

DOCTRINA MULTIDISCIPLINAR

O NOVO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DO TRABALHO (*)

ESTÊVÃO MALLET (**)

O novo Código Civil tem sido alvo de inúmeras críticas, algumas duras e mesmo implacáveis. Boa parte da crítica se deve ao medo do novo. É natural. Isso ocorre com todos nós, em qualquer domínio. O professor, quando tem de optar entre lecionar em classe de alunos que já são conhecidos ou em classe de alunos novos naturalmente optará pelo ambiente que conhece melhor — os alunos antigos —, embora não saiba a qualidade dos novos. Podem ser até melhores, mas o instinto faz com que andemos pelos caminhos já conhecidos, com os quais já estamos acostumados. Não é diferente no mundo do Direito. O novo sempre preocupa. Sempre assusta, porque põe problemas diferentes, com os quais não estamos habituados a lidar. Cria novas dificuldades. Daí o receio, o medo, e isso — não tenho dúvida — explica uma parte das críticas dirigidas ao novo Código Civil.

De todo modo, outra parte da crítica tem sua razão de ser. O novo Código apresenta diversas deficiências e muitos problemas. Poderia comprovar minha afirmação discorrendo sobre a sua redação. Dizem os franceses que Sthendal — um dos maiores escritores franceses do século XIX — lia o Código Civil diariamente. Fazia-o não porque desejasse conhecer as leis de seu país, mas apenas para aprimorar o seu estilo. Esse comentário, feito em face do Código Civil francês, pode sem dúvida alguma ser repetido a propósito do nosso Código Civil de 1916, cuja redação é impecável, elegante, excepcional sob todos os aspectos. Aliás, talvez aí esteja a única grande contribuição de Rui Barbosa na redação do Código Civil. Quem já teve a oportunidade de ler a "Réplica", de Rui, colhe nela lições permanen-

(*) Palestra proferida no Ciclo de Palestras sobre o Novo Código Civil, realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, promovido pela EMATRA XV — Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região, AMATRA XV — Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região, AAT-SP — Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo e AATC — Associação dos Advogados Trabalhistas de Campinas, em 14.05.03.

(**) Estêvão Mallet é doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da USP, onde é professor de Direito do Trabalho.

tes sobre boa redação, sobre correção do estilo, sobre a melhor forma de traduzir o pensamento em palavras. Pois bem, seguramente a comparação do antigo Código com o novo em nada favorece o último. Várias são as frases mal redigidas, mal construídas, imperfeitas e que evidenciam surpreendente descuido do legislador com a linguagem.

Darei apenas dois exemplos, que julgo suficientemente eloquentes, de modo a dispensar outras referências. No artigo 12, que trata dos direitos da personalidade, o parágrafo único dispõe: "em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista nesse artigo (medida voltada à proteção do direito à personalidade daquele que faleceu) o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau". A referência à condição de sobrevivente do cônjuge é inexplicável. Ninguém imaginou que o cônjuge morto pudesse requerer a tutela do direito da personalidade daquele seu consorte falecido. Demais disso, se fosse justificável a inserção da expressão "cônjuge sobrevivente", teríamos que também inserir disposição idêntica a propósito do parente em linha reta ou colateral, porque, do contrário, algum desavisado poderia concluir que, para requerer medida de proteção de direito de personalidade, sobrevivente haveria de ser apenas o cônjuge, admitindo-se atuação em juízo do parente colateral sobrevivente ou morto... Melhor se traduziria a idéia do legislador se se dissesse simplesmente: "Em se tratando de pessoa falecida, caberá ao cônjuge ou parente colateral, em quarto grau, a tutela do direito de personalidade". Eis aí a idéia subjacente ao parágrafo único, do art. 12, apresentada, porém, de modo mais simples, mais elegante e mais eficiente. Aliás, é fácil perceber que o novo Código não soube lidar bem com o problema da morte. Mais adiante, no art. 561, chegou aos píncaros do paradoxo ao tratar da revogação da herança em caso de homicídio praticado pelo donatário contra o doador: "No caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado". Tem-se a impressão que o legislador considerou a hipótese de o doador, já morto, perdoar o seu homicida, tornando inviável a ação revocatória da doação... Na verdade, estamos apenas diante de alguns, dentre muitos, descuidos de redação.

Não vou me deter muito na análise dos defeitos de redação do novo Código. Há uma boa razão para tanto. A palavra é apenas um veículo. O importante é a idéia que ela transmite. Não há dúvida de que a petição mal redigida, com erros de concordância ou erros de outra natureza, não é nada agradável de se ler. Tampouco é agradável de se ler a sentença mal redigida. De todo modo, muito pior do que tudo isso é a sentença que, embora impecável na redação, mostra-se deficiente ou errada na sua conclusão. A palavra — repito — é apenas um veículo. Se a idéia transmitida é boa, isso é o mais importante. A crítica que se atém à redação do Código não me parece, portanto, definitiva ou decisiva.

Ainda a justificar a crítica que se faz ao novo Código Civil podem ser citadas algumas claras incongruências em seu texto, algumas graves contradições. Vou mencionar, exemplificativamente, apenas as mais expressivas. Começo pelo artigo 25, que trata da ausência. Esse artigo defere ao

cônjuge, desde que não esteja separado judicialmente ou, de fato, por mais de dois anos, a curadoria dos bens do ausente. Na falta do cônjuge, atribui aos parentes mais próximos, e depois aos que se seguem, o encargo. O Código claramente se esqueceu de que em outro ponto tratou da união estável e regulou a situação dos companheiros. Ora, não tem sentido que, sendo impossível deferir ao cônjuge a curadoria dos bens do falecido, se queira passá-la aos parentes, quando tenha o ausente companheiro que a poderia exercer. O legislador negligenciou o fato de que em outro ponto, ao regular a união estável, havia tratado do companheiro. E desse esquecimento decorreu manifesta contradição entre as diferentes passagens do Código.

Há, na mesma linha, outra impropriedade evidente no artigo 1.011, que disciplina as sociedades personificadas e trata dos impedimentos para a administração dessas sociedades. Dispõe o citado preceito, de modo bastante curioso: "não podem ser administradores, entre outros, aqueles que tenham sido condenados por — leio a expressão literal do Código — peita ou suborno". Esses tipos penais não existem, ao menos com tal denominação, na legislação em vigor. É evidente que a referência foi a corrupção ativa ou corrupção passiva. Mas o Código se utilizou ainda da linguagem antiga, superada, equivocada, em contradição com a legislação penal.

Ressente-se ainda o novo Código de certo grau de desatualização. Iniciada a sua elaboração há aproximadamente trinta anos, não se pôs o texto em dias com a realidade atual. É o que deixa evidente a leitura do art. 222, assim redigido: "O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado". Ora, em primeiro lugar, hoje poucos são os que ainda enviam telegramas. Se essa figura não desapareceu por completo, perdeu grande parte de sua importância com o advento da mensagem eletrônica (*e-mail*). Daí porquê tratar do telegrama e, ao mesmo tempo, ignorar a existência da mensagem eletrônica, não faz nenhum sentido. Ademais, os poucos telegramas enviados não dependem de assinatura de original. Não existe tal formalidade, dado que com uma simples ligação telefônica para o serviço próprio realizo o envio da mensagem por telegrama. Talvez nos anos sessenta ou nos anos setenta ainda fosse preciso ir à agência expedidora do telegrama, redigir a mensagem, assiná-la e pedir ao responsável pelo serviço telegráfico que a enviasse. Em 2003, porém, tudo se passa de forma completamente diferente e é pena que o legislador não tenha disso se dado conta.

O que disse até aqui mostra como realmente há deficiências no Código. As que mencionei são tanto mais injustificáveis porque de correção extremamente simples e fácil. Se o texto do Código tivesse sido previamente submetido a amplo debate na sociedade, todos esses pontos, todas essas imperfeições, haveriam sido levantadas e naturalmente corrigidas. Ao que parece, no entanto, pesou muito, para apressar a aprovação do texto, a vaidade de quem quis deixar o seu nome na história como sancionador do Código Civil. Quem agiu desse modo, não se importando com a correção desses erros; precipitando a promulgação do Código, esqueceu-se da lição da história ou, talvez, nem mesmo a tenha aprendido. Fica para a his-

tória não quem sanciona o Código, mas quem o concebe, quem o redige, quem o cria. A prova disso pode ser facilmente dada. Se indagarmos aqui quem sancionou o Código Civil de 1916, tenho certeza de que muitos não se lembrarão da resposta. Mas todos sabem quem o redigiu. Não adianta, portanto, pensar que alguém vai ficar na história, como Napoleão ficou, simplesmente ao sancionar o Código. O nome de Napoleão permanece indelevelmente associado ao Código francês não porque tenha sido por ele sancionado. Isso se deu porque foi ele um dos seus autores, senão o principal, com participação ativa e direta nas comissões que o redigiram.

Além das contradições apontadas, e das outras imperfeições já assinaladas, mais simples, mais ligeiras, que um pouco mais de serenidade teria afastado, o Código apresenta pontos em que não se avançou tal como seria de se esperar, ou, até mesmo, tal como o próprio Código anunciava. Ficou o texto aquém do desejável. Dou um exemplo, muito expressivo. A Constituição de 1988 — como é sabido — deu um passo importante quando, rompendo concepção antiga e arraigada, relativizou o direito de propriedade, concebido tradicionalmente como o mais absoluto de todos os direitos, ao dispor que ele deve ser exercido de acordo com sua função social. Seguindo a mesma linha, o Código deu um passo adiante, em um artigo muito importante, o artigo 421, fazendo referência à liberdade contratual nos seguintes termos: "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Não é mais apenas a propriedade que tem uma função social a desempenhar. Também o contrato tem essa mesma função social e a liberdade contratual há de ser exercida dentro dos limites de tal função. Pena é que, a despeito de dar esse passo, não haja o novo Código dado o passo seguinte. Que outro passo tenho em mente? Ora, o Código regulou extensamente o direito empresarial. Criou mesmo todo um Livro para tratar do assunto, Livro que não existia no Código de 1916. Lamentavelmente, porém, faltou a referência, no novo Livro, à função social da empresa. Se já se reconheceu a função social até da propriedade, direito absoluto clássico; se já se reconheceu a função social do contrato, e o Código fez isso, por que não reconhecer também a função social da empresa? O Código, infelizmente, não chegou a tanto. Preferiu parar na metade do caminho.

Por todas essas circunstâncias, que procurei apontar até aqui, as críticas dirigidas ao Código têm sua razão de ser e merecem respeito.

Deixemos de lado, no entanto, essas críticas. No momento em que uma lei já foi aprovada e já está em vigor, não basta — como disse Pontes de Miranda, a propósito da Constituição de 67 — criticá-la. Antes importa interpretá-la, até para dela tirar o que de melhor nela houver. E, mais, interpretá-la para também, naquilo em que for possível, mediante processos interpretativos legítimos, corrigir as suas imperfeições, para alcançar melhor resultado com sua aplicação. É com esse espírito que eu gostaria, superadas as considerações gerais até aqui feitas, de passar à análise de alguns dispositivos do novo Código que mais proximamente se relacionam com o Direito do Trabalho. Essa análise mostrará como o Código Civil contém avanços importantes e trouxe inovações muito significativas.

Faço logo referência a duas novas modalidades de defeitos dos atos jurídicos. Refiro-me ao estado de perigo, disciplinado no artigo 156, e, especialmente, à figura da lesão, tratada no artigo 157. Essa última figura tem particular interesse e significado no campo do Direito do Trabalho. Preceitua o artigo 157: "ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta". Detenhamo-nos um pouco na análise desse dispositivo. Consideremos, especialmente, as origens do Direito do Trabalho. Como todos sabem, o Direito do Trabalho surge em contraposição ao Direito Comum, para regulamentar a autonomia dos contratantes, estabelecendo limites à liberdade contratual. O artigo 9º da CLT é prova disso. O artigo 444 da CLT é outra prova e mesmo o artigo 468 é, ainda, mais uma prova dessa limitação à liberdade de negociação, que se impõe diante da desigualdade do sujeito da relação de trabalho. Por isso, o Direito do Trabalho nesse particular se opõe, em grande medida, ao Direito Civil tradicional. Enquanto no Direito Civil clássico a liberdade contratual é valorizada ao extremo, alçada à condição de princípio de fundamental importância, o Direito do Trabalho lida com essa liberdade de maneira completamente diversa, estabelecendo limites, parâmetros e regras para o seu exercício.

No Direito Comum por vezes chegou-se mesmo a levar a extremos surpreendentes o princípio da liberdade contratual, especialmente em certos sistemas jurídicos. Cabe mencionar o que se passou nos Estados Unidos da América, país onde talvez se tenha ido mais longe com a valorização da liberdade contratual, transformada em dogma e, mais ainda, tratada como autêntica garantia constitucional, por conta da extensão que se deu ao princípio do *due process of law*, de que derivou a idéia do *substantive due process of law*. Todos devem ter em mente, a propósito, os incidentes verificados no direito norte-americano no final do Século XIX e início do Século XX, até meados dos anos 30. Diversas leis sobre Direito do Trabalho foram julgadas inconstitucionais pela Corte Suprema, porque se considerava que interferiam na liberdade contratual. Isso ocorreu com leis que impunham limites de idade para o trabalho das mulheres e dos menores, que estabeleciam limites gerais à duração do trabalho, que fixavam salário mínimo. Todas elas foram sucessivamente consideradas inconstitucionais, até o momento em que, após a eleição de Roosevelt, quase se verificou, em 1937, uma ruptura institucional sem precedentes nos Estados Unidos. Diante da crise econômica, apresentadas diversas leis destinadas a disciplinar não apenas a relação do trabalho como a atividade econômica em geral, a resistência da Corte Suprema em reconhecer-lhes validade, insistindo em considerá-las inconstitucionais em votações sempre estreitas (5 a 4), levou o governo de Roosevelt a apresentar ao Congresso o que se veio a conhecer como pacote de mudança da Corte Suprema (*Court-packing plan*). Buscava o presidente, com a medida, elevar a composição da Corte, ampliando-a de 9 para 15 Juízes, a fim de, nomeando novos Juízes, obter a maioria que até então não lograra alcançar, para, em consequência, aprovar seus planos. Dois ou três meses antes da votação no Congresso dessa lei, que, acolhida, caracterizaria verdadeiro golpe na autonomia do Poder

Judiciário, a Corte Suprema americana, por uma votação ainda estreita, chegou a resultado oposto ao até então verificado. Com 5 votos favoráveis e 4 contrários, reconheceu a constitucionalidade de uma lei do estado de Nova Iorque voltada a disciplinar idade mínima de trabalho para mulheres e menores, uma lei envolvendo Direito do Trabalho. A partir de então o pacote de intervenção na Corte Suprema, pendente de exame no Congresso, perdeu toda a sua importância, não foi mais votado, ficando abandonado. As sucessivas normas apresentadas pelo Governo, inclusive a norma nacional sobre relações de trabalho (*National Labor Relations Act*), foram todas aprovadas no Congresso e julgadas constitucionais pela Corte Suprema, validando-se, assim, a interferência do Estado em determinadas relações contratuais.

Esse relato é importante para mostrar a que ponto se levou, em alguns países, a liberdade contratual. O mais interessante é que hoje, no entanto, o Direito Civil caminha em sentido oposto. Já não valoriza tanto a liberdade contratual, pelo menos não a leva, nunca, a pontos extremados. Surpreendentemente, porém, o Direito do Trabalho parece que retrocede, procurando recuperar a liberdade contratual que os civilistas já abandonaram. Tenham em conta a polêmica que houve — e ainda é muito atual — sobre os programas de demissão voluntária. Várias decisões reconheceram plena legitimidade a tais programas, admitindo a quitação ampla e ilimitada dada pelo empregado no momento da rescisão do contrato de trabalho. Cabe aqui a pergunta: sobreviveria essa solução à regra do artigo 157 do novo Código Civil, que se refere à lesão quando verificada desproporção manifesta entre a obrigação das partes? Se o pagamento recebido no momento da dispensa é muito pouco significativo e, em contrapartida, a prestação a que se obriga o empregado — correspondente a não reclamar mais nenhum direito relacionado com o extinto contrato de trabalho — afigura-se extremamente onerosa, não haveria campo, mesmo no Direito Comum, para a invalidação do ajuste, afastando-se a quitação ampla? A resposta, creio eu, há de ser positiva.

Como se vê, reconhece-se, cada vez com mais facilidade e de modo mais amplo, a possibilidade, no Direito Civil, de interferência do legislador para limitar ou regular a liberdade contratual. Outros exemplos poderiam ser mencionados, alguns até mais antigos, como a legislação sobre locação, e outros muito mais próximos de nós, como a legislação sobre relações de consumo, considerando várias cláusulas, usualmente impostas ao consumidor, abusivas. Creio, porém, que não é preciso ir adiante. O importante é notar que o mesmo espírito que anima todas essas regras tem pertinência no campo do Direito do Trabalho, que está todo fundado na ideia de interferência do legislador para reequilibrar uma relação jurídica que, pelos seus aspectos materiais, se mostra muito desigual. Daí que esses novos institutos do Código Civil permitem, sem dúvida alguma, reflexões muito interessantes sobre o caminhar da legislação civil e o caminhar do nosso Direito do Trabalho.

Dou prosseguimento à exposição sobre as inovações do Código Civil tomando em conta a regulamentação estabelecida em matéria de incapacidade

dade. Refiro-me ao artigo 4º do Código Civil, que introduziu nova hipótese de incapacidade. Dispõe esse artigo, em seu inciso II, que são incapazes, relativamente a certos atos ou a maneira de os exercer, os ébrios habituais. Digo logo que faz referência o legislador apenas aos ébrios habituais. Os eventuais podem, portanto, se tranqüilizar, pois não são considerados incapazes... O preceito mostra, de maneira muito eloqüente, a diversidade de tratamento dispensado no Direito do Trabalho e no Direito Comum ao problema da embriaguez, sublinhando, a meu juízo, a desatualização do Direito do Trabalho. Por quê? Todos sabem que as regras sobre incapacidade não são punitivas. Pelo contrário. São de caráter protetivo, tendo por escopo evitar que os incapazes pratiquem atos que lhes sejam ruinosos. Daí a triste constatação. Enquanto o Direito Comum protege o ébrio habitual, considerando-o merecedor de tutela, a Consolidação das Leis do Trabalho, partindo de uma concepção moralista e antiquada, prefere apenas punilos, autorizando a sua dispensa com justa causa. Não estará aí um forte indício da desatualização da nossa legislação trabalhista, que insiste em tratar a embriaguez habitual como vício e não como moléstia?

Passo agora ao artigo 18 do novo Código Civil. Inserido no Capítulo que cuida dos direitos da personalidade, tem ele grande significado, ao disciplinar uma realidade para a qual se abriu a legislação comum, o Código Civil, e para a qual ainda não se abriu a nossa legislação trabalhista, a despeito de serem os direitos da personalidade fundamentais na relação de emprego. Pois bem, dispõe o artigo 18: "Sem autorização não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial". Menciono esse dispositivo por sua inegável pertinência no campo do contrato de trabalho. Por força desse preceito, não poderá o empregador utilizar-se do nome de seu empregado em propaganda comercial. Vou ainda além, superando a interpretação meramente literal e o acanhamento do Código. A referência é, na lei, apenas ao nome. Todos concordarão, estou certo, com a afirmação de que a proteção não é, nem pode ser, apenas ao nome. Ela se estende igualmente a outros direitos da personalidade, como a imagem, a voz e, porque não o dizer, a outras características ligadas à pessoa. Quem já assistiu qualquer filme de Charles Chaplin certamente se lembrará da maneira peculiar como ele caminhava. Essa forma de caminhar também é um desdobramento do direito da personalidade, que igualmente merece proteção e tutela legal.

De modo idêntico, novamente interpretando extensivamente a mesma norma, chega-se ainda a outra conclusão significativa. Os usos do nome, da voz, da imagem, não estão sujeitos a autorização apenas em "propaganda comercial", como expresso pelo legislador. O uso de qualquer desses desdobramentos da personalidade depende de autorização. Sem essa autorização não se podem usar os atributos da personalidade em propaganda comercial, em propaganda de outra natureza ou mesmo fazer qualquer outro uso. O preceito precisa e deve ser interpretado sempre de modo ampliativo.

Outra disposição que merece referência, por suas implicações em matéria trabalhista, é a do artigo 21. A vida privada da pessoa natural é

inviolável, e o Juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma. Tal preceito suscita reflexões interessantes no campo da relação de emprego. O empregado, quando celebra o contrato de trabalho, não se despoja da sua intimidade, que continua a existir e a merecer tutela e preservação. Há, todavia, uma dificuldade. A intimidade do empregado precisa ser confrontada com o poder diretivo do empregador. Ninguém imaginará que, por ter a sua intimidade preservada no local de trabalho, o empregado fique imune a qualquer fiscalização. Isso descaracterizaria o poder diretivo do empregador e, no fundo, eliminaria a subordinação, fazendo desaparecer o próprio contrato de trabalho. É preciso, pois, equilibrar dois valores contrapostos: a intimidade do empregado e o poder diretivo do empregador. O assunto se torna particularmente atual tendo em vista pelo menos três situações, a saber: 1ª) sujeição de empregados a revista no momento de ingresso e de saída do local de trabalho; 2ª) rastreamento de mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelo empregado e, finalmente, 3ª) utilização da Internet no local de trabalho pelo empregado. A questão que se põe envolve saber até que ponto pode ir a fiscalização do empregador. É legítimo instalar programa no computador do empregado para verificar quais são as páginas por ele consultadas durante o horário de trabalho ou isso colidiria com o artigo 21 do novo Código Civil?

A resposta que dou a esse problema, que já se colocou na jurisprudência nacional, e tem sido largamente discutido, especialmente nos países europeus e mesmo nos Estados Unidos, é a de que os dois valores contrapostos têm de ser equilibrados e preservados, comprimindo-se cada um deles o menos possível. Daí que a fiscalização não é, por si só, ilegítima e abusiva. Repito, ela é decorrência do poder diretivo do empregador e da subordinação inerente ao contrato de trabalho. Algumas condições, contudo, devem ser observadas. A primeira, que considero básica e fundamental, pode-se extrair não da nossa legislação, que a ela não se refere, mas de disposições existentes nas legislações estrangeiras, como o *Statuto dei Diritti dei Lavoratori* italiano (art. 4º), o *Estatuto de los Trabajadores* espanhol (18), e o *Code du Travail* francês (art. L. 432-2-1, al. 3). A fiscalização haverá de ser feita, sempre, mediante prévia ciência pelo empregado ou por comissão de empregado. Fiscalização clandestina, oculta, dissimulada, camuflada, revela-se invariavelmente abusiva e não se pode aceitar. Mas a fiscalização que é conhecida justifica-se, ao menos em tese, conclusão que se aplica, não apenas em matéria de uso da Internet, como também à revista de empregados.

Outras condições precisam ser ainda observadas, contudo. É preciso que não haja nenhuma discriminação abusiva. Fiscalizar apenas os empregados que professam determinada religião, que pertencem a certa raça ou que têm certa idade, seria claramente abusivo e ilícito, ainda que previamente comunicada e conhecida a fiscalização. Ademais, é igualmente necessário que a fiscalização, em qualquer caso, mas especialmente no caso da revista do empregado, se faça de modo discreto, reservado, dentro dos limites do regular exercício do poder diretivo do empregador.

Com certeza as questões que emergem do direito da personalidade dariam margem, por si só, a longa exposição. Não quero nelas me demorar muito, todavia, porque desejo passar a outros pontos do Código, que também precisam ser considerados.

Menciono agora o artigo 50, que trata da superação da personalidade jurídica. Esse dispositivo admite a desconsideração da personalidade jurídica em dois casos: 1º) quando há abuso na utilização da personalidade jurídica e 2º) quando há confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e a pessoa física. No fundo a situação é a mesma. A personalidade jurídica é, em ambos os casos, mero biombo para a prática de atos ilegítimos, fraudulentos, ilegais. Por isso o Código permite a superação do obstáculo que ela representa. *Com tal previsão o Código Civil quebra um mito muito importante no campo do Direito Privado, que é o mito da completa autonomia da pessoa jurídica, mito que a legislação trabalhista já havia suplantado há muito mais tempo. No particular, não cabe nenhuma crítica à Consolidação, que foi até mesmo pioneira. O artigo 2º, caput, definiu o empregador não como a pessoa jurídica, mas, sim, como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite assalariar e dirige a prestação pessoal de serviço. O legislador da Consolidação já havia, com esse dispositivo, dado os instrumentos para a superação da personalidade jurídica. E esse assunto se torna particularmente relevante na economia de hoje, em que são frequentes as fusões, incorporações, cisões, com criação de conglomerados e outros agrupamentos de empresas. Se nós, no campo do Direito do Trabalho, continuarmos presos ao mito da pessoa jurídica, como se envolvesse ela um patrimônio completamente distinto e separado do patrimônio das pessoas que a compõem, muitas vezes chegaremos a soluções paradoxais e absurdas. O artigo 50 do novo Código Civil serve de advertência para que a jurisprudência trabalhista reflita sobre algumas soluções que têm sido adotadas, como, por exemplo, a do Enunciado 205, do Tribunal Superior do Trabalho, e que atualmente nem mesmo no campo do Direito Civil fazem sentido.*

Passo a outra inovação muito significativa do Código Civil. Refiro-me à consagração da figura da boa-fé objetiva. Essa matéria, que é tratada em três diferentes artigos do Código Civil, supre enorme lacuna existente no Direito Civil brasileiro. O Código de 1916 só cuida da boa-fé subjetiva, ressalvadas, como única exceção, as menções ligeiras e específicas à boa-fé objetiva em matéria de contrato de seguro. Fora daí, tratava o legislador apenas da boa-fé como estado de espírito, ou seja, como concepção da pessoa a respeito de determinada situação, considerando-a elemento necessário para, por exemplo, a aquisição, em algumas circunstâncias, da propriedade pelo usucapião. Essa omissão do Código colocava-o distante de quase todas as legislações mais adiantadas e mesmo de algumas mais antigas. O Código francês de 1804, por exemplo, já se referia à boa-fé objetiva. O Código alemão de 1900 igualmente a mencionava, tal como o Código italiano de 1942. O Código português atual refere-se expressamente à *boa-fé objetiva e mesmo o Código Comercial brasileiro, tão antiquado, tão superado, tão ultrapassado, faz alusão à boa-fé objetiva.*

O novo Código Civil acolhe a figura da boa-fé objetiva em três diferentes dispositivos. O primeiro corresponde ao art. 113: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração". Segue-se o art. 187, que amplia a previsão do artigo 160 do Código atual: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Logo, se o direito é exercido de modo contrário à boa-fé, há ilicitude. Finalmente, o art. 421 do Código refere-se à obrigação de os contratantes guardarem a boa-fé tanto na celebração do contrato como em sua execução, o que significa que não devem omitir informações importantes no momento da contratação, não podendo agir de modo desleal ou abusivo durante a vigência do contrato. É verdade que nesse ponto, mais uma vez, poder-se-ia registrar a imperfeição do Código, que a doutrina já assinalou. A boa-fé deve ser observada não apenas no momento da contratação ou da execução do contrato. Deve ser observada igualmente durante a negociação que precede a contratação e, bem assim, após a extinção do contrato, no exercício de direitos dele decorrentes. A despeito dessa pequena imperfeição, porém, o avanço é enorme. A consideração da boa-fé objetiva como elemento relevante nas relações jurídicas é algo fundamental.

Darei aqui um exemplo de conduta contrária à boa-fé objetiva, sublinhando, desde logo, que ele, embora tenha grande sabor, talvez pareça um pouco chocante ou um tanto extremado. Refiro-me ao episódio retratado por Shakespeare na sua célebre peça "O Mercador de Veneza". Lembrem-se do contrato que foi celebrado. Deixemos de lado, por favor, a clara e evidente ilicitude do objeto. Dela decorreria, evidentemente, a nulidade da contratação. Mas isso nunca foi levantado ou questionado, ao menos na peça de Shakespeare. Desconsiderem, pois, tal ponto. Como todos sabem, contratou-se, entre duas pessoas, mediante pagamento de elevada soma, que, verificada certa condição, cuja ocorrência era extremamente improvável, um dos contratantes poderia exigir um quilo da carne do corpo do outro contratante. Aquele que assumira a obrigação de entregar parte de sua carne estava bastante tranqüilo, porque a possibilidade de ocorrência da condição era, realmente, deveras remota, para não dizer praticamente inexistente. Logo, recebia ele significativo valor, sem ter de dar praticamente nada em troca. Mas a condição se verificou e então aquele contratante, que havia adquirido um quilo da carne do corpo do vendedor, pretende exercer o seu direito. A isso se opôs o outro contratante, alegando que havia sido contratada a retirada de apenas um quilo de carne; nem mais, nem menos. Em consequência, nenhuma gota de sangue poderia ser retirada, porque, do contrário, se estariam extrapolando os limites do contrato. Sendo impossível retirar carne sem levar junto um pouco de sangue, a prestação não teria como ser exigida. A peça de Shakespeare termina desse modo, reconhecendo-se validade à oposição levantada pelo devedor. Quando, porém, Jhering analisou o caso, chamou atenção para a completa insubsistência da conclusão a que se chegou na peça. Continuem, por favor, a abstrair a questão da ilicitude do objeto. Disse Jhering: quem contrata retirar um quilo de carne é evidente que contrata também levar um pouco de sangue junto, porque não há como vir a carne sem um pouco de sangue.

Como sublinhei há pouco, o exemplo é, sem dúvida, chocante. Mas ele me parece muito expressivo. Mostra, de forma bastante nítida, a importância da boa fé objetiva. Interpretar o contrato retratado na peça de Shakespeare do modo como fez aquele que recebeu o valor e não quis dar a prestação, seria contrariar a boa-fé objetiva. Quem é que contrataria obrigação impossível ou impraticável? A escusa apresentada pelo devedor da prestação não tinha, pois, fundamento — deixando de lado, como ressaltai, o problema da ilicitude do objeto.

No Direito do Trabalho não lidamos, porém, com compra e venda de carne humana. Passemos, pois, as exemplos que digam mais respeito à nossa área. Utilizo-me, em primeiro lugar, de situação envolvendo gestante cujo contrato de trabalho é rescindido. Todos os dias deparamo-nos com casos de tal natureza nos tribunais trabalhistas. Figurem a seguinte situação: a empregada é comunicada da rescisão do seu contrato de trabalho. Sabe de sua gravidez, causa impeditiva daquela rescisão, permanecendo em silêncio. Omite tal fato do empregador, deixando a rescisão contratual se aperfeiçoar. Aguarda 1 ano e 11 meses, quando já não mais pode pleitear a reintegração no emprego, pelo esgotamento do prazo da garantia, e postula, apenas nessa altura, o pagamento dos salários, desde a rescisão até o término da estabilidade. Pergunto: tal conduta não contrasta com o dever de guardar a boa-fé objetiva no âmbito das relações contratuais? É verdade que a prescrição da pretensão da empregada não se consumou, porque ainda não se passaram os dois anos previstos em lei. Mas, em face do novo Código Civil, há elementos suficientes para dizer que o direito da gestante está sendo exercido de maneira contrária à boa-fé.

Tomemos outro exemplo. O empregador, desejoso de aprimorar seu produto ou serviço, oferece a certo empregado a possibilidade de indicá-lo para a realização de estudos no exterior, dispondo-se a arcar com os salários e todas as despesas respectivas. Aceitando o empregado realizar esses estudos, permanece vários meses ou alguns anos afastado da empresa, recendo salário e adquirindo novos conhecimentos. Terminados os estudos, retorna à empresa e, quando deve aplicar seus conhecimentos no trabalho, comunica seu empregador de que passará a trabalhar em outra firma, que lhe fez proposta econômica mais interessante. É evidente a má fé do empregado na hipótese figurada. Aceitou beneficiar-se do aprendizado propiciado pelo empregador para, logo em seguida, utilizá-lo em outra empresa. Vejo nessa conduta contraste não apenas com a obrigação legal de agir de boa-fé na execução do contrato como, ainda, com a regra do parágrafo único, do art. 473, que, ao tratar da rescisão unilateral dos contratos em geral, preceitua: "Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos". Não pretendo dizer, certamente, que o empregado possa ficar sujeito à obrigação de, mesmo contra sua vontade, continuar a trabalhar, em decorrência do investimento realizado pelo empregador. Seria rematado absurdo tal conclusão. Tenho para mim, no entanto, que não se deverá considerar sempre e necessa-

riamente ilícita a previsão, na situação que apresentei, de obrigação do empregado de indenizar o empregador caso rescinda imotivadamente o contrato antes de transcorrido certo prazo após o retorno ao trabalho.

Há ainda outro capítulo do novo Código que exige reflexão detida de todos nós. Cuida-se do tópico alusivo à responsabilidade civil e, especialmente, à responsabilidade decorrente de acidente do trabalho. Antes de passar à consideração dos dispositivos que tratam da matéria, faço logo uma advertência. Na minha opinião a competência para julgamento das causas envolvendo responsabilidade civil do empregador, por conta de acidente do trabalho, é da Justiça do Trabalho e não da Justiça Comum, já em face do direito vigente, independentemente de reforma constitucional e alteração do artigo 114 da Constituição. Trata-se de pretensão que decorre diretamente do contrato de trabalho. Logo, a competência constitucional é da Justiça do Trabalho. Sei que a afirmação pode soar algo surpreendente, porque rompe com a idéia dominante. Mas aos poucos se reconhece a competência da Justiça do Trabalho no caso, especialmente por conta de decisões do Supremo Tribunal Federal e, mais recentemente, também do Tribunal Superior do Trabalho. Aliás, noto, de passagem, que a tendência do Supremo Tribunal Federal tem sido sempre, com exceção de um recente e contrastante julgado, a de ampliar a competência da Justiça do Trabalho, jamais de restringi-la. O dano moral teve a competência da Justiça do Trabalho reconhecida por decisão do Supremo Tribunal Federal. Depois se reconhece a mesma competência em matéria de proteção do meio ambiente de trabalho e, ainda, de atos realizados antes da celebração do contrato de trabalho, mas que com ele se relacionam, consoante julgamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal a propósito de caso conhecido, envolvendo uma promessa de contratar do Banco do Brasil. Finalmente, na hipótese de acidente de trabalho, em caso de responsabilidade civil, o Supremo Tribunal Federal, em um acórdão já afirmou que a competência é da Justiça do Trabalho. Portanto, não é preciso alterar a Constituição para que a Justiça do Trabalho julgue causas envolvendo acidente de trabalho. Firmado esse ponto, temos de considerar, detidamente e com grande interesse, as regras sobre responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho.

O primeiro ponto a ser tratado envolve a prescrição. Hoje há alguma controvérsia sobre a prescrição aplicável à pretensão para reclamar indenização decorrente de acidente do trabalho. Tem prevalecido, ao menos no âmbito da Justiça Comum, a idéia de que se aplica o Código Civil, com prescrição de 20 anos, não incidindo a regra de prescrição de 5 anos, até o limite de 2 anos, prevista na Constituição para as pretensões trabalhistas. Pode-se indagar se essa solução permanecerá em face do novo Código, que reduz sensivelmente os prazos de prescrição em geral e a prescrição da pretensão fundada em responsabilidade civil em particular. O prazo máximo de prescrição, mencionado no art. 205, passa a ser de 10 anos, e a prescrição para pretensão envolvendo responsabilidade civil se reduz a 3 anos, conforme art. 206 do novo Código. De todo modo, qual é a prescrição para reclamar a indenização decorrente de acidente de trabalho? Respondo que, se a pretensão é trabalhista, se a controvérsia envolve empre-

gado e empregador, se a competência para julgamento da causa é da Justiça do Trabalho, a prescrição é e só pode ser a trabalhista, do artigo 7º do inciso XIX, da Constituição, e não a prescrição civil, de 20 anos, no antigo Código, e de 3 anos, no novo. Não importa que a responsabilidade civil seja assunto disciplinado no Código Civil. O que importa é que a pretensão é trabalhista, porque decorre diretamente do contrato de trabalho. Não se pode dizer, de outro lado, que a regra especial de prescrição do Direito Civil prevalece ante a regra geral do Direito do Trabalho. O art. 7º, inciso XIX, da Constituição, disciplinou o prazo prescricional trabalhista, sem estabelecer exceções. Ademais, norma geral constitucional não tem sua aplicabilidade comprometida por norma especial da legislação ordinária.

Superada a questão da prescrição, tem-se o problema dos pressupostos para a responsabilidade civil, assunto disciplinado no artigo 927, do novo Código. O *caput* desse artigo 927 mantém a regra geral, de todos já bem conhecida, segundo a qual a responsabilidade civil é essencialmente subjetiva, supondo, portanto, a culpabilidade do causador do dano. Aqui não há nenhuma novidade. A novidade, verdadeiramente revolucionária, está no parágrafo único, do mesmo artigo 927. Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei — o que já ocorria, em situações excepcionais, no sistema anterior, quando estabelecida expressamente hipótese de responsabilidade objetiva — ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para direitos de outrem. Consagra-se, com a mudança, a teoria do risco, admitindo-se a responsabilidade objetiva sempre que a atividade for, por si só, perigosa. Semelhante previsão tem, no campo do Direito do Trabalho, conseqüências importantíssimas. Pensem no acidente que ocorre durante a execução do trabalho, vitimando ou lesando empregado que recebe, por exemplo, adicional de periculosidade, por executar atividade perigosa. A conseqüência passa a ser a obrigação de reparação desse dano pelo empregador, independentemente de qualquer culpa. Por quê? Porque a atividade pelo empregador exercida envolve exposição do empregado a risco. Desaparece, em conseqüência, o requisito da culpa. A obrigação de indenizar resulta de responsabilidade objetiva e não mais de responsabilidade subjetiva. Trata-se, sem dúvida, de avanço extraordinário, de conseqüências — diria até — imprevisíveis na sua extensão. Talvez por isso mesmo se tenha editado, mais adiante, regra que, em alguma medida, compensa o avanço e, de certa forma, conflita com o regime do parágrafo único, do artigo 927. O artigo 944, no *caput*, consagra, mais uma vez, o princípio tradicional, dominante e amplamente conhecido, dispondo: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Nada há nisso de novo. A reparação ou a indenização têm por finalidade afastar o dano, ou seja, reparar o prejuízo. Daí porque ela não guarda relação com a culpabilidade. Já que, no campo da responsabilidade civil, não se trata de punir, matéria em que o grau de culpa tem importância, mas, trata-se, isso sim, apenas de reparar, a indenização deve ter exatamente a mesma extensão do prejuízo causado. Não importa que a culpa seja mais ou menos intensa. Se há prejuízo, deve ele ser reparado na sua integralidade. Essa é a regra geral. Mesmo no Código antigo, e igualmente no novo Código, porém, essa

idéia nunca foi absoluta. Nunca foi levada às suas últimas conseqüências. Em algumas situações, de caráter excepcional, a extensão da reparação não depende apenas do dano, levando em conta também a culpabilidade. O artigo 392, do novo Código, que reproduz preceito do Código anterior, é um exemplo, ao dispor que, nos contratos benéficos, o contratante, a quem o contrato favorece, responde em caso de culpa ou dolo, mas o contratante que não obtém vantagem só responde em caso de dolo. Como se vê, nesse caso a indenização varia, podendo existir ou não conforme o grau de culpabilidade. Sem embargo, essa era uma situação excepcional, e que já existia no Código anterior. A novidade está no parágrafo único, do artigo 944. É significativo esse preceito ao dispor que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o Juiz reduzir equitativamente a indenização. Assim, se a culpa foi levíssima, mínima, mas dela decorreu dano de enorme extensão, o Juiz pode reduzir equitativamente a indenização. O que significa isso? Significa que parte do dano não será reparada, porque a culpa é muito pouco significativa.

Quem não houver se esquecido do preceito do parágrafo único, do artigo 927, de que tratamos há pouco, certamente levantará uma dúvida interessante. Se a indenização pode ser reduzida quando a culpa é pouco significativa, conforme parágrafo único do artigo 944, poderá também o ser quando não existe culpa nenhuma, decorrendo a obrigação de indenizar de responsabilidade objetiva? Se não houve culpa nenhuma do causador do dano, pode-se reduzir equitativamente a indenização, especialmente se o dano for extremamente extenso? Já vi manifestação na doutrina no sentido de que o parágrafo único do 944 é de caráter excepcional. Logo, não se aplicaria nos casos de responsabilidade objetiva, ficando restrito aos casos de responsabilidade subjetiva. Tenho grande dificuldade para aceitar essa solução, que me parece muito injusta. Se nos casos de culpa leve a indenização pode ser reduzida, com mais razão há de o ser nos casos em que não há nenhuma culpa.

Vou abordar, para concluir, o artigo 953, parágrafo único, do novo Código. Esse dispositivo consagra, de modo muito mais límpido, muito mais claro do que no direito anterior, a possibilidade da reparação do dano meramente moral, dispondo que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao Juiz fixar equitativamente o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. A primeira observação que a regra suscita é a seguinte. Uma das características do novo Código Civil está indiscutivelmente na ampliação do poder do Juiz, tanto pela utilização, de modo muito mais freqüente do que no direito anterior, de conceitos jurídicos indeterminados, como pela ampliação da liberdade do Juiz na definição das conseqüências da conduta. São numerosos os exemplos, podendo-se citar a alusão a "onerosidade excessiva", no art. 478, a "excessiva desproporção", no art. 944, a "investimentos consideráveis", no parágrafo único, do art. 473, a "montante...manifestamente excessivo", no art. 413, além de outros.

Tenho para mim que essa mudança representa clara evolução do Direito. Há certamente quem a tema, considerando arriscado outorgar-se ex-

cessiva liberdade ao julgador na determinação concreta dos conceitos jurídicos, o que poderia abrir espaço para o arbítrio. O Direito primitivo tinha essa preocupação, como evidência a sujeição do julgador a limites estritos inclusive na valoração da prova, com o chamado sistema da prova legal. Não podia o Juiz avaliar livremente a prova, já valorada, de modo antecipado, pelo legislador, segundo critérios que hoje soam risíveis: o depoimento de um nobre equivalia ao de cinco plebeus; o de um padre, ao de sete; contra o depoimento do Papa não havia prova que pudesse ser contraposta. E mais, conforme regra que atualmente teríamos como politicamente incorreta — para empregar expressão da moda, que não aprecio, mas cujo uso é corrente —, o depoimento de um homem equivalia ao de três mulheres... Não é preciso esforço para perceber que, procurando eliminar o risco do arbítrio judicial, caía o legislador no absurdo de tudo tentar prever e regular, criando situações teratológicas, odiosas, na verdade. Por isso mesmo é que a evolução do Direito se processa no sentido de ampliar-se o poder do Juiz na definição da hipótese sujeita à norma legal e, bem assim, na determinação da regulamentação a aplicar-se ao caso. E foi exatamente o que fez, acertadamente, o novo Código Civil, com a constante alusão a figuras de caráter geral, como “critério eqüitativo”, “boa-fé”, etc., tal como se dá tanto no artigo 944, parágrafo único, como no artigo 953, parágrafo único, e nas demais hipóteses já mencionadas.

De outro lado, desejo ainda assinalar, em torno do parágrafo único, do artigo 953, que, em face do novo Código, a indenização, no caso de dano moral — e agora fica absolutamente claro — é fixada eqüitativamente. Não deve servir, portanto, como fonte de enriquecimento para o lesado, embora não possa, tampouco, ter feição meramente simbólica. Haverá de ostentar expressão monetária, mas sempre de modo eqüitativo, o que afasta a idéia da indenização punitiva, tanto em voga no direito norte-americano (*punitive damages*). Há pouco tempo noticiou-se julgamento tomado nos Estados Unidos da América em que se fixou indenização que, se não me equivoco, chegou a 80 bilhões de dólares ou coisa parecida. Isso só pode ocorrer em país em cuja legislação não exista regra como a do parágrafo único do artigo 953, do nosso novo Código Civil.

Certamente haveria ainda muitos outros pontos a considerar. Não abusarei mais do que convém, contudo, da paciência dos que me ouvem. É verdade que, ao perguntar aos organizadores deste Encontro qual o tempo que me seria conferido, ouvi, como resposta, que não havia fixação de nenhum limite. Tenho para mim, todavia, que essa afirmação deve ser interpretada de acordo com o art. 113, do novo Código Civil, ou seja, “conforme a boa-fé”. Não posso e não devo compreendê-la de modo estrito e literal, como se estivesse autorizado a invadir a manhã toda com a minha exposição. Assim, creio que já é chegado o momento de concluir.

Antes de encerrar, desejo sublinhar que a nota característica do novo Código Civil, no campo dos contratos e no campo das obrigações, está, como se pode inferir da exposição que fiz, na preocupação com o reequilíbrio das prestações dos contratantes. Tem-se em vista sempre a busca de maior igualdade, de igualdade real, e não apenas de igualdade formal, entre as

prestações. Nisso há, a meu juízo, enorme avanço. Só por isso adquire a nova legislação grande significado. Como disse, no início do século XX, Raymond Saleilles, jurista francês de grande erudição, que se dedicou como poucos ao estudo das obrigações e das declarações de vontade no direito privado, o fundamental no campo dos contratos é que se favoreça a solução justa, o equilíbrio dos contratantes, e não se pode tomar todo contrato como expressão necessária dessa justiça. Imaginar, como faziam os liberais clássicos, que dizer contratual é o mesmo que dizer justo equivale a fechar completamente os olhos à realidade e aos fatores sociais que influem na contratação, dirigindo-a e determinando o resultado da negociação. O novo Código Civil se deu bem conta disso, em várias passagens, quando trata da lesão, quando trata da boa fé na interpretação do contrato e quando disciplina diversos outros institutos ligados ao contrato e as obrigações.