

# DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL E REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO

OTAVIO PINTO E SILVA(\*)

## 1. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

O Direito das Obrigações foi um dos ramos do Direito Civil que ao longo das últimas décadas passou por substanciais transformações.

De início, fundava-se no princípio da autonomia da vontade, de modo que os contratantes modelavam a seu gosto os direitos e obrigações. A concepção liberal e privatista estabelecia que o Estado não deveria intervir senão para assegurar o respeito às convenções (*pacta sunt servanda*).

A concepção moderna, no entanto, é diferente. A autonomia da vontade continua a ser assegurada, mas não mais como a expressão de um individualismo exacerbado. O Estado passou a interferir mais intensamente nas relações entre os particulares e amplos setores do Direito passaram a ser dominados por normas de ordem pública, estabelecendo-se assim o chamado "dirigismo contratual". Esse fenômeno manifestou-se com clareza no Direito do Consumidor e no Direito do Trabalho.

Há quase trinta anos, ao discorrer sobre tendências do Direito do Trabalho, Orlando Gomes já apontava as transformações do Direito das Obrigações como a consagração de uma nova ordem jurídica, que se emanciparia do voluntarismo decadente e reformularia conceitos vinculados a pressupostos extintos.

Nas palavras do citado autor, *"desde o momento em que a limitação da autonomia privada passa a ser uma preocupação moral pela convicção generalizada de se realizar melhor equilíbrio social, todas as relações jurídicas, e não apenas a relação de trabalho, passaram a ser focalizadas desde outro ângulo, especialmente quando se compreendeu que a limitação provém não apenas da intervenção do Estado na*

(\*) Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP.

*economia, mas também de novos métodos da atividade econômica privada. É, assim, a própria pedra angular do Direito Privado que perde substância*"<sup>(1)</sup>.

O processo civil também acompanhou essas transformações, em especial com a introdução no ordenamento de uma abertura para a tutela jurisdicional coletiva, o que se fez por meio da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como afirma Kazuo Watanabe, verificou-se a partir dessas leis o fenômeno da molecularização da tutela jurisdicional: em vez de continuar a tratar os conflitos isoladamente, como simples átomos de uma realidade muito mais ampla, o exercício da jurisdição poderia ser efetivado em vista das moléculas em que os átomos se aglutinam.

O exame do Novo Código Civil, desse modo, deve ser realizado tendo em vista essas grandes transformações do Direito das Obrigações, para a partir delas identificar possíveis influências no Direito do Trabalho.

Vejamos então, em primeiro lugar, alguns dispositivos da Parte Geral do Novo Código, relacionados ao negócio jurídico, à capacidade, aos defeitos do negócio jurídico e aos atos ilícitos. Posteriormente, analisaremos a Parte Especial, fazendo referências às modalidades das obrigações, ao adimplemento e à extinção das obrigações, aos contratos e à responsabilidade civil.

## 2. NEGÓCIO JURÍDICO

O artigo 104 estabelece os requisitos de validade do negócio jurídico: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

As regras de idade em relação à capacidade passaram a ser as mesmas no Direito Civil e no Direito do Trabalho (conforme artigos 3º e 4º do Novo Código). Assim, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, e relativamente incapazes, os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos.

Curiosa a situação criada a partir da regra do artigo 5º, parágrafo único, inciso V, do Código Civil, que dispõe a cessação da incapacidade pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos tenha economia própria. Nessa hipótese, há plena capacidade para os atos da vida civil, mas não para fins trabalhistas, pois permanecem restrições quanto a alguns tipos de atividades (perigosas, insalubres, noturnas, prejudiciais à frequência escolar).

O artigo 110 trata da "reserva mental" e prevê que a manifestação de vontade subsiste ainda que seu autor haja feito a reserva mental de não

(1) Gomes, Orlando, "Questões de Direito do Trabalho", SP, LTr, 1974, pág. 17.

querer o que manifestou. É um dispositivo que pode vir a ser aplicado nos julgamentos de causas em que se discute a existência ou não de relação de emprego, como por exemplo a do diretor de empresa.

O artigo 111 prevê o silêncio como manifestação de anuência, para fins da celebração do negócio jurídico, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa. Desse modo, fica reforçada a idéia da forma livre do contrato de trabalho, que admite até o acordo tácito (artigos 442 e 443 da CLT).

O artigo 113 estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Trata-se de importante restrição à autonomia da vontade no ajuste de interesses, tendo em vista os dispositivos da parte especial que tratam das regras gerais do direito dos contratos, como veremos adiante.

### 3. DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

A esse respeito, foram previstas novas hipóteses que podem macular o negócio jurídico.

O artigo 156 estabelece o conceito de "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. Trata-se de hipótese que pode ocorrer no Direito do Trabalho, por exemplo, quando o empregado assume compromisso de prestar horas extras premido pela necessidade de dinheiro para custear tratamento médico de pessoa da família.

O artigo 157 prevê a hipótese de "lesão", quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Exemplifique-se com a relação de emprego em que o trabalhador se compromete a assumir encargos de responsabilidade e dificuldade por salário muito baixo, incompatível com a natureza da atividade que deve desenvolver.

Em ambas as hipóteses, o negócio jurídico é anulável, de acordo com o artigo 171, o que poderia levar à discussão em juízo para o reconhecimento do vício.

### 4. ATO ILÍCITO

O artigo 186 estipula o conceito de ato ilícito, deixando claro que pode resultar em dano "exclusivamente moral". Usa a conjunção "e" no lugar de "ou", de modo que ato ilícito é aquele que viola direito e também causa dano, o que gera reflexos na questão da responsabilidade civil, como veremos na análise da Parte Especial do Código.

O artigo 187 define o abuso de direito, ao estabelecer que 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. Esse conceito pode ser útil para os Tribunais Trabalhistas especialmente no que se refere ao julgamento dos dissídios de greve.

## 5. MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

O Código mantém a tradicional classificação das obrigações nas modalidades de *dar (coisa certa ou incerta), fazer ou não fazer*.

Os artigos 249, parágrafo único e 251, parágrafo único trouxeram inovação importante, pois *autorizam o credor a tomar medidas em casos de urgência, sem necessidade de autorização judicial e sem prejuízo do ressarcimento devido, respectivamente nos casos de obrigações de fazer e de não fazer*. Esses dispositivos podem ter utilidade, por exemplo, para a tutela de direitos trabalhistas não-patrimoniais.

## 6. ADIMPLENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

O artigo 316 prevê que é lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas, regra que pode ajudar a celebração de acordos no processo do trabalho, em especial quando as partes estabelecem o pagamento dividido em diversas parcelas.

O artigo 317 estabelece que no caso de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, o juiz *pode corrigi-la a pedido da parte, para assegurar o valor real da prestação*.

O artigo 330 assegura que o pagamento reiteradamente feito em outro local *faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato*. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de pagamento de acordo no escritório do advogado ou mediante depósito em conta bancária e não na Secretaria da Vara, diferentemente do que tinha sido pactuado na ata da audiência.

## 7. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, PROIBIDADE E BOA-FÉ

Quando o Código trata de disposições gerais dos contratos, há algumas regras que podem gerar implicações para os contratos de trabalho (tanto para os contratos individuais quanto para as convenções e acordos coletivos).

O artigo 421, por exemplo, estatui que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O sentido da expressão "função social do contrato" deve levar em consideração a idéia de interesse público que está por limitar a autonomia dos contratantes: o parágrafo único do artigo 2035 prevê que nenhuma

convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como o estabelecido pelo Código Civil para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Já o artigo 422 impõe aos contratantes a obrigação de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Esses dois dispositivos (artigos 422 e 423), quando interpretados em conjunto, pretendem atribuir às relações jurídicas contratuais um caráter justo, mediante a observância de limites que inibam a utilização dos contratos como meio de submissão do hipossuficiente à parte que detém melhores condições (não apenas sob o aspecto econômico, mas também cultural). O objetivo é evitar que, de forma desleal, a parte mais poderosa imprima ao contrato termos que a beneficiem, em prejuízo da outra.

Mais do que buscar a efetiva igualdade entre as partes contratantes, a função social do contrato deve ter em vista interesses maiores da sociedade, que podem eventualmente extrapolar os interesses estritamente privados dos contratantes.

Assim, por exemplo, o contrato de trabalho deve observar normas de medicina e segurança do trabalho que interessam a toda a sociedade, uma vez que o trabalhador empregado é segurado obrigatório da previdência social.

A idéia de probidade é simples, pois está relacionada aos conceitos de integridade, honestidade, retidão, que devem orientar a celebração e a execução do contrato.

Já a obrigatoriedade de observar a boa-fé surge como um conceito indeterminado, que carece de preenchimento com valorações a operar em cada caso concreto.

O jurista português *Antonio Menezes Cordeiro* explica que o conteúdo normativo da boa-fé exprime-se de modo particular através de dois princípios:

a) *princípio da proteção da confiança*: não se deve suscitar uma situação infundada de confiança, nem desamparar a confiança legítima que já tenha sido suscitada; e

b) *princípio da primazia da realidade subjacente*: deve-se procurar lidar com os valores efetivamente em jogo, de modo a fazê-los atuar em sua substância, não bastando uma mera conformação formal com os esquemas juridicamente prescritos<sup>(2)</sup>.

Esses conceitos são muito importantes no Direito do Trabalho, por exemplo, quando se trata da credibilidade de um sistema que privilegie a negociação coletiva para a produção de normas jurídicas trabalhistas: ago-

(2) *Cordeiro, Antonio Menezes. "Manual de Direito do Trabalho", Coimbra, Almedina, 1991, pág. 269.*

ra que se fala em um possível reforma trabalhista, em prevalência do negociado sobre o legislado, não se pode olvidar que é indispensável a presença da boa-fé nos entendimentos mantidos entre os representantes de trabalhadores e de empresários.

A necessidade de observar a boa-fé não conduz, de forma alguma, a que as partes desamparem os interesses que representem ou que enriqueçam as suas defesas; na verdade, a boa-fé apenas impõe a obrigação de negociar efetivamente, procurando conduzir a um consenso e prevenindo atitudes alheias à busca séria de um acordo ou comportamentos susceptíveis de gerar efeitos contraproducentes ou que surjam estranhos ao procedimento em curso.

## 8. CONTRATO DE ADESÃO

Ainda no que se refere às disposições do Código sobre os contratos, vale lembrar o artigo 425, quando prevê que, nos contratos de adesão com cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente.

Considerando que na maioria das vezes o contrato de trabalho se caracteriza como um contrato de adesão, essa norma pode ser aplicada na interpretação de seu conteúdo.

## 9. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

O artigo 478 prevê a hipótese de resolução do contrato se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Sem dúvida, trata-se de dispositivo que pode ser aplicado ao Direito do Trabalho: por exemplo, no exame das obrigações impostas em convenções e acordos coletivos de trabalho.

## 10. CONTRATO PRELIMINAR

O Código Civil também instituiu o contrato preliminar (artigos 462 e seguintes), instituto que certamente pode ser usado no Direito do Trabalho, permitindo exigir a celebração de um contrato de trabalho definitivo.

## 11. CONTRATOS DE ATIVIDADE

Especial destaque merece a abertura para a regulamentação dos chamados contratos de atividade, que pode ser estabelecida a partir do Novo Código Civil.

O artigo 593 prevê que a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelos dispositivos deste Capítulo do Código Civil.

Teresa Ancona Lopez anota que andou bem o Novo Código ao adotar a nomenclatura "prestação de serviço" e não mais locação de serviços, pois locação no mundo contemporâneo é somente de coisas: o antigo Código guardava influência do direito romano, em que os escravos eram coisas. Hoje, em respeito à dignidade do ser humano, não há que se falar em aluguel de pessoas ou do trabalho delas<sup>(3)</sup>.

Está aberto o espaço para o debate doutrinário sobre a questão da parassubordinação, um novo conceito que pode ser utilizado para atrair para o Direito do Trabalho a proteção de uma parcela dos trabalhadores que hoje está marginalizada.

Na Itália debate-se uma nova regulamentação para o trabalho a partir do conceito de parassubordinação, que representa um meio-termo entre o trabalho autônomo e o subordinado.

Trata-se de relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando a colaborar para os fins do empreendimento.

No trabalho autônomo tradicional, o trabalhador assume a obrigação de produzir um determinado resultado e essa obrigação está fadada a se extinguir no exato momento de sua execução e da conseqüente satisfação do interesse do contratante.

Distinta é a situação em que o trabalhador assume a obrigação de atingir uma *série de resultados consecutivos*, coordenados entre si e relacionados a interesses mais amplos do contratante, interesses que não estão limitados aos que derivam de cada prestação individualmente considerada.

Para o conceito de trabalho parassubordinado assume relevância a idéia de *coordenação*, no sentido de uma peculiar modalidade de organização da prestação dos serviços.

O trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços.

Há *continuidade* na relação de trabalho parassubordinado, pois a prestação de serviços deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, à vista dos interesses de ambas as partes.

Também há *pessoalidade*, uma vez que a natureza pessoal da prestação dos serviços deve preponderar. O prestador dos serviços atua como um pequeno empreendedor, organizando em torno de si todas as atividades voltadas ao atendimento das necessidades do tomador.

(3) Lopez, Teresa Ancona. "Comentários ao Código Civil", vol. 7, coord. Antonio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 189.

O Novo Código Civil permite fazer uma alusão a contrato em que se evidencie essa situação, quando o art. 605 estabelece que "*nem aquele a quem os serviços são prestados poderá transferir a outrem o direitos aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste*".

Existe a *colaboração*, entendida como uma ligação funcional entre a atividade do prestador dos serviços e aquela do destinatário da prestação profissional.

A atividade do trabalhador é indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços, observando para tanto critérios qualitativos, quantitativos e funcionais, uma vez que a atividade laboral é prometida pelo trabalhador tendo em vista um programa que é consensualmente definido.

Essa atividade de colaboração do trabalhador é prevista em um contrato de trabalho com o objetivo de atingir uma *série de resultados*. Aí reside, justamente, a importância da coordenação, pois permite a diferenciação tanto da subordinação quanto da autonomia. Coordenação, então, surge com o sentido de "ordenar juntos": significa que ambas as partes possuem medidas a propor para alcançar o objetivo comum.

As inovações tecnológicas que marcaram o final do século XX levaram ao surgimento de novas modalidades de trabalho, fora da equação tradicional "emprego = trabalho subordinado", o que implica a necessidade de revisão do contrato de trabalho.

A noção de parassubordinação, desenvolvida pelo direito italiano, pode ser bastante útil nesse contexto, caso seja utilizada para regulamentar algumas dessas novas modalidades de trabalho, por meio dos contratos de atividade.

## 12. RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme a teoria clássica, a culpa é o fundamento da responsabilidade. Diz-se assim "subjéctiva" a responsabilidade quando se baseia na idéia de culpa.

A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do autor do dano somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa.

A lei pode, porém, impor a certas pessoas e em determinadas situações a reparação de um dano cometido sem culpa, configurando a responsabilidade "objéctiva" ou legal. Bastam a existência do dano e o nexo de causalidade.

Essa teoria tem como pressuposto o de que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

A base dessa teoria é a idéia do *risco*: toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros, devendo ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. São duas as explicações desse risco:

a) *Risco-proveito*: é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável.

b) *Risco-criado*: é o risco a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, se dispuser a suportá-lo, pelo simples fato de expor outrem a sofrer um dano.

Em matéria de responsabilidade civil, há especial interesse no estudo dos atos ilícitos, que são aqueles praticados com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar outrem.

Conforme prevê o artigo 186, já analisado acima, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. São portanto pressupostos da *responsabilidade civil*:

a) *ação ou omissão voluntária* = DOLO, ou seja, violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico;

b) *negligência ou imprudência* = CULPA;

c) *relação de causalidade*, isto é, a relação de causa e efeito entre a atuação do agente e o dano verificado;

d) *dano*, que pode ser material ou simplesmente moral, sem repercussão na esfera patrimonial do ofendido.

O Novo Código Civil aperfeiçoou o conceito de ato ilícito ao dizer que o pratica quem "violar direito e causar dano a outrem", substituindo a conjunção "ou" usada no artigo 159 do Código anterior. Sendo assim, a obrigação de indenizar decorre da existência de violação de direito e do dano, concomitantemente.

Desse modo, comete ato ilícito o empregador que não fornece o EPI obrigatório em razão do tipo de atividade econômica, sujeitando o trabalhador ao dano, configurado no surgimento de doença ocupacional ou na ocorrência de acidente de trabalho.

Destaque-se ainda que é novidade desse artigo do Código a referência ao fato de que o dano pode ser "exclusivamente moral".

Já o artigo 187 prevê que 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 abuso de direito, por exemplo, o empregador que obriga o empregado a permanecer na empresa durante o período de aviso prévio, impedindo-o no entanto de exercer qualquer atividade.

Esses dois dispositivos (artigos 186 e 187) são muito importantes, pois vão levar à fixação dos parâmetros para a *obrigação de indenizar*.

Com efeito, prevê o artigo 927, *caput*, a responsabilidade subjetiva: aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. A obrigação de reparar o dano é uma consequência do ato ilícito, em conformidade com o citado artigo 927.

Por exemplo, comete ato ilícito o empregador que, por omissão voluntária, deixa de entregar as guias para o empregado obter o seguro-desemprego, sujeitando-se assim a pagar a indenização em valor correspondente ao benefício que o trabalhador não pôde usufruir.

Já o parágrafo único do artigo 927 estabelece a responsabilidade objetiva: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O artigo 2º da CLT, ao conceituar o empregador, deixa clara a idéia de que cabe a esse "assumir os riscos da atividade econômica". Desse modo, pode ser responsabilizado por danos causados aos empregados ou a terceiros, em decorrência da atividade econômica que desenvolve. É o caso, por exemplo, de danos causados aos empregados, em atividades insalubres ou perigosas.

### 13. CONCLUSÃO

O Novo Código Civil ainda deverá ser muito estudado e debatido, mas desde já fica claro que muitas disposições relativas aos direitos das obrigações têm aplicabilidade ao Direito do Trabalho.

Caberá aos advogados, procuradores e juizes a tarefa de acompanhar a evolução do Direito das Obrigações para, sempre que possível, valer-se da aplicação subsidiária do direito comum (prevista no artigo 8º, parágrafo único, da CLT) e recorrer aos dispositivos do Novo Código Civil, tendo em vista a resolução de problemas que possam surgir no cotidiano das relações de trabalho.