contratual”⁴⁸ do Estado Social do século XX, retornou-se ao apego das formas solenes dos contratos. Passou-se a engendrar certas exigências que abalaram “a generalização exagerada do consensualismo”⁴⁹.

Ressalte-se o *princípio do efeito relativo dos contratos* que segue a parêmia latina *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* (coisa feita entre outros não prejudica nem beneficia a terceiros). Logo, sendo o contrato uma manifestação da vontade privada, “não poderia atingir senão as esferas jurídicas dos participantes do consentimento”⁵⁰. Contudo, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato não é absoluto, vez que contempla certas exceções: a) a Convenção Coletiva de Trabalho com força de lei perante toda a categoria profissional e econômica, independente de filiação sindical; b) a figura da estipulação em favor de terceiros; c) a fraude contra terceiros, etc.

A verdade é que nessa matéria, o que está em jogo é a dimensão da autonomia atribuída às partes. Tanto o efeito relativo do contrato, a moderação do

⁴⁸ esta expressão ficou consagrada por JOSSERAND, in “Evolutions et actualités”.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. 3, p. 14. O autor cita como exemplo a elaboração de instrumento escrito para a venda de automóveis e a inscrição no registro imobiliário.

⁵⁰ BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. Do contrato: teoria geral, p. 212.

consensualismo, como a própria liberdade contratual “só têm valor na medida em que a autonomia privada é relevante, por razões de ordem econômica e social”⁵¹.

São, portanto, legítimas estas limitações quando colimam assegurar a equidade contratual, a justiça comutativa, o equilíbrio material das partes e o interesse público. É decadente a idéia original que colocava a liberdade contratual num plano ilimitado e de suprema hierarquia, haja vista as transformações que sofreu (e vem constantemente sofrendo) a seara dos contratos.

⁵¹ NORONHA, Fernando. obra citada, p. 120.

CAPÍTULO III - AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO

É partindo da concepção de que o *direito é um subsistema do sistema global da sociedade*⁵² que constatamos ser impossível aceitar a idéia de permanência e imutabilidade dos conceitos jurídicos. Ao passo que os valores sociais transformam-se, neste mesmo sentido o direito deve ser impulsionado, sob pena da norma perder sua reflexibilidade e tornar-se inócua.

Deve-se, portanto, afastar qualquer tentativa de tornar o sistema jurídico *fechado* como defendem os sequazes do *Positivismo Científico*. É fato que o contrato sofreu e vem sofrendo transformações no decorrer do tempo.

Nascido sob o auspício dos liberais, que viam no contrato um instrumento de legitimação de seus interesses egoísticos, o individualismo exacerbado do *Voluntarismo Jurídico* passa a ceder espaço para uma nova era: a da *sobreposição dos interesses coletivos sobre os individuais* e do *dirigismo contratual*.

Não se pode contestar que o pensamento jurídico evoluiu no sentido de consagrar a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais. A preocupação de dar satisfação às necessidades sociais determinou profunda modificação no modo de

⁵² a expressão é utilizada por Fernando Noronha, in “O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais”, p.21.

conceber o direito civil que está sofrendo transformações radicais na medida que “concilia a liberdade do indivíduo com a justiça social”⁵³.

Seção I - A Sobreposição dos Interesses Coletivos sobre os Individuais

A orientação surgida no Estado Social⁵⁴ é de socializar e moralizar as relações jurídicas contratuais. Assim é que os interesses coletivos e sociais são prioritários em relação àqueles individuais.

Conforme assinala Orlando Gomes⁵⁵: “orienta-se, modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo aos interesses individuais de cunho meramente egoístico”.

Conjuga-se o interesse público com o particular, fazendo com que a moderna relação contratual sobreleve seu aspecto social⁵⁶.

Essa tendência socializante inspira-se na própria semântica do Direito como ciência social, analisando-a ontologicamente. Se o contrato é uma categoria do sistema jurídico e este existe em função do social, não há como perpetuar a concepção individualista de contrato nascida da escola dos Pandectas.

⁵³ cf. GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p.61.

⁵⁴ Estado Social, também denominado Estado Providência, é aquele que surgiu no início deste século em contraposição ao Estado Liberal individualista do século XVIII. (N.A.)

⁵⁵ GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações, p. 1.

⁵⁶ DAIUTO, Reynaldo Ribeiro. Introdução ao Estudo do Contrato, p.29.

Como o nosso Código Civil de 1916 foi insensível em relação a essas transformações, por conseguinte, editaram-se freqüentes leis esparsas que vieram ao encontro dessa inclinação socializante. Registrem-se algumas legislações sociais: a) Consolidação das Leis do Trabalho de 1943; b) Os direitos sociais da Constituição Federal de 1988; c) Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); d) Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); e) A defesa dos direitos sociais pelo Ministério Público - Lei Complementar 75/93. Esse tema inspira tanta grandiosidade, que hoje impera importante distinção entre *direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos*.

A sobreposição dos interesses coletivos sobre os individuais foi ensejada também pela forte influência de que a idéia de *igualdade formal*, tão propalada na Teoria do Negócio Jurídico está superada e, em verdade, traduz-se numa ficção jurídica conveniente à ideologia do *voluntarismo jurídico* do século passado.

Seção II - A superação do dogma da Igualdade Formal

O modelo contratual, que insiste em vigorar em nosso direito positivo, teve origem na Teoria do Negócio Jurídico do século XIX, que apresenta como pressuposto essencial a igualdade formal entre os signatários. Essa idéia de paridade nunca refletiu (nem reflete) a realidade, pois, como sabemos, a grande maioria dos contratos comutativos sempre tem uma parte economicamente mais forte, que acaba impondo a sua vontade sobre a outra mais débil.

Ocorre que tal presunção de equidade formal fazia parte da fórmula encontrada pelo liberalismo burguês em manter, definitivamente, o Estado afastado das manifestações da vida privada, cabendo-lhe tão somente arbitrar os conflitos e zelar pelo cumprimento dos preceitos da ordem jurídica⁵⁷.

Repare que somente torna-se legítima a idéia de afastar o Estado, se aliarmos a concepção de que os contraentes estão num mesmo pé de igualdade. Sem a imiscuição estatal, ficou livre o terreno da imposição da força do rico sobre o pobre, do forte sobre o fraco. Tudo com o aval do legislador que fingia acreditar na presunção igualitária dos sujeitos do contrato.

Com a derrocada da ideologia liberal-burguesa e a ascensão do chamado *Estado Social*, as relações econômicas revelaram-se sobremaneira carentes da ingerência regulamentar do poder estatal, tido então como o único capaz de garantir as bases da concorrência e o equilíbrio dos fluxos econômicos⁵⁸.

Seção III - A limitação da vontade e a necessidade de intervenção do Estado

O fato propulsor da ingerência estatal e da necessidade de limitar a autonomia volitiva dos contratantes foi, sem dúvida, a massificação da sociedade.

⁵⁷ MOTILLA, Agustin. La Codificación como Técnica de Producción Legislativa. In: Revista de Derecho Privado, Madrid, t.71, p. 571, jun.1987.

⁵⁸ CARNEIRO, Ricardo. A Crise da Codificação e os Rumos do Direito Privado in "Revista Jurídica Themis", p.46.

Oportuna a observação do prof. Fernando Noronha: “realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui interessa, que são os contratos, tal palavra é massificação.”⁵⁹

Para esse jurista o fenômeno ficou patente não tanto pela impossibilidade do mais fraco conseguir a inclusão de cláusulas divergentes das padronizadas, como pelo fato de que “foi a própria massificação que permitiu que os mais fracos adquirissem consciência de que também tinham força: eles constituíam a massa, estando igualados na “desgraça”, o que facilitava a sua reação coletiva.”⁶⁰

A intervenção do Estado na órbita contratual dá-se de várias formas: a) através do *dirigismo contratual*; b) por intermédio de leis que protegem diretamente a parte hipossuficiente; ou, c) com o apoio a entidades organizadas, *vg: sindicatos, associações*. Tudo para que o contratante débil possa enfrentar de forma igualitária o signatário mais forte, reestabelecendo um equilíbrio na relação jurídica, ao mesmo tempo, coibindo os freqüentes abusos das condições contratuais herdadas do modelo voluntarista.

O dirigismo do Estado enseja uma nova concepção de contrato que foge totalmente dos moldes clássicos do negócio jurídico. Nas palavras de Orlando Gomes,

⁵⁹ obra citada, p. 71. Segundo o autor mencionado, a massificação ocorreu “nas cidades, transformadas em gigantescas colméias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos, por atos de membros não identificados; no processo civil com as ações coletivas, visando a tutela de interesses difusos ou coletivos, nas relações de consumo, finalmente, com os contratos padronizados e de adesão”.

⁶⁰ obra citada, Introdução ao Direito Civil p.73.

estamos diante de uma verdadeira *deformação conceitual*⁶¹, onde prevalecem normas cogentes que afetam o conteúdo e as obrigações dos contratos, sendo estas inalteráveis pelas partes. São medidas contrárias aos tradicionais princípios da autonomia das partes e do *pacta sunt servanda*.

No Estado Liberal, o direito contratual era tendencialmente *não-cogente*, sendo a função básica do Direito suplementar a autonomia da vontade, por intermédio de normas preferentemente *dispositivas*. Nos tempos atuais, a tendência é inversa, ou seja, o número de normas cogentes encontra-se em progressão crescente, constituindo uma das técnicas de que se vale o Estado Social para disciplinar o contrato. Com essas normas, o Estado passa a limitar crescentemente o espaço de *autonomia* dos particulares⁶².

Luigi Ferrara, a propósito, assinala: “La autonomia privada, especialmente en el terreno contractual, ha venido en tiempos recientes atenuándose, hasta desaparecer alguna vez, como consecuencia de la concentración de capitales, por un lado, y de la intervención del Estado, por otro”⁶³.

Modernas formas de contratos, decorrentes principalmente das necessidades econômicas das grandes empresas, acabaram surgindo nas últimas décadas. São os chamados *contratos de adesão* e *contratos regulamentados*. Passou-se, então, a

⁶¹ GOMES, Orlando. Idem. p. 72.

⁶² LÔBO, Paulo. obra citada, p. 85 e 86. Segundo este autor a limitação da autonomia privada não pode ser *negativa*, mas *positiva*, ou seja, interligada à idéia finalística, balizada pela função social do contrato.

⁶³ FERRARA, Cariota Luigi. El negocio jurídico. p. 47.

uniformizar e padronizar as condições contratuais, inibindo por completo as tratativas preliminares e a *pactuação* (na acepção literal da palavra).

Acerca dessa nova modalidade contratual, Ferrara arremata: “La standardización de los contratos (contratos de transporte, pólizas de seguro, etc.), y su formación por simple adhesión por parte del público (contratos de adhesión), no han dejado al particular sino la libertad de contratar o no, pero el contenido, las modalidades y todos los efectos del negocio han sido sustraídos a su poder”⁶⁴.

A partir desse quadro, o princípio da intangibilidade do conteúdo contratual fica abalado. Ao juiz, atribui-se em situações especiais o poder de revisão, quando necessário se faz restaurar o equilíbrio rompido.

Orienta-se a política legislativa no sentido de salvar o contrato sempre que sua invalidade não seja decorrente de grave defeito, preferindo-se a técnica de superposição do preceito legal à cláusula que infringe proibição legal ou atenta contra os bons costumes.

É a regra da equivalência das prestações, tão necessária como expressão da *justiça comutativa*⁶⁵.

⁶⁴ FERRARA, Cariota L., obra citada, p. 47.

⁶⁵ GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. p. 07.

CAPÍTULO IV - O CONTRATO E A JUSTIÇA COMUTATIVA

Não se pode conceber um sistema jurídico divorciado da idéia de justiça. Pascal em célebre frase acrescenta: “A justiça sem a força é impotente, e esta sem aquela é tirânica”.

Sendo o contrato um instituto jurídico, não se pode admiti-lo de foma injusta. A justiça contratual traduz precisamente a idéia de *equilíbrio* que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual. Dentre as espécies contratuais, o seu campo de eleição é, naturalmente, o *contrato comutativo*⁶⁶.

Seção I - A incidência no Contrato Comutativo

Comutativo é o contrato em que cada uma das partes, além de receber da outra prestação equivalente à sua, pode apreciar imediatamente essa equivalência⁶⁷. Opõe-se, pois, aos chamados contratos *aleatórios*.

O simples conceito de contrato comutativo já nos traz a idéia nítida de *prestações equivalentes*. Essa *equivalência* está, por sua vez, interligada à idéia de *justiça contratual*.

⁶⁶ NORONHA, Fernando, obra citada, p. 215.

⁶⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, vol. 5, p. 29.

O modelo contratual desenhado no século XIX, oriundo da teoria do negócio jurídico, não teve a preocupação de enaltecer a *justa* equivalência de direitos e obrigações dos signatários do contrato comutativo.

Com base nesse desprezo, as legislações codificadas, com raras exceções⁶⁸, não possuem expressa previsão para as chamadas cláusulas revisionistas que, em situações especiais, visam coibir os abusos e restabelecer o justo equilíbrio.

Urge registrar, contudo, que sob a veste de *teoria da imprevisão*, nosso ordenamento jurídico chega a admitir determinadas situações de interferência do Estado, como aquelas do Código Civil que: a) permitem reclamar abatimento do preço por deterioração da coisa adquirida, por vício redibitório, por evicção parcial, etc.⁶⁹; b) limitam o valor da cláusula penal (art. 920), ou dão ao juiz o poder de reduzi-la (art. 924); c) obrigam à dedução dos juros vencidos, nos casos de vencimento antecipado de dívidas⁷⁰ (art. 763).

É, pois, o Código de Defesa do Consumidor o caso que mais evidencia a tendência legislativa de intervenção estatal⁷¹ com o escopo de restabelecer a verdadeira paridade entre as partes muitas vezes abalada.

⁶⁸ São exceções o código civil italiano (1942), o código das obrigações da Polônia e o recente código civil português.

⁶⁹ cf. arts. 866, 1.105, 1.111, 1.114, 1.190 do CC.

⁷⁰ cf. exemplos enumerados por Fernando Noronha, in obra citada, p. 222.

⁷¹ Sobre a defesa dos consumidores vale a lembrança de Ugo Ruffolo de que *as relações sociais massificadas, a presença das grandes unidades produtivas e a produção e distribuição em grande série fizeram emergir um sujeito social novo constituído dos consumidores*. Está nítido, neste casuismo, o acompanhamento do direito em relação à mudança axiológica da sociedade. RUFFOLO, Ugo. *Interessi collettivi o difusi e tutela del consumitore*, p. 22.

Seção II - Casos de manifesta ausência da Justiça Comutativa

Além dos casuísmos citados na seção anterior, há certos casos em que a desproporcionalidade de condições entre os contratantes é evidente, carecendo de uma intervenção estatal com o objetivo de restabelecer a justiça comutativa.

Adotaremos a melhor doutrina de Fernando Noronha acerca deste assunto⁷².

A primeira hipótese diz respeito aos *vícios de consentimentos* e às *incapacidades*. Se o contrato está inquinado por discrepância não intencional entre a vontade de uma das partes e a sua declaração (erro, dolo, coação), não existirá justiça formal e, por corolário, não se pode presumir a justiça substancial. Da mesma forma, constatando-se fatos geradores de incapacidade legal (*menoridade, alienação mental, surdo-mudez e prodigalidade*), não haverá justiça substancial ante a falta de presunção da justiça formal.

A segunda possibilidade refere-se à *lesão*⁷³ e ao *estado de perigo*. São contratos manifestamente iníquos em face do manifesto desequilíbrio entre a prestação e

⁷² obra citada, p. 227 a 249.

⁷³ Segundo Sílvio Rodrigues, a *lesão* é o prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe, da outra parte, valor igual ao da prestação que ofereceu. Para José Abreu Filho a desproporcionalidade deve ocorrer no momento da consumação do negócio, não podendo resultar de fato ulterior (como ocorre, por exemplo, na *imprevisão*). De acordo com Caio Mario da Silva, ainda que tal figura não esteja expressamente prevista no nosso código, a *lesão* gera o desfazimento do ato lesivo da parte ou a complementação, pelo devedor, da prestação minoritária. In: José Abreu Filho. O negócio jurídico e sua teoria geral. p. 296.

a contraprestação vislumbrado logo no momento da celebração do contrato. Nessa circunstância, o contrato não terá validade pelo menos em duas hipóteses: quando houver aproveitamento de situação de premente necessidade ou inexperiência da parte adversa e quando uma das partes somente houver se premida pela necessidade de afastar um perigo atual.

Ainda que haja lacuna da lei positiva, deve o julgador preenchê-la, invocando até mesmo o projeto de Código Civil de 1975 que contemplava tal situação.

A terceira conjuntura atine à falta de equivalência entre as prestações das partes que venha a ocorrer no curso do contrato, ou seja, posterior a sua celebração. São os chamados casos de *onerosidade excessiva* e *correção monetária*. Com efeito, nessas suposições, têm-se como absolutamente justificável a revisão das cláusulas afetadas com o objetivo de reequilibrar as prestações ou resolver o contrato.

O quarto caso refere-se aos denominados *contrato padronizado* e *contrato de adesão*. O primeiro é aquele que obedece rigorosamente as cláusulas gerais, pré-definidas pelo fornecedor. Já o de *adesão* é aquele em que a contraparte, normalmente um consumidor, não tem condições de debater os termos que lhe são “propostos”. Ambos têm em comum o fato de serem unilateralmente impostos às partes interessadas.

Há, nestas duas situações, uma presunção de desequilíbrio entre os contraentes, sem que tal fato implique *necessariamente* num contrato materialmente injusto.

A presunção aqui é *juris tantum*. Todavia, configurada a *abusividade da cláusula* ou da condição, deve o Estado intervir, tutelando a parte débil, impondo uma paridade entre os signatários. Só assim haverá justiça comutativa.

Seção III - Relação de paridade entre as partes e tutela ao hipossuficiente

Nos moldes da teoria dos pandectas do século XVIII, o contrato se fundava na presunção de igualdade das partes. Todavia, referida igualdade se dava apenas no plano *formal*, traduzida numa igualdade de oportunidades no momento da celebração do contrato. Não se questionava o mais importante: se os signatários eram iguais em essência ou se uma das partes sobrepunha-se a outra.

A concepção *formal* de justiça comutativa prevaleceu nos últimos dois séculos, fulcrada na teoria da autonomia da vontade e no dito “quem diz contratual, diz justo”. É o caso dos juristas que se preocupam apenas em garantir o consentimento livre e isento de vício.

A justiça substancial, ou material, ou, ainda, como diz Larenz, a *justiça compensatória*, não se contenta com esta igualdade meramente formal dos contratantes. Antes, busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo

equilíbrio entre direitos e obrigações de cada parte, de acordo com as exigências da justiça comutativa. Tal equilíbrio é alcançado quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam a adequada contrapartida dos sacrifícios que assume⁷⁴.

A verdadeira paridade material ocorre no momento em que o direito detecta a existência de um contratante mais frágil num dos pólos da relação contratual, passando a protegê-lo juridicamente.

O modelo mais reluzente do que aqui estamos a falar é o trabalhista, que teve sua gênese no Direito Civil e, posteriormente, tornou-se independente ao assumir a necessidade de existência de leis protetivas ao empregado, signatário economicamente mais fraco.

Sendo o Contrato de Trabalho *comutativo*⁷⁵ e um dos seus sujeitos axiomáticamente mais fraco, não há como falar em justiça comutativa sem a interferência protetiva do Estado em prol da parte frágil. O equilíbrio do liame empregatício somente passou a existir quando a debilidade econômica do trabalhador foi compensada pela tutela jurídica da legislação trabalhista. Surge, então, o princípio de proteção ao empregado.

⁷⁴ NORONHA, Fernando, obra citada, p. 221.

⁷⁵ *comutativo* na medida em que o empregado presta o serviço e, em contraprestação equivalente, auferir salários do empregador. (N.A.)

Em clássica obra sobre os princípios que informam o Direito do Trabalho, o festejado jurista uruguaio, Américo Plá Rodríguez, subdivide o *princípio tuitivo ao empregado* em:

- regra “*in dubio, pro operario*” (em caso de dúvida hermenêutica na norma trabalhista, deve-se dar preferência a interpretação em prol do obreiro);
- regra da norma mais favorável (havendo incidência simultânea de duas ou mais normas trabalhistas para um mesmo caso concreto (vg. norma da CLT, da CF e Convenção Coletiva...), prevalecerá aquela que for mais favorável ao empregado;
- regra da condição mais benéfica (as benesses concedidas com habitualidade ao trabalhador, tornam-se direitos adquiridos e, portanto, irrevogáveis)⁷⁶.

A proteção jurídica ao empregado hipossuficiente é, como vimos, completa. O nosso direito positivo contempla indiretamente todas essas hipóteses, por intermédio dos artigos 9o., 10, 444, 448, 468, 619 e 620, todos da CLT.

⁷⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho, p. 43,44, 53,54,55,60 e 61.

A propósito desta intervenção estatal nas relações de emprego, surgiram algumas cizânias doutrinárias acerca da *natureza jurídica* do Direito do Trabalho: se pertencente ao Direito Público ou Privado⁷⁷.

Contudo, a corrente majoritária o enquadra como pertencente ao Direito Privado. Neste sentido, trazemos à baila as lições de Sussekind:

“Se a maioria dos defensores da natureza jurídica do Direito do Trabalho como direito público realça o fato de ter ele nascido da intervenção do Estado nas relações de trabalho e da conseqüente publicização do seu conteúdo fundamental, ponderavam, ao contrário, os partidários da sua classificação como *direito privado* que as normas legais que lhe correspondem nasceram nos *Códigos Civis*, sendo que o instituto básico do novo ramo da ciência jurídica é o contrato de trabalho, cuja natureza jurídica é, indubitavelmente, de direito privado.”

⁷⁷ há quem sustente, ainda, que o Direito do Trabalho não é público nem privado, mas um Direito Social. O maior precursor desta idéia, entre nós, é CESARINO JÚNIOR.

CAPÍTULO V - ORIGEM E PERSPECTIVA DO CONTRATO DE TRABALHO

No acompanhamento evolutivo do Contrato de Trabalho, da sua origem à emancipação, verifica-se a necessidade que teve esse contrato em romper com o contrato de *locação de serviço* de índole civil.

Mais que isto, ao assumir a hipossuficiência do prestador de serviço, o *Jus Laboral* adquiriu verdadeira autonomia científica. Não se olvide ser “o princípio protetivo a grande marca registrada do Direito do Trabalho”.⁷⁸

A incursão feita até aqui nas transformações do conceito de contrato comutativo, limitação da autonomia da vontade das partes e interferência do Estado na seara contratual, teve por fim a melhor compreensão e contextualização do objeto nuclear do presente estudo, qual seja o Contrato Individual de Trabalho.

Seção I - A gênese histórica da Relação de Trabalho

Apesar de predominar, na Antigüidade Clássica, o pensamento aristotélico de que o labor humano era desconsiderado, não sendo *tarefa do cidadão* que se dedicava

⁷⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Direito do Trabalho. Estudos. p. 15.

exclusivamente aos assuntos políticos e ao bom uso da inação, verifica-se na Roma antiga o que pode ser chamado, nas palavras do prof. João Régis Teixeira, de “semente primitiva e rudimentar do Contrato Individual do Trabalho”.⁷⁹

Trata-se da *locatio conductio*, que subdividia-se em: *locatio rei* (cessão do uso e gozo de uma coisa em troca de determinada retribuição); *locatio operarum* (retribuição em troca do trabalho) e *locatio operis* (retribuição em troca do resultado do serviço).⁸⁰

Posteriormente, o direito civil da Idade Moderna absorveu tais modalidades: a *locatio operarum* em locação de serviços e a *locatio operis* em empreitada. Tais espécies contratuais tornaram-se *generalizado* instrumento de vinculação das partes, ao contrário dos romanos que, através de sua base escravagista, “admitia-o, tão somente, em princípio, para a circulação e a distribuição de riquezas.”⁸¹

No regime escravocrata, a relação de trabalho baseou-se em verdadeiros direitos reais, sendo o trabalhador *coisa* pertencente ao senhor. Já na servidão, o servo se vinculava ao respectivo imóvel (proprietário da gleba).

As chamadas *Corporações de Ofício* surgiram com a associação de artesãos de uma mesma profissão, que se uniram nas cidades maiores para se livrarem do senhor feudal. Ocorre que os chamados mestres das corporações, dantes oprimidos,

⁷⁹ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. Direito do Trabalho. vol. 1. p. 143.

⁸⁰ Idem. *ibidem*.

⁸¹ GOMES, Orlando. Direito de Trabalho: estudos. p. 66. São Paulo. Ltr. 1979.

tornaram-se opressores em relação aos seus súditos: os *companheiros* e os *aprendizes*. As corporações acabavam impondo rigoroso regramento e hierarquia em plano diverso do que conhecemos nos contratos de trabalho.

Na fase das manufaturas, os burgueses estavam fortemente jungidos aos Reis que detinham o poder de conceder com exclusividade a certas pessoas a autorização para tal empreendimento econômico. Era a época do Estado Absoluto.

Em reação ao Absolutismo, adveio o Liberalismo da Revolução Francesa que fez cessar a submissão dos trabalhadores aos seus detentores. Em seu lugar surge a livre concorrência e a liberdade de trabalho. Sob os pressupostos da igualdade jurídico-política e da liberdade contratual, configurou-se a emancipação do trabalhador.⁸²

Consoante assinala Maurício Delgado, é justamente “a existência do *trabalho livre* (juridicamente livre) o pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado e, via de consequência, da relação empregatícia”⁸³. Nas palavras de Alonso Olea, “o trabalho objeto do Direito do Trabalho é o trabalho humano produtivo, por conta alheia e *livre*”.⁸⁴

Portanto, sem o binômio trabalho-livre e trabalho-subordinado não há legislação trabalhista. Assim, pode-se asseverar que o Direito do Trabalho é um produto típico do século XIX, pois “somente nesse século surgiram as condições sociais que

⁸² SUSSEKIND, A. , MARANHÃO, D. e VIANNA, S. Instituições de Direito do Trabalho, vol. 1, p. 116.

⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho. p. 68.

⁸⁴ OLEA, Manuel Alonso. Introdução ao direito do trabalho. Tradução de C.A. Barata Silva. p. 16.

tornaram possível o aparecimento desse ramo do direito, com características próprias e autonomia doutrinária.”⁸⁵

Orlando Gomes recorda que “o trabalhador deixa de ser coisa, para ser pessoa. É um homem livre para utilizar instrumentos de trabalho pertencentes a seu semelhante, mas, ele próprio, já é propriedade viva do dono desses instrumentos”⁸⁶.

Caracterizada por extremado individualismo, Calheiros Bomfim bem lembra que “a filosofia liberal deixou de considerar a disparidade econômica entre empresários e assalariados, não levou em conta a real desigualdade entre as duas classes. Ao trabalhador não restava alternativa: ou se submetia ao emprego incondicionalmente, ou morria de inanição com sua família.”⁸⁷

Era a época da Revolução Industrial em que as máquinas a vapor⁸⁸ substituíram acentuadamente a mão-de-obra operária. Tal fato aliado a liberdade que dispunha o empregador para fixar as condições de trabalho resultaram num caos social. Oportuna aqui a conhecida lição de Lacordaire de que entre o fraco e o forte, o rico e o pobre, é a liberdade que oprime:

⁸⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. Tratado elementar de direito do trabalho. p. 69. Vol. 1. *Apud*: Maurício Godinho Delgado, obra citada.

⁸⁶ GOMES, Orlando. Direito do trabalho: estudos. p. 8.

⁸⁷ BOMFIM, Benedito Calheiros. Liberalismo e os direitos dos trabalhadores. *In*: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, p. 141, 24/1994.

⁸⁸ Conforme registra João Régis Fassbender Teixeira: “com a máquina a vapor que Newcomen inventara em 1712 e que Watt aperfeiçoara, mais tarde, adaptando-a ao uso industrial, as lançadeiras dos teares ... passaram a andar sozinhas”, não mais necessitando do operário. *In*: Teoria Prática do Direito do Trabalho. p. 07.

*“Dans la lutte entre le pauvre et le riche,
entre le maître et les serviteurs,
entre le fort e le faible,
c’est la loi que aflanchit,
et la liberté qu’opprime”.*

A partir desse quadro de exploração, a classe operária se uniu para vindicar melhores condições de trabalho, exigindo do Estado uma intervenção protetiva. O Estado Liberal burguês cede e propicia o nascimento das primeiras leis trabalhistas. Assim, o sistema jurídico chega ao ápice do comprometimento axiológico da sociedade quando passa a tratar desigualmente pessoas com forças desiguais (empregado e empregador).

Todavia, não sejamos ingênuos no esquadrinhamento dos reais interesses da burguesia em relação a cessão de espaço aos trabalhadores. Conforme já tivemos oportunidade de manifestar “em verdade, a proposital concessão dos burgueses aos trabalhadores, foi, assim, uma espécie de *mal menor*, haja vista o interesse maior dos liberais em manter em ordem o sistema produtivo de riquezas que estava ameaçado em face da tensão aguda entre capital e trabalho verificada naquele instante”⁸⁹.

Tarso Genro consigna que “o Direito do Trabalho é, além de uma conquista dos trabalhadores, também uma concessão das classes proprietárias dos meios

⁸⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Os princípios do direito do trabalho e a teoria crítica do direito. p. 81. In: Revista Jurídica. n. 10.1996. Faculdade de Direito de Curitiba. Editora Juruá.

de produção, através do Estado, para que este absorva os conflitos de classe dentro de determinadas condições de controle.”⁹⁰

Arnaldo Sússekind registra que o sistema capitalista teve duas fases distintas, no que tange às relações de trabalho: a da liberdade contratual de índole formal e a do trabalho protegido por meio de limitações a essa liberdade⁹¹.

Aquela, ocorreu dentro do Estado Liberal do século XVIII, em cujo contexto, assinalam Magano e Mallet, o Estado deveria “permanecer alheio à esfera econômica, atuando como mero árbitro das disputas entre os atores sociais, doutrina sintetizada na clássica fórmula *laissez faire, laissez passer, laissez aller*.”⁹²

No campo do direito positivo, a idéia (quase absoluta) de liberdade contratual ficou estampada no Código de Napoleão, assim: “le contrat est consensuel lorsqu’il prend naissance de la seule volonté des parties, independamment de tout fait matériel”.⁹³

Quanto à segunda fase do capitalismo, a do trabalho protegido por meio de limitações a essa liberdade, situa-se no limiar deste século XX e final do século passado. É o chamado Estado Social que propiciou a consagração do Direito do Trabalho e a emancipação definitiva do Contrato de Trabalho.

⁹⁰ GENRO, Tarso. Introdução à crítica do Direito do Trabalho. p. 53.

⁹¹ SUSSEKIND, A., MARANHÃO, D. e VIANNA, S. Obra citada, p. 115.

⁹² MAGANO, Octávio Bueno. MALLET, Estêvão. Obra citada. p. 03.

⁹³ DELSOL, J.J.. Explication Elémentaire du Code Napoléon mise en rapport avec la Doctrine et la Jurisprudence. Paris. Catillon Editeur du Conseil d’Etat, 1867, tomo II, p. 391.

Seção II - A consagração do Contrato de Trabalho no Estado Social

Indubitavelmente, o surgimento e a asseguuração dos direitos sociais foram causas determinantes para desenhar o novo perfil do Estado, dantes Liberal, agora Social. Inicia-se a fase da *universalização* dos direitos trabalhistas que outrora ficavam a cargo de leis esparsas e, a partir de então, passam a ter *status* constitucional.

Destacaram-se, nesta época, a Constituição do México (1917), a Constituição Soviética (1918) e a Constituição de Weimar (1919) que “adotando o intervencionismo estatal nas relações de trabalho, reconheceram conquistas econômicas e sociais, tais como direito ao trabalho, a salário condigno, associação sindical, greve, limite de duração da jornada, descanso semanal, férias e previdência social”.⁹⁴

Referidas cartas constitucionais “influiram as demais nações ocidentais a também assegurar direitos sociais em suas constituições, passando a ser sinônimo de país avançado aquele que melhor contemplava seu povo com direitos humanos, políticos e sociais”⁹⁵.

Para Paulo Bonavides a reconciliação entre o capital e o trabalho propiciada democraticamente pelo Estado Social (welfare state), traz lucro a todos.

⁹⁴ BOMFIM, Calheiros. Obra citada. p. 150.

⁹⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O estado neoliberal e seu impacto sócio-jurídico. p. 88 e 89.

“Lucra o trabalhador, que vê suas reivindicações mais imediatas e prementes atendidas satisfatoriamente, numa fórmula de contenção de egoísmo e de avanço para formas moderadas do socialismo fundado sobre o consentimento. E lucram também os capitalistas, cuja sobrevivência fica afiançada no ato de sua humanização, embora despojados daqueles privilégios de exploração impune, que constituíam a índole sombria do capitalismo, nos primeiros tempos em que se implantou.”⁹⁶

Não se duvide que tanto o chamado Estado Social ou Estado Providência, como o Estado Liberal estão inseridos no sistema capitalista. Contudo, conforme admitem os próprios marxistas contemporâneos, Offe e Habermas, o denominado capitalismo tardio (ou capitalismo organizado pelo Estado Social) nada tem em comum com a era liberal competitiva, até porque “o capitalismo contemporâneo não é mais organizado pelo mercado (como o foi no advento liberal), mas pelo próprio Estado.”⁹⁷

Nesse contexto, o Contrato de Trabalho tornou-se autônomo, vez que, pela presença de normas protetivas à parte hipossuficiente, passou a se diferenciar da tradicional figura da locação de serviço civilista. Tal independência foi autorizada pela classe detentora do poder que tencionava manter o sistema capitalista e controlar os conflitos sociais. Luiz Fernando Coelho nos chama a atenção para o fato de que o

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 5a. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1993. p. 185.

⁹⁷ PRZEWORSKI, Adam. Estado e economia no capitalismo. p. 97.

operário para merecer a proteção das leis trabalhistas, “deve continuar operário”. Este, segundo o autor, “é o paradoxo perverso que merece reflexão”⁹⁸.

Reflexões a parte, a verdade é que nesse modelo social de Estado é que o Contrato Individual de Trabalho logrou sua autonomia científica. Ora, é cediço que determinado instituto ou ramo jurídico alcança sua autonomia quando possui legislação e princípios próprios.

É, pois, o caso do contrato de Trabalho que contém um aparato normativo apropriado (artigos 442 a 510 que compõem o Título IV dos onze que compõem a CLT) e também princípios peculiares, os quais relacionamos:

- *princípio de proteção ao empregado;*
- *princípio da continuidade do contrato;*
- *da irremunciabilidade dos direitos trabalhistas;*
- *da primazia da realidade sobre a forma; e*
- *da boa fé dos contratantes.*

Considere-se a advertência de Américo Plá Rodriguez de que não é a absoluta exclusividade que torna os princípios peculiares, “mas como conjunto, devem configurar um elenco que não se reproduz, da mesma forma, nas demais disciplinas jurídicas, e, além disso, todos os princípios devem ter alguma conexão entre si”.⁹⁹

⁹⁸ COELHO, Luiz Fernando. O direito informal do trabalho. In: Informativo Bonijuris- Legislação trabalhista. p. 777 a 807. Curitiba. 1993.

⁹⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. p. 17.

Conforme leciona Manoel Eduardo Gomes, em qualquer que seja o modelo de Estado, a sua viabilidade só é alcançada quando eficaz o binômio *acumulação de riquezas e legitimidade popular*.¹⁰⁰

Acontece que a política social, a universalização dos direitos trabalhistas e as pródigas previdências públicas, ao mesmo tempo que satisfizeram as demandas populares e a legitimidade do Estado, acabaram por abalar as bases de acumulação capitalista. O Estado Social tornou-se deficitário interna e externamente.

Acusado de ser o culpado pela hiperinflação dos anos 70, a idéia de um Estado capaz de assegurar o progresso econômico e o bem-estar social entra em crise, dando espaço para o advento do neoliberalismo¹⁰¹.

Seção III - A perspectiva do Contrato de Trabalho no Estado Neoliberal

Hoje, está em voga o movimento encabeçado por empresários e boa parte de juristas que, sob a bandeira do neoliberalismo, defendem o retorno à situação anterior: a restauração do modelo liberal e, por corolário, a não intervenção estatal nas relações trabalhistas.

¹⁰⁰ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. *In: Direito e Neoliberalismo*. Curitiba. EDIBEL. 1996. p. 118.

¹⁰¹ MAGANO, Octávio Bueno. MALLETT, Estêvão. Obra citada. p. 06.

Utilizando-se de nomes pomposos como *modernização*, *flexibilidade* ou *flexibilização das relações de trabalho*, propugna-se pela livre negociação entre empregado e patrão, bem como pelo fim do princípio de proteção ao empregado.

Oportuno transcrever os argumentos de Arion Sayão Romita, sequeiro desta tendência neoliberal:

“Fala-se em proteção do trabalhador ! Quem defende essa tese arcaica, ultrapassada, está em descompasso com a realidade, com a exigência econômica do mundo em que vivemos. Somos todos engabelados por um discurso ideológico com a finalidade de obter a reprodução e a perpetuação da ordem social injusta. Devemos libertarmo-nos da idéia de depender da proteção que o Estado nos dispensa.”

De forma passional, desabafa o ilustre jurista carioca:

“Os “pobrezinhos, fracos, coitadinhos” (os trabalhadores) não precisam do paternalismo protecionista dispensado pela lei ou pela Justiça do Trabalho. Há, hoje, sindicatos muito atuantes, cientes do papel social que desempenham. É necessário dar-lhes o poder que devem exercer e romper com a tradição da linguagem ideológica, de dizer que eles são fracos, que não têm capacidade, que precisam continuar a ser protegidos”¹⁰².

¹⁰² A flexibilização e os princípios do Direito do Trabalho. In: Noções Atuais de Direito do Trabalho, p. 122.

Em posição inversa, Calheiros Bomfim, sustenta:

“ Na concepção neoliberal, o Estado deixa de intervir na economia e nas relações de trabalho, as quais passam a se reger e depender da “*livre negociação*”. Esta, porém, só interessa às organizações sindicais que têm força, poder de barganha. Os trabalhadores inorganizados e pertencentes a sindicatos débeis ficariam entregues a uma negociação assemelhada à do cordeiro com o lobo, a um embate entre o pote de barro e o pote de ferro.”

Por derradeiro, trazemos nossa opinião acerca deste debate de nítido cunho ideológico. Em outras ocasiões assim nos posicionamos:

“ Esta flexibilização do direito, ao nosso crivo, deve ser repensada. A falta de maturidade da classe empresarial, muitas vezes gananciosa e imediatista, aliada à insegurança dos trabalhadores em relação ao desemprego, levam-nos a concluir ... não haver, ainda, lugar para idéias neoliberais deste naipe no atual momento histórico da nação.”¹⁰³

Admitimos que pequenas mudanças e adaptações sejam necessárias na atual legislação trabalhista, contudo “estou convencido que a imiscuição estatal deve permanecer nesta seara contratual. Não podemos ir de forma desenfreada na *onda da modernidade europeia* para defender, como alguns mais afoitos, a total desregulamentação da relação capital-trabalho.”¹⁰⁴

¹⁰³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Redução Salarial e a Flexibilização no Direito do Trabalho. *In*: Revista Ltr 56/92, p. 830.

¹⁰⁴ Idem. O moderno direito do trabalho. *In*: Tribuna do Judiciário. n. 04/95. p. 01.

Debates a parte, a atual concepção neoliberal de Estado defende o retorno e “a revalorização de institutos do direito civil antes desprezados, vistos agora como categorias jurídicas plenamente funcionais no campo trabalhista”¹⁰⁵.

Dentre os institutos civilistas, Luiz Carlos Robortella menciona a ampliação da autonomia da vontade, dos contratos atípicos e do trabalho a tempo parcial e, ainda, a revalorização do trabalho autônomo, como sintomas de um “*neocontratualismo*, que resgata de certa forma valores próprios do direito civil.”¹⁰⁶

Com o advento do neoliberalismo, volta-se a valorizar o *institucionalismo* das empresas, ou seja, mais vale a manutenção da empresa, geradora de empregos, que a vontade e a pessoa do empregado. A economia globalizada faz com que somente as empresas competitivas sobrevivam no mercado e, em nome dessa sobrevivência mercadológica, o custo da mão-de-obra passa a ser visto como um estorvo.

Para José Pastore, árduo crítico da legislação trabalhista pátria, a “palavra de ordem nos atuais sistemas de relações do trabalho é flexibilizar”¹⁰⁷. Acrescenta o economista que “quando as relações trabalhistas dependem muito da legislação, as adaptações são lentas, as *empresas* perdem a competição e os trabalhadores ficam sem emprego”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno Direito do Trabalho. p. 44.

¹⁰⁶ Idem. *ibidem*.

¹⁰⁷ PASTORE, José. Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva. p. 14.

¹⁰⁸ Idem. *ibidem*.

Nessa perspectiva, temos, pois, um novo desenho para a natureza jurídica do Contrato de Trabalho: sem perder sua natureza contratual, passa-se a valorizar a *empresa* (principalmente as *empresas multinacionais*) como instituto prioritário do novel modelo globalizador.

Assim, em face da ampliação da autonomia da vontade dos contratantes e da diminuição da proteção ao empregado, o contrato de trabalho passa a se reaproximar dos contratos civis de locação de serviços. É, nas palavras de Luiz Carlos Robortella, a era do *neocontratualismo* !

O tema é novo e exige reflexão. Surge na contramão da História do Direito Privado. Exatamente quando se reconhece a decadência do Estado abstencionista. Momento de dirigismo contratual destinado a coibir abusos e restaurar a justiça comutativa. Ao revés, surge agora esta corrente intitulada “moderna”, mas que no fundo só está preocupada com a economia de mercado, olvidando o lado humano do trabalho e do trabalhador¹⁰⁹.

A ideologia da Globalização visa perpetuar o sistema capitalista em sua acepção ortodoxa, unificando os mercados mundiais sob a articulação das empresas multinacionais e organismos financeiros mundiais. Neste quadrante, servimo-nos das palavras do professor de sociologia jurídica, Manoel Eduardo Gomes: “o Estado que

¹⁰⁹ a propósito dos efeitos nefastos do capitalismo exacerbado, Edward Nicolae Luttwak, escreveu recentemente na revista VEJA de 14/06/95, o que denomina de efeitos do “turbocapitalismo”. (N.A.)

tudo prometia e pouco cumpria é deslegitimado para legitimar um Estado que tão pouco promete e, por isso, aparenta tudo cumprir.”¹¹⁰

Se é certo que o Estado do Bem-estar Social pecou no item *acumulação de riquezas* (tornando-se deficitário), quando do atendimento das demandas sociais, também é correto, por outro lado, que o Estado Neoliberal enaltece tão somente o lado econômico em flagrante e nefasto, em detrimento das demandas populares, tais como: saúde, educação, segurança, previdência, etc. Logo, dentro da necessária conjugação do binômio *acumulação de riquezas e legitimação*, nenhum dos modelos (liberal, social ou neoliberal) consegue ser plenamente eficaz.

¹¹⁰ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. *In: Direito e Neoliberalismo*. Curitiba. EDIBEJ. 1996. p. 119.

Parte II - CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

CAPÍTULO I - A RELAÇÃO DE EMPREGO

Após abordar a evolução histórica do Contrato de Trabalho, desde a sua gênese civilista no Estado Liberal, passando pela emancipação no Estado Social e, finalmente, esquadriñar a tendência moderna dentro do modelo de Estado Neoliberal, enfrenta-se agora a *relação de emprego* e suas imbricações.

Seção I - Conceito e distinção com a Relação de Trabalho

Por *relação de trabalho* pode-se dizer qualquer liame jurídico que tenha por objeto a prestação de serviço de um determinado sujeito, pessoa física ou jurídica, a um determinado destinatário. A categoria é ampla e abrange inúmeras espécies, tais como a *empreitada*, o *locador de serviço*, o *artífice*, o *trabalho prestado por profissional liberal*, o *trabalho avulso*, o *serviço eventual e autônomo*, o *temporário*, o *representante comercial*, o *funcionário público* e, também, o *trabalho do empregado subordinado*, dentre outros.

A *relação de emprego* é espécie do gênero *relação de trabalho* e corresponde à prestação de serviço subordinado por uma determinada pessoa física. O elemento *subordinação* é, pois, indissociável da relação de emprego.

Consoante lição de Russomano, a natureza da relação de emprego “é a própria natureza da dependência imposta ao empregado”¹¹¹. A partir daí, três teorias propõem explicar o elemento *subordinação*.

A primeira, a teoria da *dependência econômica*, assevera que a vinculação do empregado ao empregador dá-se pelo simples fato do primeiro ser economicamente inferior ao segundo. Tal teoria é débil, sendo facilmente refutada, vez que nem sempre o empregado depende de determinado salário para a sua sobrevivência. Imaginemos, por exemplo, um médico que duas vezes por semana à noite leciona numa determinada faculdade de medicina, a qual é sua empregadora. Ora, o simples fato do

¹¹¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. O empregado e o empregador no Direito Brasileiro. Vol.1. p. 111.

salário de professor não ser decisivo para a sua subsistência, não afasta a relação de emprego existente.

A segunda teoria é a da *dependência técnica* do empregado em relação ao seu empregador. Mais uma vez esta posição doutrinária não convence. Sabe-se ser freqüente os casos de profissionais que possuem maior habilitação técnica que seus próprios empregadores e nem por isso perdem a condição jurídica de empregado subordinado. A propósito são os casos de *administradores de empresas* com CTPS assinada. Apesar do conhecimento técnico e decisivo para os rumos da empresa, não deixam de ser subordinados aos proprietários dessas entidades.

Já a teoria da *dependência hierárquica* ou da *subordinação jurídica*, universalmente aceita nos países que têm legislação trabalhista. Para os seus sequazes, o obreiro, neste quadrante, está vinculado às ordens do empregador, através do poder de comando criado por lei. Segundo Cabanellas este poder subdivide-se em: “a) mando y de dirección; b) organización; c) fiscalización; d) disciplina”¹¹².

Chama-se *jus variandi*, tal poder patronal incidente sobre a atividade do empregado¹¹³. A simples existência de um contrato de trabalho coloca o empregado em posição hierarquicamente inferior ao empregador, independente de sua condição social, econômica ou técnica em relação ao proprietário da empresa. Esta *subordinação*

¹¹² CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Tomo II, Vol. 1, p. 171.

¹¹³ O poder de comando é sobre a *atividade* do empregado, e jamais sobre a *pessoa* (do empregado). À ordem emanada, deve-se preceder uma necessidade real de serviço. Aquela decorrente de mero capricho pessoal do patrão é abusiva, por extrapolar os limites do *jus variandi*. (N.A.)

jurídica decorre da lei, artigos 2o. e 3o. da CLT e afeta, toda e tão somente, a zona de influência do contrato de trabalho.

Sem a presença da *subordinação hierárquica* pode haver relação de trabalho, mas nunca *relação de emprego*. Registre-se, por último, que o vínculo empregatício contém outros requisitos indispensáveis a sua caracterização.

Seção II - Elementos caracterizadores

As doutrinas nacional e alienígena são pacíficas na fixação dos elementos caracterizadores da relação de emprego. O direito pátrio apresenta-os nos artigos 2o. e 3o. da CLT¹¹⁴. São eles: a) atividade pessoal; b) serviço contínuo; c) onerosidade; e, d) subordinação.

Atividade pessoal:

A *atividade pessoal* se limita à figura do empregado. Não se admite que o prestador do serviço constitua uma pessoa jurídica ou entidade coletiva. O empregado há que ser sempre uma pessoa física. E mais que isto: deve adimplir sua obrigação de forma personalíssima.

¹¹⁴ O art. 2.094 do Código Italiano, no mesmo diapasão do nosso art. 3o., da CLT, consta: “é empregado aquele que se obriga, mediante retribuição, a colaborar na empresa, prestando trabalho, intelectual ou manual, na dependência e sob a direção do empresário.”

Este caráter *intuitio personae* é essencial não só em face da fidúcia que norteia o liame empregatício, mas, sobretudo, porque o empregador, quando celebra o contrato de trabalho, objetiva a prestação de serviço daquele determinado empregado. Logo, o obreiro contratado é insubstituível na relação jurídica de emprego.

Quanto ao empregador, é cediço, tanto pode ser pessoa física, quanto jurídica. Imprecisa, portanto, a redação do *caput* do artigo 2o. da CLT, quando dispõe ser empregador a “*empresa individual ou coletiva*”. Por outro lado, correto é o parágrafo primeiro do supradito dispositivo que equipara, à figura do empregador, os profissionais liberais, instituições de beneficência, associações recreativas ou outros entes sem fins lucrativos que contratarem trabalhadores como empregados.

Serviço contínuo:

Por serviço *contínuo*, segundo elemento caracterizador da relação de emprego, se entenda aquele prestado de forma periódica, ou seja, com o compromisso de renovação em períodos regulares e predeterminados. *Contrario sensu*, o trabalhador que labora de forma esporádica ou fortuita para inúmeras empresas é considerado *eventual*, sem nenhum direito trabalhista, vez que ausente a caracterização do vínculo de emprego com qualquer uma das entidades que utiliza seu serviço.

Paulo Emílio de Vilhena leciona que o caráter transitório e acidental do trabalho eventual faz com que o mesmo não seja necessário como serviço de exigência

do tomador e, “em razão de sua *acessoriedade*, não ocorre a integração técnica da atividade do trabalhador na atividade da empresa”.¹¹⁵ Por fim, arremata afirmando que “mesmo prestando serviços sob dependência e mediante salário, o trabalhador deixará de ser empregado, caso sua prestação de serviços tenha caráter eventual”.¹¹⁶

Em face da discrepância doutrinária acerca desse elemento, insta registrar o critério da *essencialidade da atividade prestada*, proposto por Orlando Gomes: “o trabalho eventual ou ocasional propriamente dito é aquele que é exigido em linha absolutamente temporária ou transitória, cujo exercício *não se integra na finalidade da empresa*”¹¹⁷. Por conseguinte, a relação de emprego versa sempre sobre trabalho não-eventual, ou seja, aquele inserido na essência da atividade empresarial.

Imaginemos dois exemplos elucidativos: a) Um professor universitário que por um semestre letivo lecionou periodicamente em uma vez a cada quinze dias. Será empregado, vez que exerce atividade não-eventual inserida na atividade-fim da escola-empregadora. b) À mesma escola, um eletricitista por dez meses prestou serviços de reparos provocado por um curto circuito. Ainda que nesses meses tenha laborado somente três vezes por semana, este obreiro não será considerado empregado, vez que a sua atividade é tida como eventual, vez que não voltada para a atividade-fim da escola.

Onerosidade:

¹¹⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. p. 178 e 179.

¹¹⁶ *Idem. ibidem*.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 89.

A *onerosidade* é elemento caracterizador relacionado com a percepção de salário por parte do empregado. O direito ao salário se distingue das demais relações autônomas de trabalho que, ao revés, prevêm o pagamento de certo *preço* ajustado pelo serviço. O salário por ter natureza alimentícia apresenta todo um aparato principiológico que lhe protege¹¹⁸, não se aplicando o mesmo para as retribuições de serviços dos autônomos.

Toda relação de emprego deve ser onerosa, não se admitindo a gratuidade da prestação de serviço. Se o trabalhador moureja, de forma pessoal e subordinada, deve receber a remuneração que lhe é devida, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do tomador do trabalho.

Estando presentes os requisitos da relação empregatícia e ausente apenas a onerosidade, configurar-se-á, via de regra, o vínculo, sob pena de legitimarmos a locupletação do empregador. Com efeito, o empregador não pode se beneficiar da própria torpeza.

Imaginemos de um lado o empregado que trabalhou durante vários meses de forma subordinada e com a intenção de receber salários. De outro lado, o empregador que, de boa ou má fé, deixa de lhe remunerar. Ora, a simples ausência do elemento onerosidade, neste caso, não pode beneficiar o empregador como *causa* para afastar o vínculo de emprego, salvo em casos excepcionais de labor voluntário e gracioso, *vg.*: de

¹¹⁸ Neste sentido são os Princípios Salariais da Irredutibilidade (art. 7o., VI, da CF), da Intangibilidade (art. 462, da CLT), da Impenhorabilidade (art. 649, do CPC), do Crédito Preferencial (art. 100, da CF e 449, par. 1o., da CLT).

convicção religiosa, onde a configuração da relação de emprego é inviável em face do princípio maior da Boa-fé.

Subordinação:

Quanto à *subordinação jurídica*, viu-se no item anterior tratar-se do poder hierárquico do empregador em relação às atividades do empregado. Esse poder de comando, para Amaro Barreto, “desdobra-se em poder diretivo e poder disciplinar”¹¹⁹. O primeiro consiste na “faculdade do empregador para ditar normas técnicas e administrativas, a serem observadas na empresa pelos servidores”¹²⁰. Já por poder disciplinar define-se a “faculdade que tem o empregador de aplicar sanções aos empregados, reprimindo-lhes infrações na execução do trabalho.”¹²¹

Para nós, ainda há que se incluir o poder de *fiscalização*, que faculta ao empregador conferir e verificar as atividades incumbidas a seus empregados.

Os requisitos não essenciais da exclusividade e do “*animus contrahendi*”:

Registre-se a presença de mais dois requisitos: *exclusividade* e *animus contrahendi*. Ambos não são essenciais, até porque não previstos em lei. Servem apenas como critério suplementar para a fixação do vínculo de emprego.

¹¹⁹ BARRETO, Amaro. Tutela Geral do Trabalho. Vol. 1. p. 93.

¹²⁰ Idem. Op. cit. p. 93.

¹²¹ Idem. ibidem.

A *exclusividade*, via de regra, sequer constitui elemento configurador dessa relação. Nada obsta, portanto, que o empregado tenha várias relações de emprego com mais de um empregador¹²².

Há situações especiais em que a exclusividade é expressamente pactuada no bojo do Contrato Individual de Trabalho. Nesse caso, acertadamente assinala Amauri Mascaro Nascimento, que “o descumprimento dessa exigência (expressa) poderá configurar justa causa para a dispensa do empregado, mas não prejudicará de modo algum a caracterização do vínculo de emprego”.¹²³

Quanto ao *animus contrahendi* ou a “intenção de ser contratado como empregado”, da mesma forma não constitui requisito configurador da relação de emprego. A lei é silente e a doutrina o considera apenas no critério subsidiário de aferição do vínculo.

Logo, sendo o contrato de trabalho um contrato-realidade, a falta desse elemento por si só não pode ser decisiva para afastar a configuração da relação de emprego. No entanto, há casos de violação frontal ao princípio maior da boa-fé como, por exemplo, padre ou pastor religioso que pleiteia vínculo com igreja. Nessas hipóteses imorais, o elemento *animus contrahendi* está aliado à boa-fé e, portanto, é determinante para refutar o reconhecimento da relação jurídica de emprego.

¹²² Atente-se, no entanto, para o empregado menor a limitação contida no art. 414 da CLT.(N.A.)

¹²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Obra citada. p. 102.

A partir dessa análise, Maurício Godinho Delgado conceitua *relação de emprego* como a “relação contratual que tem por objeto uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) prestada continuamente, subordinadamente e em caráter de pessoalidade (*intuito personae*) no que tange ao prestador de trabalho”¹²⁴. Para esse ilustre magistrado mineiro, a distinção entre relação de emprego e demais relações de trabalho correlatas reside “não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas, precisamente, no *modo* de efetuação dessa prestação - em estado de subordinação (e com pessoalidade e não eventualidade, acrescente-se)”¹²⁵.

Pela dicção do art. 442 da CLT, o Contrato de Trabalho é um acordo “correspondente à relação de emprego”. No entendimento de Catharino, tal definição legal é de rara infelicidade. A rigor, não chega a ser uma definição. O legislador distinguiu o ‘contrato individual do trabalho’ da ‘relação de emprego’, sem os separar. Conseqüentemente, da pseudodefinição só uma conclusão pode ser tirada: um é causa, o outro, seu efeito. Mas ainda assim, conclui o jurista baiano, teríamos um absurdo: a relação causa o contrato, quando concebível é o inverso: a relação é efeito do contrato¹²⁶.

Para Valentin Carrion, “contratualista ou não, o texto legal não merecia tantas críticas como as que lhes foram feitas; é claro que o legislador não confundiu o contrato, ou seja, o pacto, o elemento subjetivo com o elemento objetivo, que é a relação ou poder jurídico constituído, regulado ou extinto pelo consentimento.”¹²⁷

¹²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho. p. 237.

¹²⁵ Idem. Ibidem, p. 238.

¹²⁶ CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho. p. 194 e 195.

¹²⁷ CARRION, Valentin. Comentários à CLT. p. 267.

Vê-se, pois, que o conceito legal consubstanciado no artigo 442 da CLT, além de polêmico, não conseguiu definir com clareza a natureza jurídica da relação de emprego.

Seção III - Natureza jurídica: Teorias Contratualistas e Anticontratualistas

Para explicar a natureza jurídica da *relação de emprego*, há três correntes doutrinárias, que assim se dispõem:

- Teorias contratualistas tradicionais;
- Teorias anticontratualistas; e
- Teoria contratualista moderna.

Teorias contratualistas tradicionais:

As chamadas teorias *contratualistas* tencionam explicar o contrato de emprego à luz de outros contratos comutativos, civis e correlatos. A primeira aproximação é com o contrato de *locação e arrendamento*. Planiol, em sua clássica obra¹²⁸, assinala que o contrato de trabalho é figura similar a do arrendamento, vez que a

¹²⁸ PLANIOL. Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. T.II, 1937, 14a.ed., Paris. Librairie Generale. p. 667.

coisa arrendada (força de trabalho) é utilizada por outrem, através de uma locação remunerada proporcionalmente ao tempo de uso.

Outros, como Carnelutti, relacionam o contrato de trabalho com o contrato de *compra e venda*, haja vista o seu objeto que, para esse jurista, é a venda da energia do trabalho despendido na execução do labor¹²⁹. Ambos os enfoques incidem na mesma crítica: a de que é impossível separar o trabalho da pessoa do empregado. Destarte, o trabalho do homem jamais pode ser visto como *coisa* ou *mercadoria*. O objeto da contratação é sempre o trabalho pessoal (*intuito personae*) de determinado empregado (ser humano), e não um bem fungível.

Há quem aproxime o contrato de trabalho do contrato de *sociedade*, onde o empregado participa com o trabalho e o empresário com o capital. Após, divide-se o produto do empreendimento em dois lados: os salários dos empregados e os lucros do empregador.

A tese é infundada por dois motivos: primeiro porque o risco econômico e o lucro integral (ou ao menos a sua grande parte) é exclusivo do empregador¹³⁰, daí, inclusive o caráter *forfaitaire*¹³¹ do salário do empregado. Em segundo, porque ausente

¹²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici. Natura del contratto di lavoro*, In: Revista di Dir. Com., 1913, vol.1, p. 393. Citado por Evaristo de Moraes Filho. Introdução ao Direito do Trabalho. p. 269 e 275.

¹³⁰ Neste sentido é a exegese do art. 2o., *caput*, da CLT.

¹³¹ O caráter *forfaitaire* ou *forfetário*, assegura o pagamento do salário ao empregado, independente dos riscos da atividade empresarial.

a chamada *affectio societatis*¹³². Não se pode ignorar que patrão e empregado possuem objetivos e interesses opostos: para o empregado, auferir o salário pactuado, enquanto para o empresário, utilizar-se da mão-de-obra do obreiro e dela extrair o lucro máximo possível.

Teorias anticontratuais:

As Teorias *anticontratuais*, como o próprio nome sugere, negam a natureza jurídica contratual da relação de emprego. Duas delas se destacaram. A primeira, a teoria da *Relação de Trabalho*, despreza o elemento volitivo como propulsor do contrato de trabalho, asseverando que os seus efeitos emanam da própria prestação do serviço.

Nesse quadrante “é errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes ajustarem de vez que, se o estipulado no contrato não corresponder à realidade, carecerá de todo valor. O que interessa é o que ocorre na realidade dos fatos”¹³³. Tal tecido doutrinário recebeu, por Mario de La Cueva¹³⁴, a alcunha de “Contrato-Realidade”¹³⁵.

¹³² A *affectio societatis* é o fim comum, a acumulação de riqueza pelo concurso do capital e das atividades dos sócios. Para o saudoso Rubens REQUIÃO, este instituto deve ser visto num contexto de co-participação nos lucros e nas perdas. In: Curso de Direito Comercial. 18a. ed. Saraiva. São Paulo, 1988. vol. 1, p. 295.

¹³³ Scelle, Georges. Précis de Législation Industrielle. Paris. 1927. In: Curso de direito do trabalho. Américo Plá Rodríguez. p. 80.

¹³⁴ In: El nuevo derecho mexicano del trabajo. México. Porrúa. 1972.

¹³⁵ Importante registrar que a expressão original “contrato-realidade”, do mexicano Mario de La Cueva, acabou sendo deturpada, quando usada para traduzir o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma. (N.A.)

A segunda corrente, que se destacou no anticontratualismo, foi a chamada teoria *Institucionalista*. Para Luiz de Mesquita, “o moderno aspecto institucional da relação de trabalho tem por objeto não uma prestação e uma correspondente contraprestação, mas sim uma colaboração econômico-social entre os membros da comunidade da *empresa*”¹³⁶.

Maurício Delgado observa que esta visão institucionalista da empresa, junto com a Teoria da Relação de Trabalho, constituem “uma concepção de gestão trabalhista sumamente autoritária, em que a liberdade e a vontade dos trabalhadores, de fato, não haveriam de cumprir qualquer papel lícito ou ponderável”.¹³⁷

Não se olvide a limitada autonomia da vontade que impera na relação de emprego. De um lado o empregador que é tolhido pelo grande número de normas cogentes incidentes no contrato de trabalho; de outro, o empregado, que acaba por aceitar as imposições patronais em face de sua posição hierarquicamente inferior e ante o temor de perda do emprego.

A despeito de tais fatores inibidores da manifestação volitiva, ainda assim não há como negar a natureza *contratual* do vínculo que une patrão e empregado. Pouca ou muita, a verdade é que as partes têm a liberdade de consentir na celebração do contrato, bem como na fixação de determinadas condições, conforme preceitua o artigo 444 da CLT.

¹³⁶ MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2a. ed., Ltr, São Paulo, 1991, p. 14.

¹³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Obra citada*. p. 243.

A propósito, a professora italiana Luiza Riva Sanseverino, certifica que “para o conceito de contrato, o elemento essencial reside na liberdade de consentir na constituição do vínculo, e não na liberdade de consentimento para a determinação do conteúdo do vínculo”¹³⁸.

A diferença entre a relação de trabalho de um empregado celetista e de um funcionário público é bastante elucidativa do que aqui estamos a falar. Naquele, a natureza é contratual em face da possibilidade dos signatários convencionarem as condições e as modificações das cláusulas, objeto do contrato. Nesse, a índole é *estatutária*, vez que ausente qualquer possibilidade de pactuação ou modificação das condições de trabalho previamente impostas por lei.

Teoria contratualista moderna:

Por derradeiro, a *Teoria Contratualista Moderna* é aquela que, embora mantenha o carácter contratual trazido pelas teorias tradicionais, não tem a pretensão de jungir o contrato de emprego a um contrato civil específico (vg. *comodato, locação, compra e venda, etc.*).

Um rápido retrospecto histórico torna compreensível a evolução do conceito e da natureza jurídica do Contrato de Trabalho. Senão vejamos: num primeiro momento a relação de trabalho subordinada esteve vinculada aos contratos civis. A vetusta concepção romana da *locatio conductio operarum* inspirou o Código

¹³⁸ SANSEVERINO, Luiza Riva. Curso de Direito do Trabalho. Ltr. São Paulo, 1976, p. 115.

Napoleônico de 1804, o BGB alemão de 1900 e, depois, quase todos os códigos civis novecentistas¹³⁹. Foi a época do Estado Liberal, cujo mote era a supervalorização da autonomia privada.

Depois, no início do atual século XX, e por curto tempo, adveio um movimento reacionário ao Liberalismo, o *dirigismo contratual*¹⁴⁰, que procurou restaurar a “justiça contratual”¹⁴¹ ou, nas palavras de Evaristo de Moraes Filho, “restabelecer o equilíbrio rompido entre as duas partes durante o século XIX¹⁴²”. Vivia-se a era do Estado intervencionista, denominado de Estado Social.

Com a emancipação do Direito do Trabalho, no início deste século, não houve mais razão para defender a idéia anticontratual, dantes necessária para diferenciar os demais contratos civis. Iniciaram-se, então, as primeiras críticas ao acontratualismo, desembocando na Moderna Teoria Contratual. Tal teoria mantém o color contratual do liame empregatício, todavia de forma autônoma, sem a preocupação de aproximá-lo com determinados contratos civilistas.

Paes de Almeida diz ser “inequívoca a natureza contratual da relação de emprego, razão porque, modernamente, se pode falar, com segurança, em *contrato de trabalho*. E, conquanto *contrato*, com características manifestamente próprias que o distingue fundamentalmente dos contratos do Direito Civil”¹⁴³.

¹³⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O sistema jurídico herdado do Positivismo Científico e os Códigos Civis Novecentistas. In: Revista do IAP n. 26/1996. p. 250.

¹⁴⁰ Vide a nota de rodapé n. 47.

¹⁴¹ O tema foi abordado no Capítulo IV, Parte 1, deste estudo.

¹⁴² MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao Direito do Trabalho. p. 273.

¹⁴³ ALMEIDA, Amador Paes de. O Contrato de Trabalho na Falência e Concordata do Empregador. In: Direito do Trabalho: Estudos. Coordenador José Affonso Dallegrave Neto. p. 161.

A fonte legal que disciplina o tema em questão, e que ainda está vigorando, é o vetusto artigo 442 da CLT. Como vimos, esse dispositivo oscila quanto à fixação da natureza jurídica da relação de emprego. Catharino chega a advertir que “o sincretismo legal do contratualismo com o institucionalismo pode ser observado em vários artigos da CLT”¹⁴⁴. Cita como exemplos os artigos 444 e 468, flagrantemente contratualistas de um lado, e os artigos 503 e 2o., institucionalistas as ente *empresa* de outro.

Discussão a parte acerca da inúmeras correntes vistas para fixar a natureza jurídica da relação de emprego, a doutrina pátria atual é assente ao enquadrá-la como *contratual*. Assim, em verdade, é o contrato que *cria* uma relação jurídica, não “*corresponde*” a ela. O Contrato de Trabalho preexiste à relação de emprego (e não o inverso).

Mutatis mutandi, tendo a relação de emprego natureza *contratual*, o exame aprofundado desse assunto exige a perquirição de um outro instituto mais amplo, qual seja, o dos *negócios jurídicos* que, por sua vez, pertence a categoria dos *atos jurídicos*. Vamos a eles.

¹⁴⁴ CATHARINO, José Martins. Obra citada. p. 195.

CAPÍTULO II - O CONTRATO DE TRABALHO COMO NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL

Segundo Délio Maranhão, Contrato de Trabalho “é o *negócio jurídico* pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada”¹⁴⁵.

Com base na antiga *jurisprudência dos conceitos*¹⁴⁶, Orlando Gomes lembra que “a escala na genealogia do conceito de *contrato* sobe ao *negócio jurídico*, denominado entre nós *ato jurídico*, e daí para o *fato jurídico*. Nessa perspectiva, o *contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* bilateral ou plurilateral, do tipo *principal*”¹⁴⁷.

Seção I - A Teoria do Fato Jurídico e sua classificação

Como se viu no Capítulo II da Primeira Parte deste estudo, deve-se aos pandectas alemães a formulação da Teoria do Negócio Jurídico. Tal instituto pertence a categoria dos *Fatos Jurídicos*. O nosso Código Civil de 1916, ainda em vigor,

¹⁴⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. Vol. 1. p. 231.

¹⁴⁶ Vide observação da nota de rodapé n. 09.

¹⁴⁷ Para MARIA HELENA DINIZ, os negócios jurídicos podem ser *principais* ou *acessórios*. Os primeiros existem por si próprios e os acessórios são aqueles em que sua existência subordina-se à dos principais. In: Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 1. p. 228.

praticamente transcreveu o BGB alemão, inclusive no que tange a divisão dos livros que compõe a Parte Geral: I das pessoas; II dos bens; e, III dos *atos jurídicos*.

O excesso de abstrações esquemáticas constitui verdadeiro apanágio da Teoria do Fato Jurídico. A doutrina a ser examinada é importante para contextualizar o Contrato de Trabalho e, a partir daí, melhor compreendê-lo em sua origem, perspectiva e nuances.

O termo *fato jurídico* é utilizado em dois sentidos: *lato* e *stricto sensu*. No sentido amplo, é a categoria jurídica que engloba todo acontecimento a que o Direito atribui eficácia. Em seu senso restrito, fato jurídico é “todo evento independente da vontade do homem, que suscita efeitos jurídicos”¹⁴⁸. Nas palavras do jurista maior Pontes de Miranda, “é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica”¹⁴⁹.

O fato jurídico *stricto sensu*, subdivide-se em *ordinário* e *extraordinário*. O primeiro é aquele que advém de fenômenos normais da natureza (vg.: *nascimento, morte*). O segundo surge de fatos e fenômenos anômalos ou acidentais.

Se essa anomalia for ensejada por atos da natureza, estar-se-á diante da *força maior* (vg.: grandes abalos sísmicos, incêndio não criminoso, enchentes, etc.). Se o acidente for causado por fatos desconhecidos (vg.: rompimento de cabo elétrico) ou

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. p. 209.

¹⁴⁹ PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Vol.1. p. 77. 3a. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.

praticados por terceiros na relação jurídica (vg.: greve intensa de categoria diversa da que integra a relação jurídica), configurar-se-á *caso fortuito*.

Ambos, caso fortuito e força maior, possuem um elemento objetivo (evento inevitável) e um subjetivo (ausência de culpa dos titulares da relação jurídica). Parte da doutrina e da legislação os consideram sinônimos. A CLT, em seu artigo 501, prevê os dois elementos, porém, refere-se apenas à *força maior*, o que se leva a crer que, para ela, não há distinção com o *caso fortuito*.

Nem todos os fatos ordinários ou extraordinários são tidos como *fatos jurídicos*, mas somente aqueles que, por terem relevância para o Direito (nos quais incide a norma legal), expressamente produzem efeitos jurídicos.

Os fatos jurídicos *lato sensu* abarcam os fatos jurídicos de sentido estrito, bem como o *ato jurídico em sentido amplo*. Para José Abreu Filho, ato jurídico *lato sensu* é “todo evento resultante de uma ação humana ou de sua vontade deliberada, aprovado ou reprimido pelo ordenamento jurídico, com a indispensável ressonância no âmbito do direito”¹⁵⁰. Os atos jurídicos em sentido amplo incluem os *atos jurídicos em sentido estrito* e os negócios jurídicos.

Atos jurídicos *stricto sensu* são aqueles que dependem da vontade humana para produzirem os efeitos que o próprio ordenamento jurídico rigorosamente

¹⁵⁰ ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. p. 14.

preestabelece¹⁵¹. Os efeitos daqui decorrentes podem ser *licitos* ou *ilícitos*. Para Maria Helena Diniz, o ato jurídico *stricto sensu* ilícito é aquele “praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, causando dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (CC, art. 159).”¹⁵²

Importante assinalar ter sido a doutrina alemã (jusnaturalista), do final do século XVIII, que “detectou as diferenças entre as espécies de ato jurídico, sendo que, até então, a doutrina francesa apenas se referia, unitariamente”¹⁵³ ao ato jurídico e ao negócio jurídico. Em particular o livro III da parte geral do nosso Codex, a exemplo do Código Italiano, adotou a nomenclatura unitária francesa *dos atos jurídicos*, sem mencionar o termo *negócio jurídico*¹⁵⁴.

A posição doutrinária majoritária, ao contrário, filiou-se à posição dualista que faz a baliza entre *ato* e *negócio jurídico*. A seguir, verificaremos a Teoria do Negócio Jurídico, suas correntes e distinções com o Ato Jurídico *stricto sensu*.

¹⁵¹ Exatamente porque os atos jurídicos *lato sensu* dependem da vontade humana é que podemos afirmar que, nesses, há três planos a serem analisados: existência, validade e eficácia. Já nos chamados *atos jurídicos* em sentido estrito (no qual o elemento volitivo é desprezado) há somente dois planos de análise: existência e eficácia. Neste sentido: Pontes de Miranda, Antônio Junqueira de Azevedo e Marcos Bernardes de Mello, dentre outros. (N.A.)

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. p. 296.

¹⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. p. 125. Segundo escólios desse autor alagoano, ainda hoje, na França, a doutrina trata indistintamente o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico, sob a denominação genérica de *acte juridique*.

¹⁵⁴ Consigne-se que o recente Código Civil Português faz a separação conceitual. O capítulo I, do subtítulo “Dos Fatos Jurídicos” prevê os “negócios jurídicos”, enquanto o capítulo II, os “actos jurídicos”.

Seção II - A Teoria do Negócio Jurídico

Há três correntes que esquadrinham o instituto do *Negócio Jurídico*. São elas: a) *Voluntarista*; b) *Objetivista*; e c) *Estruturalista*.

Teoria Voluntarista:

A Teoria *Voluntarista* francesa prende-se a posição unitarista, onde só existe o *ato jurídico*. É a concepção clássica que inspirou o Código Civil brasileiro, o qual, em seu artigo 81, prevê: “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. Tal diploma legal, em momento algum utiliza a expressão *negócio jurídico*.

Os adeptos dessa corrente enaltecem a gênese do ato jurídico, ou seja, o elemento *vontade* que lhe dá origem¹⁵⁵. Para esses, “a característica primordial do ato jurídico é ser um ato de vontade”¹⁵⁶. É, pois, a manifestação e valorização do dogma *liberal* da autonomia da vontade. Nesse quadrante, para conceituar o negócio jurídico, fala-se em “manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Na atual perspectiva neoliberal, a teoria voluntarista volta a ser enaltificada, pois a vontade das partes passa a ser vista, uma vez mais, como ato vinculativo do conteúdo pactuado. É o dogma da *pacta sunt servanda* sendo reavivado em detrimento da interferência estatal tutelar ao hipossuficiente. (N.A.)

¹⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: parte geral. 5a. ed. rev. aum. São Paulo. Saraiva. 1966. vol. 1. p. 183.

¹⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência. Validade e Eficácia. p. 06.

Teoria Objetivista:

Quanto à Teoria *Objetivista*, ao contrário da primeira, admite a dualidade dos institutos. A atenção aqui se volta não à vontade, mas à *função (os efeitos)* do negócio jurídico. Kelsen assegura que o negócio jurídico fora instituído pela ordem jurídica “como facto produtor de Direito, conferindo aos indivíduos o poder de regular as suas relações mútuas, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”¹⁵⁸.

Discrepando dos voluntaristas, os adeptos da Teoria Objetivista entendem que o *negócio jurídico* seria um verdadeiro *instrumento da autonomia privada*, conferindo ao indivíduo o poder de auto-regulamentar seus interesses particulares, “verdadeira atividade de conteúdo *preceitual e normativo* e, portanto, paralela ao do legislador”¹⁵⁹.

Diferenças entre Negócio Jurídico e Ato Jurídico em sentido estrito:

A partir de tais pressupostos dogmáticos, pode-se estabelecer algumas diferenças entre *Ato Jurídico em Sentido Estrito* e *Negócio Jurídico*:

- a) O negócio considera de forma mais ampla o *objetivo* (as opções) perseguido(as) pelas partes interessadas e, por isso, a investigação de

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6a. edição. Coimbra. Armênio Amado Editora. 1984. p. 351.

¹⁵⁹ ABREU FILHO, José. Obra citada. p.25.

vícios volitivos é relevante; o ato jurídico *stricto sensu* se atém àquele determinado *efeito* que o próprio ordenamento predispõe, sendo, portanto, secundária (menos relevante que nos negócios) a investigação de vícios de vontade.

b) No negócio cabe às partes a escolha da categoria jurídica a ser seguida (vg. contrato de empreitada ou de locação ou de trabalho, por exemplo); enquanto no ato não cabe às partes tal escolha (os signatários limitam-se à prática do ato);

c) O negócio jurídico é passível de fixação de elementos acidentais (termo, condição ou encargo); no ato jurídico em sentido estrito não cabe à parte estabelecer normas relativas à eficácia.

Teoria Estruturalista:

Por último, inscreva-se a *Teoria Estruturalista* que refuta as duas primeiras. Enquanto os voluntaristas valorizam a *origem volitiva* do ato jurídico, e os objetivistas apreciam a sua *função*, os estruturalistas vão buscar na *estrutura* do negócio jurídico o seu conceito.

Antônio Junqueira de Azevedo, precursor desta concepção, adverte que não se deve indagar como *surge* o ato negocial ou como ele *atua*, mas sobretudo

indagar *o que ele é*. Eis a sua concepção estruturalista: “negócio jurídico é todo *fato jurídico*¹⁶⁰ consistente em *declaração de vontade*¹⁶¹, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia”¹⁶².

O Contrato Individual de Trabalho, por ser um negócio jurídico bilateral, deve observar os pressupostos essenciais para alcançar sua plenitude jurídica. Krotoschin posiciona “el contrato de trabajo como negocio jurídico”, sujeitando-se às “reglas del derecho común (civil y comercial)”¹⁶³ atinentes a sua existência, validade e eficácia.

Seção III - O Contrato Individual de Trabalho

Oportuno o compêndio feito até aqui acerca da relação de emprego, seus elementos caracterizadores, sua natureza jurídica contratual, sua herança na categoria dos negócios jurídicos, espécie do gênero *fato jurídico*. Contextualizado está, agora, o Contrato Individual do Trabalho. A partir de tais pressupostos dogmáticos podemos adentrar no seu estudo pormenorizado.

¹⁶⁰ A expressão “fato jurídico”, aqui utilizada, decorre da categoria jurídica “Fatos Jurídicos”.

¹⁶¹ Para Junqueira de Azevedo, a expressão “declaração de vontade” é um elemento *novo* que consiste na finalidade de manifestação jurídica ou, ainda, de produção ou de eficácia jurídica”. *In*: obra citada. p. 22.

¹⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. p. 20.

¹⁶³ KROTOSHIN, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo. p. 73.

Para Jean-Claude Javillier, Contrato de Trabalho é “um acordo através do qual uma pessoa se compromete a trabalhar sob a subordinação jurídica de uma outra que a remunera”¹⁶⁴. Conforme assinala Euquerio Guerrero “este acuerdo constituye lo que tradicionalmente se ha designado con un convenio y como el convenio, dentro del Derecho Civil, se traduce en uno o varios contratos, en el Derecho del Trabajo se designó con el nombre de contrato de trabajo.”¹⁶⁵

Délio Maranhão, inspirado em D’Eufemia, lembra que a “expressão - *contrato de trabalho* - designa um gênero muito amplo, que compreende todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra. O contrato, objeto deste capítulo, é o contrato de trabalho “*stricto sensu*”, ou seja, o contrato de trabalho subordinado.”¹⁶⁶

Já se viu que a relação de emprego tem natureza contratual. Também se viu que o Contrato de Trabalho, objeto de nosso estudo, é o *stricto sensu*, ou seja, aquele que versa sobre trabalho prestado de forma subordinada. Cabe-nos, contudo, perquirir qual é a natureza jurídica do contrato de trabalho subordinado.

Cesarino Júnior afirma que, embora se refira a serviços privados, o Contrato de Trabalho é de *direito social*, pois “é sempre celebrado entre um ou mais indivíduos e uma empresa, que é pessoa jurídica de direito social”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ JAVILLIER, Jean-Claude. Manual de Direito do Trabalho. Trad. Rita Asdine Bozacyan. p. 25.

¹⁶⁵ GUERRERO, Euquerio Lic.. Manual de Derecho del Trabajo. p. 29.

¹⁶⁶ Obra citada. p. 223. Vol 1.

¹⁶⁷ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Direito Social. p. 135.

Não bastasse essa tendência, houve ainda, como bem lembra o português Bernardo Lobo Xavier, grande polêmica entre a privatística *teoria italiana do contrato* e a publicística *teoria alemã da incorporação*. Entretanto, a valorização da intervenção na empresa e a forte limitação da autonomia da vontade “não implicam a negação da contratualidade das relações de trabalho”¹⁶⁸.

A despeito de tais divergências, a doutrina hodierna é pacífica ao enquadrar o Contrato de Trabalho no ramo do *direito privado*. As razões são diversas, destacando-se o fato dos signatários desse pacto possuírem a liberdade de consentir na formação do Contrato e a faculdade de delimitação de seu conteúdo, ainda que de forma a respeitar as normas cogentes¹⁶⁹. Essa regulamentação específica, e a circunstância de que os fatos que o motivam serem de interesse comunitário, exigindo promulgação de leis de ordem pública, “não chegam a *publicizar* a relação jurídica”¹⁷⁰.

Para Délio Maranhão, os signatários, no Contrato de Trabalho, “colocam-se no mesmo pé de igualdade jurídica”¹⁷¹, fato que basta para enquadrar sua natureza como de direito privado. Tal assertiva torna-se completa se afirmarmos que os contratantes, “*no momento da celebração do contrato*”, encontram-se em posição igualitária de assentimento. E, como lembra Evaristo de Moraes Filho, o que importa é o “início contratual”, ainda que as regulações estejam cercadas de normas cogentes¹⁷².

¹⁶⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Curso de Direito do Trabalho. p. 292 e 293.

¹⁶⁹ Para José Augusto Rodrigues Pinto, o contrato individual de emprego é o maior contrato de adesão conhecido, não da vontade de um contratante às regras prefirmadas pelo outro, mas da vontade de ambos às regras legais. In: Curso de Direito Individual do Trabalho. p. 164.

¹⁷⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. p. 109.

¹⁷¹ Obra citada. Vol. 1. p. 233.

¹⁷² Obra citada. p. 227.

Por derradeiro, urge registrar que a expressão *contrato de trabalho*, conforme assinala João Régis Teixeira, somente foi utilizada no Brasil em 1935 com a Lei n.62. A denominação primitiva do Contrato Individual de Trabalho foi *locação de serviços*. Outros economistas preferiam chamá-lo de *contrato de salário* e outros de *locação de trabalho*. Vários autores brasileiros, vêm entendendo que a denominação *contrato de emprego* é a mais correta, todavia, concordam que a expressão “*contrato de trabalho* consagrou-se pela repetição, não sendo incorreta, embora passível de crítica.”¹⁷³

¹⁷³ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. *Direito do Trabalho*. Vol. 1. p. 146 e 147.

CAPÍTULO III - CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Pelo fato dos contratos se agruparem em várias categorias que, de modo isolado, se submetem à regulamentação de regras idênticas ou afins¹⁷⁴, há necessidade de classificá-los, a fim de que se possa verificar os ônus e as vantagens de cada contratante, bem como os efeitos jurídicos produzidos.

Para coligir as demais características do Contrato de Trabalho e seu respectivo enquadramento, adotamos a classificação proposta por Orlando Gomes¹⁷⁵, com pequenas alterações, supressões e, por óbvio, adaptações tangentes a esta modalidade contratual.

Seção I - Bilateral, Oneroso e Comutativo

Primeiramente, verificaremos que o Contrato de Trabalho se classifica como bilateral, oneroso e comutativo. Vamos à primeira divisão.

¹⁷⁴ Neste sentido Orlando Gomes, *Contratos*, p. 75; Maria Helena Diniz, *Obra citada*, vol. 3, p. 59.

¹⁷⁵ *In*: *Contratos*. p. 75 a 98.

Contrato bilateral ou unilateral:

Antes de classificarmos o Contrato de Trabalho em *unilateral* ou *bilateral*, urge distinguirmos o significado dessas acepções que tanto podem ser usadas para a *formação*, quanto para os *efeitos* do negócio jurídico.

Negócio jurídico unilateral, quanto a sua formação, é aquele que decorre da declaração de vontade de uma só pessoa e, bilateral o que se constitui mediante o concurso de duas vontades¹⁷⁶. Assim, nas palavras de Enzo Roppo, “o contrato é, por regra, um acto, ou um negócio, *bilateral*. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade”¹⁷⁷.

Contudo, quanto aos *efeitos*, o contrato pode ser *unilateral*, quando cria obrigações apenas para uma pessoa ou *bilateral* quando implica ônus para ambas as partes. O contrato de trabalho é *bilateral* porque cria obrigações para ambas as partes: a do empregado, trabalhar de forma subordinada; e a do empregador, remunerar o serviço prestado e demais consectários (encargos) sociais.

No entendimento de Moraes Filho, trata-se de um *sinálagma perfeito*: “sinálagma, palavra grega, significa convenção, pacto, contrato ...é *perfeito* porque cria direitos e obrigações para ambas as partes, livremente aceites, desde o início”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ GOMES, Orlando. Contratos. p. 76.

¹⁷⁷ ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução: Ana Coimbra e Januário C. Gomes. p. 73.

¹⁷⁸ Obra citada. p. 227.

Contrato oneroso ou gratuito:

Todo contrato pode ser, ainda, *gratuito* ou *oneroso*. Segundo Henri de Page, “gratuito é o ato negocial em que somente uma das partes obtém um proveito. A regra é que à cada vantagem equivale um sacrifício”¹⁷⁹. Todo contrato oneroso é bilateral, e todo contrato gratuito é unilateral.

O Contrato de Trabalho é sempre oneroso, vez que o empregado, nos termos do artigo 3o. da CLT, é sempre um *assalariado*. A onerosidade, como vimos (no Capítulo I, da Parte II) é da própria essência da relação de emprego, não se admitindo, via de regra, Contrato de Trabalho gratuito.

Neste sentido são precisas as palavras de Paul Durand: “le paiment d’une rémunération est de la nature du contrat de travail”¹⁸⁰.

A exceção é justamente o caso em que ausente o *animus contrahendi*, o reconhecimento do vínculo leve a frontal lesão ao Princípio maior da Boa-fé (vg.: relação empregatícia entre pastor religioso e Igreja).

Contrato comutativo ou aleatório:

Ressalte-se ainda que, o contrato pode ser *comutativo* ou *aleatório*. Para Caio Mário Pereira, no contrato comutativo, “as prestações de ambas as partes são

¹⁷⁹ PAGE, Henri de. *Traité pratique de Droit Belge*, 2a. ed., Bruxelles, tomo II, p. 411. 1948.

¹⁸⁰ DURAND, Paul. JAUSSAUD, R. *Traité de Droit du Travail*. p. 228.

conhecidas e guardam entre si uma relativa equivalência de valores”, enquanto nos aleatórios “a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte”¹⁸¹.

Os contratos *aleatórios* expõem os contratantes à alternativa de ganho ou perda, que, na conhecida lição de De Page, traduz-se nestas palavras: “*l’acceptation, comme équivalent ou contrepartie, d’une chance de gain ou de perte*”¹⁸². Logo, o contrato aleatório pressupõe um risco futuro e incerto, não se podendo, portanto, prever o seu montante.

Maria Helena Diniz nos ensina que “as partes colocam-se sob a perspectiva de uma álea, que se irá refletir na existência ou na quantidade da prestação combinada, expondo-se elas à eventualidade recíproca de perda ou de ganho”¹⁸³.

O Contrato de Trabalho é *comutativo* por gerar obrigações contrárias e equivalentes; assim, a obrigação de trabalhar, por parte do obreiro, corresponde a de remunerar, por parte do empregador. Tais obrigações além de certas e determinadas, são conhecidas previamente pelos signatários.

O fato do empregador, no Contrato de Trabalho, assumir o risco do empreendimento, que pode ser *futuro e certo*, não tem o condão de enquadrá-lo como contrato *aleatório*. Não se confunda, pois, o *risco econômico* da empresa, previsto no

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 8a. ed. Rio. Forense, vol.III, p. 47.

¹⁸² PAGE, Henri de. Obra citada. p. 420.

¹⁸³ Obra citada. vol. 3. p. 65.

artigo 2o. da CLT, com o risco contratual de contraprestação, ínsito aos contratos aleatórios.

O Contrato de Trabalho é indiscutivelmente comutativo e o direito ao recebimento do salário proporcional ao trabalho prestado é devido incondicionalmente (caráter *forfetário*), ou seja, subsiste ao empregado, independentemente do risco econômico da empresa.

No contrato de emprego, a índole comutativa não ocorre nas prestações vistas individualmente. Se assim fosse, não se explicaria os casos de *interrupções* do Contrato (férias, por exemplo), onde não há a prestação do serviço, contudo persiste a obrigação patronal de remunerar.

Somente num contexto global e ontológico é que se percebe a comutatividade do Contrato de Trabalho. Veja-se, por exemplo, que a comutatividade das *férias* é explicada se considerarmos que tal direito é conquistado de forma paulatina, a cada mês trabalhado no curso de doze meses. Exegese do artigo 130, *caput*, da CLT.

A partir das distinções e conceituações supracitadas, podemos elencar algumas regras aplicáveis a todos contratos bilaterais, comutativos e onerosos (como é o caso do Contrato de Trabalho). São elas: a) A *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1092 do Código Civil Brasileiro); b) A Teoria dos riscos (art. 1056 do Codex); c) A Teoria da cláusula resolutiva tácita (art. 119 do CC); e, d) O pagamento salarial com

base no *post numeration*, ou seja, após a prestação do serviço (art. 459, par. 1o., da CLT).

Seção II - Sucessivo, *Intuito Personae* e de Adesão

Seguindo a classificação do Contrato de Trabalho, temos as seguintes características: de trato sucessivo, *intuito personae* em relação à figura do empregado e contrato de adesão.

Contrato sucessivo, de execução imediata e de execução diferida:

Contrato de *duração* ou de trato *sucessivo* é aquele em que as prestações de ambas as partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas. A obrigação é única; fracionam-se as prestações¹⁸⁴.

Tal espécie contratual opõe-se aos chamados contratos *instantâneos* que, por sua vez, subdividem-se em *contratos de execução imediata* e de *execução diferida*. Ambos são executados em um só momento, sendo o primeiro ultimado imediatamente após a celebração e o segundo, de execução diferida, prolongado para momento posterior.

O Contrato de Trabalho é de trato *sucessivo*, na medida em que há uma execução continuada ou, na expressão utilizada pelos autores alemães, um *débito*

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. Contratos. p. 87.

permanente. Para o empregado, a dívida que se renova diariamente é a prestação do trabalho. Para o empregador, o débito é o pagamento salarial que periodicamente deve ser efetuado: via de regra, todo quinto dia útil do mês subsequente ao trabalhado, *ex vi* do parágrafo primeiro do artigo 459 da CLT.

Não é o consenso das partes, nem a determinação de prazo certo que enquadram o contrato como de trato *sucessivo*, mas sim a natureza de suas prestações. Destarte, mesmo por *prazo determinado* o Contrato de Trabalho será sucessivo.

Destacamos a importância prática dessa classificação para a seara trabalhista: a) a teoria da imprevisão só recai sobre os contratos de execução continuada; b) efeitos irretroativos em relação às decisões em matéria de resolução ou nulidade do contrato; e, c) o contrato de trabalho por ser sucessivo é suscetível de interrupção e suspensão de seus efeitos, sem que isto importe em seu desaparecimento¹⁸⁵.

Contrato pessoal ou impessoal:

O contrato pode ser *pessoal* ou *impessoal*. Sendo silente quanto à pessoa que irá cumprir a prestação, o contrato será impessoal. Porém, “há obrigações, e, conseqüentemente, contratos onde a pessoa do contratado é fundamental. Nesse caso, lembra Venosa, o contrato é *intuito personae*.”¹⁸⁶. Geralmente, os contratos que

¹⁸⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. p. 65.

¹⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Sávio. Teoria Geral dos Contratos. p. 54.

apresentam obrigações de *fazer* são *pessoais* e os que têm como obrigação *dar* alguma coisa, normalmente, são *impessoais*.

O Contrato de Trabalho é *intuitu personae* no que se refere a figura do empregado, sendo este, por conseguinte, *insubstituível* na relação de emprego. Já o vínculo com o empregador não é pessoal, permitindo até mesmo a sua alteração sem que afete o Contrato de Trabalho, conforme estatuem os artigos 10 e 448 da CLT.

A relevância prática dessa distinção são: a) os contratos personalíssimos são intransmissíveis, não podendo ser executado por pessoa diversa da do contratado; logo, o falecimento do empregado implica na extinção do Contrato de Trabalho; b) havendo erro essencial quanto à pessoa do empregado contratado, o contrato de trabalho será passível de *anulação*.

Contrato paritário ou de adesão:

O contrato pode ser *paritário*, quando as partes, num mesmo pé de igualdade discutem as bases do contrato através de transigência mútua, ou *de adesão*. Neste, como lembra o próprio nome, um dos signatários *adere* às condições contratuais impostas pelo outro, geralmente de forma predeterminada, através de formulários. A maior parte da doutrina é silente acerca dessa classificação.

O prof. Régis Fassbender Teixeira lembra que, boa parcela da doutrina considera o Contrato de Trabalho do tipo *adesão*, “uma vez que, via de regra,

O prof. Régis Fassbender Teixeira lembra que, boa parcela da doutrina considera o Contrato de Trabalho do tipo *adesão*, “uma vez que, via de regra, as cláusulas que o compõem são unilateralmente estabelecidas por um das partes (o empregador), e aceitas pela outra”¹⁸⁷. Para Evaristo de Moraes Filho, o Contrato de Trabalho é de adesão, porque “o empregado adere às condições oferecidas pelo empregador, condições estas, entretanto, que devem obedecer todas as demais previamente inscritas e escritas pelas fontes normativas superiores”¹⁸⁸.

Também para nós o contrato de emprego é do tipo adesão, vez que as partes não discutem o seu conteúdo. O empregador já possui determinada “vaga de trabalho” com condições predeterminadas, cabendo ao empregado aceitá-las ou não. Com exceção de duas categorias profissionais atípicas (domésticos e altos empregados), nas demais não se constata a oportunidade de negociação por parte do empregado em relação as bases previamente colocadas pelo empregador.

Com o desemprego estrutural, motivado principalmente pela revolução cibernética e pela economia globalizada que exige competitividade das empresas (maior trabalho por um menor número de trabalhadores), as poucas ofertas de emprego são disputadas por um imenso contingente de desempregados. Esses, por uma circunstância de sobrevivência, acabam por aceitar calados as condições impostas. Portanto, nessa perspectiva, cada vez mais o Contrato de Trabalho se torna um contrato de *adesão*.

¹⁸⁷ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. Direito do Trabalho. Vol. 1. p. 151.

¹⁸⁸ MORAES FILHO, Evaristo. Obra citada. p. 228.

Seção III - Consensual, Típico e Principal

O Contrato de Trabalho é classificado ainda como consensual, típico (ou nominado) e principal.

Contratos consensuais ou solenes:

Quanto à forma, os contratos podem ser *consensuais* ou *solenes*. O Contrato de Trabalho costuma ser consensual, na medida em que só o consentimento (*solo consensu*) basta para sua formação. Tal caráter *não-solene* é regra geral que decorre do princípio da liberdade da forma, *ex vi* do artigo 129 do Código Civil. Para o Contrato de Trabalho o respaldo legal situa-se no *caput* do artigo 443 da CLT.

Tanto o Contrato de Trabalho do setor marítimo (o qual exige fiscalização de autoridade do Ministério da Marinha), quanto os contratos dos servidores públicos celetistas carecem de forma solene prevista em lei, constituindo, assim, contratos *formais* e, portanto, exceções. O artigo 37, II, da Constituição Federal, exige para a investidura de emprego público, a aprovação em concurso público. Trata-se de formalidade essencial que, se preterida, torna o negócio jurídico nulo.

Incorre em equívoco parte da doutrina, que enquadra os *contratos a termo* na categoria dos contratos *solenes*, em face da exigência escrita para comprovar a duração limitada do contrato. Aqui não se trata de solenidade essencial à

existência, validade ou eficácia do Contrato de Trabalho, mas mero formalismo de prova - *ad probationem tantum* - que pode, inclusive, ser elidido com a confissão da parte.

O contrato por tempo determinado, se ausente a prova escrita de duração, será válido e eficaz dentro da ampla categoria dos Contratos de Trabalho. Contudo, será tacitamente convertido em contrato do tipo indeterminado.

Trata-se, pois, do instituto da *conversão do ato jurídico*, do tipo *formal*, que segundo Bernardes de Mello “constitui uma das aplicações do princípio da conservação que consiste no expediente técnico de aproveitar-se como outro ato jurídico válido aquele inválido, nulo ou anulável, para o fim a que foi realizado.”¹⁸⁹

Registre-se que os contratos reais que “só se aperfeiçoam com a entrega da coisa que constitui seu objeto.”¹⁹⁰ O mero consentimento das partes é insuficiente para se ter o contrato como ultimado.

Contratos típicos ou atípicos:

Os contratos, numa outra classificação, podem ser *nominados (ou típicos)* ou *inominados (ou atípicos)*. Os primeiros, onde se enquadra o Contrato de Trabalho, estão previstos expressamente em lei, contêm denominação própria (*nomem iuris*) e servem de base para determinadas regras e efeitos específicos previstos no ordenamento jurídico.

¹⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade. p. 209.

¹⁹⁰ VENOSA. Sílvio de Salvo. Obra citada. p. 50.

Ao revés, os contratos *atípicos* não têm um tecido doutrinário e legal que lhe dê conteúdo e contorno, mas “surtem em decorrência da necessidade de adaptação da vontade das partes às novas exigências da vida econômica.”¹⁹¹

Álvaro Villaça Azevedo assevera que “o Código Civil Alemão, como o Espanhol e o Brasileiro, como também vários outros, não estatui, de forma expressa, a distinção entre contratos nominados e inominados, mas, regulando certos tipos de contrato, deixa, em seu texto, ampla liberdade às partes para contratar, agasalhando todos os contratos inominados, que se fizerem sem ofensa do texto legal e dos princípios gerais informadores do Direito”¹⁹².

Contratos principais ou acessórios:

Finalmente, têm-se os contratos *principais* ou *acessórios*. Os contratos principais são autônomos, ou seja, subsistem por si próprios. Os *acessórios* dependem sempre da existência de um outro contrato do tipo *principal*, ou mais precisamente, na conhecida lição de Pothier¹⁹³, têm o objetivo de dar “segurança e firmeza” aos contratos principais.

O Contrato de Trabalho é *principal*, vez que alijado de qualquer outro. Ressalte-se, contudo, que vinculado ao Contrato de Trabalho podem existir inúmeros

¹⁹¹ DAIUTO, Reynaldo Ribeiro. Introdução ao Estudo do Contrato. p. 73.

¹⁹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos Inominados ou Atípicos e Negócio Fiduciário. p.53

¹⁹³ POTHIER, Robert Joseph. Oeuvres complètes: traité des obligations. p.221.

contratos acessórios, como por exemplo o acordo de compensação de jornada, a prestação *in natura* da concessão de moradia, a concessão de assistência médica gratuita ou subsidiada, a filiação à associação recreativa da empresa, etc.

CAPÍTULO IV - CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATOS AFINS

De suma importância prática a análise do Contrato de Trabalho em colação com outros contratos afins. Não são raras as vezes em que nos deparamos com situações duvidosas, outras fraudulentas, em que somente uma apuração pormenorizada clarifica e distingue a realidade da simulação.

Seção I - As distinções com os clássicos contratos civis

As distinções clássicas do Contrato de Trabalho se limitam a:

- a) *empreitada*;
- b) *sociedade*; e
- c) *parceria rural*.

O Contrato de Trabalho diferencia-se da *empreitada* nos seguintes aspectos: enquanto na empreitada o pagamento é mediante preço avençado em relação ao resultado da obra, no Contrato de Trabalho, a contraprestação do serviço executado pelo empregado é sempre o *salário* e de forma proporcional ao tempo à disposição do empregador. Na empreitada além de não haver hierarquia entre o contratante e o empreiteiro, o risco financeiro da atividade é sempre do contratado. No contrato de

emprego, o empregado está subordinado ao poder de comando do empregador que, por sua vez, assume exclusivamente o risco econômico do empreendimento.

Quanto à *sociedade*, há distinção também quanto aos riscos: “o sócio arca com os prejuízos da sociedade, o trabalhador não”¹⁹⁴. Na sociedade os interesses dos sócios são comuns e, portanto, no mesmo sentido. Trata-se da *affectio societatis* que põe os sócios num mesmo nível hierárquico e de colaboração na busca pelos lucros. No Contrato de Trabalho, antes da colaboração existe a *subordinação* do empregado que presta o serviço em troca de um salário *forfetário* (devido, independente de qualquer risco econômico).

A chamada *parceria rural* subdivide-se em *agrícola e pecuária*. A primeira é “o contrato pelo qual uma pessoa cede um prédio rústico a outra, para ser por esta cultivado, repartindo-se os frutos entre as duas, na proporção do que estipularem”¹⁹⁵. Já a *parceria pecuária* tem como objeto a entrega de animais para tratamento e criação, mediante divisão de lucros da atividade. Ao contrário da subordinação existente entre empregado assalariado e empregador, na *parceria rural* não há hierarquia ou interferência do parceiro-cedente em relação ao serviço do parceiro-cessionário.

¹⁹⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. p. 55.

¹⁹⁵ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. p. 161.

Seção II - Controvérsias atuais

É importante adaptar a presente temática para outros modelos contratuais, mormente aqueles que, com frequência, vêm afligindo os hermeneutas e os operadores do Direito do Trabalho.

Separamos quatro contratos afins a serem balizados com o contrato de emprego:

- a) estágio;
- b) diretor de S.a.;
- c) representação comercial;
- d) cabo eleitoral e trabalho assistencial voluntário.

Contrato de estágio:

O contrato de estágio está disciplinado na Lei federal n. 6.494/77 e seu Decreto regulamentador¹⁹⁶. O artigo 4o. da referida lei estatui que “o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza”. Não obstante, são inúmeros os casos de fraude em que, sob a roupagem de “estágio”, acoberta-se verdadeira relação de emprego. A fraude, aqui mencionada, refere-se a intenção do empregador em desonerar-se dos encargos sociais próprios do contrato celetista.

¹⁹⁶ Decreto n. 87.497, de 18 de Agosto de 1982, publicado no DOU em 19.08.82.

Os elementos decisivos a se perquirir desta vez, são dois. Além da inexistência de subordinação, o estágio somente será legítimo se estiver em sintonia com os seus objetivos primordiais, quais sejam, o de propiciar a complementação do ensino oriundo da escola-conveniente e o de integrar o estagiário em termos de treinamento prático e de relacionamento humano.

Logo, se o estagiário realiza exatamente as mesmas tarefas que os demais empregados registrados, e nas mesmas condições (horário, hierarquia, chefia, responsabilidade, volume de trabalho), é sintomática a inferência de fraude. Aqui, o empregador está arditosamente rotulando de “estagiário” autêntico empregado.

A relação de trabalho do estágio é sempre tríplice, empresa-estudante-escola. A falta de participação da instituição de ensino também constitui fator determinante para a decretação da fraude e a conseqüente declaração do vínculo de trabalho subordinado.

Outras distinções: enquanto o empregado firma um *contrato individual de trabalho*, devendo sempre auferir salário, o estagiário, ao contrário, *poderá* receber bolsa ou outra forma de contraprestação, acordada no denominado *termo de compromisso* subscrito pela empresa, escola e estudante.

Diretor de S.A.:

Conforme assinala Passarelli, “a sociedade, dotada ou não de personalidade, pode desenvolver sua atividade jurídica exclusivamente através das pessoas físicas, que desempenham a função de seus órgãos”¹⁹⁷. As ditas *sociedades anônimas*, nos termos da Lei 6.404/76 dispõe em seu artigo 146 que os membros da Diretoria devem ser *eleitos*. Quanto aos integrantes do Conselho de Administração, além de eleitos, precisam ser acionistas.

Cunha Peixoto distingue Diretoria de Conselho, asseverando ser “o Conselho constituído por pessoas que participam da companhia, têm interesse direto nos destinos da mesma, enquanto que a Diretoria é, na realidade, um órgão técnico, com a finalidade de fazer funcionar a contento a empresa, procurando agir de modo a obter lucros a serem distribuídos entre os sócios.”¹⁹⁸

Os diretores eleitos que não sejam acionistas, devem ser caucionados por ações da própria sociedade. A caução pode ocorrer quando a sociedade cede o número mínimo previsto no estatuto ou, como geralmente acontece, quando prestada em seu favor por outro qualquer acionista. Na prática, o que se verifica é um número irrisório de ações caucionadas, tornando, por corolário, meramente simbólica a garantia visada. Tem-se, assim, que a finalidade legal de proteção e segurança aos acionistas é desvirtuada.

¹⁹⁷ PASSARELLI, Francesco Santoro. *Noções de Direito do Trabalho*. Trad. de Mozart V. Russomano e Carlos Alberto Chiarelli. p. 63.

¹⁹⁸ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedade por ações*. vol. 4, p. 47.

Indaga-se como é abalizada a natureza jurídica dos diretores da S.A. ?

Geralmente, sendo legítima e genuína a vinculação da pessoa física do diretor eleito com a sociedade, esta não se funda em uma relação contratual, vez que “o preenchimento dos cargos eletivos nada mais vem a ser do que passar sua realidade dinâmica à estrutura formal predisposta na lei e no estatuto da sociedade comercial.”¹⁹⁹

Há quem sustente que o simples ato da eleição do diretor da S.A. já exclui a tentativa de reconhecimento do vínculo empregatício. *Mutatis mutandis*, a ausência de comprovação da eleição (via ata de assembléia dos acionistas) implica no reconhecimento automático do liame de emprego.²⁰⁰

Ora, parece-nos claro que o traço delimitador da fraude com o exercício autêntico do cargo de direção de S.A., será, mais uma vez, o da subordinação jurídica. Neste sentido informa, acertadamente, a parte final da Súmula 269, do Tribunal Superior do Trabalho.

A grande questão desse âmbito é saber qual o critério objetivo para averiguar a presença da subordinação. Paulo Emílio Vilhena, com a lucidez que lhe é inerente, afirma não haver subordinação quando, no exercício do cargo, a atividade do diretor eleito estiver “diretamente fixada no Estatuto da Sociedade”²⁰¹. Caso contrário,

¹⁹⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito e processo do trabalho: estudos. p. 123.

²⁰⁰ Nesses sentidos são os acórdão da 3a.T do TRT-MG, RO 4089/72 e 1149/73, ambos relatados pelo juiz Flávio Rodrigues Silva. *Apud*. Paulo Emílio Vilhena. obra citada. p. 140.

²⁰¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito e processo do trabalho: estudos. p. 145.

se advier de uma *pessoa* o “poder jurídico de determinar as prestações de trabalho de outrem, aí estará nitidamente delineada a subordinação”.²⁰²

Logo, se, por exemplo, o diretor-presidente ou outro diretor com amplos poderes posicionar-se hierarquicamente superior, de forma a comandar, fiscalizar, disciplinar e delimitar quais são as atividades do diretor eleito, haverá um flagrante desvirtuamento da figura diretiva da sociedade comercial, prevista na Lei 6.404/76.

Por conseguinte, sob as vestes de “diretor eleito”, estaremos diante de verdadeiro empregado. Por óbvio, que nessas situações fraudulentas o trabalhador se enquadrará como *alto empregado*, também chamado de *empregado de confiança*, alcançando-se os direitos trabalhistas de forma limitada.²⁰³

Curiosa é a postura da legislação no que tange às contribuições previdenciárias e do FGTS²⁰⁴. Independente da natureza do liame do diretor eleito, se empregado ou não, a ele se estende o dever de recolhimento previdenciário e o direito a parcela fundiária nos mesmos moldes dos empregados celetistas.

Contrato de Representação Comercial:

Há também diferença tênue entre os Contratos de Trabalho e as *Representações Comerciais* previstas nas Leis 4.886/65 e 8.420/92. Enquanto a relação

²⁰² Idem. *ibidem*.

²⁰³ As limitações aqui mencionadas são aquelas expressamente previstas em lei. Como exemplo, citamos o artigo 62, II, da CLT que exclui o direito a horas extras para os altos empregados. (N.A.)

²⁰⁴ Trata-se, respectivamente, do artigo 21 da Lei 8.212/91 e do artido 16 da Lei 8.036/90.

de emprego subentende, de forma rigorosa, prestação *pessoal* do empregado que é o titular absoluto da prestação do serviço, o contrato de representação comercial admite a substituição do serviço por outra pessoa autorizada pelo representante. A *pessoalidade*, portanto, é vista em planos diversos.

A linha divisória mais uma vez se estabelece com a aferição do grau hierárquico existente entre representante e representado. O artigo 28 da Lei 4886/65 estatui que o representante “fica obrigado a fornecer ao representado, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos”.

Da mesma forma, o artigo 29 do referido diploma legal dispõe que o representante comercial, “salvo autorização expressa, não poderá conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado”.

Vê-se, pois, que o representado tem suas obrigações próximas da do empregado. Nada obstante, não se pode confundir o simples ato de “prestar informações quando solicitado” com ordens freqüentes e variadas que expressam mais o *jus variandi* do empregador.

O representante, excetuando as informações necessárias que tem de prestar ao representado e a vedação a descontos a clientes, tem ampla liberdade para dirigir o seu empreendimento. Qualquer ingerência por parte da empresa representada,

além dessas estabelecidas em lei, implicará em hierarquia patronal sobre o prestador do serviço. Logo, o que formalmente expressa um contrato de “representação comercial”, na realidade será um contrato de emprego.

Importante frisar que o simples dever do representante em “dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos”, não dá direito ao representado de impor rigorosas metas e quotas de produção e produtividade.

O representado pode premiar os bons resultados e ainda realizar avaliações subjetivas do representante com a periodicidade que desejar, porém não pode se intrometer na produção do representante, impondo-lhe resultados mínimos com cobranças rígidas, através de relatórios e reuniões de advertências. É aqui que reside a sutil linha distintiva entre o representante comercial e o vendedor subordinado.

Por último, urge frisar que os artigos 2o. e 27 da Lei 4.886/65 exigem dois requisitos formais para a representação comercial: a) registro obrigatório dos representantes comerciais junto aos Conselhos Regionais e, b) existência de contrato *escrito* contendo as condições gerais da representação. A simples ausência desses requisitos gera a presunção *juris tantum* de que a relação jurídica entre as partes é de autêntico emprego²⁰⁵.

²⁰⁵ Esta presunção *juris tantum* significa que é do Reclamado o ônus da prova, quando, em litígio judicial, houver discussão dessa matéria, nessas condições. Ao contrário, estando presente tais requisitos formais, o *onus probandi* passa a ser do Reclamante que impugna referidos documentos. (N.A.)

O ordinário se presume e o extraordinário se prova! A relação de trabalho subordinado é a regra ordinária, sendo as demais formas de *mourejo*, o extraordinário.

O labor do cabo eleitoral e demais prestadores voluntários de serviços:

Por fim, trazemos a figura dos *cabos eleitorais* e demais prestadores *voluntários* de serviços. Em qualquer dessas hipótese, deve-se, em primeiro lugar, perquirir se os requisitos do artigo 3º. da CLT estão presentes. Imaginemos que um cabo eleitoral trabalhe diariamente e por dois meses na campanha eleitoral de um determinado candidato. Aqui, a prestação é pessoal, subordinada e, porque não dizer, essencial ao objetivo do empregador.

Ora, ainda que a ausência de salário seja substituída por uma frágil promessa de emprego futuro, o liame empregatício restará configurado. Pouco importa, nesse exemplo, o *animus contrahendi*, a intenção de não ser registrado como empregado. Impera aqui o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Para não causar má interpretação do que aqui estamos a dizer, consideremos outra possibilidade: uma religiosa que preste serviços a determinada pessoa física ou jurídica na qualidade de voluntária, ou seja, motivada por mera convicção altruísta.

Se o trabalho preenche os requisitos legais (subordinação, não-eventualidade e pessoalidade) e o beneficiário é uma empresa com fins lucrativos ou de promoção pessoal ou política, o vínculo de emprego estará caracterizado. Todavia, se o favorecido também é um ente filantrópico, religioso ou sem qualquer caráter de promoção pessoal ou política, por óbvio que nessa situação não haverá que se falar em contrato de trabalho subordinado.

A razão é axiomática: o *princípio maior da boa-fé*, que informa as relações jurídicas, será óbice para reconhecer a relação de emprego. Nessa situação, o elemento *animus contrahendi* em conjunto com a boa-fé inerente a todo signatário serão decisivos para refutar a torpe tentativa de locupletação do trabalhador voluntário.

Seção III - A configuração da fraude e seus efeitos

O termo fraudar, aqui utilizado, tem o sentido de “ação astuciosa, promovida de má fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever”²⁰⁶.

A fraude, muitas vezes, dá-se através da simulação e, conforme salienta Santoro-Passarelli: “não são, de fato, raros os casos nos quais, para subtrair a relação à sua disciplina própria, as partes simulam o contrato de trabalho sob forma de outro contrato. Nesses casos, a prova da subordinação a quem, efetivamente, se comporta

²⁰⁶ SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. Vol. 1 e 2. p. 324.

como credor de trabalho, serve para demonstração do fim perseguido pelas partes e, por isso, para a repressão da simulação.”²⁰⁷

Para ocultar o vínculo empregatício, os rótulos ardilosos mais comuns são: “termo de estágio”, “representação comercial”, “trabalho voluntário”, “empreitada”, “sociedade”, “parceria agrícola”, etc.

Muitas vezes a intenção patronal não chega a ser fraudulenta, contudo a realidade dos fatos leva a convicção de que há relação jurídica diversa daquela que se pretendia. Esse *animus contrahendi*, tanto do empregado quanto do empregador, é irrelevante para declarar a autêntica relação de emprego constituída. Aplica-se, nessa hipótese, o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Os efeitos da decretação da fraude e o reconhecimento do vínculo geram além da anotação da CTPS, todos os seus consectários. Não só as verbas comezinhais, tais como *férias, 13o. salário, aviso prévio indenizado e FGTS*, mas também aquelas que foram obstadas ao empregado por culpa do empregador.

Oportuno invocar duas regras do Código Civil, supletivamente aplicáveis²⁰⁸, para dar guarida ao Direito do qual estamos a comentar. A primeira diz respeito ao artigo 159: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou

²⁰⁷ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de Direito do Trabalho*. p. 103.

²⁰⁸ Nos termos do parágrafo único do artigo 8o. da CLT, o direito comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (N.A.)

imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano ...”.

A segunda disposição está contida no artigo 120 do mesmo Codex: “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer....”.

Por força desse regramento, o empregado que tem seu vínculo empregatício declarado pela Justiça do Trabalho, automaticamente²⁰⁹, terá direito a uma indenização equivalente aos valores pecuniários dos seguintes direitos obstados: - quotas do Seguro-Desemprego; - multa pela mora de que trata o artigo 477 da CLT; - ajuda-alimentação, adicional por tempo de serviço e outras verbas previstas em instrumento normativo da categoria profissional; - vale-transporte, etc.

²⁰⁹ O empregado somente será contemplado se ajuizar ação trabalhista (*interesse de agir*) postulando especificamente tais verbas, sendo, por óbvio, vedado o acolhimento *ultra petita* de que fala o art. 460 do CPC. (N.A.)

PARTE III - ELEMENTOS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

CAPÍTULO I - ELEMENTOS ESSENCIAIS PREVISTOS EM LEI

Elementos do contrato vêm a ser cada parte do seu todo. A divisão dos elementos do contrato em: *essentialia negotii* (essenciais), *naturalia negotii* (naturais) e *accidentalia negotii* (acidentais), remonta o direito romano.

Somente os primeiros, elementos essenciais, são indispensáveis a formação válida da estrutura do negócio jurídico em comento. Os acidentais são estabelecidos de forma facultativa pelas partes e os naturais somente são aplicáveis aos contratos civis e desde que as partes não disponham de forma contrária.

Por *elementos naturais* se entende aqueles que decorrem da natureza da relação negocial. A própria norma legal fixa as consequências jurídicas inerentes àquele determinado contrato, caso as partes expressamente não prevejam de forma diversa. Daí

chamarem-se *naturais*, vez que são simples resultados da modalidade negocial escolhida pelos contratantes. Exemplo típico são os vícios redibitórios inerentes aos contratos de compra e venda, previstos no artigo 1101 do Código Civil.

As normas que integram a categoria dos elementos naturais são do tipo supletiva (dispositiva) que, para Pontes de Miranda, é a que estatui que se compreenda de determinada maneira quando alguém nada tenha dito²¹⁰. Ora, considerando que todas as normas legais incidentes no conteúdo do contrato de trabalho são do tipo cogente²¹¹, e ainda, que as normas contratuais pactuadas pelas partes, porventura existentes, não possam dispor contra a proteção mínima prevista na diretriz da lei (artigo 444 da CLT), infere-se, diante disso, não haver lugar para os chamados elementos naturais na esfera do Contrato de Trabalho.

Elementos essenciais propriamente ditos:

Em face da precariedade da lei ao enumerar os elementos do contrato, a doutrina passa a ter papel supridor. Contudo, vislumbra-se discrepância dos estudiosos na disposição²¹², enumeração e classificação dos requisitos do negócio jurídico. A

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1/69. Vol.1, p. 81.

²¹¹ Para Pontes de Miranda, normas cogentes ou imperativas são aquelas que ordena que se faça ou que se não faça alguma coisa. Idem. *ibidem*.

²¹² Citamos duas classificações distintas, a fim de ilustrar o que estamos a dizer. A primeira de Orlando Gomes que assim dispõe: Pressupostos: capacidade das partes e idoneidade do objeto. Requisitos: declaração de vontade; causa e forma. In: Introdução ao Direito Civil. p. 322. A segunda, do jurista paulista Silvio Rodrigues que denomina de *pressupostos de validade* aqueles enumerados no artigo 82 e de *elementos estruturais* do negócio jurídico: a *vontade humana*; a *idoneidade do objeto* e a *forma*. In: Direito Civil, volume 1. p. 171.

taxionomia por nós adotada segue um critério lógico e tem como suporte o próprio ordenamento jurídico em vigor²¹³.

A categoria do *Fato Jurídico* e seus desmembramentos teve origem na elaborada teoria dos *pandectas* alemães, cujo apanágio é o excessivo rigor de abstrações lógicas e imbricações próprias da chamada época da *jurisprudência dos conceitos*.²¹⁴ Com efeito, objetivando deixar esta matéria mais didática e compreensível, adotamos a seguinte classificação simples e objetiva:

Elementos essenciais previstos em lei (art. 82):

- a) *Agente capaz;*
- b) *Objeto lícito e possível, e;*
- c) *Forma prescrita ou não defesa em lei*

Elementos essenciais suplementares ou

doutrinários:

- a) *Causa;*
- b) *Consentimento.*

²¹³ O ordenamento jurídico ora mencionado é, principalmente, o Código Civil e, secundariamente, a CLT. Lembremos que o nosso Código Civil foi inspirado no Código napoleônico e a matéria em questão, negócio jurídico, foi construída pelos pandectas que confeccionaram o B.G.B. (Codex Civil Alemão). (N.A.)

²¹⁴ Neste sentido já pudemos expor com vagar ao encetar este estudo no Capítulo I, Seção I e II, da Parte 1.

É o artigo 82 do Código Civil que contém os três elementos essenciais de formação válida: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Registre-se que a despeito da dicção legal falar em requisitos de validade do “*ato jurídico*”, para nós e para os doutrinadores que seguem a Teoria Objetivista ou Estruturalista, o artigo 82, em verdade, refere-se aos elementos essenciais do *negócio jurídico*.

Nos termos do parágrafo único do artigo 80. da CLT, o Direito Comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho em caso de omissão da legislação trabalhista. Logo, no estudo desse assunto, aplicam-se as regras civis, respeitando as peculiaridades próprias do *Jus Laboral*.

Seção I - Agente Capaz

Não se pode confundir a genérica figura da *capacidade jurídica* com a específica figura da *capacidade de agir do agente contratante*. A primeira, é ampla e encontra esteio no artigo 20. do Código Civil: “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. A segunda consiste especificamente na capacidade de praticar, pessoalmente, atos jurídicos válidos. Em relação ao Contrato de Trabalho, Cabanellas define “el la aptitud de obrar válidamente por sí mismo.”²¹⁵

²¹⁵ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Tomo II, Vol. 1, p. 120.

Inspirado no direito francês²¹⁶, tornou-se universal a regra de que toda pessoa pode contratar, salvo quando a lei expressamente declarar a incapacidade do agente.

A idade é o principal fator utilizado para delimitar a incapacidade (absoluta ou relativa). O critério axiológico para adotar determinada faixa etária é subjetivo do legislador e varia em cada país²¹⁷. Há outros fatos que implicam na declaração da incapacidade²¹⁸, como por exemplo, a sanidade física ou mental e a prodigalidade, conforme se depreende dos artigos 5o. e 6o. do Código Civil pátrio.

No que tange à capacidade do empregador celebrar Contratos de Trabalho, aplicam-se as mesmas regras do Direito Comum. Assim, o “menor pode ser empregador: a) sem necessitar de representação ou assistência, a partir dos 21 anos, ou se emancipado (art. 9o. do Código Civil); com menos de 16 anos, necessita de representação e a partir dos 16 anos, de assistência; b) os demais absolutamente incapazes somente mediante representação; c) os relativamente incapazes necessitam de assistência.”²¹⁹

²¹⁶ Neste sentido é o artigo 1.123 do Code de Napoléon: “*toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi*”.

²¹⁷ A título ilustrativo registre o Direito alemão que considera o menor de sete anos absolutamente incapaz e dos sete aos vinte e um anos relativamente incapaz. O direito francês e italiano estabelecem tão somente a idade de 21 anos para a capacidade plena, nada se pronunciando sobre a incapacidade relativa.(N.A.)

²¹⁸ Por um bom tempo se discutiu a capacidade da mulher casada. Hoje tal discussão é inócua, em face do que dispõe o artigo 5o. da Carta-Mãe que revogou tacitamente o artigo 446 da CLT. Posteriormente este artigo celetado foi expressamente ab-rogado com a edição da Lei 7.855/89. Oportuno transcrever sua antiga redação: “presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente”. (N.A.)

²¹⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Cíveis no Direito do Trabalho. p. 110.

Na *representação* o responsável legalmente investido age em nome do absolutamente incapaz, enquanto na *assistência* o próprio menor pratica o ato jurídico, que para produzir efeitos exige suplemento de consentimento por parte do assistente responsável.

O Contrato de Trabalho pelas suas peculiaridades e por ser considerado um Direito Social (na verdade mais social que os demais), apresenta, para o empregado, faixas de idades diversas daquelas estampadas no Direito Comum. Façamos, pois, um quadro comparativo:

Direito Civil		Direito do Trabalho
menores de 16 anos	<i>absolutamente incapazes</i>	menores de 18 anos
menores entre 16 e 21 anos	<i>relativamente incapazes</i>	menores entre 14 e 18 anos
21 anos completos ou mais	<i>plenamente capazes</i>	18 anos completos ou mais

A partir da promulgação da Constituição Federal, em 05.10.88, o limite de idade que era de 12 anos foi elevado para 14 anos. O artigo 7o., XXXIII da Carta-Mãe revogou o artigo 402 da CLT, ressaltando o limite excepcional do menor *aprendiz* que é de 12 anos.

Caso o empregado menor de 14 anos labore em atividade lícita, ainda que não esteja figurando como *aprendiz*, o contrato produzirá efeitos jurídicos. Asseguram-se ao menor trabalhador, nesta hipótese, “todos os direitos laborais cabíveis, inclusive assinatura de CTPS, com repercussões previdenciárias, não obstante a mesma Sentença

(ou autuação do Ministério do Trabalho ou intervenção da Procuradoria do Trabalho) deva considerar extinto, *ope judicis*, o vínculo firmado, se ainda em prosseguimento.”²²⁰

O empregador que for autuado em situação irregular, referente a contratação de empregado menor de 14 anos, incorrerá em multa administrativa, nos termos dos artigos 434 e 438 da CLT.

Para o Direito Civil justifica-se a divisão de: a) menores *púberes*, que são os relativamente incapazes, e b) menores *impúberes*, os absolutamente incapazes. Os primeiros chegam a praticar o ato jurídico pessoalmente, mas em conjunto com o seu assistente legal. Aos segundos, menores impúberes, o ato deve ser praticado pelo representante legal em nome do menor incapaz, que dele não participa.

No Direito do Trabalho, segundo assevera Rodrigues Pinto, “sendo proibido o trabalho do menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz, e sendo, em qualquer caso, *pessoal* a prestação do trabalho, conclui-se não haver lugar para a representação”²²¹.

Para os relativamente incapazes a *assistência* legal é presumida, ou seja, até que se prove o contrário presume-se que o assistente está assistindo o empregado menor. Pela antiga redação do artigo 16, parágrafo único, alínea “d” da CLT, o empregado menor de 18 anos tinha que apresentar autorização escrita do pai ou

²²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho. In: Curso de Direito do Trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá. Coordenadora: Alice Monteiro de Barros. p. 247 e 248. As observações entre parênteses foram por nós colocadas.

²²¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. p. 168.

responsável para obter sua Carteira de Trabalho. Com a revogação dessa norma pela Lei 7855/89, mais do que nunca a assistência ao empregado menor de 18 anos é meramente *presumida*.

Acertado o tratamento que estabelece como regra geral aludida assistência presumida, pois como adverte Hugo Gatti: “se a lei considera o menor que trabalha hábil para administrar e dispor dos bens adquiridos com o trabalho, que é a fonte dos bens ou recursos que irão constituir seu pecúlio, deve-se considerá-lo também apto a celebrar o contrato de trabalho.”²²²

O único ato em que a legislação, art. 439 da CLT, exige a presença *física* do responsável é o de dar quitação das verbas rescisórias junto ao sindicato ou ao estabelecimento da empresa.

Por força do artigo 408 da CLT, ao responsável do empregado menor é facultado pleitear a dissolução do Contrato de Trabalho, nos casos em que o serviço prestado implique em prejuízos de ordem física ou moral. Em tais condições, com base no artigo 407 da mesma lei, cabe também ao Ministério Público do Trabalho intervir e, se for o caso, pedir o desfazimento do contrato.

A competência para apreciar a demanda que colima a rescisão contratual é da Justiça do Trabalho, vez que a matéria é trabalhista²²³. Nada obstante, é da Justiça

²²² GATTI, Hugo. Situación jurídica de los menores en derecho privado. In: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo 15, p. 509, *apud* Américo Plá Rodríguez, Curso de Direito do Trabalho. p. 116.

²²³ Aplica-se aqui o artigo 114 da Constituição Federal.

Comum a alçada para julgar o conflito decorrente do “suprimento de vontade nos casos de oposição paterna ao trabalho do menor”²²⁴.

A legitimação do empregado em relação a certos objetos do contrato:

Não se pode confundir a *capacidade de agir* do agente com a *legitimação*. Enquanto a capacidade constitui aptidão subjetiva para exercer pessoalmente atos jurídicos, a *legitimação* consiste em um *status* especial do sujeito, exigido por lei, em relação a determinado objeto do negócio jurídico. A capacidade diz respeito ao requisito de *validade*, ao passo que a legitimação é “um pressuposto legalmente imposto para que a relação possa, com *eficácia*, estabelecer-se”²²⁵.

Não há relação direta entre a capacidade e a legitimação, sendo perfeitamente possível o empregado ter capacidade (18 anos completos) e lhe faltar a legitimidade para celebrar determinado Contrato de Trabalho (para laborar como médico, por exemplo). *Mutatis mutandi* pode ocorrer o inverso: o empregado ter legitimidade para a Medicina, contudo lhe faltar a capacidade de ação (exemplo: médico formado, com registro no CRM que posteriormente é acometido de patologia psíquica grave).

Destacamos alguns casos de *legitimação*:

- artigo 7o., XXXIII da Constituição Federal que retira a autorização dos menores de 18 anos para os seguintes objetos contratuais: trabalho noturno, perigoso ou insalubre;

²²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. p. 317.

²²⁵ RAÓ, Vicente. Ato jurídico. p. 101.

- artigo 390 da CLT que veda o trabalho da mulher em serviço que demande força muscular excessiva;

- leis que regulamentam profissões e condicionam o seu exercício a conclusão de cursos de nível superior e de nível médio;

- artigo 368 da CLT que veda o estrangeiro de exercer o cargo de comandante da marinha mercante, etc.

Enquadram-se na categoria do *trabalho proibido* aquele prestado com falta de legitimação. Conforme será visto adiante (no estudo do objeto ilícito), em quaisquer desses casos o contrato vai produzir efeitos jurídicos, garantindo ao empregado os direitos trabalhistas que lhe são devidos, ainda que com certas restrições²²⁶.

Seção II - Objeto Lícito

A doutrina não vem se posicionando de forma clara sobre a diferença entre o objeto da obrigação e o objeto do contrato propriamente dito. O Código Civil

²²⁶ Por óbvio que em havendo uma autuação do Ministério do Trabalho ou intervenção da Procuradoria do Trabalho ou do Judiciário, a falta de legitimidade deve ser sanada ou, se isto não for possível, o labor irregular ser cessado. Da mesma forma, os efeitos trabalhistas não retiram a eventual responsabilidade civil ou criminal da irregularidade perpetrada (vg.: falsificar diploma de médico para poder preencher vaga de trabalho). (N.A.)

pátrio segue essa linha perfunctória, fazendo menções gerais que se aplicam aos negócios jurídicos.

Quando se fala em *obrigação*, está se falando no objeto *imediato* do contrato, que é, exatamente, a prestação de *dar, fazer e não fazer*. O objeto dessas prestações constituirá o objeto *mediato* do contrato que, por sua vez, será o conteúdo do negócio jurídico.

Logo, o objeto *imediato* do Contrato de Trabalho é a obrigação de fazer do empregado (trabalhar de forma subordinada) e a obrigação de dar do empregador (remunerar). Já o conteúdo dessas prestações, constitui o objeto *mediato* do Contrato de Trabalho que é a modalidade de trabalho prestado²²⁷.

Santoro-Passarelli adverte sobre outro enfoque ao alegar que o objeto característico do contrato de emprego é precisamente “o trabalho, entendido como atividade, como fazer, e, não, como, por outros é afirmado, a energia do trabalhador, inseparável da sua pessoa, porque se esgota no ato no qual é empregada. Tanto menos pode considerar-se objeto a pessoa ou o corpo do trabalhador, que é sujeito e, por isso, não pode ser objeto de direito.”²²⁸

Considerando que o objeto dos direitos são os bens da vida juridicamente tutelados, tem-se que esse deva ser lícito. Não seria razoável admitir que o direito

²²⁷ Por exemplo o trabalho como operário da indústria metalúrgica ou como vendedor no comércio de roupas

²²⁸ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*. p. 98.

assegurasse a possibilidade dos contraentes regulamentarem relações incidentes sobre obrigações ilícitas.

O conceito de licitude é abrangente e significa a *conformidade com o direito*, ou seja, estar em sintonia com a lei, a moral e os bons costumes²²⁹. Na prática, quando se fala em objeto do contrato, ora se pensa nas obrigações, ora no seu conteúdo. Conforme leciona de forma correta o prof. Sílvio Venosa, “pelo nosso sistema, o exame da idoneidade do objeto se refere a ambos.”²³⁰

Não obstante o artigo 82 do Código Civil mencionar somente a expressão *objeto lícito*, a doutrina, com base na acertada e completa expressão do artigo 145, II, do mesmo *codex*, amplia o predicado para objeto lícito e *possível* que é aquele materialmente factível de ser realizado. Outros, como Riva Sanseverino, arrematam ao acrescentar “que no contrato de trabalho, o objeto deve ser possível, lícito, determinado ou determinável”²³¹, vez que impossível obrigar alguém a pagar alguma coisa, ou a exercer alguma atividade, de forma indeterminada.

Ficou conhecida a distinção feita por Cabanellas entre *trabajo ilícito y trabajo prohibido*²³². *Proibido* vem a ser o trabalho que se encontra vedado na própria legislação trabalhista ou civil. Nesse caso, o Contrato de Trabalho produz efeitos

²²⁹ O Código Civil Brasileiro não faz menção expressa a questão da moralidade do ato jurídico. Contudo, pela melhor exegese do art. 971 desse Codex, o conceito de licitude inclui o de moral. Demais códigos civis reportam-se explicitamente à moralidade. Citamos alguns: BGB, pg. 138; Código Suíço das Obrigações, art. 20; Código Civil de Portugal, art. 280º., n. 2; dentre outros. As observações são feitas por Marcos Bernardes de Mello, *in*: Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade. p. 34.

²³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria Geral dos Contratos. p. 68.

²³¹ SANSEVERINO, Luisa Riva. Curso de direito do trabalho. p. 164.

²³² CABANELLAS, Guillermo. Op. citada. Tomo II, Vol. 1. p. 137 e 138.

jurídicos e ao empregado estão garantidos todos os direitos trabalhistas enquanto perdurou o labor, antes da denúncia.

Exemplo de labor proibido é o menor de 14 anos que exerce função lícita dentro de uma determinada fábrica, ou, também, o caso de mulher que labora com mais de 25 quilos²³³. Apesar de haver expressa proibição em normas de índole trabalhista, por se tratar de atividade lícita, os obreiros, nessas situações, têm assegurados todos os direitos legais.

Trabalho ilícito é aquele que configura crime ou contravenção penal e, portanto, “no existe protección legal alguna²³⁴”. Como exemplos mencionamos a contratação de empregado para o tráfico de entorpecentes ou de empregadas para atuar em casa de meretrício.

Parte da doutrina vem tomando posição simplista sobre os efeitos do contrato que contém objeto ilícito. Apenas dizem que em tal situação o contrato é nulo e, por corolário, nenhum efeito produz. Veremos adiante, quando tratarmos do capítulo da nulidade do contrato, que a matéria é complexa e a produção de efeitos varia conforme a intenção e a forma de atuação (direta ou indireta) do trabalhador sobre a ilicitude do objeto.

²³³ Observe-se que o art. 390 da CLT proíbe o labor da mulher com mais de 25 quilos.

²³⁴ CABANELLAS, Guillermo. Idem, *ibidem*.

Seção III - A Forma

O aspecto morfológico do Contrato de Trabalho segue a mesma norma dos demais negócios jurídicos bilaterais: a forma deve ser prescrita ou não vedada em lei.

Via de regra, o contrato de emprego não exige forma solene para a sua celebração. Para Garcia Oviedo tal fato retrata uma tendência, vez que “las modernas legislaciones, desviándose en esto del Derecho romano, han consagrado el principio según el cual de cualquiera manera que na persona quiera obligarse queda obligada”²³⁵.

Com base no *caput* do artigo 443 da CLT, o contrato de trabalho pode ser verbal ou escrito, tácito ou expresso. Contudo, não se confunda a validade do contrato *verbal* com a exigência de sua anotação em CTPS estatuída nos artigos 13 e 29 da CLT.

Explicamos: o Contrato de Trabalho mesmo verbal produz efeitos jurídicos. Logo, o empregado tem assegurado todos os direitos trabalhistas, ainda que o empregador seja inadimplente quanto à obrigação do registro da Carteira de Trabalho. Assim, tal descumprimento implica, tão somente, em incidência de multa administrativa em prol do Ministério do Trabalho²³⁶.

²³⁵ OVIEDO, Carlos Garcia. Tratado elemental de derecho social. p. 160.

²³⁶ A multa está prevista nos artigos 53 a 55 da CLT e será aplicada após autuação por parte dos fiscais do Ministério do Trabalho. (N. A.)

Não carecem de forma especial os contratos, “senão quando a lei expressamente a exigir”. Aludida regra, inserta no artigo 129 do Código Civil, aplica-se integralmente à órbita contratual trabalhista. São raros os casos em que a lei trabalhista obriga a observação de forma solene para a celebração de Contrato de Trabalho, prevalecendo, via de regra, o princípio da liberdade de forma.

Há que se divisar as formas ditas *ad solemnitatem* das chamadas *ad probationem tantum*. Enquanto as primeiras são da própria essência de validade do negócio jurídico, as segundas são impostas exclusivamente como meio de prova.

A exigência de forma escrita para os contratos de duração determinada constitui exemplo de forma *ad probationem tantum* e, portanto, a sua inobservância não implicará em nulidade, mas em mera *conversão negocial* do tipo *formal*.

Com efeito, a falta do elemento formal (contrato escrito) implicará no aproveitamento dos demais elementos regulares para outra espécie da mesma categoria em que tal formalidade não seja exigida. Em consequência, o contrato a termo em que não se atentou para a forma escrita, transformar-se-á, tacitamente, em contrato por tempo indeterminado.

O mesmo efeito não ocorre quanto ao desprezo de formalidade *ad solemnitatem*. Exemplificamos com a necessidade de aprovação em concurso público

para a investidura de emprego público, prevista no artigo 37, II, da Carta da República. O desprezo a essa forma solene ensejará a nulidade do Contrato de Trabalho.²³⁷

A prova de existência do Contrato de Trabalho:

Relacionado com o tema aqui visto, mormente o das formalidades *ad probationem tantum*, a chamada *prova* (de existência) do Contrato de Trabalho dá-se por intermédio das anotações feitas pelo empregador na carteira profissional (CTPS) do empregado. Daí a dicção dos artigos 40 e 456 da CLT.

Mais importante que a regra geral são as restrições que a circunscrevem. A primeira delas, assinalada pelo ilustre prof. João Régis Teixeira é a de que “todos os meios de prova em direito admitidos serão válidos para comprovar sua existência”²³⁸, consoante prescreve a parte final do artigo 456 celetário.

A segunda restrição se refere a presunção de veracidade do conteúdo da CTPS. A vetusta Súmula 12 do TST diz ser *juris tantum* (e não *juris et de jure*) as presunções das anotações ali apostas. Contudo, tal verbete não especifica se a presunção relativa é somente contra o empregado ou se para ambas as partes.

Acerca dessa controvérsia hermenêutica, coadunamos com a posição de José Martins Catharino, assim manifestada: “quanto ao valor probante das anotações

²³⁷ Registre ainda o exemplo aduzido por Orlando Gomes e Elson Gottschalk: exigência de forma solene para a celebração de contrato de trabalho no setor marítimo. Obra citada. p. 163. A legislação italiana também prevê essa exigência.

²³⁸ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. Direito do Trabalho. p. 165.

em carteira profissional feitas pelo empregador, admite-se presunção *iuris et de iure* contra ele, e *iuris tantum* contra o empregado.”²³⁹ Ressalve-se que, em se tratando de manifesto erro material (“erro escusável”²⁴⁰) na anotação da Carteira, o empregado não pode dele tirar proveito, sob pena de enriquecimento sem causa²⁴¹.

²³⁹ CATHARINO, José Martins. Obra citada. p. 262.

²⁴⁰ Erro escusável é aquele que pelas circunstâncias é perfeitamente desculpável ou justificável a uma pessoa dotada de inteligência e atenção medianas. Se o engano, ao revés, for inescusável (injustificável), deixa de ser considerado *erro* para ser *má-fé*. In: O negócio jurídico e sua teoria geral. José Abreu Filho. p. 243.

²⁴¹ Imaginemos, por exemplo, que ao invés do empregador anotar 9,5% (nove e meio por cento) de comissões incidente sobre o total de vendas da loja, por lapso registra 95% (noventa e cinco por cento). É axiomático o erro material incorrido, não podendo disso o empregado querer se beneficiar, sob alegação de presunção *iuris et de jure* do teor da CTPS. (N.A.)

CAPÍTULO II - ELEMENTOS ESSENCIAIS SUPLEMENTARES OU DOUTRINÁRIOS

Ainda que não estejam expressamente contemplados no artigo 82 do Código Civil, a *causa* e o *consentimento* também constituem elementos essenciais do negócio jurídico ao lado daqueles legais, já estudados nos itens anteriores.

Frutos de construção doutrinária que se inspirou em outras legislações estrangeiras²⁴², a causa e o consentimento são requisitos indispensáveis do Contrato Individual de Trabalho. A contribuição da doutrina acabou por suprir a deficiência normativa dessa categoria jurídica, quando estudada de forma ontológica.

Seção I - A Causa e o Consentimento

O artigo 82 do *digesto civile* não contempla a *causa* como elemento essencial do negócio jurídico. Todavia, tanto o artigo 90, quanto o 92 desse mesmo diploma, fazem-lhe menção expressa²⁴³. A doutrina é vacilante: há quem considere a *causa* como requisito fundamental, há quem a despreze.

²⁴² A propósito o artigo 1.131 do Código Civil francês estabelece que o negócio jurídico não tem eficácia se a causa for ilícita. Eis sua redação: “l’obligation sans cause, ou sur une fausse, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.”

²⁴³ Consigne, outrossim, a previsão de nulidade dos contratos comerciais quando “não designarem a causa certa de que deriva a obrigação”. *Ex vi* do artigo 129 do Código Comercial.

A causa:

Para Francesco Santoro-Passarelli a causa de um negócio jurídico “é a função imediata que o ordenamento destina àquele negócio, considerada como *razão determinante* pelo sujeito (ou sujeitos) para cumprimento do negócio”²⁴⁴. O saudoso professor baiano, Orlando Gomes, nossa estrela maior do Direito Civil e Trabalhista, define a causa como “o *motivo típico* do contrato”, ou seja, o fim imediato que atua sobre a vontade para determinar a conclusão de certo contrato²⁴⁵.

Ambos os juristas mencionados, arrematam suas argumentações, constatando que, para o empregado, a *causa* característica do contrato de emprego é a percepção de salário e, para o empregador, a utilização do serviço contratado.

Registre-se a advertência de Sanseverino de que a causa do contrato consiste num sinalagma genético (correlatividade entre as obrigações) e funcional (correlação entre as prestações) “*não só inicial, mas continuado* em relação a colaboração (do empregado) na empresa e o complexo de contraprestação do empregador”²⁴⁶.

Ausente o caráter patrimonial da causa dos signatários, caracteriza-se a repugnante figura do *locupletamento*. Destarte, haverá nulidade por *causa ilícita* quando o empregado receber salário sem trabalhar (salvo os autorizados casos legais de

²⁴⁴ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Obra citada. p. 103.

²⁴⁵ GOMES, Orlando. Gottschalk, Elson. Curso de Direito do Trabalho. p. 169.

²⁴⁶ SANSEVERINO, Luisa Riva. Curso de direito do trabalho. Trad. Elson Gottschalk. p. 164.

interrupção contratual) ou o empregador se aproveitar do serviço do empregado sem remunerá-lo. Em ambos os casos se configurará *enriquecimento sem causa*. Nesse sentido a importância do tema em apreço.

Registrem-se, a propósito, os seguintes casos de anomalia causal:

a) contratação de empregado para abster-se do trabalho (ex: empregador que descobre que o empregado contratado é um dirigente sindical e que, por tal motivo, prefere deixá-lo sem trabalho, mesmo que auferindo salários);

b) empregado que se nega a receber o salário ajustado em troca de um futuro emprego público ou de recebimento de um proveito pessoal extracontratual. Nas duas *fattispecies*²⁴⁷ haverá nulidade do ato jurídico em face do desvirtuamento da *causa* do Contrato de Trabalho.

O consentimento:

Além da causa, o *consentimento* (ou *consenso*) é elemento essencial do contrato. Talvez mais essencial que os demais, pois, não se concebe um negócio jurídico sem declaração de vontade. Adverte o lusitano professor Manuel Domingues de Andrade: “onde não houver ao menos uma aparência duma declaração de vontade não

²⁴⁷ *fattispecies* é o que os italianos denominam de suporte fático sujeito a incidência de uma norma jurídica.

pode sequer falar-se em negócio jurídico”.²⁴⁸ Da mesma forma, não se cogita de contrato (negócio jurídico bilateral) sem o *consenso* dos contratantes.

Para outro jurista português, Gama Xavier, o consentimento “resulta de duas declarações negociais que se fundem ou se encontram no sentido de reciprocamente celebrar um contrato de trabalho, com um certo conteúdo.”²⁴⁹

Por bom tempo, no início deste século, os chamados *anticontratuais* ou *institucionalistas* retiraram o caráter contratual da relação de emprego, por faltar justamente o consenso das partes, mormente a manifestação volitiva do empregado.

Tal questão, bem como a forma tácita em que o empregado *adere* às condições de trabalho e, ainda, a autonomia *limitada* das partes em face do grande número de normas cogentes, não elidem os fins práticos das partes, os quais são enunciados pelo consentimento. Para Magano é o consentimento “o elemento medular do contrato de trabalho”²⁵⁰.

De forma acertada Messias Donato registra que se é pela bilateralidade que o contrato vincula os co-contratantes, “na promessa unilateral de vontade *compromete-se* quem a faz. Se não a cumpre, é passível o promitente de ser acionado por perdas e danos pela parte a favor de quem a promessa for feita.”²⁵¹

²⁴⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica. vol. 2, p. 121.

²⁴⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Curso de Direito do Trabalho. p. 415.

²⁵⁰ MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Vol. 2. p. 152 e 153.

²⁵¹ DONATO, Messias Pereira. Curso de Direito do Trabalho. p. 120.

Esta vinculação do promitente ao prometido, aplica-se apenas ao empregador, pois, ao empregado não é possível pactuar condições aquém da legislação trabalhista (art. 444, CLT), nem de forma prejudicial do que já vinha ocorrendo (art. 468), tampouco de forma contrária às benesses já incorporadas pelo decurso do tempo (integração da condição mais vantajosa).

O artigo 442 da CLT permite que o consentimento, no Contrato de Trabalho, possa ser *expresso* (por atos ou palavras que exprimem *inequivocamente* a vontade de contratar) ou *tácito* (por fatos que *indiquem* de forma *indireta* a vontade de contratar), mas desde que *puro* (sem vícios de vontade)²⁵².

A teoria da vontade e da declaração:

Há conhecida divisão entre os estudiosos do Direito Privado, no que tange ao papel da vontade negocial. De um lado temos os sequazes da chamada *Teoria da vontade* e de outro os da *Teoria da declaração*. Os primeiros (voluntaristas²⁵³) defendem a sintonia entre a declaração e a intenção do emitente (vontade interna). Ao contrário, para os partidários da teoria da declaração, “basta apenas a emissão desta (vontade), sendo desimportante a aferição de sua vinculação à intenção do agente”²⁵⁴.

²⁵² GOMES, Orlando. Gottschalk Elson. Obra citada. p. 167.

²⁵³ A discussão em apreço está intimamente ligada as duas principais teorias que definiram o Ato/Negócio Jurídico, vista na Seção II do Capítulo II da Parte II deste estudo. Enquanto os prosélitos da Teoria da Vontade pertencem a corrente *voluntarista*, os da Teoria da Declaração integram a frente *objetivista*. Para Marcos Bernardes de Mello, no entanto, ambas as teoria (da vontade e da declaração) são voluntaristas.

²⁵⁴ ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. p. 58.

O nosso legislador optou pela teoria da vontade, consoante se ilai do artigo 85 do Código Civil, *in verbis*: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

Como bem lembra José Abreu Filho, o debate tem grande importância e sobretudo sabor prático, uma vez que a aceitação de um ou outro posicionamento repercute nos chamados *vícios de consentimento*²⁵⁵.

A despeito de vários países apresentarem divergência doutrinária e normativa acerca da investigação do elemento volitivo interno nas *declarações*, o ordenamento brasileiro é claro quando, em seu artigo 147, II, do Código Civil, dispõe: “é anulável o ato jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude”. Essas são, pois, as espécies de vícios de vontade que geram os chamados *defeitos do negócio jurídico*.

Ainda que a lei os coloque em conjunto, sem qualquer distinção, a doutrina classifica-os, assim:

Vícios da vontade: *erro, dolo e coação*.

Vícios sociais: *simulação e fraude*.

Os primeiros, também conhecidos como *vícios psíquicos*, são aqueles que afetam diretamente a vontade, contaminando o consentimento do agente que declarou de

²⁵⁵ Idem. *ibidem*.

forma diversa daquela que teria feito se ausentes os fatores determinantes (erro, dolo e coação) do desvirtuamento da sua real intenção.

Já nos *vícios sociais*, os emitentes agem de forma deliberada para prejudicar terceiros ou desvirtuar a lei, utilizando-se, conscientemente, de ardis e manobras propositais para atingir seu intento. Aqui não há divergência ou engano entre a vontade interna e a ostensivamente declarada.

Seção II - Os vícios da vontade: Erro, Dolo e Coação

O Código Civil posiciona²⁵⁶ o *erro* junto com a *ignorância*, apesar da diferença existente entre ambos. Enquanto o *erro* é a falsa noção da realidade, a *ignorância* é o total desconhecimento da realidade. Em ambos os casos, esses fatores (falsa noção ou total desconhecimento), são capazes de levar o agente a declarar sua vontade de forma diversa daquela que o fizeram, caso conhecesse com precisão a realidade.

O erro como vício de consentimento:

Para caracterizar vício de consentimento, faz-se necessário que o *erro* preencha dois requisitos: a) *escusabilidade* - o erro, em face das circunstâncias que foi cometido, deve ser justificável e desculpável em pessoas de inteligência e atenção

²⁵⁶ Ambos pertencem à Seção I do Capítulo II, do Título I do Livro III do *Codex*.

medianas; b) *substancialidade* (ou *essencialidade*) - nos termos dos artigos 86 a 88 do Código Civil, somente o erro substancial implica em anulação do negócio jurídico.

Por erro *substancial* a lei considera aquele que incide sobre:

- a) a natureza do ato;
- b) sobre o objeto principal da declaração ou alguma de suas qualidades essenciais; e,
- c) sobre as qualidades essenciais da pessoa, a quem se reporta a declaração volitiva.

Trazendo o tema para a órbita do Contrato de Trabalho, podemos exemplificar cada hipótese legal.

A primeira é o caso de erro incidente sobre a natureza do negócio jurídico

O prestador do serviço, após entrevista junto ao departamento de recursos humanos, celebra contrato acreditando ser de emprego e o empregador o faz acreditando ser de estágio ou ainda, o obreiro se dispõe a laborar como sócio do contratante e este, ao contrário anota a sua CTPS como empregado.

Nessas duas situações de *erro* quanto à natureza do negócio jurídico é possível anular o contrato. Todavia, não se olvide que a execução prolongada do Contrato de Trabalho na situação anômala, gera um consentimento tácito. Isto sem falar no princípio da primazia da realidade sobre a forma que, nesses casos, propugnará pela prevalência do vínculo empregatício, quando presentes os requisitos do artigo 3o. da CLT, ainda que formalmente a relação esteja dissimulada sob outro *nomem juris*.

A segunda espécie legal é o erro sobre o objeto principal da declaração ou em uma de suas qualidades essenciais:

Imaginemos que um candidato ao preencher a vaga de “processador com experiência em informática” acreditou trabalhar no CPD (centro de processamento de dados) da empresa. Todavia, a vaga se destinava a serviço burocrático e manual de abertura de processos fiscais e contábeis, sendo apenas 10% do seu serviço feito através de digitação em microcomputador. O empregado já no primeiro dia, colimando alijar da dação de aviso prévio decorrente de sua *demissão* (art. 487, pg. 2o. da CLT), pode anular o contrato firmado.

A terceira hipótese: erro atinente a qualidades essenciais da pessoa a quem a declaração se refere:

Essa última hipótese estatuída na lei é a mais importante, haja vista a prestação *intuitu personae* do empregado nos Contratos de Trabalho.

Segundo Riva Sanseverino, o erro sobre a pessoa “deve especificar-se e concretizar-se sobre uma qualidade essencial da pessoa.”²⁵⁷ Por exemplo: se não foi correta a qualidade que se levou em conta para decidir a contratação. Contratou “fulano de tal” achando que era a pessoa que foi indicada por um amigo do empregador, e na realidade era outra com predicados aquém do esperado. Ainda: pensa contratar um artista renomado e a contratação se faz com um seu homônimo.

Um outro exemplo de erro seria de um hospital que, ao contratar um mero agente de saúde, acreditou estar diante de um enfermeiro formado (com nível superior). Posteriormente, ao descobrir que o contratado era um mero atendente de enfermagem com experiência prática, mas sem habilitação profissional, o empregador tenciona anular o Contrato de Trabalho.

No exemplo aduzido, caso se configure *silêncio intencional* a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, configurará *omissão dolosa* de que trata o artigo 94 do Código Civil. Atente-se para a correta observação de Sílvia Rodrigues que diz ser necessário que a reticência (o dolo silenciado) incida “sobre circunstância relevante, que lhe cumpria revelá-la”.²⁵⁸ Aqui, a anulação será por *dolo* e não mais por *erro*, sendo, destarte, mais fácil a prova em juízo.

²⁵⁷ SANSEVERINO, Luiza Riva. Curso de direito do trabalho. trad. Elson Gottschalk. São Paulo. Ltr, 1976. p. 165.

²⁵⁸ RODRIGUES, Sílvia. Direito Civil. Parte geral. Vol. 1. p. 197.

Urge registrar, conforme assinala Délio Maranhão, que no caso de engano na admissão do obreiro e “não havendo dolo ou culpa do empregado, o empregador, verificado o erro, se não quiser continuar a relação de trabalho, ter-lhe-á que pagar o que for devido por lei em caso de dispensa injusta, pelo princípio da *culpa in contrahendo*”²⁵⁹.

Para fundamentar esta acertada posição, o autor cita os escólios de Eduardo Espínola:

*“Não obstante escusável o erro em que incidiu o declarante (que procedeu a entrevista do candidato), há, sempre, segundo a teoria da culpa ‘in contrahendo’, um certo grau de negligência, uma falta de diligência, por mínima que seja, na declaração da vontade. Por isso responde o declarante. A outra parte, entrando de boa-fé para constituição do negócio jurídico, encontra a garantia de não ficarem sem ressarcimento, os prejuízos decorrentes da desatenção do declarante, que teve, o consentimento viciado por erro, circunstância que determinou a anulabilidade do ato.”*²⁶⁰

É, pois, o caso do empregador, no exemplo dado acima, que nada perguntou, nem informou ao candidato à vaga de agente de saúde acerca do diploma de

²⁵⁹ Obra citada. p. 240.

²⁶⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. Manual do Código Civil, III, parte 1a., 1929, p. 291, *apud*: Délio Maranhão *et alli*. Instituições de Direito do Trabalho. vol. 1. p. 240.

enfermeiro. Ora, o empregado aceitou o emprego e, após principiar o seu serviço, vê-se surpreendido por uma anulação contratual, sob o argumento de *erro*.

Em casos semelhantes, denota-se evidente negligência do empregador (ou preposto) que procedeu a entrevista de recrutamento. Daí a indenização por culpa *in contrahendo* de que fala Eduardo Espínola. A indenização deve expressar, conforme sustenta Délio Maranhão, o mesmo valor de uma rescisão sem justa causa (inclusive com o valor do aviso prévio indenizado).

Tal orientação é correta, sobretudo se considerarmos que o empregado é o sujeito hipossuficiente da relação empregatícia. Portanto, necessitado do emprego, faz papel de mero *aderente* às condições de trabalho predeterminadas pelo empregador, quando da celebração do contrato. Somente nesses termos podemos compatibilizar tal instituto civilista com os princípios do Direito do Trabalho, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 8o. da CLT.

O dolo como vício de consentimento:

O segundo vício da vontade a ser estudado é o *dolo* que, para Clóvis Beviláqua, é o “emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita o autor do dolo ou terceiro.”²⁶¹

²⁶¹ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil comentado. Rio de Janeiro. Francisco Alves. 1940. vol. I. 6a.ed.p. 339

Garcia Oviedo afirma que “hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas por parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar um contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”²⁶². Enquanto na figura do *erro* o engano é espontâneo do declarante, no *dolo* é ensejado por outrem com a intenção deliberada de fazê-lo (*animus decipiendi*), através de condutas ardilosas e mentirosas.

Para Magano, “a incidência desse vício, na área trabalhista, pode ser imaginada quando alguém é, por exemplo, induzido a pedir demissão do emprego, em que goza de estabilidade, e aceitar contratação com terceiro, sem idoneidade financeira.”²⁶³

Somente o chamado *dolus malus* (aquele que por ser malicioso e grave é intolerável) implica em vício da vontade. O chamado *dolus bonus*, fruto de gabação exagerada²⁶⁴, porém sem malícia, não dá ensejo a anulação do negócio jurídico.

Existe também o dolo principal que se torna a causa do negócio tido como defeituoso, propiciatória da anulabilidade (art. 92 do CC) e o dolo accidental “que não é tido como motivo impediante da realização do negócio, não sendo reputado como vício de consentimento (art. 93 do CC)”²⁶⁵.

²⁶² OVIEDO, Carlos Garcia. Obra citada. p. 157.

²⁶³ MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Vol. 1. p. 157.

²⁶⁴ Exemplo de “*dolus bonus*” é o elogio exagerado por parte do vendedor em relação ao produto que deseja vender. É comum o seguinte anúncio em classificados de jornais: “vende-se Volks 1980 em excelente estado”, quando na verdade o carro não está em excelente estado. É o caso típico de dolo “*bonus*”. (N.A.)

²⁶⁵ Idem, ibidem.

Por força do artigo 95 do digesto civil, o vício provocado por dolo de terceiro, contudo sabido por uma das partes, pode ser anulado. Já o artigo 96 dessa lei, prevê a responsabilidade civil do representado, em relação ao dolo praticado por seu representante.

Tal figura é de suma importância para o Contrato de Trabalho, vez que a maioria dos atos da empresa não são praticados pessoalmente pelo empregador, mas por seus prepostos (representantes). Logo, se o chefe do departamento pessoal, com o consciente fito de induzir determinado empregado a aceitar proposta de emprego, faz-lhe propaganda enganosa, caracteriza-se *dolo* de representante previsto no artigo 96 do CC.

Havendo dolo de ambas as partes, nenhuma poderá dele se beneficiar para anular o ato ou reclamar indenização, consoante estabelece o artigo 97 do *Codex*.

Américo Plá Rodriguez, enumera os seguintes exemplos de dolo na seara dos contratos trabalhistas: “por parte do patrão haveria dolo quando, para obter o consentimento do empregado, lhe apresentasse cifras falsas de seus negócios para induzi-lo a acreditar numa remuneração incerta por via de participação nos lucros; por parte do trabalhador existiria dolo quando, para conseguir o emprego, exibisse falsas credenciais a respeito de sua habilidade ou competência profissional.”²⁶⁶

²⁶⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. p. 114.

A coação como vício de consentimento:

O terceiro e último vício volitivo previsto em nosso ordenamento jurídico é a *coação*. Por importar em uso de *violência*, indubitavelmente, a coação é a mais grave dos vícios de consentimento. O seu estudo abrange tanto a coação física (*vis absoluta*), quanto a coação moral (*vis compulsiva*).

Alicerçados na legislação espanhola, Bayon Chacon e Perez Botija, definem a coação física (*violencia*) como “una fuerza irresistible encaminada a arrancar el consentimiento de una de las partes del contrato y la *intimidación* (coação moral) en el temor fundado de um mal inminente ne la persona o bienes del contratante o de sus familiares, y ambas invalidam el consentimiento”.²⁶⁷

O Código Civil ao mencionar a coação-vício capaz de ensejar a anulação do negócio jurídico, refere-se à coação *moral*. Até porque na violência física a vontade é excluída e a nulidade do negócio ou do ato jurídico é absoluta.

Dos três vícios de vontade, a coação é a mais freqüente. Infelizmente é comum a conduta abusiva do empregador que, extrapolando os limites de seu poder disciplinar e diretivo, acaba coagindo o empregado a aceitar inúmeras imposições, tais como assinar documentos e recibos em branco, autorizar descontos salariais e, em alguns casos, subscrever documentos intitulados “pedido de demissão”.

²⁶⁷ CHACON, G. Bayon; BOTIJA, E. Perez. Manual de derecho del trabajo. Vol. II. p. 356.

Estribada nos artigos 98 e 99 do *Codex Civile*, a doutrina estabelece alguns requisitos para caracterizar a coação moral. São eles:

a) A coação deve ser a causa do ato jurídico. Faz-se mister o nexo causal entre a intimidação e o ato praticado pela vítima. Caso o temor tenha sido motivado por força maior, será esta e não a coação que viciará a vontade.²⁶⁸ :

b) A coação deve gerar um temor justificado à vítima. No Contrato de Trabalho, geralmente, o temor se traduz na perda do emprego, rescisão por justa causa, inadimplência de salário, rebaixamento de função, etc.

Com base no artigo 99 do digesto civil, o magistrado, ao apreciar a ameaça, deverá ponderar as várias circunstâncias que abrange a situação concreta, tais como: a condição financeira e cultural da vítima, o sexo, a idade, a saúde e o temperamento do paciente.

Sim, pois é mais razoável admitir uma coação moral ou constrangimento de um empregado analfabeto ou de uma obreira grávida, que de um empregado com estabilidade no emprego ou mesmo de um encarregado de departamento pessoal ou assessor jurídico que conheça seus direitos.

c) O temor deve ser de um grave dano iminente suscetível de atingir a pessoa da vítima, sua família ou seus bens. A vítima, geralmente o empregado, para

²⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 1. p. 247.

configurar a coação deve temer o “dano iminente”, que é o mal prestes a acontecer a sua pessoa, sua família ou seus bens, aqui incluído seu emprego, seu cargo dentro da empresa ou sua honra em relação às punições injustas.

O dano deve ser grave, não configurando *coação* as simples ameaças vagas, indeterminadas ou impossíveis.

d) O dano deve ser igual aquele que receia o extorquido. Conforme observa Sílvio Rodrigues: “nenhuma legislação moderna empregou os termos que a nossa lei, inconvenientemente, utilizou. Com efeito, na lei de outros países a medida da intensidade do dano é imprecisa”²⁶⁹ e não condiciona a um sacrifício menor da vítima do que o mal evitado.

Exercício normal do direito e temor reverencial:

A regra estampada no artigo 100 do Código é vista com relevância nos Contratos de Trabalho. Nela se prescreve não haver coação a ameaça decorrente do “exercício normal de um direito” ou do “simples temor reverencial”.

É cediço que o empregador no exercício de seu *jus variandi* tem o poder de determinar algumas alterações, não substanciais, no contrato do empregado. Da mesma forma, constitui direito potestativo do empregador despedir sem justa causa seu empregado, desde que lhe indenize de acordo com a legislação.

²⁶⁹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol.1. p. 212.

Com efeito, não caracterizará coação a simples ameaça ao empregado de despedida (sem justa causa) ou de atos inseridos no seu poder de comando. Por exemplo: o empregador não pode *obrigar* que o empregado preste horas extras que não sejam aquelas arroladas no artigo 61 da CLT. Contudo, pode “ameaçar” o empregado que “recusar” tal colaboração com uma rescisão contratual.

Por óbvio que a dissolução aqui ameaçada deverá ser *sem justa causa*, pois do contrário a ameaça configurará coação. No primeiro caso (ameaçar a despedir sem justa causa), o ato patronal está dentro do seu “exercício normal do direito”. Ao revés, no segundo caso (ameaça de rescisão por *justa causa*), sendo a pressão abusiva e *injusta*, a eventual anuência do empregado estará inquinada pela coação.

O *temor reverencial*, aludido no artigo 100, é próprio da relação entre pessoas “a quem se deve obediência e respeito”²⁷⁰. Tal figura, portanto, está sempre presente na relação de emprego, haja vista a dependência hierárquica do empregado em relação ao empregador, fruto da subordinação jurídica que norteia o liame.

O temor reverencial do empregado em relação ao empregador ou seu chefe, por si só, não caracteriza a coação. Todavia, se a ele “se acrescenta alguma violência, o contrato (ou o ato) é anulável ainda que a *vis* não ofereça a gravidade requerida em outros casos”.²⁷¹

²⁷⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada. observação n. 5 ao artigo 100.

²⁷¹ RODRIGUES, Sílvio. Obra citada. Vol. 1. p. 205.

Essa posição é justificada, vez que o temor ao superior hierárquico “já constitui um elemento a agravar a ameaça provinda dessas pessoas, tornando-a capaz de viciar o consenso ainda que, se oriunda de outras fontes, não parecesse suficientemente grave.”²⁷².

Coação exercida por terceiros:

A coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro. Essa regra consubstanciada no artigo 101 do Código Civil se aplica aos casos em que o preposto do empregador, no uso de suas funções, constranja o empregado e vicie seu consentimento. Pelos parágrafos 1o. e 2o. do referido dispositivo, a parte que se aproveita da extorsão somente responderá por perdas e danos da vítima, se tiver prévio conhecimento da violência.

Contudo, no campo trabalhista o empregador será sempre o responsável pela coação exercida por seus prepostos, tendo ou não conhecimento prévio. Aplica-se aqui a culpa *in eligendo*, vez que o empregador ao eleger os chefes e gerentes de sua empresa, o faz por livre alvedrio, assumindo o risco de seus atos. Esses chefes, por sua vez, se verificado excessos e danos cometidos à empresa, motivados por atos de *sponte propria*, poderão, se for o caso, ser despedidos por justa causa.

Caso a coação seja provocada por *terceiro* em relação ao Contrato de Trabalho, ou seja, por elemento sem qualquer relação jurídica com o empregador,

²⁷² Idem. *ibidem*.

aplicar-se-ão, em tal hipótese, as regras estatuídas nos parágrafos 1o. e 2o. do artigo 101 do CC.

Assinale a acertada observação do uruguaio Plá Rodriguez de que a violência (coação) coletiva não é considerada, quando exercida mediante uma greve ou *lock out*, “vez que se reconhece a liceidade destes meios de ação, sempre que preencham os requisitos e condições estabelecidos.”²⁷³

Seção III - Os vícios sociais: Simulação e Fraude

Após verificar as três espécies legais de vícios de consentimento (erro, dolo e coação), passa-se ao estudo os chamados *vícios sociais* que no Direito Positivo Brasileiro são a *simulação* e a *fraude*.

A simulação:

Clóvis Beviláqua define a *simulação* como “uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”²⁷⁴. Sílvio Rodrigues completa ao dizer que negócio simulado “é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam”²⁷⁵.

²⁷³ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. p. 113. No Brasil o direito de greve tem *status* constitucional (art. 9o.) e seus requisitos de liceidade estão contemplados na Lei 7.783/89.

²⁷⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil Comentado. obs. 1 ao artigo 102.

²⁷⁵ RODRIGUES, Sílvio. Obra citada. Vol. 1, p. 220.

A doutrina apresenta os seguintes requisitos que caracterizam a simulação: a) divergência consciente entre a vontade e a declaração; b) declaração de pelo menos duas partes que agem em conluio, ou seja, com o fito de enganar terceiros.

A simulação pode ser *absoluta* ou *relativa*. Naquela, a declaração não tem a intenção de produzir qualquer resultado, embora propositadamente aparente o inverso. Já na simulação relativa, as partes tencionam obter um resultado, porém diverso daquele declarado. Em ambos os casos a declaração apresenta de forma proposital conteúdo malicioso e contrário a real intenção. A malícia está justamente no fingimento da declaração.

A simulação pode ser ainda *tolerável* ou *danosa*. A primeira, também conhecida por simulação *inocente*, é aquela que, por não ter o objetivo de prejudicar terceiros ou infringir a lei, não se constitui ato defeituoso, consoante dispõe o artigo 103 do Código Civil. Ao contrário, a chamada simulação *danosa* ou *fraudulenta*, é aquela em que as partes maliciosamente colimam: a) prejudicar terceiros; b) prejudicar o fisco; ou c) fraudar a lei.²⁷⁶

Exemplos típicos de simulação fraudulenta:

1) Rescisões contratuais simuladas onde as partes, em conluio, constam “dispensa sem justa causa” para que o empregado saque as verbas do FGTS, quando em

²⁷⁶ Idem. ibidem. p. 225.

verdade a rescisão foi de iniciativa do próprio empregado. Lesa-se, aqui, a Lei do FGTS (8.036/90) que não contempla o levantamento dos depósitos fundiários no caso de demissão (por iniciativa) do empregado.

2) Simulação de um contrato de “estágio” para os primeiros meses da relação de emprego, propiciando ao empregado a vantagem do recebimento das cotas do seguro-desemprego do contrato anterior e, ao empregador, a sonegação previdenciária. O prejuízo aqui é do fisco que deixa de arrecadar as parcelas devidas, além da lesão à Lei do Seguro-Desemprego (Lei 8.900/94) que veda o pagamento ao empregado que obtenha novo emprego.

Oportuna a observação de Serpa Lopes de que toda vez que a *simulação* atuar como meio de fraudar à lei, visando a ofensa de uma norma cogente, “deixa de preponderar a idéia de simulação para dar lugar à *fraude à lei*, pela violação da norma de ordem pública.”²⁷⁷

Quanto à nulidade decorrente da *fraude à lei*, geralmente ultimada através de uma *simulação*, trazemos as acertadas lições de Silvio Rodrigues:

“Nestas hipóteses existe um agravo a um preceito cogente que interessa à ordem pública, de maneira que não pode o legislador deixar ao arbítrio do interessado a decisão atinente à sobrevivência do negócio. Interessa ao ordenamento jurídico a sua nulidade, pois ele colide com

²⁷⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. 4a. ed. Freitas Bastos, 1962. p. 452.

*norma que diz respeito a um interesse da sociedade. Por isso, a meu ver, quando a simulação se apresenta como instrumento de ato em fraude à lei, é nulo, e não apenas anulável, o negócio jurídico dela provindo.”*²⁷⁸

Investiguemos a categoria da *fraude* e suas imbricações.

A fraude:

Ao se falar em *fraude* está se referindo ao gênero que contém as seguintes espécies:

- a) fraude à lei;
- b) fraude contra credores; e
- c) fraude à execução.

Fraude, palavra derivada do latim *fraus, fraudis* (engano, má fé, logro), entende-se geralmente como o “engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever.”²⁷⁹

Fraude à lei é a maliciosa utilização de meio aparentemente lícito para conseguir resultado contrário à lei; é o ato que colima desvirtuar o espírito da lei (*mens legis*). Assim é, por exemplo, a prática do empregador que impinge ao empregado, mensalmente, a assinatura de dois recibos de salário: um para efeitos de contabilidade e

²⁷⁸ RODRIGUES, Sílvio. Obra citada. p. 228.

²⁷⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Vol. 2, p. 324.

outro para pagamento “por fora”. O objetivo de sonegar a contribuição do INSS configura *fraude à lei*.

Fraude contra credores e *fraude à execução* são institutos jurídicos similares, vez que oriundos de uma mesma categoria (a fraude). Ambos visam coibir manobras maliciosas do devedor insolvente (ou na iminência de tornar-se tal) que, propositadamente, desfaz-se de seu patrimônio com o fim de frustrar seus credores.

Se os atos do devedor são fraudulentos ao credor que já ajuizou a ação judicial (de cobrança ou a ação trabalhista com pedido condenatório), diz-se *fraude à execução*. Caso contrário, se a manobra fraudulenta do devedor se der antes do credor intentar a respectiva ação judicial, estaremos diante da *fraude contra credores*.

A primeira, por envolver uma relação jurídica processual e, portanto, de interesse público, pode ser declarada de ofício pelo magistrado, quando constatada. Já a fraude contra credores, cujos atos enganosos preexistem²⁸⁰ à demanda judicial em face do devedor, é de interesse particular. Conseqüentemente, a anulação deve ser provocada pela parte interessada (credor) através da denominada *ação pauliana* (ou revocatória).

Na fraude contra credores há um mero defeito do ato jurídico e a nulidade é *relativa*. Todavia na *fraude à execução* a nulidade é *absoluta* por se dar dentro da esfera processual. Também é absoluta a nulidade decorrente da fraude à lei, vez que a

²⁸⁰ Na *fraude contra credores*, a ação judicial não existe no momento da manobra ardilosa do devedor, contudo, o mesmo não se diga do crédito do autor, que já preexiste aos atos maliciosos. (N.A.)

sua repelência interessa ao próprio ordenamento jurídico (através da declaração *ex officio*) e não apenas aos particulares interessados.

Neste particular, a legislação trabalhista surpreendeu ao ser mais minuciosa que o *Codex Civile*. É que o artigo 9o. da CLT enfrenta o tema, ao assim dispor: “serão *nulos* de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

CAPÍTULO III - OS ELEMENTOS ACIDENTAIS DO CONTRATO DE TRABALHO

Conforme já fora comentado anteriormente, elementos *essenciais* são aqueles indispensáveis à formação válida do negócio jurídico, *in casu* o Contrato Individual de Trabalho. Também já mencionado, os elementos *naturais* são aqueles inerentes à relação negocial escolhida pelas partes e que a lei fixa as consequências jurídicas de forma *supletiva*, ou seja, eficaz caso as partes não disponham expressamente em contrário. Tais elementos são inaplicáveis a esfera contratual trabalhista, vez que nesse âmbito as normas são sempre cogentes.

Elementos *acidentais* são aqueles que embora não sejam da essência constitutiva do contrato, quando expressamente inseridos por convenção facultativa das partes, devem ser obedecidos.

José Abreu Filho define-so como “disposições acessórias, de existência facultativa, incidentes sobre a eficácia de certas relações negociais, atingindo todo o negócio ou parte dele, ou, ainda, restringindo o conteúdo do negócio jurídico gratuito”²⁸¹. O conceito abrange as três espécies do *accidentalia negotii*: a) condição; b) termo; e c) modo ou encargo.

²⁸¹ ABREU FILHO, José. Obra citada. p. 170.

Seção I - As condições e os termos

Urge assinalar que o *modo* ou *encargo*²⁸² incide apenas nos negócios *gratuitos*. Com efeito, sendo o Contrato de Trabalho incontroversamente *oneroso*, pode-se registrar que das três espécies que compõem os elementos acidentais, a ele se aplicam apenas a *condição* e o *termo*.

A condição como elemento acidental:

O conceito legal de *condição* está consubstanciado no artigo 114 de forma precisa: “considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do negócio jurídico a evento *futuro e incerto*”.

Daqui podemos destacar seus elementos: a) é sempre uma voluntária disposição (ou cláusula) acessória ao negócio jurídico²⁸³ que atinge os seus efeitos jurídicos e, portanto, diz respeito ao plano da *eficácia*; b) o evento condicional há que ser sempre futuro e incerto (a incerteza aqui diz respeito a aleatoriedade do evento que pode, ou não, ocorrer); c) atinge o contrato por inteiro ou em parte de seu conteúdo.

²⁸² Para Clóvis Bevilacqua, *modo* ou *encargo* é a determinação acessória em virtude da qual se restringe a vantagem criada pelo ato jurídico impondo um fim ou uma prestação. *In*: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Vol. 1.

²⁸³ Ressalvem-se alguns negócios em que a lei expressamente veda a fixação de cláusulas condicionais. Ex: art. 361, 375 e 1.583 do Código Civil. Não havendo veto legal, toda condição será lícita e possível. (N.A.)

As condições podem ser *suspensivas* ou *resolutivas*. As primeiras, como o próprio nome sugere, suspendem a eficácia do contrato até o implemento do evento futuro e incerto acordado entre as partes. Ex.: termo de promessa de emprego de determinado político ao seu cabo eleitoral, caso vença a eleição futura.

Pode existir, ainda, cláusula de condição resolutiva incidente em determinado item do contrato como, por exemplo, a suposta perda do cargo de confiança, caso o empregado não atinja determinada meta colocada pela empresa (acontecimento futuro e incerto).

Por condições *resolutivas* se entende aquelas que, uma vez ocorridas, ensejam a cessação dos efeitos jurídicos do contrato ou de parte dele. Exemplo típico são as faltas graves cometidas pelo empregado, que implicam na resolução do contrato (rescisão por justa causa).

Enquanto não se cumprir a condição resolutiva, o Contrato de Trabalho vigorará normalmente, sendo eficaz desde o seu início. Contudo, verificada a condição resolutiva, o contrato se extingue para todos os efeitos. Denomina-se, neste caso, *resolução contratual* (e não “resilição” como querem boa parte dos doutrinadores²⁸⁴) a ruptura relacionada “à exceção de contrato descumprido”²⁸⁵, à inadimplência ou à falta grave cometida pelas partes”.

²⁸⁴ A maioria dos juristas que incorrem nesse erro onomástico, fazem-no por indução do direito francês que adota classificação diversa. (N.A.)

²⁸⁵ CATHARINO, José Martins. Ob. citada. Vol 2. p. 288.

Os efeitos da condição resolutiva e, por conseguinte, da resolução do contrato serão sempre *ex nunc*, ou seja, contam-se a partir do fato que a ultimou. Considerando que o Contrato de Trabalho é de trato sucessivo (sendo, portanto, impossível desfazer suas prestações de *fazer* ou retornar-se ao *status quo ante*), não há como admitir o efeito retroativo (*ex tunc*) desse liame.

Condições abusivas:

Condições abusivas são aquelas que estão especialmente vedadas na lei civil (proibidas), na lei penal (ilícitas), contrárias à moral e aos bons costumes ou ainda impossíveis (física ou juridicamente).

O Código Civil veda expressamente duas hipóteses de condições que merecem destaque. São elas: a) as que privarem o ato ou o contrato de todo efeito; b) as que sujeitem o ato ou o contrato ao arbítrio de uma das partes.

Imaginemos na primeira hipótese, por exemplo, uma condição resolutiva que, uma vez ultimada, exime o empregador de qualquer ônus, inclusive de pagar o salário do empregado em relação ao serviço por este prestado.

Na segunda conjectura trazemos um caso freqüente, o daquelas empresas que acumulam acordos de prorrogação com de compensação de jornada, sendo que a resolução (cessação) do acordo de compensação e a suspensão do de prorrogação ficam ao talante exclusivo do empregador que, ao mesmo tempo pode exigir a prorrogação da

jornada objeto de acordo e, quando isso não ocorre, beneficiar-se do acordo de compensação²⁸⁶.

A doutrina vem denominando de condições *puramente potestativas*, tais cláusulas abusivas²⁸⁷. Importante a observação feita por José Abreu Filho no sentido de que as condições potestativas são válidas, porque o negócio condicionado e a consumação do evento eleito pelas partes ficam submissos à vontade de uma das partes, sem, todavia, dependerem de seu arbítrio. Não obstante, acrescenta o autor, “nas meramente (ou puramente) potestativas o predomínio da vontade de uma das partes descamba para um ato arbitrário”²⁸⁸. Daí a sua ilegalidade.

Configurada a anomalia da cláusula condicional incidente sobre o negócio jurídico *acessório* (acordo de compensação, por exemplo), tem-se como nula a cláusula, e ineficaz os efeitos nela pretendidos. Caso a condição incida não sobre os atos negociais acessórios, mas sobre o próprio Contrato de Trabalho, a cláusula que contempla tal condição será nula e os seus efeitos variarão conforme a situação concreta. Exemplifiquemos:

Se nula for a cláusula que contém condição *resolutiva*, o Contrato de Trabalho continuará vigorando de forma pura (incondicional) e por tempo

²⁸⁶ Em artigo intitulado *Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho*, in: Revista do TRT da 9a. Região, Vol. 22, n. 1. 1o. semestre 1997, tivemos a oportunidade de trazer este exemplo. Naquela ocasião transcrevemos o seguinte aresto elucidativo: “Permitir a cumulação de ajustes que visam prorrogar e compensar a jornada de trabalho, implica sujeitar o reclamante ao exclusivo arbítrio da reclamada quanto à forma de adimplemento de obrigação contratual, o que é vedado pelo art. 115 do Código Civil.” (TRT-PR, 5a.T, Ac. 5545/95, in DJPR 17.03.95. p. 276).

²⁸⁷ Dentre eles Orlando Gomes e José Abreu Filho.

²⁸⁸ ABREU FILHO, José. Obra citada. p. 197.

indeterminado. Se, ao revés, a nulidade for da cláusula de condição *suspensiva*, nesse caso, o contrato que sequer teve sua eficácia jurídica iniciada, assim permanecerá. Aqui, a nulidade da condição suspensiva implica na ineficácia do próprio contrato.

O termo como elemento accidental:

Termo é a disposição facultativa avençada pelas partes que subordina os efeitos do negócio jurídico a acontecimento futuro e certo. Tanto o termo, como a condição constituem requisito de *eficácia* do contrato. Distinguem-se, no entanto, quanto à *certeza da realização do evento*, ou seja, enquanto no termo o acontecimento é futuro e certo, na condição é futuro e incerto.

Essa certeza significa que o acontecimento será realizado, ainda que não se saiba com precisão a data. Daí se falar em termo *certo* ou *incerto*. Pode parecer, aparentemente, pleonástico ou tautológico, mas, em verdade existe o termo certo e o termo incerto. Façamos a baliza.

Por termo *certo* se entende aquela cláusula que subordina os efeitos do contrato a um evento futuro e que, com certeza, realizar-se-á em data precisa e previamente conhecida. Por outro lado, no termo *incerto* se tem a certeza do evento, porém não se sabe exatamente *quando* será realizado.

O termo pode ser, ainda, *inicial* ou *final*. Termo inicial, também conhecido por *suspensivo*, é aquele em que se determina o momento em que a eficácia

do contrato se principia. Termo *final*, também chamado de *resolutivo*, é o momento em que a eficácia do negócio jurídico deve se expirar.

Remanescem certas dúvidas práticas acerca do correto enquadramento de alguns contratos: se *a termo* ou *condicionais*. Um deles é o contrato do empregado safrista que tem sua eficácia prevista para findar em função de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada.

Suponhamos, por exemplo, que a safra do feijão deva terminar aproximadamente em meados de setembro, desde que não haja chuva, ou em caso contrário, no começo de outubro. Há quem enquadre essa situação como *condição resolutiva*. Contudo, trata-se, ao nosso crivo, de contrato com *termo final incerto*. Sim, pois o evento futuro (a colheita do feijão) com certeza vai ocorrer (ainda que seja um fracasso).

Conseqüentemente, se o acontecimento é futuro e certo, estamos diante de um contrato a termo. Como, no entanto, há uma *incerteza em relação à data do término* da safra, diz-se contrato a termo final *incerto*.

Questões fundamentais e polêmicas acerca dos contratos com termo inicial e/ou com condições suspensivas:

Em face da proximidade do termo inicial e da condição suspensiva, e já que ambos suspendem a eficácia inicial do contrato, torna-se importante enfrentarmos algumas questões fundamentais, contudo polêmicas.

Para melhor elucidação, iremos trabalhar com a hipótese de *promessa de emprego*, seus casuísmos e efeitos. Inicialmente, consignamos a seguinte *fattispecie* trazida pela professora Luisa Riva Sanseverino:

“Quando o contrato de trabalho é estipulado, dá-se a permuta de duas *promessas*: 1o. - de trabalho, por uma parte; 2o. - de remuneração, pela outra (empregador). Destas duas promessas derivam as duas relações de obrigação, as quais, embora se referindo aos respectivos sujeitos como possibilidade de cumprimento do trabalho e pagamento da correlativa remuneração, têm vida econômica-jurídica completamente autônoma.”²⁸⁹

Avancemos nos casuísmos e efeitos daqui decorrentes.

²⁸⁹ SANSEVERINO, Luisa Riva. Curso de direito do trabalho. Tradução de Elson Gottschalk. p. 121. Ltr, Ed. da USP, São Paulo, 1976.

a) Promessa através de “condição suspensiva”:

É de suma importância assinalar que, enquanto não se verificar a cláusula suspensiva do contrato, não se terá adquirido o direito a que ela visa. Tal regra do artigo 118 do Código Civil se aplica ao Contrato de Trabalho.

Portanto, a simples promessa de emprego de forma *condicional* (sujeita a evento futuro e incerto), não assegura ao pretendente qualquer direito trabalhista em relação ao promitente. Trata-se de mera *expectativa de direito*.

Todavia, se o implemento do evento for maliciosamente impedido pelo empregador, aplicar-se-á a regra do artigo 120 do Código. Assim, a condição será tida como verificada quanto aos seus efeitos, tendo o empregado adquirido o direito ao emprego prometido condicionalmente.

b) Promessa através de “termo inicial”:

Em se tratando de *termo inicial* para encetar a execução de Contrato de Trabalho, o caso é diferente e o futuro empregado já tem direito ao emprego. Logo, se o empregador-promitente frustrar injustificadamente o início do trabalho no dia combinado, o trabalhador terá direito não ao salário (porque trabalho não houve), mas à indenização equivalente. Exegese dos artigos 123 e 159 do *Codex Civil*.

Se o contrato obstado era por tempo determinado, a indenização será equivalente a metade do período avençado, nos termos do artigo 479 da CLT. Se por tempo indeterminado, o montante da reparação equivalerá ao valor do aviso prévio. *Ex*

vi do artigo 487, pár. 1o. da CLT. Caso se demonstre outros prejuízos ou mesmo o chamado *lucro cessante*, a indenização deverá alcançar tais perdas. *Mutatis mutandi*, as mesmas regras se aplicam ao empregador prejudicado em face da inadimplência do empregado que pactuou cláusula de *termo inicial*.

c) Empregado à disposição da empresa antes do termo inicial pactuado:

Outra situação que pode ocorrer nesse quadrante é aquela prevista no *caput* do artigo 4o. da CLT, *in verbis*: “compreende-se de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Imaginemos que um determinado empregado avençou com seu empregador um *termo inicial* (ou mesmo uma *condição suspensiva*) para iniciar seu labor efetivo dali a três meses. Contudo, acabou tendo que ficar, desde logo, à disposição da empresa (aguardando ordens em sua residência). Nesta eventualidade, o termo inicial sucumbe à regra expressa do artigo 4o. da CLT, tendo o obreiro, por corolário, direito ao emprego e ao pagamento de salários desde o dia em que ficou à disposição da empresa.

Questões fundamentais e polêmicas acerca dos contratos com termo final e/ou com condições resolutivas:

Orlando Gomes assevera que “a distinção fundamental entre contrato de trabalho por tempo determinado e contrato por tempo indeterminado deriva da

presença ou ausência de um *desses elementos*”²⁹⁰, quais sejam, o termo final ou a condição resolutiva.

Vê-se, por essa assertiva, que tanto a legislação, quanto a doutrina englobam os elementos *termo* e *condição* dentro de uma única categoria, qual seja, a dos *contratos de trabalho por tempo determinado*. Fazem-no em face da similaridade existente entre o termo inicial e a condição suspensiva (ambos suspendem os efeitos do contrato) e entre o termo final e a condição resolutiva (ambos extinguem os efeitos do contrato).

Ainda que haja aproximação entre referidos elementos acidentais, ousamos discordar dos eminentes juristas Gomes e Gottschalk, quando dizem que “os contratos de trabalho por tempo determinado são subordinados a uma *condição resolutiva* ou a um *termo final*”.²⁹¹

Ao nosso crivo, os chamados *contratos por tempo determinado* dizem respeito, tão somente, aos contratos com termo final. Vamos mais adiante: o regramento da CLT disciplina de forma diversa os contratos com termo final e os com condição resolutiva, a despeito de suas proximidades conceituais. Fundamentamos:

Pela dicção do parágrafo primeiro do artigo 443 da CLT, encontramos o conceito legal de contrato por prazo determinado como aquele “cuja vigência dependa

²⁹⁰ GOMES, Orlando. *Direito do trabalho: estudos*. p. 85.

²⁹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Obra citada*. p. 171.

de (i) *termo prefixado* ou (ii) da *execução de serviços especificados* ou ainda (iii) de *certo acontecimento suscetível de previsão aproximada*".

São três hipóteses legais. Todas, indiscutivelmente, envolvendo acontecimento futuro e certo. Portanto, contrato por prazo determinado é sempre um contrato *a termo*.

Seria até ilógico falar em contrato *condicional* por tempo determinado. Sim, pois se é condicional, o evento é futuro e *incerto*. Ora, sendo incerto o acontecimento, não há como fixar um prazo final para que o mesmo se ultime. Só se pode delimitar prazo de contratos sujeitos a eventos futuros e *certos*.

O próprio tratamento que a lei dispensa para os contratos a termo e os condicionais são diversos. Na rescisão antecipada de contrato *a termo* incidem as regras dos artigos 479 e 480 da CLT, acoimando a parte rescindente ao pagamento de uma indenização equivalente a metade dos dias faltantes em relação ao termo final. Quando, porém, se tratar de rescisão antecipada de contrato com *condição resolutiva*, não haverá obrigação legal de pagamento de indenização.

Além das chamadas faltas graves do artigo 482 da CLT (que se constituem *condições* que, quando verificadas, levam a *resolução* do contrato por justa causa), são raros os casos de contrato com *condição resolutiva*. Citamos o isolado exemplo do artigo 475, pár. 2o., da CLT.

Trata-se do trabalhador contratado condicionalmente para substituir empregado efetivo, que se encontra aposentado por invalidez. Caso o aposentado se recupere (evento futuro e incerto), o empregador rescindir  o contrato do substituto sem qualquer ônus indenizatório.

Na exemplificação sob análise, houve contratação com *cláusula condicional resolutiva expressa*. A rescisão antecipada (sem que o obreiro concorresse para tanto) não implicará em pagamento de indenização, ao contrário das chamadas rescisões antecipadas de contratos *a termo*, as quais se sujeitam aos artigos 479 e 480 da CLT. Não há como se estender tal indenização (pagamento pela metade dos dias faltantes) aos contratos condicionais, vez que nesses o evento é *incerto* quanto a sua ocorrência.

Finalmente, outro exemplar de contrato com condição *resolutiva expressa* está previsto no antigo art. 478, p r. 1 . da CLT²⁹². Refere-se, pois, a contrato por tempo indeterminado que cont m condição legal resolutiva, caso o empregado não seja aprovado no período de experiência que, nesse caso, ocorre dentro do primeiro ano de trabalho. Mais uma vez, por se tratar de evento futuro e incerto, a rescisão dessa espécie contratual não dá direito a indenização para o obreiro.

Em suma, pelo que se observou dos inúmeros casos examinados, podemos inferir que:

²⁹² Este dispositivo só se aplica aos empregados não-optantes do FGTS. (N.A.)

a-) nenhuma indenização é devida ao empregado que incorre em *condição resolutiva* do Contrato de Trabalho;

b-) aplica-se a indenização dos artigos 479 e 480 da CLT somente aos contratos que contêm *termo final*;

Seção II - Hipóteses e peculiaridades dos Contratos à Prazo

Existem inúmeros modelos de contratos de duração limitada específicos para determinadas categorias em leis esparsas²⁹³. A CLT, em seu artigo 443, parágrafo 2o., enumera apenas três possibilidades que são aplicáveis indistintamente a todas as categorias²⁹⁴, desde que se trate de:

- a) serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) atividades empresariais de caráter transitório;
- c) contrato de experiência.

As duas primeiras figuras possuem uma linha tênue de distinção: enquanto na alínea “a” do referido artigo se prevê a precariedade do serviço executado pelo empregado, na alínea “b” a efemeridade é da própria atividade empresarial.

²⁹³ Como exemplo citamos a Lei 6.354/76 do atleta profissional, a Lei 4.944/66 do artista, a Lei 3.857/60 do músico, dentre outras.

²⁹⁴ Além da CLT, há também a Lei 6.019/74 que regula o trabalho temporário de forma indistinta às categorias profissionais, respeitados seus requisitos.

Para o primeiro caso podemos citar, a título exemplificativo, a trabalhadora admitida para laborar como telefonista de uma instituição financeira (banco) em substituição a outra empregada efetiva que se encontra em licença-gestante. A despeito do ramo da atividade empresarial ser permanente há uma transitoriedade previamente conhecida do serviço a ser prestado pela empregada substituta, o que justifica a celebração do contrato por prazo determinado.

Para a hipótese do art. 443, pár. 2o., “b”, podemos supor o obreiro que é contratado para laborar no comércio de produtos tipicamente natalinos somente nos meses de novembro e dezembro. Nessa situação, por óbvio que a contratação por termo (final) certo se dá em função da atividade empresarial transitória.

Urge salientar que em nenhum dos dois exemplos se fala em contrato de *experiência*. Esse é um terceiro gênero, ou melhor, uma espécie de contrato por prazo determinado. Enquanto as duas primeiras hipóteses legais (alíneas “a” e “b” comentadas) têm uma duração máxima de 2 (dois) anos, o contrato de experiência “não poderá exceder de 90 (noventa) dias”. Exegese do artigo 445 e parágrafo único da CLT.

Contrato de experiência:

O contrato de experiência ou *de prova*, como também é conhecido, tem dupla finalidade: a) para o empregador a de avaliar as aptidões técnicas do obreiro

contratado; b) para o empregado a de mensurar a conveniência das condições de trabalho postas pela empresa.

No termo final do prazo de experiência, qualquer uma das partes pode dar por extinto o Contrato de Trabalho, sem qualquer ônus indenizatório ou atinente ao aviso prévio²⁹⁵. Por óbvio que, em tempos de desemprego estrutural, geralmente, a iniciativa de ruptura é do empregador. Todavia, fica o registro acerca da possibilidade do obreiro rescindir o contrato, isento de maiores encargos.

A avaliação patronal em relação ao empregado se limita às suas *aptidões técnicas*. Destarte, o período de prova e a eventual expiração normal do contrato, não podem se fundar na avaliação do *comportamento* do empregado. Não queremos dizer com isto que a conduta pessoal do trabalhador não esteja sujeita a aferição patronal. Ao contrário, o empregado durante todo o contrato, e não apenas nos primeiros noventa dias, está submetido à disciplina do empregador no que tange a sua idoneidade, seus deveres, seu caráter, sua pontualidade, etc.

O que não se pode admitir é o desvirtuamento dessa espécie de contrato a termo. São, pois, planos diferentes. O período de experiência tem uma finalidade específica para os primeiros noventa dias (*termo final*), enquanto o Contrato de Trabalho, durante toda sua fluência, contém uma *condição resolutiva tácita*, qual seja, a possibilidade de rescisão por justa causa, caso o empregado incorra numa das faltas elencadas no artigo 482 da CLT (evento futuro e incerto).

²⁹⁵ Caso a decisão seja de iniciativa do empregador, este deverá apenas liberar os depósitos do FGTS no código 04, sem qualquer acréscimo ou multa incidente sobre o montante recolhido. (N.A.)

A doutrina e, sobretudo, a jurisprudência não têm se atentado para essa sutil distinção conceitual. Os efeitos práticos daqui decorrentes, contudo, são de extrema relevância.

A forma escrita para estipulação dos contratos a termo:

A indeterminação do prazo nos contratos trabalhistas gera presunção *juris tantum* (até que se prove o contrário), de que toda relação de emprego seja por tempo indefinido. Partindo-se desse pressuposto dogmático inspirado no princípio da *continuidade* do Contrato de Trabalho²⁹⁶, ficou estabelecido que a determinação do prazo, quando avençada, deva ser feita na forma *escrita*. Trata-se de mera construção doutrinária, vez que a lei é silente a esse respeito.

Considerando que *o ordinário se presume e o extraordinário se prova*, é razoável exigir que sejam *escritos* os termos e as condições especiais pactuados pelas partes. Do contrário, na prática, uma das partes (geralmente o empregado) poderia ser surpreendido com uma tentativa dissimulada de conversão fraudulenta para se alijar de ônus legais.

²⁹⁶ A propósito desse princípio, o TST editou a Súmula 212 que estabelece ser do empregador o ônus da prova do término do contrato, quando negada a prestação do serviço e o despedimento. (N.A.)

A aludida exigência escrita se enquadra nas chamadas formalidades *ad probationem tantum* e, portanto, a sua inobservância não implicará em nulidade, mas em mera *conversão negocial* do tipo *formal*²⁹⁷.

Em consequência, haverá um aproveitamento dos demais elementos regulares para outra espécie da mesma categoria contratual em que tal formalidade não seja exigida. Nesse caso, o contrato pactuado verbalmente como por “tempo determinado” será tacitamente convertido em contrato por tempo indeterminado.

A prorrogação dos contratos a termo:

Quanto à possibilidade de prorrogação dos contratos de duração limitada, a CLT por meio dos artigos 445 e 450 disciplina a matéria. Em síntese, é possível prorrogar o contrato apenas uma vez e desde que não ultrapasse a duração máxima atinente a cada espécie legal.

Logo, no caso das alíneas “a” e “b” do artigo 443, parágrafo 2o. da CLT, a prorrogação é possível uma única vez e desde que não extrapole o prazo máximo de dois anos. No tocante aos contratos de experiência, é possível uma prorrogação sem que ultrapasse a duração de noventa dias. Se acaso as partes, já na primeira avença, estabelecerem o prazo máximo (90 dias para o de experiência e de 2 anos para as demais espécies), a prorrogação, então, não será permitida.

²⁹⁷ Maior enfoque do tema se encontra no capítulo retro, atinente aos elementos essenciais legais, na seção que abordou a *forma*.

A regra estampada no artigo 452 da CLT dispõe sobre celebrações sucessivas de contrato a termo. Em nada se relaciona, portanto, com a *prorrogação*. Para melhor compreensão dessa norma, devemos dividi-la em duas partes, assim:

1a. parte: Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado ...

2a. parte: ... salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

A primeira parte não requer maiores lucubrações, pois traz apenas a regra geral de que a celebração de *novo* contrato a termo (mesmas partes, contudo com objeto diverso) dentro de 6 meses implicará em *conversão contratual*, ou seja, o segundo contrato celebrado como “por tempo determinado”, em verdade, será tacitamente considerado como por *tempo indeterminado*.

A dificuldade e a importância maiores residem na segunda parte do artigo celetado. Nela há menção a duas exceções que não estão sujeitas a regra geral fixada na primeira parte. Assim, a celebração sucessiva de novo contrato (envolvendo as mesmas partes, porém com objeto diverso) não precisa aguardar o prazo de 6 meses, caso o término do primeiro contrato tenha se dado: a) por execução de serviços *específicos*²⁹⁸, como por exemplo o contrato por obra certa, ou, b) da realização de certos

²⁹⁸ Apesar de constar “serviços especializados”, o legislador quis se referir a execução de serviços específicos como, corretamente, constou dantes no parágrafo 1o., do artigo 443, da CLT. (N.A.)

acontecimentos *suscetíveis de previsão aproximada*²⁹⁹, como por exemplo o contrato rural do safrista.

Seção III - Perspectiva do contrato por prazo determinado

Dentro da atual perspectiva neoliberal de “modernizar” as relações de trabalho, os contratos de pouca duração ganham acentuado destaque. Além das chamadas terceirizações e intermediações da mão-de-obra, há forte tendência de se implantar os seguintes contratos atípicos³⁰⁰:

- a) cíclico ou por temporada;
- b) de duração determinada, renovado de forma ininterrupta ou intermitente;
- c) intermitente regular ou que se repete periodicamente.

Tendo como mote a geração de postos de trabalho, constata-se forte inclinação mundial de flexibilizar a legislação tutelar trabalhista no que diz respeito a sua execução, remuneração, rescisão e, nesse quadrante, às formas de contratação.

²⁹⁹ Aqui mais uma vez constou “realização de certos acontecimentos”, quando o correto é “realização de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada”. (N.A.)

³⁰⁰ Acerca do tema, consultar a preciosa obra de Luiz Carlos Amorim Robortella, “O moderno direito do trabalho”. p. 207 a 263.

Para os sequazes dessa diretriz, os altos encargos sociais e a rigidez da lei quanto à inalterabilidade das condições pactuadas constituem entrave para uma maior produtividade. Sem produtividade, as empresas brasileiras perdem na competitividade e, por conseguinte, deixam de auferir lucros. Sem lucros as empresas se aniquilam e o emprego do trabalho deixa de existir.

Não obstante a logicidade e o caráter sedutor de tais argumentos, francamente estamos convictos que a novel tendência vai precarizar e nivelar por baixo a qualidade de emprego e o nível de vida dos trabalhadores.

Em outra oportunidade assinalamos que “esta política neoliberal de idolatria do mercado relega a questão social a um plano secundário, reduzindo-a meros *custos*”.³⁰¹

Concordamos com a sempre lúcida crítica feita por Márcio Túlio Viana, que assim vaticina: “na verdade, a precarização da mão-de-obra é uma nova exigência do capital, que hoje se desloca ao menor aceno de mão-de-obra mais barata. Por isso, o mais provável é que as empresas utilizem os novos contratos a termo não tanto para gerar empregos, mas principalmente para gerir a sua própria crise, tal como vêm tentando com a terceirização.”³⁰²

O governo federal, que bem se identifica com a tendência neoliberal, recentemente enviou projeto de lei para ampliar sensivelmente o âmbito dos contratos

³⁰¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O estado neoliberal e seu impacto sócio-jurídico. p. 100 e 101.

³⁰² VIANA, Márcio Túlio; Renault, Luiz Otávio. O que há de novo em direito do trabalho. p. 380.

por tempo determinado. Trata-se do projeto de lei 1724/96, o qual passou posteriormente pelo Substitutivo do relator, deputado Mendonça Filho e, finalmente, à Câmara dos Deputados que o modificou e o aprovou.

Dado o relevo do tema, sua atualidade e oportunidade, neste momento passaremos a comentar as principais alterações que estão para ser implementadas.

Amplitude de incidência dos contratos por prazo determinado:

Já de início se constata o pendor desse projeto. Enquanto a CLT fazia questão de enumerar de forma *taxativa* apenas três hipóteses, o projeto de lei 1724/96 amplia em muito sua incidência ao constar logo no *caput* do artigo 1o., assim:

“As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu par. 2o., *em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento*, para admissões que representam acréscimo no número de empregados”.

Praticamente as hipóteses de celebração de contratos a termo são ilimitadas, quando expressamente autorizadas pelos instrumentos normativos da categoria. O artigo 3o. desse projeto estabelece que o número de empregados contratados, nesses moldes, não poderá ultrapassar, em relação ao número de

trabalhadores já efetivos, os seguintes limites : I - de 50% se o contingente médio for inferior a 50 empregados no *estabelecimento*; II - 35% se o número de empregados já existentes for entre 50 e 199; e III - 20% se o número de empregados estiver acima de 199.

Esse número de empregados é aferido através de uma média dos últimos seis meses dentre aqueles já efetivados e que estão laborando em contratos por tempo indeterminado. Isto é o que estatui o parágrafo único do artigo 3º que também registra que aludida média é feita sobre o número de empregados do *estabelecimento* da empresa.

Ora, como lembra Catharino, “pelo menos no nosso direito, o estabelecimento tem relativo sentido espacial. Local onde a empresa exerce suas atividades, ou *ponto*”³⁰³. Portanto, se uma determinada empresa nacional tiver várias filiais ou agências é, sobre estas que incidirá os percentuais acima indicado pelo projeto de lei.

Benefícios empresariais e prejuízos trabalhistas:

Não bastasse o aumento da órbita dessa forma de contratação, fato que por si só caracterizaria verdadeira *benesse* às empresas, o projeto-lei foi mais a fundo. Em seu artigo 2º prevê, por dezoito meses da data da sua publicação, a redução em 50%

³⁰³ CATHARINO, José Martins. Obra citada. Vol. 1. p. 109.

das contribuições sociais da empresa destinadas ao SESI, SESC, SEST, SENAI, SENAC, SENAT, SEBRAE, INCRA, ao salário educação e ao financiamento de acidente do trabalho.

Entretanto, o que nos causa inconformismo é outra previsão: a diminuição de 8 (oito) para 2% (dois por cento) da contribuição do FGTS destinada a indenização do empregado. O mesmo empregado que se vê impelido a laborar num regime altamente flexível, agora terá também que acatar a redução do FGTS em 75%. Tudo em nome da modernização e da competitividade das empresas.

A *prorrogação* dessa estirpe contratual, segundo o projeto sob comento, passa a ser ilimitada. Nada obstante, considerando que o prazo máximo de dois anos permanece o mesmo, infere-se que o contrato poderá ter inúmeras prorrogações, desde que dentro do interregno bienal.

Quanto ao aspecto morfológico, mantém-se a forma *escrita* de celebração. Tal assertiva decorre do artigo 4o do projeto-lei que obriga o empregador a “*depositar* o contrato de trabalho por prazo determinado” junto ao Ministério do Trabalho.

Por último, quanto à estabilidade no emprego, o parágrafo 4o. do artigo 1o. do projeto, ao mesmo tempo que grafa estarem “garantidas as estabilidades provisórias”, adiante consta “durante a vigência do contrato por prazo determinado”. Com efeito, nenhuma novidade houve, nesse particular. Permanece o que já vinha

ocorrendo perante à lei e à jurisprudência dominante: a) a estabilidade não alcança os contratos a termo, na medida em que o empregador pode rescindi-lo com o advento do termo final; b) o empregado estável tem garantia de emprego tão somente no limitado prazo de duração do contrato.

Em resumo, ilai-se que a nova legislação não contempla qualquer conquista ao trabalhador, porém o faz em relação à empresa. Como bem observou Túlio Viana, chega a ser curiosa a atitude do legislador ao incentivar indistintamente às empresas aumentarem seu quadro de pessoal, como se isso fosse preciso ... “na verdade, está usando o dinheiro público para que as empresas façam exatamente o que desejam. É que o projeto de lei 1724/96 não vem agravar, mas reduzir, os custos da mão-de-obra”.³⁰⁴

³⁰⁴ VIANA, Márcio Túlio; Renault, Luiz Otávio Linhares. O que há de novo em direito do trabalho. Ltr, São Paulo, 1997.p. 389.

CAPÍTULO IV - INEXISTÊNCIA, NULIDADE E INEFICÁCIA DO CONTRATO DE TRABALHO

O negócio jurídico deve ser analisado em três planos distintos: existência, validade e eficácia. A discussão adquiriu importância doutrinária nacional a partir da última década. Contudo, bem antes disso, o consagrado Pontes de Miranda, em boa parte de sua vasta produção científica, já abordara o tema quando do estudo da juridicização dos fatos.

Os fatos só se tornam jurídicos quando neles incide a norma legal. A partir do instante em que tais fatos produzem efeitos jurídicos, passam a ter *eficácia jurídica*.

Carnelutti vê nessa eficácia jurídica o verdadeiro *busilis* dos fatos jurídicos, quando assim se manifesta: “la giuridicità del fatto veramente consiste in ciò che al mutamento materiale si accompagna il mutamento giuridico, e perciò il fatto à giuridico proprio in virtù di tale mutamento onde il fatto giuridico assai più esattamente va definito come il mutamento di una situazione giuridica³⁰⁵”.

³⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. Teoria generale del diritto. p. 200. 3a.ed.. Foro Italiano, Roma, 1951.

O *fato jurídico em sentido estrito* sempre terá dois planos de análise: da existência e, posteriormente, da eficácia. Todavia, em se tratando de *negócio jurídico*, incidirá entre os planos da existência e da eficácia, o plano da *validade*.

A razão é simples: considerando que os efeitos dos atos negociais “estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito para realizar essa atribuição de efeitos, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida”³⁰⁶.

Logo, os chamados fatos jurídicos *stricto sensu*, por terem na vontade humana um elemento desprezível, são investigados somente no plano de existência e eficácia. Já os negócios jurídicos³⁰⁷, que têm no elemento volitivo seu requisito nuclear, faz-se mister a perquirição também sob a ótica da validade.

Seção I - Planos de Existência e Eficácia

O ciclo total da plenitude dos negócios jurídicos só se completa quando, além de existir validamente, o contrato é eficaz. Antônio Junqueira de Azevedo preleciona que o exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através da “*técnica de eliminação progressiva*”³⁰⁸ que consiste no seguinte:

³⁰⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 32. 2a. ed. Saraiva, São Paulo, 1986.

³⁰⁷ Para Marcos Bernardes de Mello, também o ato jurídico *stricto sensu* deve ser analisado no plano da validade, vez que o elemento volitivo é decisivo para a produção dos efeitos legais.

³⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Obra citada*. p. 74.

- primeiramente, examine-se o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou é mera aparência de negócio (dito “ato inexistente”) que não passa para o plano seguinte. Se *existe*, passa para o plano da validade, onde poderão ser válidos ou inválidos. Se *inválidos* não passam para o plano seguinte da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, *existentes e válidos*, serão eficazes ou ineficazes.

Urge frisar, contudo, que as lições até aqui vistas traduzem a *regra geral*.

Esta regra geral comporta exceções. São elas:

- a) *negócio jurídico existente, válido e eficaz*; (por ex: quando presente os elementos de existência, preenche os requisitos de validade e ausente condição ou termo suspensivos)
- b) *existente, válido e ineficaz* (por ex: quando existente de forma válida, todavia, com cláusula suspensiva ou termo inicial);
- c) *existente, inválido e eficaz*; (ex: contrato inquinado de vício de consentimento, porém sem iniciativa de anulação pela parte interessada)
- d) *existente, inválido e ineficaz* (ex: contrato de trabalho nulo em face da ilicitude penal de seu objeto e, conseqüentemente, ineficaz).

Veja-se que tais nuances sempre partem do negócio jurídico *existente*.

Mas, afinal, quais são os elementos que integram o plano da existência ?

Plano de existência:

Para respondermos a indagação antes formulada, devemos nos reportar às elementares lições de Pontes de Miranda contidas em sua clássica obra, *Tratado de Direito Privado*. O festejado jurista, às vezes hermético, mas sempre profundo e exaustivo, bem analisa a questão que ele cognomina de *concreção do suporte fático*.

Assim é que, no chamado plano de existência, tudo se resume a investigar o suporte fático³⁰⁹. Com efeito, quando todos os elementos de existência estão materializados, diz-se haver *suficiência do suporte fático*³¹⁰ e, por conseguinte, a norma jurídica está apta a incidir. Por outro lado, a sua *insuficiência* impede a incidência da norma, vez que o negócio jurídico ou o fato jurídico *stricto sensu* serão, nessas condições, *inexistentes*.

A *existência* dos negócios jurídicos exige, neste diapasão, a presença de elementos mínimos, porém indispensáveis a sua total suficiência. Segundo Oviedo “sin

³⁰⁹ Registre a divergência de algumas escolas, como a de Norberto Bobbio, as quais sustentam que toda norma jurídica é essencialmente abstrata e, portanto, não há que falar em *concreção* do suporte fático.(N.A.)

³¹⁰ A expressão é de Pontes de Miranda, a qual foi seguida por todos os seus pupilos. (N.A.)

consentimiento no hay contato posible, no hay tampoco contrato de trabajo”³¹¹. O consentimento, portanto, é essencial nesse plano constitutivo³¹².

Para Antônio Azevedo tal consentimento traduz-se no que ele denomina de *circunstâncias negociais*, que vem a ser a “manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com que socialmente ela seja vista como *destinada a uma vinculação jurídica*”³¹³. Não se negue, por outro lado, que o aludido consentimento (ou circunstância negocial) está sempre jungido a um objeto.

Messias Donato, inspirado em Henri Mazeaud, registra “que no consentimento se indaga: quiseram as partes celebrar o ajuste? No objeto se pergunta: que é que as partes quiseram, que é que cada parte passará a dever, que é que se deve (*quid debetur*)?”³¹⁴

Até aqui, a inferência aponta para dois elementos do plano de existência: o consentimento negocial e o objeto. Falta-lhe, ainda, um terceiro: a *forma*. Como registra Perez Botija “si la forma es la expresión de la voluntad de crear un negocio jurídico, este no puede revelarse sin ella”³¹⁵. Não há, pois, negócio sem forma.

Nesse plano da existência, adverte Azevedo, importa é “não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm

³¹¹ OVIEDO, Carlos Garcia. Tratado de derecho social. p. 156.

³¹² Consoante lembram PEREZ BOTIJA e BAYON CHACON, “los partidarios de la teoría de la relación jurídica de trabajo no contractual niegan lo esencial del consentimiento”. In: Manual de Derecho del Trabajo. p. 352.

³¹³ Idem. ibidem. p. 135.

³¹⁴ DONATO, Messias Pereira. Curso de Direito do Trabalho. p. 120.

³¹⁵ CHACOM, G. Bayon. BOTIJA, Perez E. Manual de derecho del trabajo. Vol. 2. p. 360.

forma, sem se dar conta que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, *inexistiriam*”³¹⁶.

Em suma, podemos registrar que são três os elementos intrínsecos ao plano de existência do Contrato de Trabalho ou, utilizando a doutrina de Pontes de Miranda, os elementos que levam a “suficiência do suporte fático”. São eles:

- a) *consentimento negocial*;
- b) *objeto*;
- c) *forma*.

Esses três elementos não existem de forma separada. Não se pode falar em *consentimento negocial* das partes sem um conteúdo (*objeto*) e uma maneira (*forma*) de expressão. Um é decorrente do outro e todos são indissolúveis.

Destarte, os três elementos acima enumerados devem ser vistos como elementos mínimos de existência do negócio jurídico, ou seja, a presença desses leva a formação do negócio jurídico.

³¹⁶ Idem. *ibidem*. p. 145.

Plano de validade:

Conforme lembra Marcos Bernardes de Mello, pode ocorrer que o suporte fático suficientemente formado seja *deficiente* por ausência de algum elemento complementar ou porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito.

Enquanto a *suficiência* do suporte fático refere-se ao plano da existência, a sua *deficiência* “atua no plano da *validade* ou da *eficácia*, quer dizer, o fato jurídico existe, porém inválido (nulo ou anulável) ou ineficaz”³¹⁷.

Em se existindo o negócio jurídico poderão ser *nulos* ou *anuláveis*. Isto diz respeito ao plano da *validade* e não mais da existência. Assim, toda a discussão acerca da capacidade dos agentes, licitude do objeto, conformidade legal da forma e presença de vícios no consentimento atinam aos chamados *plano de validade*.

Plano da eficácia:

O *plano de eficácia* relaciona-se com a presença de condições ou termos facultativamente avençados pelas partes. É a aptidão para que o contrato, existente e válido, produza efeitos jurídicos.

Imaginemos um Contrato de Trabalho *existente* (com a presença de consentimento negocial, objeto e forma) e *válido* (capacidade das partes que

³¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico.p. 67 e 68. 4a.ed. Saraiva. São Paulo. 1991.

consentiram, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei). Ainda assim a sua eficácia deverá ser analisada num terceiro plano. Se, por suposição, as partes estabeleceram um *termo inicial* ou uma *condição suspensiva*, tal contrato, ainda que existente e válido, só se tornará *eficaz* após o implemento do evento futuro, objeto da condição ou do termo avençados.

Da mesma forma, não existindo fixação de cláusula que estabelece termo final ou condição resolutiva ou, se existente, até que se verifique o respectivo *evento futuro*, o contrato será *eficaz*.

Diante do exposto podemos concluir que tanto o plano da existência, quanto o da eficácia não requerem maiores dificuldades de compreensão. Ao contrário, o plano da validade é, indubitavelmente, o que mais vem estorvando a doutrina e a jurisprudência, vez que a nossa legislação trabalhista é precária e o regramento civil das nulidades não é integralmente compatível com os princípios do Direito do Trabalho.

Seção II - Plano de Validade: Nulidade Absoluta

Dentro do plano da validade, os negócios poderão ser *nulos* ou *anuláveis*. Convém registrar que ao se falar em negócio *nulo*, estar-se-á falando em nulidade absoluta ou plena. Ao revés, quando se referir a negócio *anulável*, estar-se-á referindo à

nulidade relativa. Já as expressões *nulidade* e *validade*, na maioria das vezes, reportam-se ao gênero que abrange as duas espécies: absoluta e relativa.

A CLT contém pouquíssimos dispositivos que versam sobre a nulidade. Destes, nenhum se reporta a nulidade do Contrato de Trabalho, mas apenas aos atos praticados no curso do contrato.

A partir dessa escassez normativa própria, o operador do Direito do Trabalho terá que buscar soluções oriundas do Direito Civil. Ocorre que nem todas as regras do Código Civil são aplicáveis ao Contrato de Trabalho, vez que nem sempre está presente a necessária *compatibilidade* da norma civil com os princípios trabalhistas.

Tal *conditio sine qua non* está assim grafada no parágrafo único do artigo 8º da CLT: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for *incompatível* com os princípios fundamentais deste.”

Antes de adaptarmos a teoria civilista da nulidade dos atos jurídicos ao Direito do Trabalho, devemos conhecê-la. Façamos um exame breve, atendo-se às questões fundamentais.

Teoria civilista da nulidade dos atos jurídicos:

Com fulcro no artigo 145 do Código Civil é *nulo* o ato jurídico quando praticado por (i) pessoa absolutamente incapaz, (ii) for ilícito ou impossível o objeto, (iii) for inobservada a forma ou alguma solenidade prescritas em lei e quando (iv) a lei taxativamente assim o declarar.

O artigo 147 do mesmo digesto legal dispõe ser *anulável* o ato jurídico praticado por (i) agente relativamente incapaz sem a devida assistência ou autorização legal ou por (ii) vício resultante de dolo, erro, coação, simulação ou fraude.

A doutrina civilista consagrou três diferenças mezinhas, quanto a:

a) Convalidação: enquanto a nulidade relativa pode ser ratificada pela parte lesada de forma expressa ou tácita (decorso do tempo), a nulidade absoluta não comporta convalidação. Artigos 148 a 151 do CC;

b) Pronunciamento: os atos nulos poderão (e deverão) ser pronunciados *ex officio* pela autoridade competente, quando os conhecer e estiverem provados; os atos anuláveis somente serão declarados após provocação da parte interessada. Artigos 146 e 152 do CC.

c) *Efeitos*: a nulidade absoluta tem efeitos *ex tunc* e a nulidade relativa, após declarada em sentença, também contém efeitos retroativos³¹⁸. O artigo 158 do CC, além de prever o efeito *ex tunc* da anulação, estatui que se o retorno ao *status quo ante* for impossível (por exemplo, nos contratos de trato sucessivo), as partes serão indenizadas com o equivalente (ou seja, de forma proporcional às suas respectivas perdas).

Princípios trabalhistas que informam a teoria da nulidade:

Para enfrentarmos os casuísmos que circunscrevem a nulidade do contrato, devemos antes elencar os princípios do Direito do Trabalho que informam esse tema. São eles:

a) *Proteção ao trabalhador, ao trabalho, ao salário e ao contrato*. O moderno Direito do Trabalho não se preocupa apenas em tutelar o empregado, que é a parte hipossuficiente. Protege-se acima de tudo a dignidade da pessoa do trabalhador (e por corolário seu salário) e o valor *trabalho* (e por conseguinte o seu contrato). Referidos valores posicionam-se em suprema hierarquia dentro da nossa Carta-Mãe.

O artigo 170 da CF/88 diz com todas as letras que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano”. Da mesma forma o artigo

³¹⁸ Salta aos olhos a confusão que boa parte da doutrina faz quando assevera, erroneamente, que o ato nulo produz efeitos *ex tunc* e os anuláveis *ex nunc*. De uma leitura atenta da segunda parte do artigo 148, da primeira parte do artigo 152 e, principalmente, do artigo 158 do CC, não há dúvidas: ambos emanam efeitos retroativos. Em posição acertada citamos o eminente Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 1. nota 142. p. 298. (N.A.).

193 dispõe que “a ordem social tem como base o primado do trabalho”. E, ainda, o próprio preâmbulo da Constituição, artigo 1º, III e IV, declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: “a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho”. Portanto, o trabalho é, dentro da classificação de Gomes Canotilho, um dos princípios jurídicos fundamentais³¹⁹.

Logo, se pelo não cumprimento de algum requisito essencial, o contrato for nulo, “isso não pode redundar em prejuízo do trabalhador”³²⁰. O princípio da *continuidade* aponta para um máximo de aproveitamento dos efeitos dimanados da relação de trabalho subordinado. Quanto ao salário, a proteção é tamanha que, em face do seu caráter alimentício, adveio a premissa de que “trabalho feito é salário ganho”.

b) *Conservação e eficácia do contrato nulo*. O princípio da conservação deve estar presente nos três planos (existência, validade e eficácia), tanto no Direito Civil, quanto no Direito do Trabalho. Propugna-se pela busca máxima possível de existência, validade e eficácia. Daí que o vetusto brocardo de que o ato nulo nenhum efeito produz (*quod nullum est, nullum producit effectum*) é regra geral que comporta exceções.

³¹⁹ Para este constitucionalista português, tais princípios são aqueles “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. In: Direito Constitucional. p. 120. Acerca do valor constitucional supremo do *trabalho* consultar a preciosa monografia de Ricardo Marcelo Fonseca intitulada “A Constituição Federal e o Trabalho: um exercício de aproximação.”, in: Direito do Trabalho: estudos. Coordenação José Affonso Dallegrave Neto. p. 50/ 63.

³²⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de direito do trabalho. p. 123.

A título ilustrativo, verifica-se no Direito Civil, no tecido normativo que disciplina o casamento, efeitos para o contrato nulo, *ex vi legis*, art. 221 do CC.³²¹ A atribuição pelo sistema jurídico de eficácia jurídica ao ato nulo, como desse caso, “visa atender situações que envolvem interesses de proteção da família, da ordem pública e da boa-fé.”³²² Ocorre que a esfera dos Contratos de Trabalho bem se coaduna com esses valores³²³ prioritariamente protegidos pelo.

Com efeito, a nulidade do contrato, ainda que absoluta, implicará no pagamento do salário ao empregado, conferindo “um mínimo de eficácia e proteção jurídica a uma relação de emprego cujos atos materiais de prestação do trabalho já tenham se concretizado”.³²⁴

c) Presunção de boa-fé do empregado. Antes de qualquer ilação, devemos considerar a seguinte premissa maior: a *causa típica* do Contrato de Trabalho, por parte do empregado, é a percepção de salário, e esse, por sua vez, tem natureza salarial. Agora consideremos a premissa menor: o obreiro quando celebra o contrato o faz aderindo às condições predeterminadas pelo empregador.

³²¹ O artigo 221 do CC reza: “embora anulável, ou mesmo *nulo*, se contraído de *boa-fé* por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, *produz todos os efeitos civis* até o dia da sentença anulatória”.

³²² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. p. 184.

³²³ O BGB em seu par. 118 e 122 obriga aquele que motivou a nulidade do contrato a indenizar a parte prejudicada. (N.A.)

³²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho. p. 245. *In*: Curso de Direito do Trabalho. Coordenação: Alice Monteiro de Barros. Obra citada.

A partir dessas premissas, num exercício silogístico, concluímos que o empregado quando dá o seu consentimento negocial em relação ao objeto do contrato, age presumidamente de boa-fé. Tal presunção *juris tantum* se aplica, ainda que o conteúdo do contrato seja ilícito.³²⁵ Destarte, a análise da nulidade do Contrato de Trabalho deve ponderar essa boa-fé presumida, quando da delimitação de seus efeitos.

d) Impossibilidade de retorno ao “status quo ante”. Sendo o Contrato de Trabalho de trato *sucessivo* e, portanto, impossível a devolução física (material) da energia despendida pelo empregado, “qualquer tentativa de atribuir à nulidade efeitos retroativos seria beneficiar o empregador, que poderia reter o salário devido até exigir a devolução dos salários pagos”.³²⁶

e) Vedação ao locupletamento. Conferindo efeitos retroativos a nulidade do Contrato de Trabalho, as partes teriam que retornar ao estado de origem. Ocorre que sendo impossível a restituição da parte do empregado, o empregador passa a estar “obrigado a retribuir o serviço ilícito prestado porque, doutro modo, enriqueceria ilicitamente”³²⁷. Somente assim se justificaria essa obrigação.

³²⁵ Por óbvio que, como veremos adiante, esta presunção pode ser rompida dependendo de cada situação, bem como do grau de ilicitude participada pelo empregado. (N.A.)

³²⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de direito do trabalho. p. 123.

³²⁷ GOMES, Orlando. O enriquecimento sem causa no direito do trabalho. *In: Direito do Trabalho: estudos.* p. 129.

f) Razoabilidade no julgamento de cada caso. Um dos princípios que informam o Direito do Trabalho é o da *razoabilidade*, ou seja, na análise de cada caso concreto deve-se considerar que “o ser humano , em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão”.³²⁸ Não se olvide, por outro lado, a exata constatação de Recaséns Siches de que a lógica do Direito é a *lógica do razoável* e, por isso, ao juiz e ao legislador não interessam a realidade pura, mas sim, decidir sobre o que fazer de “certos aspectos de determinadas realidades”³²⁹.

Tais razões nos possibilitam asseverar que na seara do Contrato Individual do Trabalho prevalecem duas regras de valor supremo:

- a) *irretroatividade dos efeitos da nulidade*, e,
- b) *eficácia do contrato nulo exercido por agente de boa-fé*.

Com base nesses pressupostos dogmáticos estamos habilitados a esquadriñar a incidência da nulidade e suas repercussões sobre os elementos essenciais do Contrato de Trabalho.

³²⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. p. 251.

³²⁹ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. p. 181. A propósito da interpretação de Siches, consultar o ensaio de LÍDIA REIS DE ALMEIDA PRADO, *In*: “Direito, Cidadania e Justiça. Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia Jurídicas”. Editora RT, São Paulo.

Adaptação das regras civilistas à nulidade trabalhista:

Quanto aos efeitos da nulidade absoluta e relativa, registramos que em ambas são irretroativos (*ex nunc*). Ao contrário da nulidade civil, em que ambas (absoluta e relativa) geram efeitos retroativos.

Quanto à legitimidade de declaração, a regra civilista se aplica ao Contrato de Trabalho, ou seja, na nulidade absoluta a autoridade pode (e deve) declará-la de ofício, enquanto na nulidade relativa somente a parte interessada pode provocá-la. Os efeitos dessa (nulidade relativa) alcançam exclusivamente os interessados que a alegam (art. 152 do CC) e em caso de inércia destes, os efeitos se convalidam.

Expliquemos através do seguinte exemplo de *nulidade relativa*: imaginemos que o *Contrato de Trabalho* seja anulado por *erro* verificado na contratação individual de vários empregados. A anulação alcançará somente a parte interessada que a provocou e os seus efeitos serão irretroativos (haja vista o princípio da irretroatividade dos efeitos da nulidade trabalhista).³³⁰ Caso o agente legítimo permaneça inerte em relação à competente demanda anulatória, os efeitos se convalidarão.

Em se tratando de *nulidade absoluta*, por exemplo objeto ilícito, a autoridade pode (e deve) declará-la de ofício e, caso o contrato ainda esteja em curso, o juiz rescindirá *ope judicis*. Ressalvando a exceção vista acima (participação direta do

³³⁰ Em se tratando de anulação de contrato civil, os efeitos serão retroativos. Exegese do art. 158 do CC.

empregado no objeto penalmente ilícito), os efeitos da nulidade absoluta também serão irretroativos, em face dos princípios trabalhistas que informam o tema.

Prescrição do ato nulo:

No que tange à nulidade relativa, é pacífico que incide a prescrição. Contudo, remanesce dúvida quanto à possibilidade do ato absolutamente nulo ser passível de prescrição. Neste particular, concordamos integralmente com a observação de Maria Helena Diniz, assim manifestada:

“a nulidade (absoluta), em regra, não prescreve; as exceções se dão quando expressamente estabelecido pela lei (ex: casamento, art. 208 do CC) ou quando o negócio jurídico for de fundo *patrimonial*, caso em que o prazo prescritivo será de 20 anos, se a lei não estipular *prazo especial*, por força do art. 179 do Código Civil”³³¹.

O crédito trabalhista, é cediço, possui natureza patrimonial. Portanto, escapa a regra de que o ato nulo é imprescritível. A CLT, em seu artigo 11, assim disciplinava a matéria: “não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”.

Conforme se vê, aludido dispositivo da CLT, a exemplo do art. 9o., não faz distinção entre o ato nulo e o anulável, o que se faz presumir que ambos se igualam.

³³¹ DINIZ, Maria Helena. Ob. citada. vol. 1. p. 287.

Alice Monteiro de Barros bem lembra que “este prazo foi alongado pelo art. 7o., XXIX, da CF de 88 para 5 anos, *sem* a ressalva de que contra ato nulo não corre prescrição”³³².

Com efeito, arremata a ilustre professora mineira, “a prescrição atinge diretamente a ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, *independentemente de se tratar de ato nulo*”³³³.

Quanto à prescrição da nulidade dos atos do contrato, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 294, cristalizou o seguinte entendimento: “tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

Ora, a alteração ilícita do contrato (aquela que for prejudicial ao obreiro) é considerada nula por força do artigo 468 da CLT. Do mesmo modo, o descumprimento de preceito de lei trabalhista é nulo à luz do artigo 9o. da CLT. Destarte, as duas hipóteses abrangidas por esse verbete do TST dizem respeito à nulidade parcial e a elas se aplica o prazo quinquenal da CF/88.

A divisa feita pela Súmula 294 refere-se à *forma de alcance* do direito a ser postulado:

³³² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. p. 198.

³³³ Idem. *ibidem*.

a) se envolver prestações sucessivas decorrente de mera alteração do contrato (ex: desvio funcional), o prazo prescricional começa a contar a partir do ato patronal que promoveu a modificação contratual (prescrição total);

b) se além de abranger prestações sucessivas, o direito pleiteado estiver assegurado em *lei* (ex: adicional de transferência - art. 469, par.3o. da CLT), o início da contagem da prescrição se renova mês a mês (prescrição parcial).

A nulidade e os elementos essenciais:

Quanto à celebração de contrato de emprego por agente absolutamente incapaz (ex: menor de 14 anos - art. 7o, XXXIII da CF/88), a nulidade importará em efeitos irretroativos. Ao empregado menor, presumidamente de boa-fé, será devido o pagamento dos salários e todos os demais direitos trabalhistas. Caso o contrato ainda esteja em curso, o vínculo deverá ser rescindido pela própria autoridade competente (*ope judicis*).

Quanto à inobservância de forma solene para a celebração do contrato (ex: admissão de empregado público sem concurso - art. 37, II, da CF/88), a nulidade importará em efeitos *ex nunc*. Caso o servidor público celetista tenha ingressado de boa-fé (e nesse sentido há uma presunção *juris tantum*), ser-lhe-á devido o pagamento dos

salários e todas as demais verbas trabalhistas. Haverá rescisão *ope judicis* se o contrato estiver em vigor. Em se provando a má-fé do servidor (que, por exemplo, beneficiou-se de ato de nepotismo), a nulidade terá efeito *ex tunc* e nenhum direito fará jus o trabalhador.

Quanto ao objeto ilícito, os efeitos irão variar conforme a análise de cada caso concreto. Os parâmetros valorativos são exatamente aqueles extraídos dos princípios trabalhistas da nulidade: proteção ao empregado, boa-fé, conservação da eficácia mínima, não locupletação e razoabilidade. José Augusto Rodrigues Pinto³³⁴ apresenta critério eficiente o qual aderimos e pedimos *venia* para trascrevê-lo de forma sucinta:

“a) o empregado desconhece a atividade ilícita (vg.: contrabando) e para ela não contribui diretamente (...pois trabalha no balcão do comércio);

b) o empregado conhece a atividade ilícita (contrabando) e para ela não contribui diretamente (...pois apenas faz a limpeza do recinto onde se realiza);

c) o empregado conhece a atividade de contrabando e para ela contribui diretamente (...pois entabula os negócios respectivos).

Na primeira situação, embora a nulidade exista e deva ser declarada, o empregado se coloca na mesma posição analisada, quanto ao aspecto da incapacidade, isto é, nenhuma retroação deve ser considerada para prejudicá-lo.

³³⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. p. 201.

Na segunda conjuntura, deve preservar-se da retroação apenas a contraprestação salarial, correspondendo diretamente à energia utilizada pelo empregador, visto ter sido passiva a postura do empregado e não contributiva, diretamente, para o resultado ilícito do empreendimento.

Na terceira ocorrência, em que o empregado assumiu uma postura ativa e contribuiu diretamente com sua energia para o resultado ilícito do empreendimento, deve aplicar-se inteiramente a irretroatividade oriunda da teoria civil das nulidades, pois nem mesmo os mais altos princípios de direito podem levar ao reconhecimento de efeitos de atos anti-sociais, cujo resultado foi querido pelo sujeito.”³³⁵

Até mesmo Antônio Junqueira de Azevedo, professor de Direito Civil, reconhece a excepcionalidade das nulidades do Contrato de Trabalho, quando assim consigna:

“Finalmente, são ainda casos de efeitos do nulo as hipóteses do art. 2.126, do Código Civil italiano, que nos parecem perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, tendo em vista os princípios do direito do trabalho. Assim, um contrato de trabalho, mesmo nulo (salvo se por iliceidade de objeto ou de causa), mantém todos os seus efeitos já executados; essa solução aproxima a hipótese do casamento putativo, ambos são casos de nulidade *ex nunc*”³³⁶.

³³⁵ Idem. *ibidem*. p. 201.

³³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Obra citada*. p. 61.

Oportuno transcrevermos o aludido artigo 2.126 do Código Civil Italiano:

“La nullità o l’annullamento del contratto di lavoro nos produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto escuzione, salvo che la nullità derivi dall’illicittà dell’oggetto o della causa.

Se il lavoro è stato prestato com violazione de norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”.

Quanto à nulidade decorrente da *causa*, insta salientar que o artigo 90 do CC só se reporta a *falsa causa*. Deste modo, a doutrina vem firmando posição de que a simples ausência de causa não inquina o contrato, mas somente a presença de causa *ilícita*. De resto, as mesmas regras do objeto ilícito, aplicam-se à causa ilícita.

Nulidade total e parcial:

Sob o ângulo da extensão, a nulidade pode ser *total* ou *parcial*. Sempre que a nulidade não afetar substancialmente o Contrato de Trabalho no que tange ao seu plano de validade (agente capaz, objeto lícito e forma legal), o liame empregatício subsistirá, atingindo tão somente a parte contaminada (*utile per inutile non vitiatur*). Tal raciocínio, decorrente do princípio da *conservação* das nulidades, aplica-se tanto para as absolutas, quanto para as relativas.

Pode-se verificar casos em que quase todas as cláusulas do contrato estejam maculadas e, ainda, assim, caso o negócio jurídico seja separável, a nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida e imaculada.

Com espeque no art. 153 do CC, a nulidade da obrigação principal afeta a das obrigações acessórias, todavia, a existente nestas, não alcança a da obrigação principal. Com efeito, anulando-se o Contrato de Trabalho, os demais negócios jurídicos acessórios (acordo de compensação de jornada ou filiação à associação recreativa da empresa, p. ex. :) também serão atingidos pela mesma eiva.

Ao revés, se a parte interessada intenta reclamatória trabalhista para anular, por *erro*, *dolo* ou *coação* determinado negócio *acessório* (acordo de compensação ou filiação à associação recreativa, por exemplo), os efeitos dessa nulidade não afetarão o Contrato de Trabalho (negócio jurídico principal), mas apenas os atos negociais específicos.

Uma observação importante que merece ser destacada, em relação ao campo de incidência trabalhista, é a de averiguar se a anulação do ato jurídico dá-se apenas por vício de vontade ou se o ato a ser impugnado não se reveste também de *ilegalidade*.

Caso o ato, objeto da infirmação, além de viciado no consentimento, seja contrário à lei, neste caso a parte interessada terá, a seu favor, motivos de nulidade *relativa* e de nulidade *absoluta* (art. 9. da CLT). Por óbvio, em tal situação, a absoluta

abrange a relativa, inclusive no que diz respeito aos efeitos e a possibilidade de declaração de ofício por parte do juiz.

Exemplifica-se: se o reclamante, em juízo trabalhista, impugna o desconto salarial de “seguro de vida”, porque o ato está viciado pela *coação* perpetrada pelo empregador (que o obrigou a proceder a respectiva autorização). Aqui, cabe ao autor da demanda (parte interessada) provar o vício volitivo.

Ao contrário, imaginemos que o juiz verifique que essa autorização além de viciada no consentimento, é ilegal porque fere o artigo 462 da CLT. Neste caso, mesmo não se desincumbindo da prova do vício, o juiz, com base no artigo 9o. da CLT, deve declarar a nulidade absoluta da autorização por fraude à lei.

Portanto, consoante assinala Orlando Gomes, se por acordo de vontades se estipularem cláusulas que contrariem os preceitos da legislação trabalhista (ex.: trabalhar 8 horas para ganhar menos que o Salário Mínimo), “tais cláusulas não prevalecem na medida em que ferem os preceitos tutelares da lei, os quais as substituem automaticamente no conteúdo do contrato”.³³⁷ Tais casos, não se tratam de *nulidade relativa* das cláusulas, mas *absoluta* em face do artigo 9o. da CLT. O mesmo regramento se aplica quando nos deparamos com alterações contratuais ilícitas (prejudiciais ao empregado). Há nulidade *absoluta*, por força do artigo 468 da CLT.

³³⁷ GOMES, Orlando. Introdução do direito do trabalho. p. 80.

Consigne-se que os mesmos critérios utilizados para aferir a nulidade dos Contratos de Trabalho (boa-fé, proteção, razoabilidade, etc.), servem também para balizar os os efeitos da nulidade das *cláusulas do contrato*.

Por exemplo: O pagamento do salário feito em moeda estrangeira (vg.:dólar) é considerado nulo, a teor do artigo 463, par. único da CLT. Contudo, ao ponderarmos que o empregador estava de boa-fé e que tal nulidade não implicou em prejuízo ao empregado, é razoável deliberar que a nulidade deste ato será *ex nunc* e o empregador, no máximo, ficará sujeito a multa administrativa por infringência de norma protetiva.

Casos de presunção de fraude à lei:

Há outras situações que não chegam a ser expressamente tidas como *nulas*, no entanto, o ordenamento jurídico as considera em presunção de fraude à lei. Exemplo típico são os chamados atos de renúncia do empregado, considerados nulos ante a presunção (nesse caso *juris et de jure*) de vício volitivo. Conseqüentemente, será nula qualquer “renúncia” do empregado manifestada no curso do contrato de trabalho³³⁸.

Existem outros casos especiais em que a legislação e a jurisprudência presumem fraude à lei, contudo de forma relativa (presunção *juris tantum*). Cite-se o

³³⁸ Note-se que o princípio da irrenunciabilidade alcança apenas a órbita contratual. É, portanto, possível o empregado renunciar direitos na esfera judicial com a homologação do órgão judicante. (N.A.)

caso da Súmula 20 do TST que diz: “não obstante o pagamento da indenização de antigüidade, *presume-se* em fraude à lei a rescisão contratual, se o empregado permaneceu prestando serviços, ou tiver sido, em curto prazo, readmitido”.

Com outras palavras, o que esse verbete está a dizer é que a readmissão do mesmo empregado, em curto espaço temporal, gera presunção *juris tantum* de fraude à lei. Destarte, cabe ao empregador (reclamado) romper essa presunção de lei, provando em juízo o inverso da direção legal, ou seja, que o novo negócio jurídico (a readmissão) estava indene de vício. Vê-se, pois, a importância destas presunções para delimitar a quem pertence o *onus probandi*.

Seção III - Plano de Existência: Nulidade Relativa

Peca pela generalização, o artigo 147, II, do Código Civil, quando diz ser *anulável* o ato jurídico inquinado de vício decorrente de erro, dolo, coação, simulação ou fraude.

Ora, conforme foi visto, a *coação física* (*vis absoluta*), a *fraude à lei* e a *simulação* que visa *fraudar normas cogentes*, ao contrário do que estatui o dispositivo em comento, gera a nulidade *absoluta*. Isso vale tanto para os contratos civis, quanto para o Contrato Individual de Trabalho.

Mutatis mutandi as demais figuras (erro, dolo, coação moral, fraude contra credores e simulação que prejudiquem terceiros sem lesar à lei) ensejam a nulidade *relativa*. Os defeitos que tais vícios constituem no negócio jurídico não são passíveis de anulação *ex officio*, mas através de provocação. Nos termos do artigo 152 do CC, só os interessados podem alegar a nulidade relativa e aproveita-se dela exclusivamente a parte que tomou a iniciativa para tanto, salvo o caso de solidariedade e indivisibilidade.

Pela dicção do artigo 158 do CC, essa anulação surtirá efeitos *ex tunc*, ou seja, as partes serão restituídas ao estado em que antes dela se achavam, e “não sendo possível restitui-las, serão *indenizadas* com o equivalente”. Ora, sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo (e em face dos princípios trabalhistas aplicáveis à nulidade analisados anteriormente, os efeitos da nulidade (absoluta ou relativa) serão sempre irretroativos (*ex nunc*).

Quanto à indenização prevista nesse artigo do Código Civil, a mesma é compatível com os princípios trabalhistas da nulidade e, portanto, é devida ao empregado em valor equivalente ao pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas.

Raros são os casos de anulação do contrato de trabalho por vício de vontade. Referida matéria ganha importância, quando se trata de anular os chamados negócios jurídicos *acessórios*, ou seja, aqueles atos negociais comuns e vinculados ao Contrato de Trabalho, tais como:

- *acordo de prorrogação;*
- *desconto de salário para associação ou alimentação;*
- *desconto de seguro de vida;*
- *acordo para pagamento de comissões de vendas especiais;*
- *acordo para simular rescisão e em curto prazo “readmissão”,*
- *acordo para efetuar parte do salário em recibos “por fora”, etc.*

- e ainda, como lembra Catharino, a própria despedida pode ser anulável, caso tenha se dado “por erro, ou por dolo, sem os quais o ato não teria sido praticado”.³³⁹

Anulação de contrato por prazo determinado:

Outra importância prática desse tema, refere-se à anulação do Contrato de Trabalho de duração limitada. Em face da vultosa indenização legal incumbida à parte que tenciona romper o contrato a termo antes da expiração do prazo, a *anulação* desses contratos, oriunda de vícios de vontade, constitui-se interessante remédio jurídico.

Imaginemos, por exemplo, um contrato a termo, do tipo *por obra certa*, com duração de dois anos. O engenheiro contratado pela construtora verifica que foi vítima de *dolo*, no que diz respeito à sua remuneração, ou seja, a causa da celebração do contrato (art. 92 do CC).

³³⁹ CATHARINO, José Martins. Obra citada. Vol. 2. p. 292.

Ao saber que a demissão por sua iniciativa ensejará o dever de reparar o empregador no equivalente a metade dos dias faltantes (artigos 479 e 480 da CLT), o engenheiro, ajuíza ação trabalhista de anulação de negócio jurídico. Aqui, a demanda judicial, além de ser o recurso adequado, ser-lhe-á vantajoso em face do alijamento da indenização que teria que suportar em caso de demissão.

Referindo-se aos contratos por tempo indeterminado, Orlando Gomes assevera que “quase sempre a verificação do vício do consentimento é feita em momento no qual a rescisão unilateral do contrato pela parte prejudicada não lhe acarreta ônus, assim é *preferível rescindir a anular*”³⁴⁰.

Data venia do saudoso jurista, esta verdade não é absoluta. Senão vejamos.

Nos termos do artigo 487, par. 2o. da CLT, o empregado tem que cumprir aviso prévio quando se demite. Com o advento do artigo 7o., XXI da CF/88, o aviso prévio pode ser pactuado de forma proporcional ao tempo de serviço e, portanto, em prazo superior a 30 dias. Logo, a iniciativa de demissão, sugerida pelo professor baiano, implica em suportar tal ônus.

³⁴⁰ GOMES, Orlando. Direito do Trabalho: estudos. p. 84.

Portanto, a pouca utilização da ação anulatória de ato jurídico ocorre muito mais por ignorância dos contratantes (e de seus procuradores) do que por qualquer outro motivo.

CONCLUSÕES

1. O aparato jurídico do século XVIII derivado do sistema romano-germânico foi construído, sob influência dos positivistas que buscando o *mundo da segurança* elaboraram uma teoria recheada de conceitos e categorias abstratas. A dogmática jurídica desta época não se preocupava com a investigação concreta de cada sujeito de direito envolvido nas diversas relações jurídicas. Fazia-se tábua rasa ao ponto de considerar que todos os signatários de um liame contratual encontram-se num mesmo pé de igualdade.

2. A concepção tradicional do contrato surgiu com a elaborada Teoria do Negócio Jurídico feita pelos pandectas, a partir dos antigos modelos do direito romano. Neste quadrante, enalteciam-se os princípios da *pacta sunt servada* e da autonomia privada das partes, que vinham ao encontro das prioridades axiológicas do modelo de Estado Liberal.

3. Com o advento do Estado Social, ou Estado Providência, os valores predominantes passaram a ser outros: sobreposição dos interesses coletivos sobre os individuais, superação do dogma da igualdade formal e a necessidade de imiscuição do Estado.

4. A justiça que outrora era apenas formal, passou a ser substancial. Nascia, pois, o conceito de Justiça Comutativa que procura restaurar o equilíbrio contratual dos signatários. O Estado passa a interferir nas relações particulares combatendo a usura e protegendo o contratante hipossuficiente.

5. Nesse cenário a relação de trabalho subordinado não mais resiste aos moldes civilistas e se emancipa. Surge a *relação de emprego*, vista de forma autônoma em face do tecido normativo próprio e tuitivo nela incidente.

6. A relação de emprego torna-se distinta da relação de trabalho, sendo esta o gênero e aquela a espécie de uma relação de trabalho *subordinado*. Além da subordinação jurídica, esse liame empregatício pressupõe atividade pessoal, serviço não-eventual e pagamento de salário.

7. No início deste século discutiu-se a natureza jurídica da relação de emprego, surgindo duas corrente teóricas: a dos contratualistas e dos anticontratualistas. Na segunda metade desse século consolidou-se a segunda tendência (contratual).

8. Considerado como contrato do tipo comutativo, a investigação precisa e aprofundada careceu de um estudo da categoria do Negócio Jurídico, espécie do gênero Fato Jurídico. A partir desse pressuposto, classificou-se o Contrato Individual de Trabalho, além de típico e principal, como sendo bilateral, consensual, oneroso, de trato sucessivo e personalíssimo em relação à prestação de fazer do empregado.

9. A despeito de suas características serem similares a de outros contratos civis afins, deles se distingue pela presença do elemento subordinação jurídica. Considerando que o contrato de trabalho implica em altos encargos sociais, tentativas fraudulentas de mascarar autêntico vínculo empregatício foram feitas, sob rótulos diversos: estágio, representação comercial, sociedade, empreitada, locação de serviço, dentre outros.

10. Como todo negócio jurídico o contrato de trabalho tem seus elementos essenciais. Há aqueles que estão expressamente previstos em lei (agente capaz, objeto lícito e forma legal) e outros suplementares, consagrados pela doutrina (causa e consentimento).

11. Os chamados elementos acidentais, termo e condição, podem ser avençados pelas partes no Contrato de Trabalho, ainda que de forma não usual. Os mais comuns são: o termo final e a condição resolutiva. Quanto ao encargo (ou modo), tal elemento acidental não se aplica aos contratos trabalhistas em face do seu caráter oneroso.

12. A partir da presença dos elementos essenciais e acidentais pode-se estabelecer se o Contrato de Trabalho existe de forma válida e eficaz. São três planos distintos que implicam em consequências variadas, de acordo com cada caso concreto.

13. A nulidade trabalhista possui regras próprias, não se aplicando a teoria civilista neste particular ante a sua incompatibilidade com os princípios trabalhistas.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**, 3a. ed., Saraiva, São Paulo, 1.995.

ANDRADE, Manuel A.Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**, vol.2, 4a. reimpr., Almedina, Coimbra, 1974.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário**, 3a. ed., CEJUP, Belém, 1.988.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico. Existência. Validade e eficácia**, 2a.ed., Saraiva, São Paulo, 1986.

BARRETO, Amaro. **Tutela geral do trabalho**, vol.1, Edições Trabalhistas, Guanabara, 1.964.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições civis no direito do trabalho**, Renovar, Rio de Janeiro, 1.994.

BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. **Do contrato: teoria geral**, 3a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.987.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, (tradução de Fernando de Miranda), p.99, Coimbra Editora, Coimbra, 1969.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil comentado**, vol.1, 6a.ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1940.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **Liberalismo e os direitos dos trabalhadores**. *in*: Revista do IAP, Curitiba, n. 24/1994.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, 5a.ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

CABANELLAS, Guilherme. **Tratado de derecho laboral**, tomoII, vol.1, Editorial Claridad S.A., 1.988.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Das linguagens ao direito: um método para avaliação do dano moral**, UFPR, Curitiba, 1.997.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**, 3a. ed., Foro Italiano, Roma, 1.951.

CARNEIRO, Ricardo. **A crise da codificação e os rumos do direito privado**, *in* “Revista Jurídica Themis” n. 7, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1991.

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**, 18a. ed., Editora RT, São Paulo, 1.994.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**, 2a. ed., Centelha, Coimbra, 1981.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **A lei, o juiz, o justo**. *in* Revista AJURIS 35/145, Porto Alegre, 1992.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. volume 1 e volume 2, 2a. ed., Edição Saraiva, 1981.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**, Ltr com colaboração da Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

COELHO, Luiz Fernando. **O direito informal do trabalho**. *in*: Informativo Bonijuris-Legislação trabalhista, Curitiba, 1993.

DAIUTO, Reynaldo Ribeiro. **Introdução ao estudo do contrato**, Atlas, São Paulo, 1995.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Direito do trabalho: estudos**. Ltr, São Paulo, 1997.

_____ **Redução salarial e a flexibilização no direito do trabalho**. *in*: Revista Ltr Legislação do Trabalho 56, São Paulo, julho de 1992.

_____ **O estado neoliberal e seu impacto sócio-jurídico**. *in*: Globalização Neoliberalismo e Direitos Sociais., Salete Maria Macalóz *et alli*. Editora Destaque, Rio de Janeiro, 1997.

_____ **O sistema jurídico herdado do positivismo científico e os códigos civis novecentistas.** *in:* Revista do IAP, n.26/1996, p.250.

_____ **Os princípios do direito do trabalho e a teoria crítica do direito.** *in:* Revista Jurídica, no.10/1996, Editora Juruá, Faculdade de Direito de Curitiba.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho.**, Ltr, São Paulo, 1995.

_____ **Relação de trabalho e contrato de trabalho.** *in:* Curso de Direito do Trabalho. Estudos em Memória de Célio Goyatá. Coordenação: Alice Monteiro de Barros., vol. 1, 2a. ed., Ltr. São Paulo, 1994.

DELSOL, J.J.. **Explication élémentaire du code napolén mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence**, Catillon Editeur du Conseil d'Etat, Paris, 1867.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** vol. 1, 10a. ed., Saraiva, São Paulo, 1994.

_____ **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 2a. ed., Saraiva, São Paulo, 1989.

DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho (Direito Individual).**, Edição Saraiva, São Paulo, 1975.

DURAND, Paul; JAUSSAUD, R. **Traité de droit du travail**. Librairie Dalloz, Paris, 1947.

DUROZOI, G; ROUSSEL, A. **Dictionnaire de philosophie**, Éditions Nathan, Paris, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil**, in: *Jurisprudência Brasileira*, v. 172. Juruá, Curitiba, 1994.

FERRARA, Cariota Luigi. **El negocio jurídico**. (tradução e notas de Manuel Albaladejo), Aguilar, Madrid, 1956.

GATTI, Hugo. **Situación jurídica de los menores em derecho privado**. in: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*,

GENRO, Tarso. **Introdução à crítica do direito do trabalho**. L&PM Editores Ltda., Porto Alegre, 1979.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. (tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 8a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986.

Transformações gerais do direito das obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1980.

_____ **Direito do trabalho** (ensaio), 3a. ed., Liv. Progresso, Salvador, 1954.

_____ **Contratos.**, 12a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 4a. ed., Forense, São Paulo, 1971.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. **Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no progresso de formação de tutelas jurídico-políticas**. *in*: Direito e Neoliberalismo, EDIBEJ, Curitiba, 1996.

GUERRERO, Euquerio Lic.. **Manual de derecho del trabajo.**, Porrúa S.A., México, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. (tradução de João Baptista Machado), 6a.ed., Armênio Amado Editora, Coimbra, 1984.

KROTOSHIN, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo.**, 4a. ed. atualizada por Gustavo Raúl Meilij, Depalma, Buenos Aires, 1993.

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de direito do trabalho**. (tradução de Rita Asdine Bozacyan), Ltr, São Paulo, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Juruá, Curitiba, 1991.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no estado social**, Edufal, Maceió, 1983.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**, 4a.ed., Freitas Bastos, 1962.

LUDWIG, Celso Luiz. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel**. Biblioteca da UFPr, Curitiba, 1993.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**, vol.2, 2a. ed., Ltr, São Paulo, 1988.

MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estevão. **O direito do trabalho na constituição**, 2a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**, 4a.ed., Saraiva, São Paulo, 1991.

_____ **Teoria do fato jurídico. Plano de Validade.**, Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

MESQUITA, Luiz José de. **Direito disciplinar do trabalho**, 2a.ed., LTR, São Paulo, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, vol.5, 22a. ed., Saraiva, São Paulo, 1988.

_____ **Curso de direito civil**, vol.1, 5a.ed., Saraiva, São Paulo, 1966.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho.**, 6a. ed., Ltr, São Paulo, 1993.

MOTILLA, Agustin. **La codificación como técnica de producción legislativa**, *In Revista de Derecho Privado*, t. 71, Madri, jun/1987.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.**, 11a. ed., Ltr, São Paulo, 1985.

_____ **Curso de direito do trabalho.**, 9a. ed., Editora Saraiva, 1991, São Paulo.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** Saraiva, São Paulo, 1994.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho.** (tradução de C.A. Barata Silva), 4a. ed., Ltr, São Paulo, 1984.

PAGE, Henri de. **Traité pratique de droit belge**, 2a.ed., Bruxelles, 1948.

PASTORE, José. **Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva.** Ltr, São Paulo, 1994.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **Sociedade por ações**, vol.4, Saraiva, São Paulo, 1973.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. vol.3. 7a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**., Ltr, São Paulo, 1994.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**, T.II, 14a.ed., Libraire Generale, 1937.

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, vol.1, 3a.ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1972.

_____ **Comentários à constituição de 1967**, vol.1, 2a.ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.

POTHIER, Robert Joseph. **Oeuvres complètes: traité des obligations**, Eugène Crochard, Paris, 1930.

PRZEWORSKI, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. (tradução de Argelina Cheibub Figueiredo), Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1995.

RAÓ, Vicente. **Ato jurídico**. 3a. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. Ltr, São Paulo, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, vol.1,17a. ed., Saraiva, São Paulo, 1988.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Los principios del derecho del trabajo**, Biblioteca Jurídica Aguilar, Montevideo, 1975.

_____ **Curso de direito do trabalho.** (tradução de João da Silva Passos), Ltr, São Paulo, 1982.

ROMITA, Arion Sayão. **A flexibilização e os princípios do direito do trabalho.** in: “Noções Atuais de Direito do Trabalho”, Coord. José Augusto Rodrigues Pinto, Ltr, São Paulo, 1995.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** (tradução de Ana Coimbra e Januário C.Gomes)., Livraria Almedina, Coimbra, 1988..

RUFFOLO, Ugo. **Interessi collettivi o difusi e tutela del consumitore**, Giuffrè, Milano, 1985.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e empregador no direito brasileiro**, vol.1, 3a. ed., José Konfino, 1958.

_____ **Curso de direito do trabalho.** 4a. ed., Juruá, Curitiba, 1991.

SANSEVERINO, Luiza Riva. **Curso de direito do trabalho.** (tradução de Elson Gottschalk), LTR, Ed. da USP, São Paulo, 1976.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Nozioni di diritto del lavoro**, 20a.ed., Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, Nápoles, 1968.

SILVA, De plácido. **Vocabulário jurídico**, vol.1 e 2., 3a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**, 11a. ed., Ltr, São Paulo, 1991.

TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **Direito do trabalho**, Sugestões Literárias S.A., São Paulo, 1968.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Teoria geral dos contratos.**, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1992.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **O que há de novo em direito do trabalho**, LTR, São Paulo, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos.**, Editora Saraiva, São Paulo, 1975.

_____ **Direito e processo do trabalho: estudos.**, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1994.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**, vol.2, 7a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Curso de direito do trabalho.**, 2a. ed., Verbo, Lisboa/São Paulo, 1993.