

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO (*)

JOSÉ ANTONIO PANCOTTI (**)

1. Considerações gerais. 2. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho. 2.1. Os direitos da personalidade. 2.2. A função social do contrato. 2.3. As regras de interpretação do contrato de adesão. 2.4. A cláusula penal e a indenização suplementar. 2.5. A responsabilidade patrimonial do administrador não sócio. 2.6. As condições de validade do negócio jurídico. 2.7. Da invalidade no negócio jurídico. 2.7.1. Elementos subjetivos. 2.7.1.a. Empregado que vive com economia própria. 2.7.2. O menor e a quitação das verbas rescisórias. 2.7.3. A nulidade da contratação de menor de 16 anos. 2.7.4. A contratação de servidor público sem concurso — Nulidade ou trabalho proibido. 2.7.5. A incapacidade absoluta transitória. 2.8. Elementos objetivos. 2.8.1. Ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto. 2.8.2. Ter por objeto atividade ilícita. 2.8.3. Impossível seu objeto — Trabalho ilícito ou trabalho proibido. 2.8.4. O motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito. 2.8.5. Não revestir da forma prescrita em lei. 2.8.6. Tiver por objetivo fraudar a lei. 3. Dos atos ilícitos e o abuso de direito. 4. Defeito no negócio jurídico: a) Erro ou ignorância; b) Dolo; c) Coação; d) Do Estado de perigo; e) Da lesão.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

No limiar do século XXI o Brasil edita o novo Código Civil, não obstante a crítica de parte da doutrina às grandes codificações, sob o argumento de que engessam o Direito, enrijecem suas normas, impedindo o seu aperfeiçoamento e emperrando a dinâmica das relações sociais etc.

(*) 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 10.04.03.

(**) Juiz do TRT/15ª Região, mestrando em Direito e Professor de Direito das Faculdades Integradas Toledo de Aracatuba-SP.

Os grandes Códigos, entre nós, nunca impediu o surgimento de codificações por especialização, como o Código de Defesa do Consumidor — CDC; o Estatuto da Criança e do Adolescente (verdadeiro Código); o Código de Águas; o Código Florestal; o Código Brasileiro do Ar e a própria Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

Estes críticos das grandes codificações, porém, sofreram um duro golpe com a notícia recente da edição de um código de direito processual civil britânico. Logo em um país que é o berço do sistema *common law* e sempre abominou as codificações do Direito, por considerá-lo um entrave à sua dinâmica e efetividade. Afinal, a idéia das codificações do Direito, principalmente das grandes codificações, sempre foi tida e havida como um mal exclusivo de países do sistema romano germânico.

No Código Civil de 1916, os seus valores fundantes foram: o normativismo de Kelsen, a grande influência do Código Napoleônico, a concepção da democracia liberal, do individualismo e do egoísmo jurídicos, extravasado no rigor da obediência ao pactuado.

O novo Código, enquanto lei geral e fundamental, apresenta comandos de textura aberta, fórmulas genéricas e flexíveis, de maneira a permitir a função criadora do intérprete e do aplicador do Direito. As suas normas têm a vocação de amoldar-se, adequar-se à dinâmica social.

Neste sentido o código incorpora, os chamados conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do direito privado, que expressam valores veiculados pelos princípios *da boa-fé, da democracia social, da solidariedade social, da função social do contrato, da proibidade, da finalidade social do direito, da razoabilidade, da equidade e equivalência das prestações, além de incorporar, dentre outras, a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica.*

São conceitos amplos e abrangentes, que englobam valores e idéias universalmente indissociáveis, quais sejam a *ética, a moral e o Direito*, eixo que torna as normas sociais mais homogêneas e lhes dão legitimidade. Eis porque na interpretação e aplicação do novo Código seremos forçados a assumir uma posição pós-positivista, ou neopositivista se quiserem, com a efetiva flexibilização das normas para buscar o progresso e avanço do direito, sem emperrar as transformações sociais. Isto sem nos encantarmos com os modismos do chamado direito livre ou do direito alternativo.

Não temos dúvida em afirmar que novo Código é um complexo de normas gerais que consolida princípios consagrados na esfera do direito privado, estabelece padrões de condutas moldáveis à dinâmica dos usos e costumes, em uma linguagem clara e muito precisa.

Não desce, o novo Código, às minúcias, nem peca pelo casuísmo, como não deveria, sob pena de perder a sua característica essencial de um conjunto sistemático de princípios e normas gerais básicas e fundamentais para nortear todos os demais ramos do nosso direito privado.

Não há demérito algum se o novo Código incorporou apenas avanços jurisprudenciais, como dizem alguns, só porque não contemplou a disciplina de avanços científicos de outras áreas do conhecimento, como a concepção artificial, a "barriga de aluguel" etc.

Não podemos nos esquecer que a jurisprudência opera com maior intensidade na atividade jurisdicional, porque é quase que exclusivamente aplicada por juízes e tribunais. A tradição legalista do nosso povo não abre muito espaço para a sua aplicação extrajudicial.

Some-se a isto que a efetiva aplicação ou atuação do Direito não se dá apenas e tão-somente perante os tribunais.

A efetividade do Direito se dá pela popularização de suas normas, ainda mais num sistema marcadamente positivista. Isto porque, através da lei o direito é difundido, suas normas ganham maior potencialidade de serem acatadas, respeitadas e espontaneamente cumpridas pelos cidadãos. Não tenho dúvida que somente com a popularização das normas e dos preceitos jurídicos formais é que haverá uma maior interação do Direito e a sociedade.

Sei que muitos estão estranhando estas colocações, porque a jurisprudência trabalhista tem função criadora e regradora, não só interpretativa do direito. Talvez, por isso, o Direito do Trabalho sofre um preconceito maior. Porém, ninguém pode negar que foi menos intenso o grau coercitivo da antiga Súmula n. 90 do TST que o atual § 2º do art. 58 da CLT, que incorporou na lei, de certa forma, o conteúdo daquela Súmula.

Enfim, acredito que somente com o decorrer do tempo é que vamos melhor perceber a potencialidade inovadora do novo Código Civil Brasileiro, bem assim iremos perceber o real avanço do Direito civil no Brasil e, como não poderia deixar de ser, a sua repercussão nos demais ramos do direito.

Aliás, não foi diferente com a CF/88 que logo em seguida à promulgação, nem toda a comunidade jurídica conseguia vislumbrar o avanço que a atual Carta Política significou. Só com o passar do tempo os valores por ela consagrados são auridos, percebidos e sedimentados.

O Poder Judiciário mais uma vez será novamente o repositório das esperanças da sociedade em ver este avanço do novo Código consolidado e efetivado. Infelizmente, a deficiência de sua estrutura, o defasado aparelhamento material e o pequeno número de juízes interferem negativamente na sua capacidade de responder a estes anseios desta mesma sociedade.

2. O NOVO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DO TRABALHO

O Código Civil traz inovações importantes no campo das relações do trabalho. Não tenho aqui a pretensão de fazer colocações conclusivas neste plenário, mas apenas uma tímida intervenção, para transmitir as incertezas que rondam a minha cabeça, as dúvidas que surgiram no meu espírito, para compartilhá-las com os senhores.

2.1. Os direitos da personalidade

Dentro de uma postura de consolidar o eixo: *ética, moral e Direito*, o novo Código Civil no Livro I, Capítulo II, artigos 11 a 21 se posiciona por uma tutela da personalidade. É desnecessário dizer que este capítulo do novo Código tem reflexos profundos em tudo quanto sejam relações sociais e, como não poderia deixar de ser, nas relações de trabalho.

A personalidade tem atributos que condensam valores materiais e imateriais que emanam da pessoa. Portanto, merecem proteção especial do nosso ordenamento jurídico.

É nessa área do direito em que ocorrem os maiores danos, porque atingem de forma imediata os valores fundamentais da pessoa. Por essa razão que Andreas von Thur assinalou que, "o corpo e a vida, a liberdade e a honra, etc, são objeto cuja proteção constituem o problema fundamental de todo ordenamento jurídico". Por essa razão, a legislação dos povos cultos proclama ampla e irrestrita tutela dos direitos da personalidade — prova de maturidade social que se consagra em todo o mundo⁽¹⁾.

A nossa Carta Política de 1988 inseriu em seu artigo 1º, inciso III, o respeito à dignidade da pessoa como valor fundamental. É o ser humano que Justiniano, em sua feliz e sábia expressão proclamou: "*Hominum causa omne jus constitutum est*" — por causa do homem é que se constitui todo o direito (in JUSTINIANO D.1.5.2.).

Nesta perspectiva proclama o artigo primeiro da Constituição da Alemanha de maneira enfática: "*A dignidade do homem é inviolável*". Isto é apenas uma amostra do Direito moderno, como expressão dos ordenamentos jurídicos dos povos civilizados. Essa idéia central há muito reside no espírito dos homens, particularmente, entre as pessoas revestidas de valores nobres e, que almejam o bem estar e a felicidade de todos.

O Estado Democrático de Direito reconheceu, finalmente, que a pessoa humana tantas vezes proclamada como objeto de respeito, proteção e amparo não possui apenas direitos patrimoniais, pois, em sua complexidade biopsíquica, é dotada de um mundo exterior, mas concomitantemente há um mundo interior das pessoas, de sentimentos, de dignidade, de honra que fazem parte dos direitos da personalidade. Por isso, a sociedade não pode conviver mais com ofensa aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como a ofensa à liberdade, à vida, à integridade física e psíquica, à honra, ao nome, à imagem, ao decoro, à intimidade, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer natureza ou espécie.

Não foi outra a postura, portanto, do constituinte de 1988, quando prescreveu em seu artigo 5º e demais incisos, os Direitos Fundamentais

(1) Clayton Reis é juiz de Direito em segundo grau aposentado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Prof. Adjunto da Universidade Estadual do Paraná e Professor da Faculdade de Direito em Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná. In *Proteção da Personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro*.

da Pessoa Humana e, no mesmo sentido, preconizados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, especial proteção aos Direitos da Personalidade. Nesses dispositivos, o Brasil assegura, de forma definitiva, a indenização dos Danos Morais, tanto quanto, consagra especial e ampla tutela aos direitos espirituais da pessoa.

As nossas Cortes de Justiça, por sua vez, por força do vigor espiritual de seus magistrados, deverão conferir não somente a tutela antecipada, por ocasião da ofensa aos direitos da personalidade (mesmo antes da vigência do novo Código Civil), tanto quanto, conferindo ampla e irrestrita indenização aos danos morais, por decorrência dos atos ofensivos praticados pelos irresponsáveis⁽²⁾.

No âmbito trabalhista, os empregadores deverão ter muita cautela, pois ao manter seu poder geral de comando, devem, através de seus prepostos, respeitar as garantias da personalidade e da dignidade humana dos seus empregados, sob pena de incidir em ato ilícito, o qual poderá ser objeto de novas demandas na Justiça do Trabalho, objetivando indenizações por danos materiais e morais.

A privacidade, a integridade física, a honra, a boa fama e moral dos protagonistas da relação de trabalho devem ser respeitadas, sob pena deste cometer ato ilícito. 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 (nova redação do artigo 187, do NCC).

O novo Código nos artigos 932 e 933 preconiza que o empregador é responsável pela reparação civil por atos de seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

As empresas, invariavelmente, já vêm sendo responsabilizadas civilmente por atos de gerentes e prepostos por prática de assédio sexual.

Doravante, deverão reciclar os seus quadros de direção, gerência, chefia e prepostos que atuam no dia a dia no local de trabalho, em contato direto e pessoal com os empregados, para não correrem os riscos de serem responsabilizados por assédio moral ou assédio pessoal, como as ofensas a valores humanos abstratos ou imateriais (sob aspectos morais, éticos e da personalidade).

A imposição de punição disciplinar do empregado é um direito patronal inerente ao contrato individual de trabalho, sempre que o trabalhador cometer ato faltoso seja em descumprimento das obrigações do contrato, seja por conduta pessoal no ambiente de trabalho, que de qualquer modo perturbe a harmonia do pessoal da empresa, ou prejudique a produção ou a produtividade.

Porém, a punição disciplinar não pode ser agravada por atitudes patronais que denotem a sua intenção em submeter o empregado a humilhações, nem expor o trabalhador a motivos de chacota, a ridículo, nem colo-

(2) Clayton Reis, *op. cit.*

cá-lo em situação vexatória perante os seus colegas de trabalho, enfim, agredir a sua personalidade. A punição disciplinar deve guardar parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade e, ter sempre um caráter pedagógico para propiciar ao bom trabalhador a oportunidade de refletir sobre seu erro, corrigir-se e não voltar a cometer a mesma falta. No que exceder a estes limites desanda para o abuso do direito, ou para o arbítrio, porque em nítida ofensa à personalidade com grande potencialidade de causar lesões que exijam pronta reparação.

É o que ocorreu em caso concreto, apreciado pela Eg. 5ª Turma do TRT/15ª Região, em acórdão relatado por mim, cuja ementa revela a carga agressiva da ofensa patronal à personalidade do empregado:

“ELEIÇÃO” DO “EMPREGADO TARTARUGA”. ATO PATRONAL CONSTRANGENDOR E OFENSIVO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EXPOSIÇÃO DO EMPREGADO A RIDÍCULO E A VEXAME. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. VIABILIDADE.

Afronta a dignidade da pessoa humana a instituição, pela empresa, de “eleição” mensal de “empregado tartaruga”, para assim designar pejorativamente aquele trabalhador que cometeu atrasos no horário de entrada nos serviços, expondo o empregado “eleito” ao ridículo, além de colocá-lo em situação vexatória perante os demais colegas de trabalho. Louvável seria o empregador instituir mecanismos para estimular ou incentivar os seus empregados à assiduidade e à maior produtividade, sem causar-lhes constrangimentos no ambiente de trabalho. Pedido de reparação por dano moral que se acolhe. Ac. 11704/02. Proc. 29.389/01. DOE 08.04.2002, p. 3. Rel. Desig. José Antonio Pancotti, 5ª T.

2.2. A função social do contrato

O artigo 421 do novo Código Civil prescreve que: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*, parecendo-nos, à primeira vista, que o Código diz o óbvio, pois não se concebe o contrato sem função social.

Isto porque, desde a concepção rouseauniana, o contrato não tem uma função exclusivamente privatística, como ensinava o insigne filósofo francês: *se os homens não podem engendrar forças novas, deve unir e dirigir as existentes, formando por agregação, um conjunto de forças que possam sobrepujar resistências, aplicando-as para um fim comum, de modo que o resultado beneficie a todos*⁽³⁾.

No direito civil, o contrato não se presta mais à satisfação egoística e individual de um dos contratantes. Eis aí, a regra do novo Código para interpretação e aplicação das cláusulas dos contratos de adesão, nas relações de consumo, nos contratos coativos (fornecimento de energia, serviços telefônicos, correios, água e coleta de esgotos) etc.

(3) *O contrato social*, 1999, Paulo: Martins Fontes, 1ª edição, p.19.

Há aí uma forte intervenção da vontade estatal na preservação de interesses coletivos, em detrimento de interesses exclusivamente individuais.

No Direito do trabalho, o contrato de trabalho foi concebido com esta visão social, por ser fruto de intervenção do Estado nas relações privadas, criando um contrato de conteúdo e de garantias mínimas e obrigatórias, com normas imperativas, já que não podem as partes dispor em contrário aos seus preceitos.

O contrato de trabalho, portanto, não pode ser celebrado de modo a frustrar este seu caráter social. Parece-me, porém, que o "*caráter publicista*" ou da "*função social do contrato*" vai além disso.

Assim, será anti-social o "*contrato de trabalho*", se há cláusula de exclusividade e pesada multa para a sua rescisão contratual, com objetivo de retirar o empregado do mercado de trabalho. Por evidente, este tipo de contrato não deixa de ser um terreno propício para reparação de eventuais danos materiais e morais.

É o que se observa com freqüência no meio artístico e atletas profissionais (jogador de futebol), como pode ocorrer em qualquer outro setor profissional.

2.3. A regras de interpretação do contrato de adesão

Os contratos padronizados, estereotipados, elaborados e propostos com a expectativa de serem celebrados difusamente por um grupo indefinido de pessoas que deverão aderir às estipulações do proponente, vêm merecendo maior atenção dos civilistas e comercialistas, com a intensificação das relações sociais de massa, como as de consumo. São os contratos de adesão. Daí, a especial atenção do novo Código a este tipo de contratação. Suas regras têm perfeita aplicação ao contrato de trabalho, por seu nítido caráter de contrato de adesão.

Assim, dispõe novo Código no artigo 423: *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

É um desdobramento da função social do contrato e tem aplicação no direito do trabalho.

Com efeito, raras são as hipóteses em que o empregado tem condições de discutir as cláusulas do seu contrato. O trabalhador normalmente adere ao regulamento, aos usos e costumes da empresa e às cláusulas que o empregador legitimamente tem a liberdade de impor, no ato da contratação.

Já no art. 424, *prescreveu o Código que*: Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Os direitos e vantagens atribuídas ao trabalhador pelas normas trabalhistas não admitem renúncia antecipada, embora depois de adquiridos tais direitos, ou findo o contrato, possam ser transacionáveis. A ampliação

desta proteção à parte mais fraca nos contratos de adesão em geral, de forma expressa no novo Código Civil, é um avanço social significativo, pelo reconhecimento de que, nas relações sociais de massa, há sempre uma parte contratante em situação de desigualdade econômica e social em relação ao outro contratante.

2.4. A cláusula penal e a indenização suplementar

O art. 416, preconiza que: *Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.*

Este dispositivo sugere, uma singular oportunidade para, em sede negociação coletiva, introduzir-se cláusulas em acordos e convenções coletivas de trabalho.

Poderá ser estipulada, em instrumentos normativos, uma *indenização complementar* em caso de prejuízos outros verificados pelo empregado, em consequência de reiterados atrasos em pagamento de salários. As multas das convenções coletivas de trabalho são insuficientes para reparar os prejuízos enfrentados pelo empregado, como por exemplo: multa por atraso de pagamento das tarifas de energia elétrica, telefone e de água encanada; prestações da casa própria; parcelas de financiamentos em geral; a conta da farmácia; do mercadinho do bairro etc. Invariavelmente, trabalhadores nesta situação têm o nome enviado para o Serviço de Proteção ao Crédito, com sérios danos à idoneidade moral e material na comunidade.

De sorte, que a cláusula penal das convenções coletivas de trabalho, para o caso de atraso salarial, deve ser estipulada e interpretada como indenização mínima, para permitir que o trabalhador comprove que danos materiais maiores e mais graves lhe advieram deste fato, facultando-lhe exigir que o empregador em mora contumaz, por eles responda, na extensão que se verificaram, sem prejuízo de ser obrigado à reparação, cumulativa, por danos morais. Estes, a meu ver, sem necessidade de previsão normativa.

2.5. Responsabilidade patrimonial do administrador não sócio

Antes do novo Código Civil, só seria possível responsabilizar economicamente os sócios por abuso do poder, excessos de mandato, fraude ou descumprimento da lei (*vide* art. 10 do D. n. 3.708/919, art. 158 da Lei n. 6.404/78 e art. 1518 e seguintes do Código Civil de 1916). Tal responsabilidade patrimonial é possível, ainda, para alcançar os bens particulares dos sócios, quando esgotados os bens da sociedade (CPC, § 1º art. 596).

A responsabilização do administrador não sócio, perante terceiros não era possível, salvo se provada a má fé, conluio ou a sua participação dolosa e direta nos negócios prejudiciais à empresa ou a terceiros.

Pelo sistema do novo Código, o administrador não sócio tem responsabilidade solidária pelos prejuízos causados à sociedade e para com terceiros. É o que preconiza o Art. 1.016 — *O administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.*

Esta disposição tem sérias repercussões no Direito do Trabalho.

Inicialmente, penso que será prudente distinguir o administrador contratado que apenas detém mandato, mas que não é empregado. Este pode, sem qualquer dúvida ser responsabilizado, por atos prejudiciais à empresa.

Porém, com relação ao administrador-empregado, há uma tremenda complicação, em face do que dispõe o art. 2º da CLT., porque o empregador é *que assume os riscos da atividade econômica...*, além do que dispõe o § 1º do art. 462, da Consolidação das Leis do Trabalho onde estatui que o empregado só responde por prejuízos decorrentes de atos dolosos e que, em caso de culpa, depende de previsão contratual expressa.

Em razão desta disposição expressa na CLT, não se pode admitir a aplicação subsidiária pura e simples do novo Código Civil, em relação aos administradores não sócios. Isto porque, do contrário, haveria uma evidente reviravolta, porque o administrador-empregado passaria a responder pelos riscos da atividade da empresa, quando os negócios forem maus por culpa deste empregado.

Em caso de dolo, entendo ser possível a responsabilização do administrador-empregado, porém, por culpa, nem mesmo com previsão contratual. A interpretação razoável do § 1º do art. 467 e que se dirige a danos de pequena ou média monta suportável pelo padrão salarial do empregado. Com efeito, não se pode equiparar os atos de um operário que quebra uma máquina, de um motorista que abalroa ou dá causa a uma colisão envolvendo um veículo da empresa, com o os atos do administrador empresarial que dirige o negócio e coloca em risco os destinos e até a vida da empresa.

O que dizer dos grandes executivos que têm poderes análogos ou superiores ao do empresário e leva a empresa a uma derrocada? Se a conduta for dolosa, entendo que será responsável solidário.

Haverá, porém, uma complicação processual, doravante. Isto porque, vai possibilitar colocá-los no pólo passivo das reclamações trabalhistas, por aplicação do entendimento do Enunciado 205 do TST?

Além disso, surgirão defesas com pedidos de intervenção de terceiros, sob a forma de "*chamamento ao processo*" (CPC, art. 77, III), suscitado pelo empregador, para integrar no pólo passivo o administrador sócio; não sócio; ex-sócio, etc, a pretexto de que são solidariamente responsáveis por créditos dos empregados da empresa?

Cumpra aguardar a posição dos nossos Tribunais do trabalho, a este respeito.

2.6. Condições de validade do negócio jurídico (o trabalho ilícito e trabalho proibido)

A validade do negócio jurídico requer, dispõe o art. 104 do novo Código Civil: *a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado e determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.*

a) agente capaz

A capacidade relativa de celebrar contrato de emprego começa aos 16 anos completos e termina aos 18 anos; como aprendiz começa aos 14 anos. Em qualquer caso, com a assistência do pai ou responsável. Exceto no que se refere ao contrato de aprendizagem, há coincidência de incapacidade relativa entre a lei civil e a CLT.

b) objeto lícito, possível, determinado e determinável

O elemento objetivo nos negócios jurídicos é a declaração da vontade, ou o fim objetivado por ela. Não cogita a nossa lei civil da causa desta declaração.

A doutrina e a jurisprudência trabalhistas dividem o contrato de trabalho, quanto ao seu objeto lícito, em **trabalho proibido e trabalho ilícito.**

b.1) trabalho proibido

O trabalho proibido é aquele que a lei veda e a CLT tem inúmeros exemplos disto: **a) veda o trabalho do menor em ambiente que prejudique a sua formação etc; b) proíbe o trabalho do menor de 18 anos em ambientes insalubres e perigosos; c) veda o trabalho noturno do menor de 18 anos.**

b.2) trabalho ilícito

É o contrato de trabalho que tem por objeto uma prestação pelo empregado de um ato antijurídico, como o caso do trabalhador admitido exclusivamente para **coletar apostas de jogos ilícitos; do médico e da enfermeira contratados por clínicas que só fazem abortos criminosos; do trabalhador rural contratado para ser jagunço da fazenda.**

O sentido de **objeto possível** é de ser juridicamente possível, ou materialmente possível. **Juridicamente impossível**, seria a contratação de alguém que se supõe seja médico ou se supõe advogado, porém, nenhum deles têm habilitação para a profissão.

Materialmente impossível: contratar alguém para **CONCERTAR A ECONOMIA BRASILEIRA.**

c) forma prescrita ou não defesa em lei

É o caso, no direito do trabalho, da contratação de trabalhadores, por entes públicos da Administração Pública direta e indireta, sem submetê-lo a concurso público, conforme exigência constitucional (CF/88, § 2º, art. 37).

2.7. Da invalidade do negócio jurídico

O Código depois de estabelecer as condições de validade do negócio jurídico, dispõe sobre as condições de invalidade dos negócios jurídicos, começando pelo art. 166 que:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I — celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II — for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III — o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV — não revestir a forma prescrita em lei;

V — for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI — tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII — a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

2.7.1. Elementos subjetivos

2.7.1 a. O empregado que vive com economia própria

O empregado maior de 16 e menor de 18 anos se, em função do emprego, obtiver "economia própria", cessa, para ele, a incapacidade relativa, como se pode observar:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos soa tos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores a menoridade:

I — [...]

II — [...]

III — [...]

IV — [...]

V — pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria

2.7.2. O menor e a quitação das verbas rescisórias

Será inevitável a questão que suscitará da interpretação do art. 439 da CLT que exige, para a validade da quitação de rescisão do contrato, que o menor de 18 anos esteja acompanhado do pai ou responsável.

A princípio pode parecer que, dispondo a CLT de regra própria, não teria aplicação o disposto no inciso V, art. 5º do novo Código (CLT, art. 8º).

Porém, surge a dúvida, se o menor tiver economia própria e viva fora da casa paterna?

O recibo terá eficácia sem assistência paterna, porque a cessação da incapacidade, ante a disposição do art. 5º, I do NCC, é *op legis* e o art. 439 da CLT leva em conta a incapacidade relativa do agente, não o critério de idade, como no caso da prescrição.

2.7.3. A nulidade do contrato do menor de 16 anos

Há coincidência de propósitos no que dispõe a CF/88, 7º, XXXIII, com a redação da Emenda Constitucional 20/98, com o que preceitua o art. 3º, I do novo Código Civil: a tutela da infância e da adolescência de forma radical.

Abstraindo os aspectos de política de combate à exploração do trabalho infantil, impossível de abordar neste pequeno espaço, o exame da questão do ponto de vista jurídico trabalhista é bastante interessante.

Neste caso, o contrato de trabalho é nulo, já que o trabalho é proibido, nem seria necessário recorrer ao novo Código Civil, para assim concluir.

Os efeitos desta nulidade, porém, terão que ser analisados à luz do direito do trabalho, em razão das peculiaridades deste tipo de relação jurídica e do objeto da prestação. Por um lado, que é pessoal e de expressão da sua personalidade e, sobretudo, porque não pode ser objeto de restituição ao prestador de serviços. Por outro lado, o caráter alimentar dos salários.

Porém, é o nulo que acaba por produzir efeitos. A rigor, é caso de anulabilidade, porque é impossível restituir as partes ao *status quo* ante, como já ensinava Orlando Gomes⁽⁴⁾.

A inúmeros julgados dos Tribunais do Trabalho vem sustentando que a contratação do menor de dezesseis anos não tem a eficácia de contrato válido, mas reconhecido o direito à indenização equivalente aos salários devido.

Teve ampla repercussão, o caso do trabalhador rural, um colhedor de tomate, menor de 16 anos, na região de Sorocaba, interior de São Paulo, que sofreu acidente de trabalho e perdeu uma vista. Diante da reclamação trabalhista por ele movida, a Juíza do Trabalho, corajosamente não só reconheceu o vínculo de emprego, como requisitou do Ministério do Trabalho a expedisse a CTPS e determinou que se efetuassem a anotação respectiva, para produzir efeitos, inclusive, perante a previdência social.

Não conheço a decisão, mas não necessitamos fazer conjecturas para concluir que, o raciocínio condutor da decisão foi simplesmente que, se a lei visa tutelar o incapaz, deixa-lo ao desamparo seria enveredar na contra-mão dos propósitos tutelares do Direito.

(4) *Curso de direito do trabalho* 1981, São Paulo: Forense, 8ª edição, pp. 164-170.

2.7.4. *A contratação de servidor público sem concurso — nulidade ou contrato proibido*

A Constituição Federal no art. 37, § 2º considera nulo o ato administrativo de investidura em emprego público de servidor público, sem que tenha se submetido a prévio concurso público, exceto em se tratando de cargo em comissão ou admissão de pessoal temporário para atender excepcional necessidade de interesse público, em ambos os casos, conforme definir lei própria.

Apenas para traçar um paralelo, o novo Código igualmente considera nulo o negócio jurídico, quando ausente formalidade essencial à validade do negócio (art. 166, V). Não resta dúvida que o concurso público é formalidade essencial para a validade da contratação do empregado público da Administração direta e indireta.

O Tribunal Superior do Trabalho declarava nula a contratação, só reconhecia o direito aos salários pactuados. Porém, segundo nos relatava certa feita o Ministro José Luciano Castilho, começou a chegar àquela Alta Corte processos com pedidos de diferenças salariais, porque professores eram contratados, sem concurso, por municípios do interior do país, recebendo meio salário mínimo.

O argumento dos reclamantes era simples: se o contrato é nulo e o TST reconhece o direito ao salário, ninguém pode receber, por uma hora normal de trabalho, pagamento inferior ao salário mínimo constitucional.

A partir daí, o Tribunal passou a acolher estes pedidos de diferenças salariais, o que acarretou a revisão do seu Enunciado 363 que ganhou a redação atual: *A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II e § 2º, somente conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.*

A questão, a meu ver, tem exigido sérias reflexões e não faltam aqueles que não se conformam com a solução jurisprudencial do TST, para estes casos.

Assim, perguntam: se o beneficiário dos serviços do trabalhador obteve uma prestação integral, irreparável e por inteiro !!. Se os frutos do esforço físico e mental foram auferidos pelo tomador, exatamente igual àquele que lhe propiciou o trabalhador regularmente contratado !!.

Cabe a pergunta: por que o prestador de serviços só vai obter contraprestação parcial? É pertinente o questionamento, pois, para o tomador os efeitos do contrato são plenos, mas para o trabalhador serão parciais.

Porque não reconhecer todos efeitos de um contrato válido?

A resposta parece óbvia: O contrato é NULO (CF/88, § 2º art. 37).

Parece-me que a nulidade, no caso, decorre de ser o trabalho proibido, não porque ilícito o seu objeto, mas por prescindir-se de formalidade essencial à sua validade. Trata-se, portanto, de nulidade relativa e não absoluta.

Por ironia, a experiência do Direito Civil ajuda resolver a questão dos efeitos da nulidade.

Eu tomo por base o raciocínio de institutos do próprio direito civil, em que o Código diz ser absoluta, mas os seus efeitos, na verdade, são de uma nulidade.

É o caso dos efeitos da nulidade do casamento, em relação aos filhos comuns.

No velho Código, antes da lei do Divórcio de 1977, ninguém conseguia resolver a situação criada pelo que preconizava o art. 207 — **É nulo e de nenhum efeito, quanto aos contraentes e aos filhos, o casamento contraído com infração de qualquer dos incisos ns. I a VIII do art. 183.**

Assim, embora ninguém pudesse negar que fossem filhos naturais das pessoas cujo casamento foi declarado nulo, o Código negava-lhes qualquer benefício do casamento. Para dizer o mínimo: passavam a condição de filhos de pais solteiros, ou deixavam de ser filhos das pessoas que biologicamente as geraram?

E mais, numa época em que o Código fazia discriminações dos filhos em: *legítimos e ilegítimos, incestuosos, adúlterinos* etc, criava uma situação inusitada.

A solução pelo novo Código Civil é já no sentido de que, em caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, a situação dos filhos tem o mesmo tratamento dos casos de separação judicial e divórcio, isto é, o tratamento dispensado aos filhos comuns é em igualdade de condições a do casamento válido (Artigo 1587)⁽⁵⁾.

Logo, quanto aos filhos o casamento nulo produz plenos efeitos: direito de filiação, a adoção do nome dos pais, convivência, direitos sucessórios, direito à pensão alimentícia etc.

Parece-me que o mesmo raciocínio jurídico pode ser empregado no direito do trabalho, em caso de contratação nula pelo Município e na contratação do menor de 16 anos e daquele contratado sem concurso pela Administração Pública.

(5) Art. 1.587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. *Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.*

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Atribuir-lhe somente o salário seria premiar o ilícito e a fraude à lei. Se, como disse, os efeitos da contratação para o tomador foram plenos, não tendo razão nenhuma que os efeitos para o empregado sejam parciais. Logo, a indenização *deve corresponder à integralidade dos direitos trabalhistas*, com se válido o contrato.

A isto se pode contrapor que, nos municípios pequenos, a contratação sem concurso, é sempre de apaniguado do chefe político da localidade. Assim, a Justiça do Trabalho estaria premiando com a impunidade tal situação.

Não vejo desta maneira, porque o § 2º do art. 37, reputa a conduta do Administrador Público passível de punição da autoridade responsável. Parece-me que perfeitamente se enquadraria em algumas das hipóteses dos art. 9, 10, e 11 da Lei n. 8.429/92 — *Lei de Improbidade Administrativa*, com sanções de responsabilidade patrimonial e restrições ou suspensão de direitos políticos que esta lei preconiza.

A verdade, é que os órgãos incumbidos de promover as ações de improbidade administrativa não tomam providência, apesar da informação da contratação ilegítima pelo administrador público, remetida pelo Juiz do Trabalho.

Concluindo, é possível sustentar que em caso de nulidade da contratação de empregado público, por ausência de concurso público, devam ser reconhecidos iguais direitos ao da contratação válida, porque a nulidade não pode ser absoluta, pois, uma vez declarada, os seus efeitos atingiriam de forma desproporcional os contratantes. É que a Justiça do Trabalho vem dando tratamento a estes casos, como se trata de contrato de trabalho proibido e não trabalho ilícito. Enfim, *salvo melhor juízo*, é a solução mais justa para estes casos.

2.7.5. A incapacidade absoluta transitória

É uma inovação do Código Civil de 2002 que tem reflexos no direito do trabalho. O art. 3º reza que *são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I — [...]; II — [...]; III — os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.*

Não se trata de incapacidade meramente física para o exercício de cargo ou função, mas incapacidade absoluta, de tal forma que a pessoa perde a aptidão de expressar a própria vontade. Tal situação pode acarretar a aposentadoria por invalidez, quando a CLT vislumbra a possibilidade de cancelamento da aposentadoria e volta ao trabalho, conforme estabelecer as leis da previdência social (CLT, art. 475 e §§).

A questão é complexa porque a transitoriedade da incapacidade não pode ser definida *a priori*, o que se fosse possível implicaria em decretar a interdição por tempo determinado. O Juiz de Direito ao decretar a interdição não estabelece prazo. A interdição só será levantada depois que o interdito recuperar as suas faculdades físicas e mentais.

A empresa não poderá ficar com um contrato suspenso até aguardar a recuperação do seu empregado, que por vezes não é diagnosticável do ponto de vista médico. Penso que a incapacidade transitória acarretará a aposentadoria por invalidez, que poderá durar enquanto durar a incapacidade para o trabalho, que é um *minus* em relação à incapacidade civil.

A interdição dos viciados em tóxicos, ébrios habituais é causa de incapacidade relativa⁽⁶⁾, embora tenha causa temporária, porque o interdito pode se recuperar, ainda aqui, não pode o perito precisar a duração da incapacidade relativa.

Assim, além do restabelecimento da capacidade física e mental para o trabalho, é necessário que se levante a interdição.

2.8. Elementos objetivos

2.8.1. *Ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto*

A doutrina trabalhista faz distinção entre contrato com objeto para **trabalho ilícito** e contrato **trabalho proibido** ou o trabalho proibido (como já visto).

2.8.2. *Ter por objeto atividade ilícita*

Dá-se nas hipóteses em que o contrato de trabalho que tenha por objeto a obrigação cuja prestação seja uma atividade ilícita:

a) para o coletar apostas de "jogo do bicho", atividade definida como contravenção penal;

b) médicos e enfermeiras contratadas por uma clínica, onde só se realizam abortos ilegais, nunca podem ser válidos.

c) empregador rural que contratou trabalhador rural para ser "jagunço" da fazenda. Já tivemos o caso de ingresso de reclamação trabalhista na Vara de Andradina, em que a qualificação do empregado na exordial foi: *vaqueiro e jagunço* (indivíduo contratado em Andradina-SP, para prestar serviços no interior do Estado do Mato Grosso).

Illiceidade do objeto decorre de o trabalhador ter sido contratado para prática de infração penal ou ato ilícito. Neste caso, a meu ver, sequer se pode impor ao tomador dos serviços a obrigação de pagar salários.

(6) Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I — os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II — os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III — os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV — os pródigos.

2.8.3. Impossível seu objeto — trabalho proibido e trabalho ilícito

Pelo novo Código Civil, o contrato de **trabalho proibido** tem um objeto legalmente impossível, como é legalmente impossível o contrato que tenha por objeto **contratar herança de pessoa viva**. A doutrina civilista, então, ensina que a impossibilidade pode emanar das leis físicas ou naturais, bem como de leis jurídicas, tendo aí a impossibilidade física e a impossibilidade jurídica⁽⁷⁾. No direito do trabalho, a impossibilidade jurídica se encontra em vários dispositivos da CLT, todos referentes a **trabalho proibido**.

Por outro lado, a CLT, tem um conceito próprio de nulidade no seu art.9º.

São situações de **trabalho proibido**:

a) determinar que o trabalhador realize trabalho em locais prejudiciais à sua **formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais** que não permitam a frequência à escola;

Ex.: A contratação de menor de 18 anos para trabalhar como garçone em numa casa noturna que realiza strip, ou jogo de azar é nulo.

b) as vedações de trabalho noturno para menor;

c) a Constituição proíbe o trabalho noturno, perigoso e insalubre para menores de 18 anos (CF/88, 7º, XXXIII).

d) por iguais razões, é juridicamente impossível de produzir efeitos, o ato unilateral patronal que demite sem justa causa o empregado(a) estável.

e) a proibição de o Policial Militar trabalhar para particulares, a meu ver, não se caracteriza como trabalho ilícito, mas sim trabalho proibido.

Na visão pura e simples do novo Código, em todas estas hipóteses o ato e o contrato serão inválidos, não por terem objeto ilícito, mas porque o objeto é juridicamente impossível, nos termos do art. 104, II do NCC.

Porém, quando se trata de **trabalho proibido** não se pode empregar no direito do trabalho, o mesmo tratamento que se dá ao **trabalho ilícito**, nem o mesmo critério das nulidades no direito civil, como bem ensinava Orlando Gomes, pela simples razão da impossibilidade de restituição das partes ao status quo ante.

2.8.4. O motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito

Embora não seja expresso é caso típico da simulação. O exemplo clássico: conluio ou manobra para fraudar seguro desemprego, sacar FGTS no curso do contrato (além nulo o ato, tipifica ilícito penal).

(7) Sílvio de Salvo VENOSA, *Direito civil, parte geral*. São Paulo: Atlas. 2002.2ª edição, p. 395.

Em reclamação trabalhista com pedidos exclusivos de títulos e verbas salariais, as partes fazem um acordo e simulam que todo o pagamento seja exclusivamente de verbas indenizatórias. Isto com vistas a fraudar a previdência social.

2.8.5. Não revestir a forma prescrita em lei

É o caso da contratação sem concurso, pelo município. O contrato é nulo à luz do § 2º do art. 37 da CF/88. O contrato não escrito de trabalhador através de empresa de serviços temporário.

2.8.6. Tiver por objetivo fraudar lei imperativa

As normas trabalhistas, no geral, são imperativas, isto é, não admitem manifestação de vontade que contrarie os seus preceitos, porque estes se impõem imperativamente. Na sua maioria, porém, são normas de eficácia perfeita⁽⁸⁾ porque havendo manifestação de vontade contrária aos seus preceitos, a vontade do legislador substitui e se sobrepõe à vontade dos contratantes.

São características da norma cogente ou de ordem pública.

No direito do trabalho esta disposição do inciso VI do art. 166 do Código é totalmente absorvida pelo art. 9º da CLT.

Finalmente, a questão da prescrição e o ato nulo.

O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. Esta é a disposição do art. 169⁽⁹⁾ do Código.

A doutrina já negava efeito ao ato nulo, no sistema revogado. Nessa trilha a jurisprudência do Co. TST, enunciado 294: *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.*

Tenho dúvidas se esta distinção que a súmula faz, sobreviva à disposição geral do art. 169 do novo Código, porque o seu pode haver alteração que o art. 468 da CLT considera nula, sem que viole direito assegurado por lei, mas por acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, por exemplo.

3. ATOS ILÍCITOS E ABUSO DE DIREITO

A responsabilidade civil no novo Código veio melhor disciplinada, criando a possibilidade de reparação de dano exclusivamente moral. A dicção do art. 186 por si só já diz tudo. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária,*

(8) Délio Maranhão. *Curso de Direito do Trabalho*. 1984. Rio de Janeiro: Função Getúlio Vargas, p. 25.

(9) Art. 169. *O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem se convalesce pelo decurso do tempo.*

ria, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. E mais, no art. 187. 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.

Comete ilícito, ensejando a responsabilidade civil, quem praticar o abuso de direito.

No direito do trabalho, comete ABUSO DE DIREITO o empregador que demite arbitrariamente o CIPEIRO portador de estabilidade provisória, isto é, sem qualquer motivo técnico, ou disciplinar. A lei permite que, presentes estes requisitos, seja possível a dispensa sem justa causa. Se ausentes, a dispensa convola-se em arbitrária ou abusiva.

Comete, ainda, ABUSO DE DIREITO o empregador que demite o empregado por justa causa e, no ato de demitir, ofende a dignidade da pessoa humana, não obstante a inequívoca culpa do trabalhador em dar causa à extinção contrato.

São aquelas situações em que o empregador, não satisfeito em demitir o empregado por justa causa, quer humilha-lo, inquina-lo com qualificações desairosas, expondo a pessoa do empregado em situação vexatória, ofendendo-lhe a dignidade e manchando a sua honra.

No caso de demissão sem justa causa, que ganha caráter discriminatório quando tiver motivo de doença contagiosa do empregado, se disso não advier qualquer consequência para o empregador ou terceiros. Daí, a sua ilicitude. Porém, pode ocorrer de a despedida, sem justa causa do empregado *aidético às vezes ser inevitável*. Imagine-se que, em razão da função exercida, venha colocar em risco de contágio outros empregados, os clientes ou os fregueses que freqüentam o estabelecimento.

A norma do art. 187 contempla a possibilidade do uso regular do direito, mas que o seu titular cometeu excessos, não se conteve dentro dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

É o caso do empresário que demite sem justa causa a jovem operária *grávida, paga-lhe corretamente os direitos rescisórios*, mas a ela se refere com palavras sórdidas perante os seus colegas, fazendo difundir entre os funcionários uma péssima imagem da ex-colega, a pretexto de ser mãe solteira.

O uso muito comum pelas empresas em publicar edital de convocação de empregado, com o propósito, a meu ver pouco eficaz, de caracterizar abandono de emprego, dependendo dos termos utilizados, pode configurar excessos que fere a dignidade da pessoa.

Por evidente, a casuística é infinita.

O legislador não deixou de enumerar as situações excludentes de ilicitude, como se pode observar da simples leitura do Art. 188. *Não constituem atos ilícitos: I — os praticados em legítima defesa ou no exercício*

regular de um direito reconhecido; II — a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

4. DEFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os defeitos do negócio jurídico no novo Código são configurados *pelo erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores.*

a) erro ou ignorância

Erro é a manifestação de vontade que decorre de uma falsa noção da realidade capaz de levar a pessoa a expressar uma vontade que não pretendia externar, ou a praticar um ato que não praticaria se melhor conhecesse a situação de fato.

O erro pode decorrer do equívoco ou da ignorância do agente que o leva a ter uma falsa noção da realidade, sem que ninguém tenha deliberadamente, de qualquer forma contribuído para provocá-lo, levando-o a manifestar uma vontade que não pretendia, ou praticar um que não teria praticado se conhecesse a fundo os fatos.

O erro é vício de consentimento que pode levar à anulabilidade do ato.

a.1) O erro de direito e o erro de cálculo

O "*erro de direito*" não enseja a anulação do negócio jurídico se decorrer de mera interpretação da lei, quando a lei for de interpretação controvertida, desde que revele um propósito de cumprimento do preceito da norma e nunca que implique em recusa de cumpri-la. É o caso do empregador substituir por pagamento em dinheiro, a obrigação de conceder uma vantagem contratual *in natura*.

O erro provocado, como se verá tipifica o dolo civil.

É uma regra que auxilia a interpretação e aplicação de normas coletivas, em que as disposições dúbias, obscuras possam ensejar equívocos na aplicação da norma.

a.2) O erro de cálculo

Não é causa de anulação do negócio, apenas autoriza a retificação da declaração ou do alcance da manifestação de vontade. Não permite, porém, a alteração do conteúdo ou dos fins da declaração de vontade.

Assim, na liquidação da sentença que condenou ao pagamento de horas extras, não se poderá apurar que as horas extras não existiram. Nada impede, porém, se conclua que já foram integralmente pagas.

Isto passa a exigir, salvo melhor juízo, que se tenha maior rigor em deferir diferenças de horas extras, porque não pode a liquidação chegar à conclusão que não existiram tais diferenças, eis que seria anular a declaração de vontade do Estado da Sentença.

b) dolo

É o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou do terceiro. A vítima comete um erro, por indução de alguém. É o erro provocado.

A novidade é a responsabilidade solidária do representado, em caso de representação convencional, em caso de dolo⁽¹⁰⁾.

A pergunta que cabe é: se o empregado do representante comercial for prejudicado por conluio entre o representante comercial a empresa representada, acarreta responsabilidade solidária do representado?

Por exemplo, sabendo que determinado lote de peças contém defeitos, o fabricante e o seu representante comercial induzem o vendedor, empregado do representante comercial, a efetuar as vendas como se as peças fossem de boa qualidade. Devolvida a mercadoria, não se pode cogitar o estorno das comissões, a anulação das vendas teve como causa o dolo entre representante e representado.

Em reclamação trabalhista não seria absurdo incluir no pólo passivo o representante comercial e o fabricante, pela disposição do artigo 149, parte final do Código Civil:

c) coação

É a pressão exercida sobre um indivíduo para determina-lo a concordar com um ato.

Resta insolúvel nas inovações da questão, invariavelmente alegada em processos trabalhistas, da "coação econômica" do empregado que teria se submetido, para preservar o emprego, e aceito alterações ilegítimas do contrato de trabalho, ou aceitando PDV's sob veladas ameaças de demissão sem pagamento até dos direitos rescisórios. Não incomum, ainda, a proposta de transferência para localidade longínqua e, em caso de recusa, demissão. No exame dos PDV's, chegaram casos no TRT que a empresa deu três horas para os trabalhadores aderirem ou recusarem.

As conseqüências da recusa são fáceis de serem previstas: DEMISSÃO PURA E SIMPLES.

(10) Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

d) estado de perigo*Do Estado de Perigo*

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Aventa-se, por exemplo, o caso do empregador que assume obrigação de admitir com altíssimos salários, pessoa que tenha condições de evitar grande mal ou dano a si ou à sua família. O exemplo é de Edilton Meirelles⁽¹¹⁾.

e) da lesão

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Entendo que este instituto do novo Código terá grande aplicação subsidiária no exame de questões relativas às alterações do contrato de trabalho.

A CLT não resolve todas as questões nesta matéria, parecendo-me que tem campo para aplicação subsidiária do NCC, referente à situação daquele que passa a ser vítima de e lesão.

A disposição geral e a rígida disciplina do art. 468 da CLT, que em contraposição é flexibilizada pela doutrina ou pelo princípio do *ius variandi* nos habilita a resolver, dentro de certos parâmetros, questões relativas: a horários, local de trabalho e função exercida pelo empregado.

Há, contudo, questões de alteração do pactuado não resolvidas na CLT, como é o caso do *desvio de função* e a da *cumulação de funções*. Comprovado o "*desvio de função*" Orientação Jurisprudencial do TST n. 125 do TST⁽¹²⁾, firmou-se no sentido de outorgar diferença salarial, desde que haja quadro de carreira. Não resolve a questão na ausência de quadro de carreira.

(11) O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho, 2002. São Paulo: LTr, p. 25.

(12) DESVIO DE FUNÇÃO — QUADRO DE CARREIRA — o simples desvio de função do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas as diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/85.

No que se refere à *cumulação de função*, a única disposição na CLT é o art. 456, parágrafo único: *A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.* A lei disciplina situações em que não há prova ou não houve definição precisa em cláusula contratual, regulamento da empresa ou regimento interno das suas atribuições funcionais. Obriga-se, então, a fazer todos os serviços compatíveis com a sua condição pessoal.

Porém, quando há cláusula, regulamento da empresa que expressa especificamente e detalha a função do empregado, sendo ele é levado a exercer várias funções dentro da mesma jornada e no mesmo local de trabalho, há cumulação de funções e a lei não apresenta solução para a questão salarial.

Em razão disso, alguns acordos coletivos de trabalho e algumas convenções coletivas de trabalho, como a dos frentistas de postos de combustível automotivo e dos empregados em edifícios de apartamento, dispõe que cumular a função de frentista-caixa; zelador-porteiro, garantem majoração salarial.

Entendo ser possível a aplicação subsidiária do novo Código Civil, no seu artigo 157, para corroborar a tese de que é devido *plus* salarial, como medida de justiça, à vista da omissão da CLT, atraindo a aplicação subsidiária do Código, a teor do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Alguns julgados do Col. TST, em louvável avanço e numa visão bastante progressista, vem reconhecendo o direito a um *plus* salarial, para o caso de cumulação de funções.

Senão vejamos os julgados encontrados:

TST — 2ª Turma

Fonte DJ Data: 10.08.2001, p. 547

Partes:

Recorrente: COPESUL — Cia. Petroquímica do Sul.

Recorrido: Dirceu Ruas da Silveira.

Relator: Juiz Convocado José Pedro de Camargo

Ementa: Recurso de Revista — Acúmulo de Funções — Diferenças salariais — Cabimento.

Se, além de suas normais funções e responsabilidades, a partir de certo momento, a empresa passou a exigir do auxiliar de apoio operacional que dirigisse o veículo de trabalho, anteriormente conduzido por motorista, há de remunerar essa outra atividade, seja pelo de trabalho e de função, seja pela maior responsabilidade atribuída, com reflexos pessoais, frente a terceiros e patrimoniais. Recurso conhecido, mas improvido.

TST — 3ª Turma

Fonte DJ Data: 07.02.1997, p. 1563

Partes:

Recorrente: Arismar Povoá.

Recorrida: Fame S/A — Fábrica de Aparelhos e Materiais Elétricos.

Redator Designado: Ministro Manoel Mendes de Freitas

Ementa Vendedor — Função de Cobrança.

Demonstrado que não cabia ao reclamante, como vendedor, promover cobrança, feita por via dos bancos, as cobranças a ele determinadas pelo empregador devem gerar contraprestação extra, à base de dez por cento do valor da comissão devida pela venda, nos termos do artigo oitavo da lei três mil duzentos e sete de cinquenta e sete, invocado por analogia. recurso de revista provido em parte a respeito.

TST — TURMA: 01

Fonte DJ Data: 24.05.1991, p. 06869

Relator: Ministro José Carlos da Fonseca

Ementa: Duplicidade de Funções.

Constatado o exercício pelo reclamante, das de entregador e motorista, devida e a suplementação do salário do empregado ao nível daquele concedido ao motorista, pois diante da cumulação de funções, nada mais justo do que o percebimento do salário seja pela função mais bem remunerada, sendo correto o deferimento da diferença revista parcialmente conhecida e negado provimento.

Quanto aos parâmetros salariais para o desvio de função, a CLT, no art. 460, servirá de base para a quantificação de eventual diferença salarial por força de desvio de função. De sorte que a força criadora da jurisprudência vem mais uma vez acompanhando a dinâmica dos fatos, com o intuito de fazer justiça.

Termino estas considerações sem uma conclusão definitiva sobre as questões levantadas, porque foi uma abordagem sucinta e despretensiosa, sendo que os temas merecerão considerações mais abalizadas e, por certo, um posicionamento dos Tribunais.