

LÍVIA DA SILVA LEAL

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO
TRABALHADOR E A TEORIA DAS
NULIDADES NO DIREITO DO
TRABALHO**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

COGEAE PUC/SÃO PAULO
2015

INTRODUÇÃO

A relação de trabalho não se constrói a partir da igualdade material entre as partes, sendo notória a fragilidade do trabalhador em face do tomador de serviços.

A análise histórica da filosofia do Direito demonstra que a ascensão da classe burguesa ao poder, após a Revolução Francesa, garantiu a legalidade de uma igualdade negocial e, portanto, meramente formal.

O direito do trabalho surge deste cenário, em razão das reivindicações dos trabalhadores diante das péssimas condições de trabalho a que estavam submetidos, razão pela qual a proteção do trabalhador não é somente uma norma interpretativa, mas seu princípio basilar.

Assim sendo, é necessário estudar não somente o conteúdo do princípio da proteção, mas as possibilidades de sua aplicação, seu caráter normativo e informador das demais normas trabalhistas.

É neste sentido que se verificará a previsão constitucional do princípio, bem como o critério que estabelece para a recepção da Consolidação das Leis do Trabalho.

Dentre os artigos recepcionados, cabe destaque ao artigo 9º da CLT, que estabelece a nulidade dos atos praticados em fraude às normas trabalhistas.

Aqui servirá o princípio não somente para determinar a nulidade dos atos lesivos ao trabalhador, mas na concepção da própria teoria das nulidades dos negócios jurídicos na seara trabalhista.

1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

1.1. Princípios jurídicos

Para que se compreenda a efetividade dos princípios e seu papel no ordenamento jurídico, é importante partir da concepção do que é o próprio Direito e sua construção histórica.

À parte da perspectiva romana e, posteriormente, da época medieval, em que se concentra na figura da Igreja e do poder real, o Direito somente ganha os contornos em que hoje é discutido a partir da Revolução Francesa.

De fato, a Revolução Francesa parece ser o ponto central a partir do qual se concentra não apenas a ideologia jusnaturalista, mas também, a partir da ascensão burguesa ao poder, do Direito positivado pelo Estado.

Tem-se que o jusnaturalismo servirá de base para a própria Revolução, na medida em que passa a contestar diretamente as explicações divinas para a legitimação do poder, quando “[...] a *dessacralização do direito* significará a

correspondente tecnização do saber jurídico e a equivalente perda de seu caráter ético.”¹

Não se admite mais o conhecimento fundamentado na fé, mas busca-se o conhecimento racional, inclusive quanto à organização social, partindo, para tanto, da construção de métodos, paradigmas, sistema e categorias individuais.

Abre-se o caminho para que o Direito seja percebido como ciência, de modo que *“A busca essencial, na filosofia do direito moderna, era a da afirmação de direitos naturais, que, à semelhança das leis matemáticas ou físicas, fossem também leis universais”²*

O jusnaturalismo, seguindo as duas correntes iluministas, se caracterizará ou pelo racionalismo ou pelo empirismo.

O modelo idealista dirá que o conhecimento jurídico não se dá pela vivência da realidade, mas por princípios previamente e racionalmente concebidos pelos indivíduos, enquanto o modelo empírico considerará somente a experiência da realidade e desconsiderará qualquer conhecimento prévio do direito, razão pela qual volta-se para o costume.³

¹ Tércio Sampaio Ferraz Junior, **Introdução ao estudo do Direito**, p.59

² Alysson Leandro Mascaro, **Introdução à filosofia do direito**, p.27.

³ Ob.Cit. p.29.

No entanto, dentro de qualquer dessas perspectivas não se pode vislumbrar uma construção jurídica que considere, conjuntamente, teoria e prática do Direito.

Embora seja embrionário de uma perspectiva principiológica, tais princípios supremos eram extraídos pelo homem de sua própria razão, de sua inteligência e como bem ressalta Roberto Lyra Filho, *“estes princípios, não por mera coincidência, eram, evidentemente, os que favoreciam as posições e reivindicações da classe em ascensão – a burguesia.”*⁴

Tal se percebe na medida exata em que os princípios tidos como naturais e informadores do Direito são aqueles em que se registra o confronto entre burguesia e o antigo regime: busca-se justamente a liberdade negocial, a igualdade perante a lei e a propriedade privada, institutos que foram prontamente positivados com a ascensão burguesa ao poder, através da famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

O paradigma que se forma, portanto é individualista: é o Direito entendido a partir do indivíduo, que o coloca em conflito com o Estado (até então absolutista) e com os demais indivíduos, que se reúnem em sociedade mediante contrato social.

⁴ **O que é direito?** p.42.

Ora, se o Direito não nasce da ordem real, mas é uma lei natural do indivíduo, alcançada pela razão, está posta a legitimidade contra o antigo regime.

Situação diversa se dá com a ascensão burguesa ao poder, quando então passa-se a teoria de positivação de uma nova ordem jurídica, inclusive para concretização de um dos princípios fomentadores da revolução, já que a igualdade não é irrestrita e tem seu ponto referencial na lei.

Se todos são iguais perante a lei, é preciso que haja uma lei igual para todos, de modo que, ainda que vários ordenamentos tenham sucedido à queda da Bastilha, apenas quinze anos a separam do código napoleônico.

Neste sentido, ensina Miguel Reale:

“Vê-se, pois, que, quando Napoleão Bonaparte ordenou a legislação francesa em Códigos admiravelmente discriminados e sistemáticos, dando cumprimento a viva aspiração dos mentores da Revolução Francesa, não fazia senão levar a cabo um longo processo histórico de "racionalização" jurídica que atingia a sua maturidade e que marcava uma "linha de inclinação" constante na estrutura mesma do Ancien Regime.”⁵

⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. P.412

Não se trata mais, portanto, do Estado Absolutista, mas do Estado de Direito, que se colocará como fonte única de todo o Direito e terá a identidade do pensamento burguês que o concebeu, ou seja, *“um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários.”*⁶

Reduzido está o Direito à ordem estabelecida, à Lei imposta pelo Estado, a qual, como aponta Miguel Reale, é tida como expressão da vontade coletiva e, nesta medida, a vontade de cada indivíduo.⁷

O mesmo autor prossegue, quanto à Escola de Exegese que surge a partir de então, que

*“a interpretação era compreendida como um trabalho rigorosamente declaratório, por admitir-se como indiscutível, o princípio de que toda evolução do Direito só poderia se operar através do processo legislativo, e jamais em virtude de uma contribuição integradora ou supletiva do intérprete, jurisconsulto ou juiz”.*⁸

Independente das nuances das doutrinas positivistas desenvolvidas posteriormente, que culminaram na tão conhecida teoria pura do Direito de Hans Kelsen já no século XX, fato é que a discussão jurídica está centrada no direito

⁶ HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. p.

⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. P.415

⁸ Ob.Cit. p.416 e 417.

positivo, no Direito feito e imposto pelo Estado, que tem na lei sua fonte principal, senão exclusiva, como ferramenta de manutenção da ordem social.

Neste momento, *“os princípios têm uma natureza supletiva ou interpretativa, diferentemente da fase jusnaturalista anterior, em que eles poderiam regular a conduta das pessoas.”*⁹

Não se pode falar que não exista uma perspectiva axiológica do Direito nesta concepção, mas tal como se pode resumir em Kelsen, esta se encontra concretizada na norma hipotética fundamental.

Assim, a justiça está na própria lei e se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como reto e justo e o conteúdo valorativo de uma norma é dado pelo legislador.¹⁰

Tem-se, portanto, necessário, partir deste processo histórico e das principais estruturas que sustentam o Direito moderno e contemporâneo para se discutir o princípio da proteção do trabalhador e o alcance de sua aplicação.

⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Do positivismo ao pós positivismo**. p.110.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. p.225-228

Afinal, seria ingenuidade não questionar: se a lei é justa, porque a sociedade é injusta?

E, cumpre lembrar, são inúmeros exemplos desta dissonância: basta lembrar que a greve era um delito até 1946 (reconhecida como direito somente com o advento do Decreto-lei 9.070/46), até 1962 a mulher ainda precisava da autorização do marido para trabalhar e, mesmo no ano de 2012, ainda há quem proponha alteração do artigo 149 do Código Penal, para redução dos elementos que caracterizariam a escravidão¹¹ .

Fica evidenciado até aqui, mesmo que pelos fatos sucintamente trazidos, que não existe a construção de um Direito que não esteja atrelado ao capitalismo, que é o modo de produção tipicamente burguês.

Pode se dizer que *“na medida em que o capitalismo impessoaliza a todos, torna o mundo um movimento mecânico que gira apenas em prol da exploração do*

¹¹ Projeto de Lei 3842/2012, proposto pelo deputado Moreira Mendes, que segue apensado ao Projeto de Lei 2668/2003 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544185>). O mesmo pode se dizer do projeto de alteração do Código Penal, em trâmite no Senado Federal - PLS236/2012, após emenda proposta pelo senador Blairo Maggi em 10/12/2014, na qual excluiu a tipificação do crime por submeter trabalhador a condições degradantes ou jornada excessiva, com justificativa na segurança jurídica (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/DocsComissao.asp?p_cod_mate=106404)

*trabalho e em prol dos lucros. Quem garante essa impessoalidade capitalista é a própria impessoalidade normativa”.*¹²

O conceito de autonomia da vontade exemplifica de forma clara o conceito que se pretende trazer: toda a estrutura do comércio, da exploração do trabalho e da vida civil se desenvolve a partir da vontade do sujeito de Direito.

O professor Alysson Mascaro dirá a este respeito:

*“Muito mais determinante que a própria dignidade do trabalhador é a sua condição de poder se vender autonomamente à exploração capitalista. É daí que surgiu a noção de sujeito de direito: todos são sujeitos livres para se venderem ao mercado. O direito subjetivo, a autonomia da vontade e tantos outros conceitos técnicos do direito moderno surgem como reflexo imediato dessas relações fundamentais do capitalismo”*¹³

Mais provocativo é Bernard Edelman ao afirmar: *“Sendo sujeito de direito, tu és capaz de adquirir e de (te) vender”.*¹⁴

Não é outra a premissa em que se fundamenta o próprio Direito do Trabalho, da qual não foge sequer a doutrina mais conservadora: existe uma função tutelar, que reconhece o trabalhador como hipossuficiente em face do poder econômico.

¹² MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. p.30.

¹³ Ob.Cit.p.15

¹⁴ EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. p.34

De fato, “o impulso inicial dado para o aparecimento do Direito do Trabalho foi obra do próprio operário, e não benevolência de filantropos, da classe patronal, ou do Estado.”¹⁵

A força dos movimentos sociais e até mesmo o papel fundamental do positivismo para ascensão e justificativa do nazismo, fizeram com que se tornasse insustentável manter uma perspectiva puramente positivista do Direito, passando-se a discutir um retorno aos valores éticos e políticos, de que resulta o próprio Estado de bem estar social ou *welfare state*.

Não se trata de um retorno aqui ao juspositivismo, pois se mantém a deferência ao direito positivo, apenas com a reintrodução das ideias de justiça e legitimidade. Um positivismo mais humano, por assim dizer.

É nesse ponto em que os princípios passam a ganhar relevância jurídica, em teorias como as desenvolvidas por Robert Alexy ou Dworkin, a partir dos quais passa-se a distinguir princípios e regras, reconhecendo, também, a normatividade dos primeiros.

Humberto Ávila conceituará princípio como

¹⁵ GOMES, Orlando e ELSON GOTTSCHALK. **Curso de Direito do Trabalho**. p.3.

“[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.”¹⁶

Portanto, são normas que estabelecem um fim a ser alcançado, a direção sobre a qual se projeta o ordenamento jurídico, de modo que *“pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim devido”¹⁷*

Em decorrência desta natureza, servirão como garantia do fim programado, mesmo que não haja previsão em subprincípios ou regras, razão pela qual o mencionado doutrinador falará em eficácia interna direta, trazendo como exemplo que o princípio do devido processo legal garantirá a abertura de prazo para manifestação, ainda que não haja regra expressa neste sentido.¹⁸

Coaduana-se aqui com a idéia de que o princípio da proteção ao trabalhador é um *“Mega princípio [...] do qual os demais [...] são expressões. No processo do trabalho, instrumento de realização do direito material do trabalho, o*

¹⁶ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. p.70.

¹⁷ Ob.Cit.p.72.

¹⁸ ob.cit.p.79.

princípio tuitivo, ou da tutela, fisionomiza-se, no dizer do jurista uruguaio Helios Sarthou, como o princípio corretor de desigualdades entre as partes.”¹⁹

Trata-se, pois, de atribuir aos sobreprincípios mais do que caráter supletivo, mas efetivamente basilar da aplicação normativa, na medida em que possuem eficácia interna direta e também indireta, tendo função interpretativa e, talvez mais importante, *“função bloqueadora, porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.”²⁰*

Foi grande a luta para introduzir o mínimo de proteção legal ao trabalhador, como limite de jornada, segurança do trabalho, mas é preciso ter consciência que as medidas introduzidas não afetam a estrutura da exploração do trabalho, podendo se dizer que:

“Mais garantias ou menos garantias ao trabalhador não abolem o fato de que ele é um sujeito de direito tomado no sentido frio e formal da palavra: é mais alguém que pode explorar ou ser explorado na grande engrenagem da movimentação do capital.”²¹

¹⁹ BIAVASCHI, Magda Barros. **Direito do trabalho: um direito comprometido com a justiça.** p.93

²⁰ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios.** p.79.

²¹ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito.** p.15.

Para concretizar a proteção do trabalhador, portanto, é imprescindível abandonar uma leitura positivista do Direito, percebendo nele meios para que se concretize justiça que não seja meramente formal, ou, nas palavras de Roberto Lyra Filho:

“Sob o ponto de vista jurídico, a hermenêutica material demonstra que a interpretação é um processo criativo de Direito, e não de encontro com um Direito estático. Em síntese, trata-se de ligar a nossa hermenêutica regional, jurídica, à hermenêutica geral, subordinada ‘a preocupações ontológicas, segundo as quais compreender não aparece como simples modo de conhecer, mas ao revés, uma maneira de relacionar-se com os seres e o ser’. Isto quer dizer que o texto, em nosso caso, é um instrumento pertinente a este relacionamento, e não atáide positivista, onde se encontraria o Direito morto e embalsamado.”²²

Por este motivo, independente das conquistas até então alcançadas e já garantidas pelas regras representadas pela legislação trabalhista, é certo que a interpretação e aplicação deste direito positivado deve se realizar sob a luz da proteção ao trabalhador, da compreensão não somente da sua hipossuficiência, mas de seu papel na cadeia produtiva, luta esta que não cabe somente à Justiça do Trabalho, enquanto órgão jurisdicional, mas também – ou principalmente – ao advogado, ao atuar no sentido da evolução jurídica.

²² **Direito do capital e direito do trabalho.** p.49

1.2. O princípio da Proteção ao trabalhador

Como já se disse, o princípio da proteção ao trabalhador é pedra de fundamento sobre a qual se constrói todo o Direito do Trabalho, na medida em que a necessidade de regular tais relações somente existe em razão da desigualdade das partes, estabelecendo daí sua finalidade.

Vale, portanto, a lição deixada por Celso Antonio Bandeira de Melo:

“a ofensa a um princípio é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”²³

Não é demais lembrar que a própria Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º, definirá a subordinação como elemento caracterizador do vínculo do emprego, justificando sua proteção.

Com isso, impossível escapar do caráter tuitivo do Direito do Trabalho, no que concorda a doutrina, da mais conservadora à mais progressista, no que discordarão quanto a extensão de seus efeitos.

²³ **Curso de Direito administrativo**, p.95

Dirá Américo Plá Rodríguez :

“Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.”²⁴

Tem-se, portanto, mais do que mero critério para solução de antinomia ou lacuna legal, mas conteúdo necessário para consecução da dignidade humana e, portanto, dotado de eficácia, razão pela qual *“mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo”*.²⁵

A questão que se coloca é a eficácia do princípio, a respeito da qual o doutrinador citado anteriormente dirá:

“[...] se os princípios do Direito do Trabalho podem ser considerados como fonte do direito. Nossa opinião é negativa. A única função de caráter normativo que exercem é operar como fonte supletiva em caso de lacuna de lei. E essa função é exercida não por serem princípios, mas por constituir uma expressão da doutrina”²⁶

Amauri Mascaro do Nascimento traz que o Direito do Trabalho terá *“[...] além da segurança jurídica, como sua tarefa principal”* outras como acessórias,

²⁴ **Princípios de Direito do Trabalho**, p.35.

²⁵ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**. p.78.

²⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, p.35.

relegando o Direito à função precípua de mantenedor do *status quo*, lutando por progressão social na medida do possível, em caráter accidental.²⁷

Para Sérgio Pinto Martins, a proteção “[...]é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei”²⁸

Como já se examinou, tal perspectiva parte de um preceito positivista restrito, resumindo o justo ao critério do Direito positivado, considerando como segurança jurídica a proteção não da classe explorada, mas da classe exploradora.

Não se pode resumir a atuação do jurista a mero operador do Direito, cabendo a ele, também, uma visão crítica, engajada, para que se construa uma sociedade mais justa e com participação de todos.

O princípio da proteção, já se ressaltou em diversas oportunidades, estabelece não apenas um critério supletivo, mas um fim a ser alcançado pelo Direito e por isso possui eficácia normativa concreta, podendo inclusive conflitar com regras trazidas pela legislação, no que deverá prevalecer.

²⁷ **Teoria Geral do Direito do Trabalho**, p.57 e 58.

²⁸ **Direito do trabalho**. p.63

Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, não se pode sequer dizer que tal princípio seja formulação doutrinária, tendo proteção expressa do texto constitucional, conforme consta do seu artigo 7º.

Pode-se concluir, neste contexto, que *“o limite (conteúdo racional) para violação de leis injustas, ou justas que na concretude levem à injustiça, está nos princípios gerais do direito, princípios definidos e conquistados pelo homem historicamente localizado.”*²⁹

Assim é que o princípio da proteção ao trabalhador foi não somente concebido, mas construído, no caminhar histórico da luta dos movimentos sociais contra leis injustas, cabendo lembrar neste particular que os movimentos sindicais nasceram à margem da lei.

Aliás, não é privilégio apenas do Direito do Trabalho, como também dos Direitos Humanos e em especial das minorias, lutar contra a lei para a sua reforma, justificando que não se deve pautar somente pelo texto legal, mas buscar concretizar sua finalidade, para a qual uma leitura crítica é fundamental.

²⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. **Flexibilização x Direito Alternativo**. p.98.

O conceito do princípio da proteção passa, com isso, pelo reconhecimento inegável da desigualdade existente, estabelecendo como meta retificá-lo ou, ao menos, atenuá-lo.³⁰

Por isso, ao defender a eficácia normativa do princípio da proteção, é preciso ir além da formalidade deste conceito, entendendo que, enquanto princípio basilar e teleológico do Direito do Trabalho, de modo que deve ter como referência não apenas a norma, mas o conflito inerente à relação que busca proteger.

“[...] se os princípios, como as regras, são espécies de gênero norma, dada a preeminência daqueles sobre estas, ainda que recorra a eles para derogar as últimas, estará o juiz atuando no âmbito interno do ordenamento jurídico. Estará, pois, julgando segundo a equidade, e não por equidade. E mais: não estará, em absoluto, decidindo contra legem, mas de conformidade com norma (princípio) posicionada no vértice da pirâmide, que o autoriza, por exemplo, no exercício do controle difuso, a declarar a inconstitucionalidade de regra que com ela se revele desconforme.”³¹

Admitir tal eficácia ao princípio da proteção não traduz mero assistencialismo, mas a tentativa de *“conduzir as relações sociais necessárias e potencialmente produtivas de riquezas, sem exploração”*.³²

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. p. 193

³¹ OLIVA, José Roberto Dantas. **O magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa**. p.29.

³² PINTO, Airton Pereira. **Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal**. p.144.

Possui, com isso, aplicação própria e direta, mas também inspira outros princípios e regras, entre os quais o princípio *in dubio pro operário*, princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais favorável.

São apenas alguns dos subprincípios decorrentes da proteção ao trabalhador, que servirão para especificar, em situações mais concretas, a abrangência do sobreprincípio.

1.2.1. Princípio *in dubio pro operario*

O princípio *in dubio pro operario* é norma de hermenêutica, que determinará que, na possibilidade de inúmeras interpretações de uma norma, deve ser preferida a mais favorável ao trabalhador.

Decorre do princípio da proteção ao trabalhador, já que, como bem aponta Plá Rodriguez, excepciona a regra geral do direito privado, qual seja *in dubio pro reo*.³³

Converge a doutrina, na esteira dos ensinamentos trazidos por Plá Rodriguez, que o princípio não pode ser aplicado de forma indiscriminada, exigindo a

³³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, p.45.

existência de dúvida concreta acerca do alcance da norma e a observância da vontade legislativa.

Por isso Meton Marques irá dizer que *“não se trata de um gesto salomônico. É a saída natural aberta pelo Direito do Trabalho ao juiz, em face de sua perplexidade.”*³⁴

No entendimento firmado, o princípio não pode ser invocado para corrigir a norma ou para integrá-la em caso de lacuna, *“de sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma.”*³⁵

Neste ponto pode-se dizer há consenso na doutrina, divergência existe quanto à extensão do princípio ao processo do trabalho.

Vólia Bomfim Cassar explicará que a doutrina se divide em três correntes quanto a este particular.³⁶

³⁴ LIMA, Francisco Meton Marques. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência.** p.109

³⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho,** p.47.

³⁶ BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho.**p.183.

Há quem considerará o princípio *in dubio pro operario* somente como informador da legislação processual, como é o caso da autora citada, além de Amauri Mascaro Nascimento, Wagner Giglio e Jorge Luiz Souto Maior, que afirmará:

“A aplicação do ‘in dubio pro operario’, assim, não tem uma conotação processual. Ou, em outras palavras, não deve servir para que se confira ao trabalhador um direito que ele não possua, pois o processo deve ser eficiente para proporcionar-lhe aquilo que é o seu direito, seguindo-se o antigo ensinamento de Chiovenda.”

De outra sorte, Sérgio Pinto Martins dirá que este princípio *“não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto”*³⁷

Não é outro o entendimento trazido por Maurício Godinho Delgado, na medida em que afirma que o processo do trabalho já incorpora a proteção ao trabalhador, criando um desequilíbrio no tocante ao ônus probatório, razão pela qual, *“havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica in dubio pro operário.”*³⁸

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p.63.

³⁸ **Curso de Direito do trabalho**. p. 208.

São diversos os julgados favoráveis a essa corrente, a despeito do entendimento firmado por Américo Plá Rodriguez, para quem “*cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autentica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios.*”³⁹

À parte das discussões processualistas, é inegável o efeito do princípio sobre a interpretação de direito material, estendendo-se para interpretação não somente do texto legal, mas de cláusulas contratuais obscuras, dos regulamentos das empresas e de normas coletivas.

1.2.2. Princípio da norma mais favorável

Em face do princípio da norma mais favorável, destoando da doutrina majoritária, Mauricio Godinho Delgado entende desnecessário o princípio *in dubio pro operario*.⁴⁰

³⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, p.48.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. p. 207.

O princípio da norma mais favorável, no entanto, será aplicável em caso específico de antinomia, quando duas ou mais normas regularem a mesma situação jurídica, caso em que se deve aplicar aquela que seja mais favorável ao trabalhador.

Contrariando as regras gerais de solução de conflito de normas kelseniana, segundo a qual os conflitos entre normas são solucionados com base em sua hierarquia, *“o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma aplicável no caso concreto em se tendo como tal a que resultar do ordenamento jurídico interpretado com um sistema.”*⁴¹

Em decorrência, é consenso a possibilidade de uma convenção coletiva ser mais favorável que uma regra legal, devendo-se aplicar, com isto, a primeira.

Coloca-se como questão, então, os critérios para se estabelecer uma norma como sendo mais favorável, no que há divergências doutrinárias em torno de duas correntes centrais: acumulação e conglobamento.

A teoria da acumulação ou atomista, defende na reunião dos elementos de favoráveis de cada norma, reunindo-as para aplicação no caso concreto.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** p.520

Seu contraponto, a teoria do conglobamento, adotada no direito brasileiro por Mauricio Godinho Delgado, de forma contrária parte do pressuposto que

“não se fracionam preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo é apreendido globalmente, considerado o mesmo universo temático; respeitada essa seleção, é o referido conjunto com parado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto normativo mais favorável.”⁴²

Parecer ser este o entendimento adotado também na jurisprudência, consolidado na Súmula 51 do TST:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

Para que realmente cumpra seu fim tuitivo e não meramente assistencialista, é preciso que a comparação das normas considere a situação da coletividade trabalhadora interessada e não somente o caso individual, considerando que “a disposição de uma convenção coletiva que prejudicasse um conjunto de

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. p. 179.

*trabalhadores seria nula, ainda que, por circunstanciais especiais, pudesse ser vantajosa para um trabalhador isolado.”*⁴³

1.2.3. Princípio da condição mais favorável

O princípio da condição mais benéfica determinará que toda circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontrar prevalecerá sobre a situação anterior, de modo que *“uma lei posterior não pode diminuir as condições de trabalho já auferidas pelo empregado”*⁴⁴

Trata-se de norma para solução do direito transitório, conforme alerta Plá Rodriguez⁴⁵ e vincula-se, com isso, não somente ao princípio da proteção ao trabalhador, como também à regra do direito adquirido.

Maurício Godinho Delgado alerta que não se trata de conflito entre normas, mas conflito de cláusulas contratuais, manifestando, neste sentido, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva.⁴⁶

⁴³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, p.52.

⁴⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. P.297.

⁴⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, p.54.

⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. p. 197.

Não se exige que a condição mais benéfica seja ajustada expressamente, conforme se compreende dos artigos 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

Por isso, o princípio trará proteção ampla, não somente às cláusulas contratuais, mas também as condições de trabalho que passam a integrar o contrato de trabalho, tais como alimentação, roupa e gratificações⁴⁷, que se não estiverem ligados a uma situação transitória especial, deve constituir condição mais benéfica e como tal ser respeitada.

1.3.Evolução histórica da proteção ao trabalhador no Direito Brasileiro e sua previsão na Constituição Federal de 1988

A história do Direito do Trabalho no Brasil, embora tenha importado muito dos conceitos já desenvolvidos em outros países, teve processo de formação bastante diverso.

⁴⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, p.57.

A Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra integra o conjunto das "Revoluções Burguesas" do século XVIII, responsáveis pela crise do Antigo Regime, na passagem do capitalismo comercial para o industrial.

Com o fortalecimento da burguesia, a Revolução Francesa e as teorias liberais nascidas neste período, fortaleceu-se o Estado de Direito e a preocupação com o Direito Positivo, como já se demonstrou.

Tal legalismo, todavia, não representou uma proteção ao trabalhador, traduzindo estritamente os valores da classe burguesa, como bem aponta Amauri Mascaro

Nascimento:

“O liberalismo político, econômico e jurídico inspirado nos princípios que foram consagrados pela Revolução Francesa de 1789 não favoreceu o direito do trabalho. Ao contrário, ensejou que se criassem mais evidentes condições de sua necessidade.”⁴⁸

A proteção contra as péssimas condições de trabalho surgiram em decorrência do intenso movimento sindical e dos movimentos sociais, a despeito de inicialmente serem condenados pelas legislações vigentes.

Basta observar que os sindicatos somente se tornaram ilegais na França em 1884, muitos anos após a Revolução Francesa de 1791.

⁴⁸ Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. P.50.

Segue-se a cartilha liberal, até que passa a se conceber um Estado intervencionista, que atue como garantidor de direitos fundamentais, entre os quais a proteção do trabalhador.

É o que os constitucionalistas chamam por direitos fundamentais de segunda geração, com marcos especialmente nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), quando se concebe uma ação estatal voltada para a melhoria das condições de vida da população.

Dentro desta perspectiva, ainda que parcial, de promover o mínimo de compensação das desigualdades fáticas que se colocará o Direito do Trabalho, que

“[...] emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.”⁴⁹

É desta época, também, a concepção da OIT, com a assinatura do Tratado de Versalhes, em 1919.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. p. 12-13

De outra sorte, o Brasil somente passou a ter uma efetiva preocupação com a disciplina jurídica do trabalho em 1888 com o advento da Lei Áurea e consequente extinção da escravatura.

Ainda assim, sua organização estatal era precipuamente liberal, conforme se denota do texto constitucional que marcou a primeira Constituição Republicana, em 1891.

Como é típico da República Velha, esse período se destaca não somente pela não intervenção estatal, mas também pela descentralização política regional, dificultando ainda mais uma legislação trabalhista federal e heterônoma, de modo que a disciplina do trabalho se dá por algumas leis regionais e esparsas.⁵⁰

A repercussão da Constituição de Weimar aparecerá no Brasil somente com a Constituição de 1934, promulgada sob o governo de Getúlio Vargas.

Neste sentido pode-se destacar:

“A primeira Constituição Federal a inserir normas sobre Direito do Trabalho foi a de 1934, onde através dos arts. 120 a 123 regulou os sindicatos e os direitos dos trabalhadores. O art.120 reconheceu os sindicatos e associações profissionais de conformidade com a lei, incorporando assim os princípios e fundamentos já constantes no Decreto-lei n. 19.770/31 sobre a matéria (apesar da tentativa frustrada da mencionada lei de pluralidade sindical). O art. 121 estabeleceu os critérios gerais da lei trabalhista visando a proteção social do trabalhador e os

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. p. 107

interesses econômicos do País, incorporando preceitos relativos a direitos sociais de proteção do trabalho em caráter individualizado. O art. 122 criou a justiça do trabalho, sem contudo, integrá-la à estrutura do Poder Judiciário, e art. 123 equiparou os profissionais liberais aos trabalhadores para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social.[...]”⁵¹

Na esteira da nova constituição seguiram-se diversos diplomas legais para regulamentação do trabalho, até que reunidas pelo Governo em 1943, com acréscimo de algumas inovações, tem-se a promulgação da CLT pelo Decreto-lei 5.452, dentro da ordem constitucional do Estado Novo.

Não é de se estranhar, pois, os conflitos do entre a CLT e a nova ordem constitucional instituída em 1946, em que se restaurou a figura do Estado de Direito em moldes neoliberais, ainda que de cunho social democrático.

Por esse motivo, diversas alterações foram realizadas em seu texto original e, inclusive, chegou-se a instituir uma comissão para sua revisão em 1955, sem resultados, no entanto.⁵²

Por esse motivo, Mauricio Godinho Delgado dirá:

“Importante é, contudo, repisar-se o velho truísmo de que esse modelo francamente autoritário-militar sobreviveu incólume ‘a

⁵¹ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Direito do Trabalho e Democracia: apontamentos e pareceres.** p. 199.

⁵² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho.** P.104.

*experiência democratizante de 1945/1964, ingressando intocado, em seus aspectos essenciais, no regime autoritário-militar subsequente”.*⁵³

A Constituição de 1946 teve vigência até 1967 (ainda que através das diversas restrições e alterações provocadas, em especial, pelos atos institucionais), quando promulgado novo texto Constitucional, já dentro do governo militar consolidado em 1964.

Sem alterações substanciais, a legislação trabalhista permanece baseada na Justiça do trabalho, na estrutura sindical, na legislação individual protetiva e no Ministério do Trabalho, até a democratização promovida pela Constituição Federal de 1988.⁵⁴

Com a nova constituição existe o fortalecimento dos direitos sociais, entre os quais a proteção do trabalhador, conforme se infere de diversos dispositivos ali expressos.

Há também a reestruturação das relações entre os sindicatos e o Estado, ao trazer a autor organização sindical, bem como a autonomia de administração dos sindicatos, intensificando e estimulando as negociações coletivas.

⁵³ **Curso de Direito do trabalho.** p. 119

⁵⁴ Ob.Cit.p.120

Com isso, é possível dizer

“O garantismo, em nosso país, nasceu com o direito do trabalho como exigência social da proteção dos operários de fábrica, solidificou-se com a evidencia da necessidade de reconhecer cidadania ao trabalhador, ganhou moldura jurídica de grande destaque com a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), encontrou suporte no princípio protetor do direito do trabalho e encontrou na Justiça do Trabalho o epicentro de sua aplicação”⁵⁵

É em razão de seu caráter protetivo e principiológico que a CLT foi recepcionada pela Constituição de 1988, exceto nos artigos em que lhe é expressamente contrário (como é o caso da prescrição).

Todavia, o novo texto constitucional passa a ser o fundamento sobre o qual se deve ler a proteção ao trabalhador, na medida em que a nova ordem constitucional estabelece não somente uma inspiração jurídica, mas o objetivo de toda norma que se constrói a partir dela.

É critério objetivo de constitucionalidade, mas não somente isso, pois como já se viu, os princípios são também dotados de normatividade e como tal devem ser aplicados, já que traduzem uma finalidade jurídica.

É nesta medida que se buscará interpretar o artigo 9º da CLT e a teoria da nulidade dos atos jurídicos nas relações de trabalho.

⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho.** P.117.

2. A TEORIA DAS NULIDADES NO DIREITO DO TRABALHO

2.1. A relação de trabalho no plano do negócio jurídico

Com base no que foi exposto até aqui, é certo que o princípio da proteção pressupõe uma relação jurídica entre partes desiguais.

Neste sentido, portanto, a relação de trabalho é uma espécie de negócio jurídico, em que convergem as vontades das partes no intuito de criar, modificar ou extinguir direitos, neste caso, especialmente no campo da exploração do trabalho.

A norma trabalhista tem como principal preocupação estabelecer os critérios da relação de emprego, mas pouco fala a respeito dos elementos essenciais de validade deste negócio.

Por isso a aplicação subsidiária da norma civil, nos termos do artigo 8º da CLT, bem como do princípio de proteção ao trabalhador, sobre o qual se funda esse ramo do Direito.

Para estudar tal fenômeno jurídico, importante partir dos elementos essenciais que caracterizam o negócio jurídico, ou seja, dos elementos que *“imprimem marca relevante ou distintiva à estrutura ou dinâmica operacional do fenômeno examinado”*⁵⁶

Para tanto, será analisado o negócio jurídico sob o prisma do seu plano de existência, validade e eficácia.

2.1.1. Plano de existência

Não se pode negar que a relação de trabalho corresponde a uma relação social que *“pressupõe, como elementos, o sujeito ativo, que é o beneficiário principal da relação, o sujeito passivo, que é o devedor da prestação, o vínculo de atributividade e o objeto”*⁵⁷

Dirá Mauricio Godinho Delgado que

“No Direito do Trabalho, a figura do contrato desponta com toda sua faceta enigmática. É que, de um lado, está-se diante talvez do mais eloquente exemplo de contrato de adesão fornecido pelo mundo contemporâneo, onde o exercício da liberdade e vontade

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**. p. 504

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. P.603.

por uma das partes contratuais – o empregado – encontra-se em polo extremado de contingenciamento.”⁵⁸

Muito embora a vontade do empregado deva ser interpretada à luz da sua hipossuficiência, também é certo dizer que sem consentimento não se pode falar em trabalho.⁵⁹

Por isso, ainda que diante das especificidades do direito público, permanece, também na relação de trabalho a vontade, o objeto e a forma como requisitos essenciais para a existência do negócio jurídico.

É imprescindível que qualquer relação jurídica tenha como base a exteriorização de vontades que, *“para surtirem efeitos, necessitam chegar à esfera de conhecimento da outra parte. Fala-se, pois, em declarações receptícias de vontade”⁶⁰*

Aqui tanto valerá a manifestação expressa da vontade, como também a manifestação tácita e, até mesmo o silêncio, conforme o caso concreto e as regras de interpretação aqui delineadas que garantam a proteção do trabalhador.

⁵⁸ **Curso de Direito do Trabalho.** p.501.

⁵⁹ OVIEDO, Carlos Garcia. **Tratado de derecho social.** p.156.

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: Parte geral.** p.323

Por isso, não há de se falar que o ato jurídico somente adquire forma quando, no caso, seguir aquela prescrita em lei, pois mesmo nos casos em que a lei não exija forma específica, ainda assim a vontade se manifestará de algum modo, sob pena de caracterizar mera intenção, não tutelada pelo Direito.

Assim, a forma confere existência à vontade e, nesta medida, existência ao ato jurídico, razão pela qual cabe ressaltar que a inobservância de forma legalmente prescrita atinge o plano de validade do negócio jurídico, mas não o plano de existência.

Do mesmo modo, o negócio jurídico pressupõe um objeto, em torno do qual transitam os interesses das partes.

Havendo tais elementos, não há o que se falar sobre o suporte fático do negócio jurídico, cabendo analisar seu plano de validade, ou seja, se há qualquer deficiência ou imperfeição que levará a sua nulidade ou anulabilidade.

2.1.2. Plano de validade

A relação de trabalho, como já se viu, é manifestação de vontade, não se podendo conceber que haja prestação de serviço sem o consentimento do trabalhador.

Por isso, é absolutamente necessário que a vontade manifesta seja livre e impregnada de boa fé, quanto mais quando analisada sob o prisma do princípio da proteção ao trabalhador.

É certo que a autonomia de vontade deve sofrer limitações, fugindo-se do racionalismo francês e do positivismo estrito, como já foi dito.

Ensinará Orlando Gomes:

O poder compreendido na autonomia privada vem sofrendo na própria economia de mercado graves limitações, sobretudo quando representa manifestação da liberdade de iniciativa econômica. As constituições modernas ainda reconhecem, mas instituem de logo princípios contensivos a que se deve subordinar”⁶¹

Tanto que os vícios do negócio jurídico trazidos pela legislação são principalmente aqueles em que há violação da liberdade da manifestação de vontade, tornando o ato nulo ou anulável, como se verificará mais adiante.

Sendo a relação de trabalho uma espécie do gênero, aplicável o que estabelece o artigo 104 do Código Civil sobre a validade do negócio jurídico:

*Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;*

⁶¹ **Introdução ao Direito Civil.** APUD GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: Parte geral.** p.335

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Tal dispositivo legal, no entanto, é bastante impreciso, pois como observa Marcos Bernardes de Mello, não prevê inúmeras situações que implicariam em nulidade do negócio jurídico:

“Essa enumeração legal, como se vê, é insuficiente, incompleta, porque não menciona todas as causas de invalidade, deixando-se de referir-se, explicitamente, à possibilidade do objeto e sua compatibilidade com a moral (cuja falta implica nulidade – Código Civil, art.145, II), como também à inexistência de deficiência de negócios jurídicos, dentre os quais se incluem os vícios que afetam a manifestação da vontade e outros que comprometem a perfeição e causam a invalidade, por anulabilidade, do ato jurídico (Código Civil, art. 147), além da anuência de outras pessoas, que, em certas situações, é exigida”⁶²

É sabido que a capacidade é a aptidão para ser sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas, de adquirir direitos e obrigações, portanto.

O artigo 3º do Código Civil determina que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos e aqueles passíveis de interdição.

Em diferentes termos, a Constituição Federal estabelece outros limites de idade para o trabalho, nos termos do inciso XXXIII do artigo 7º:

⁶² **Teoria do Fato Jurídico.** APUD GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: Parte geral.** p.332.

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Assim, para fins trabalhistas, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos e relativamente incapazes os menores de 18 anos e maiores de 16 anos, caso em que somente poderão celebrar contrato de trabalho mediante assistência dos pais ou maior responsável, observadas as restrições quanto ao trabalho noturno, perigoso ou insalubre.

A assistência também é necessária para expedição de CTPS (artigo 17, §1º da CLT) e rescisão contratual, sob pena de nulidade, conforme preconiza o artigo 439 da CLT.

Além das restrições trazidas pelo texto constitucional, o Decreto 6.481/08 também trará uma lista de atividades proibidas ao trabalhador menor de 18 anos.

O menor acima de 14 anos poderá trabalhar na condição de aprendiz, conforme se depreende do texto constitucional, acrescentado pela emenda 20/98, e artigo 403 da CLT:

Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Neste caso, além da idade, deverá observar os requisitos específicos trazidos pela lei para este tipo de contratação, como a duração por prazo determinado e a forma escrita.

Além destas regras gerais, a legislação esparsa também poderá determinar regras especiais de capacidade para determinadas profissões, como é o caso:

- Do peão de rodeio, que somente terá plena capacidade para assumir contrato de trabalho após os 21 anos, nos termos da Lei 10.220/02.
- Do vigilante, cuja idade mínima para o trabalho é de 21 anos, nos termos da Lei 7.102/83.
- Do motoboy ou mototaxista, de quem se exige idade mínima de 21 anos, conforme Lei 12.009/09

Independente da alteração da legislação civil, posterior às normas citadas, permanece a idade ali estabelecida para fins de capacidade, por se tratar de norma especial.

Não se pode confundir capacidade com legitimidade, que é a exigência de uma condição específica para determinados atos, como exigência de diploma.

Por isso, pode se dizer que *“não basta que o empregado seja maior e capaz, para exercer determinadas funções, deve preencher alguns requisitos administrativos e jurídicos, como, por exemplo, formação profissional adequada e registro no órgão competente.”*⁶³

Outro pressuposto de validade do contrato de trabalho é a idoneidade do objeto, que deve ser lícito, admitido pela ordem jurídica e produzir efeitos que não sejam contrários à lei.

Por isso, Orlando Gomes dirá que

*“o contrato de trabalho que se realize para a satisfação de interesses indignos de tutela jurídica, porque repugnam aos sentimentos da maioria de uma comunidade, por ter um fim torpe, carece dos pressupostos necessários à sua validade, pois inidôneo é o seu objeto”*⁶⁴

Apesar de seu caráter protetivo, não se pode prestar o Direito do Trabalho a tutelar atitudes criminosas, ainda que por vezes o negócio criminoso se estruture mediante hierarquias, ordens e divisão de atividades.

⁶³ BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. P.521.

⁶⁴ **Curso de Direito do Trabalho**. P.161.

Aqui é importante diferenciar o contrato de trabalho ilícito do contrato de trabalho irregular (ou proibido, como denomina parte da doutrina):

“Ilícito é o trabalho que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele; irregular é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados. Embora um trabalho irregular possa também, concomitantemente, assumir caráter de conduta ilícita (exercício irregular da medicina, por exemplo), isso não necessariamente se verifica”⁶⁵

Exemplo claro dessa diferenciação, seria o trabalho do menor de 18 anos em condição perigosa ou insalubre, a despeito da proibição legal já demonstrada.

Exige-se, por fim, a observância de forma prescrita ou não defesa em lei.

A princípio, o contrato de trabalho não é pacto solene, admitindo-se, inclusive, a modalidade tácita, conforme se depreende dos artigos 442 e 443 da CLT:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op.Cit. p.512.

Nas situações em que a lei trouxer forma solene (como é o caso do contrato de aprendizagem, de serviço temporário, de artista, de atleta profissional de futebol), esta deve ser observada, sob pena de nulidade.

A teoria da nulidade no Direito do Trabalho, no entanto, apesar de utilizar-se supletivamente do Direito Civil, possuirá nuances muito específicas, em razão de sua natureza tuitiva.

Por isso, adianta-se que *“em todas essas relações e atos excetivos ou restritivos, caso não seja seguida a solenidade legal, incidirá a regra dominante trabalhista – o modelo geral previsto na CLT -, normalmente mais favorável ao trabalhador”*⁶⁶

Na constatação dos requisitos até aqui trazidos (vontade livre e de boa fé, capacidade, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei), será válido o contrato de trabalho, passando a ser analisado sob o seu plano de eficácia.

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Op.Cit. p.515.

2.1.3. Plano de eficácia

Entende-se por plano de eficácia a possibilidade do negócio jurídico repercutir no plano social os efeitos jurídicos desejados pelas partes.

Por este motivo, não se pode dizer que o negócio jurídico eventualmente declarado ineficaz deixa de gerar qualquer consequência jurídica, pois como alerta José Affonso Dallegrave Neto:

Diz-se eficaz o negócio jurídico que produz os efeitos visados pelas partes e autorizados pela lei; a aptidão do contrato, existente e válido, para que produza efeitos jurídicos. Parcial é a eficácia que alcança parte dos efeitos colimados pelas partes e total se atingidos todos os efeitos buscados. Finalmente, será ineficaz o contrato que não produziu qualquer dos efeitos anelados pelos contratantes.⁶⁷

É o caso, por exemplo, do contrato de trabalho envolvendo agente absolutamente incapaz, que mesmo nulo produzirá efeitos na esfera jurídica, ainda que diverso daquele originalmente pretendido.

A doutrina civilista lembrará, também, da existência de atos válidos e ineficazes, diante, principalmente, dos elementos acidentais trazidos pelo Código Civil, em especial o termo e a condição.

⁶⁷ **Nulidade do contrato de trabalho em face do agente incapaz e a emenda n. 20/98.** Disponível em: http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_09.asp. Acessado em 29/03/2015, às 17h50m.

Tais elementos são aplicáveis ao Direito do Trabalho, ainda que bastante raros.

Figura mais expressiva é a contratação mediante termo resolutivo, como nos casos trazidos pelo artigo 443 da CLT ou da lei 9601/98, que ainda assim são admitidos em caráter de exceção.

Aqui também, se verificará a incidência do princípio da proteção ao trabalhador, já que a ilicitude da cláusula terminativa não importa a nulidade do contrato de trabalho, mas tão somente desta cláusula, valendo o contrato de trabalho como por prazo indeterminado.

Como se pode perceber, nulidade não implica em necessária ineficácia do negócio jurídico, especialmente quando este deve ser interpretado em favor do trabalhador.

Questão fundamental, no entanto, é a definição das nulidades do contrato de trabalho e seus efeitos em cada situação, o que se passará a analisar pormenorizadamente.

2.2. A teoria da nulidade do negócio jurídico no Direito do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho não traz muitos dispositivos acerca da nulidade, pelo que será aplicável subsidiariamente a legislação civil.

Em seu artigo 9º, no entanto, a CLT estabelece:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Como já se disse, o princípio da proteção ao trabalhador é norma e deve refletir não somente na interpretação do direito posto, já que possui eficácia interna e, principalmente, função bloqueadora, afastando elementos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.

Há na doutrina quem diga que o Direito do Trabalho não mais se preocupa em tutelar o empregado - parte hipossuficiente, mas acima de tudo o valor trabalho e a dignidade da pessoa do trabalhador.

Nesta perspectiva é cabível o exemplo trazido por Mauricio Godinho Delgado:

“Note-se que se um ato empresarial afrontar norma protetiva de vantagem obreira que tenha projeção e interesse públicos, este ato será absolutamente nulo, independentemente de prova

de ter causado real prejuízo ao trabalhador. [...] Contudo, se o ato afrontar norma protetiva de interesse obreiro estritamente individual (tipo de salário, por exemplo), a nulidade do ato dependerá de evidencia de efetivo prejuízo ao trabalhador – não sendo, assim, absolutamente nulo”⁶⁸

É sob este fundamento que se construirá a teoria de nulidades do contrato de trabalho.

De plano, importa observar que contrato de trabalho é aqui tomado em seu sentido amplo, extrapolando o âmbito da relação de emprego para alcançar também, dentre outros, o contrato de empreitada, o contrato de prestação autônoma de serviços, de prestação eventual de serviços e de estágio.

É importante partir deste pressuposto, uma vez que tais contratos também podem sofrer questionamentos acerca de sua validade jurídica, mormente quando utilizados para camuflar relação de emprego.

Deve-se ressaltar, ainda, que dada a natureza sinalagmática do contrato de trabalho, este deve ser “*aferido tomando-se o conjunto do contrato e não apenas o contraponto de suas obrigações específicas (trabalho versus salário, por exemplo).*”⁶⁹

⁶⁸ Ob.Cit.p.524

⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Op.Cit. p.505.

Por isso, eventual invalidade do negócio jurídico não atinge somente a relação trabalhista em si, mas pode atingir somente algumas de suas cláusulas, como se pode exemplificar pela eventual negociação de direitos trabalhistas irrenunciáveis.

É nesse sentido a jurisprudência:

DIFERENÇAS SALARIAIS. EMPRESAS DISTINTAS SOB MESMA DIREÇÃO. ARTIGO 9º DA CLT. PROCEDÊNCIA. Tratando-se de empresas distintas, mas sob mesma direção, sendo que uma delas contrata trabalhadores com menor salário para laborar para a outra empresa do mesmo grupo, cujos funcionários recebem mais pela mesma função, são devidas as diferenças salariais por questão de isonomia, além da fraude do ato, conforme artigo 9º da CLT. (TRT-15 - RO: 25285 SP 025285/2012, Relator: EDMUNDO FRAGA LOPES, Data de Publicação: 13/04/2012)

Fato é que nesses casos permanece válido e eficaz o contrato de trabalho, discutindo-se apenas a validade da cláusula dentro da relação jurídica.

O artigo 166 do Código Civil estabelece:

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.

São, portanto, considerados nulos os atos praticados sem observância dos requisitos de existência e validade do negócio jurídico.

Ocorre que na doutrina civilista, prevalece a máxima de que a nulidade do ato implica na sua total ineficácia, eliminadas até mesmo os fatos já praticados, conforme o texto do artigo 182, também do Código Civil:

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

É o que se depreende, também, da doutrina:

“Tanto a nulidade quanto a anulabilidade objetivam tornar inoperante o negócio jurídico que contém defeito nulificador. [...] Como se vê, o pronunciamento da nulidade absoluta ou relativa requer que as partes voltem ao estado anterior”⁷⁰

Nesta perspectiva, o conceito de nulidade está atrelado à ineficácia de seus efeitos, no todo ou em parte.

Situação totalmente diversa é aquela tutelada pelo Direito do Trabalho, em que o trabalho realizado é irrestituível e a aplicação de tal regra traria de forma clara o

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. p.586

enriquecimento sem causa do tomador de serviço, com a total desproteção do trabalhador.

Por isso ensinará Amauri Mascaro Nascimento:

“É exatamente essa transferência do trabalhador para o produto trabalhado que impede, no contrato de trabalho, o retorno das partes à situação em que se encontravam no início da prestação dos serviços, fazendo com que os critérios que devam ser observados, no direito do trabalho, desigualem-se daqueles que são aplicáveis aos com tratos de direito comum”⁷¹

Em razão do exposto, a doutrina trabalhista falará em irretroatividade das nulidades, aproximando-se mais do conceito de anulação do que de nulidade em sentido estrito.

Portanto, ainda que o artigo 9º da CLT traga previsão de uma nulidade absoluta, os efeitos desta nulidade também devem ser interpretados à luz da proteção ao trabalhador, de modo que a declaração de nulidade não prejudique o trabalhador em face do serviço já prestado.

É em razão da proteção ao trabalhador que se pode assegurar a nulidade de atos praticados para fraudar a legislação trabalhista e é em razão da proteção que a

⁷¹ Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. P.614

declaração desta nulidade não pode redundar em prejuízo ao trabalhador, apontando para o aproveitamento dos efeitos emanados do negócio jurídico, mormente quanto ao pagamento de verbas salariais.

Parte-se de exemplo bastante conhecido de contrato de prestação de serviço autônomo declarado nulo, por se tratar, de fato, de relação de emprego. Aqui, embora seja nulo de pleno direito o contrato de prestação de serviço, a declaração de sua nulidade não implica na inexistência do negócio jurídico, antes, determina o reconhecimento do vínculo empregatício e pagamento das respectivas verbas trabalhistas.

Por isso a jurisprudência:

PEJOTIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO EMPREGADOR PARA QUE O TRABALHADOR CONSTITUA PESSOA JURÍDICA COMO CONDIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INVALIDADE. ARTIGO 9º, DA CLT. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O sistema jurídico pátrio considera nulo o fenômeno hodiernamente denominado de "pejotização", neologismo, pelo qual, se define a hipótese em que o empregador, para se furtar ao cumprimento da legislação trabalhista, obriga o trabalhador a constituir pessoa jurídica, dando roupagem de relação inter-empresarial a um típico contrato de trabalho que exige o reconhecimento do vínculo de emprego. (TRT-2 - RO: 00008183120135020481, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 09/09/2014, 4ª TURMA, Data de Publicação: 19/09/2014)

Tem-se, desse modo, que o princípio maior da proteção ao trabalhador implica na conservação e eficácia do contrato nulo tanto quanto possível, ou seja, na

busca máxima de existência, validade e eficácia dos atos negociais.

Com efeito, a nulidade do contrato de trabalho, ainda que absoluta, implicará eficácia e proteção jurídica a uma relação de emprego cujos atos materiais já tenham se ultimado.

O princípio da proteção do trabalhador também determinará a presunção de boa-fé do empregado na celebração do contrato, já que o trabalhador, quando dá o seu consentimento negocial em relação ao objeto do contrato, age presumidamente de boa-fé, haja vista sua condição de mero aceitante da proposta formulada, conforme já foi delineado.

O direito do trabalho, à luz da proteção ao trabalhador, definirá como base para sua teoria das nulidades dos atos negociais, a eficácia do contrato nulo, quando exercido por agente de boa fé e a irretroatividade dos efeitos da nulidade, seja ela absoluta ou relativa.

2.2.1. Nulidade absoluta e nulidade relativa

No Direito Civil, a nulidade absoluta ou relativa, a depender do caso, mostra-se como consequência de um negócio jurídico defeituoso.

Consideram como nulidade absoluta aquelas diretamente relacionadas com os pressupostos de validade, consubstanciadas nos artigos 166 e 167 do Código Civil.

Dirão os civilistas que

“dada a gravidade do vício que porta – imagine-se um menor de dez anos celebrando um contrato de leasing ou o estabelecimento de um negócio que tenha por objeto a prestação de um serviço criminoso-, poderá ser arguida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir podendo, inclusive, o próprio juiz declara-la de ofício, razão por que se diz que a nulidade opera-se de pleno direito”⁷²

Nesta esteira, a nulidade absoluta atribui à sentença caráter declaratório, efeito *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, desde sua concepção, não se admitindo sua convalidação.

Sobre a nulidade relativa, dispõem que terá caráter desconstitutivo, com efeito *ex nunc* neste caso, ou seja, a relação jurídica não retroage à data do ato, mas firma-se a partir do decisório, tendo em vista que até a prolação da sentença, válido era o ato.

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: Parte geral.** p.388.

Enquanto na esfera civil os efeitos da nulidade absoluta e relativa são retroativos, na seara trabalhista, ambas as nulidades geram, em regra, efeitos *ex nunc*.

Dirá a esse respeito a professora Vólia Bomfim Cassar:

“A doutrina trabalhista tem aplicado os efeitos da nulidade relativa aos casos de nulidade absoluta do contrato de trabalho, salvo quando o for por objeto ilícito”

No mesmo sentido a lição deixada por Valentin Carrion, ao comentar o artigo 9º da CLT:

“A jurisprudência, sem enuncia-lo expressamente, profere seus julgamentos aplicando às situações ilegítimas os efeitos dos atos anuláveis e não dos atos nulos. Mesmo assim, as normas de Direito do Trabalho são de interesse social, imperativas e inafastáveis pelas partes”⁷³

Em se tratando de nulidade absoluta, como, por exemplo, a participação direta do empregado no objeto penalmente ilícito, a autoridade deverá declará-la de ofício e, caso o contrato ainda esteja em curso, o juiz deverá rescindi-lo.

⁷³ **Comentários a consolidação das leis do trabalho.** p.70

2.2.2. Nulidade e eficácia no Direito do Trabalho à luz do princípio da proteção ao trabalhador

Após análise da teoria da nulidade em face do direito civil e do direito do trabalho, cumpre destacar alguns casos específicos, em que se confronta a eficácia e a validade do negócio jurídico.

2.2.2.1. Trabalho realizado por agente incapaz

Considerando que o tema da incapacidade trabalhista não foi afetado pelas regras do novo Código Civil, pode-se asseverar que o empregado atinge sua capacidade plena aos 18 anos, sendo absolutamente incapaz o menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, ex vi do art. 7º., XXXIII, da CF, conforme já se verificou.

A faixa etária restante, dos empregados com 16 anos completos até os 18 incompletos, ainda que tenha economia própria em razão da relação de emprego, permanece como relativamente incapaz para efeitos trabalhistas, aplicando-lhe as regras de assistência, nos termos do art. 408, da CLT.

Assim, com o advento da Emenda 20, o menor de 16 anos que celebrar contrato de emprego, que não seja na condição de aprendiz, será considerado absolutamente incapaz e o contrato de trabalho será considerado nulo de pleno direito nos termos do art.104, I, do Código Civil.

É certo que a norma é de ordem pública e deve ser aplicada de imediato, a fim de resguardar e proteger o menor, garantindo especialmente seu acesso à educação e outras atividades que venham completar sua formação.

Diante de tal situação, há divisão na doutrina quanto aos efeitos do contrato de trabalho firmado por agente incapaz.

Arnaldo Sussekind dirá que, diante da impossibilidade de devolução do trabalho despendido pelo menor, contrato deve ser considerado nulo de pleno direito, mas garantidos os salários ainda não pagos, com fundamento no artigo 182 do Código Civil.⁷⁴

Alice Monteiro de Barros, em contrapartida, dirá que tal indenização “*deverá tomar como parâmetro o valor devido a um trabalhador autônomo que exercesse a referida função.*”⁷⁵

⁷⁴ **Curso de Direito do trabalho.** p.234-236

⁷⁵ **Curso de Direito do Trabalho.** p. 414

De melhor sorte, o comentário de Valentin Carrion:

“Se o menor de 16 anos prestou serviços , não se lhe privará de FGTS, de proteção pela previdência social etc., sob pretexto de considerar-se nula a relação e protege-lo; outorgam-se-lhe todos os direitos daquele que tem capacidade jurídica; em seu benefício, o contrato não deveria ter-se realizado, mas, se apesar de ilegal, houve trabalho, o menor devera usufruir todas as consequências do adulto”⁷⁶

Não se nega aqui todas as características da nulidade absoluta, já que há infringência de norma pública, que não admite prescrição ou convalidação, que pode ser declarada de ofício e independe de pronunciamento do Judiciário, mas garante os efeitos como se válido fosse, em proteção ao trabalhador.

Assim também tem sido a posição jurisprudencial:

ACORDO DE DÍVIDA - MENOR INCAPAZ - NULIDADE CONTRATUAL - VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS. É nulo o acordo firmado entre a empresa e o menor de 14 anos que lhe prestou serviço, com fins de quitação dos dias trabalhados. No entanto, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do empregador, uma vez que não podem voltar as partes ao status quo ante, pois a força de trabalho despendida pelo obreiro não lhe pode ser restituída, deve a empresa ser compelida ao pagamento das verbas rescisórias, como se válido fosse o contrato, o qual, inclusive, deve ser registrado na CTPS. (TRT-20 - RO: 1895008420095200003 SE 0189500-84.2009.5.20.0003, Data de Publicação: 19/05/2011)

CONTRATO DE TRABALHO. MENOR. NULIDADE. EFEITOS. A vedação ao trabalho do menor estabelecida

⁷⁶ Op.Cit. p.71

constitucionalmente, por si só, não afasta os direitos trabalhistas alcançados pelo reclamante. Isto porque à hipótese aplica-se a "teoria trabalhista das nulidades", ou seja, a regra é a da irretroação da nulidade, gerando efeitos apenas "ex nunc". Assim, afigurando-se o vício concernente à capacidade do laborista, respeitam-se os efeitos jurídicos do contrato celebrado, mesmo porque não se pode restituir a força laborativa despendida pelo obreiro em benefício do empregador, sob pena de se estimular o enriquecimento ilícito empresário. Trata-se, na espécie, de "incapacidade de proteção". Como leciona Délio Maranhão, "a nulidade do contrato pela incapacidade do agente constitui medida de proteção ao incapaz. Assim, se um menor, que não oculta sua incapacidade, é admitido como empregado, desfeito o contrato sem culpa sua, terá todos os direitos que a lei assegura a quem presta trabalho subordinado e em função do tempo de serviço. É que o empregador que, cientemente, contratou com um incapaz, não pode alegar em seu proveito a nulidade do contrato pela incapacidade do menor que para ele trabalhou (...)" (in "Direito do Trabalho"- 17a. ed., Editora da Fundação Getúlio Vargas - 1993, p. 57). (TRT-3 - RO: 1652799 16527/99, Relator: Denise Alves Horta, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/04/2000 DJMG . Página 9. Boletim: Sim.)

Logo, ressalvado o caso de ilícito penal, as nulidades do contrato de trabalho em face do agente incapaz implicarão efeitos jurídicos, como forma de efetivar os princípios da proteção social dos trabalhadores, bem como o de justiça social.

2.2.2.2. Nulidade em razão de forma essencial

Conforme já se demonstrou, o artigo 104 do Código Civil estabelece a nulidade absoluta dos contratos que não observarem a forma prescrita em lei.

Os contratos de trabalho, via de regra, não necessitam de registro e tampouco exigem a forma escrita, admitindo inclusive a forma tácita.

Todavia, nas exceções legais em que se traz uma forma prevista em lei, sua inobservância levará à nulidade e conseqüente apreciação no plano do Direito do Trabalho.

Exemplo desta situação é o trabalho realizado para a Administração Pública sem a realização do devido concurso.

De plano, cumpre observa que há jurisprudência que segue o mesmo entendimento adotado nos casos de nulidade por incapacidade do agente, em que se reconhece a nulidade *ex nunc*, mas também os efeitos da relação fática ocorrida entre as partes:

VÍNCULO DE EMPREGO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NULIDADE COM EFEITOS EX TUNC. RECONHECIMENTO DOS EFEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A declaração das nulidades no Direito do Trabalho, diferentemente da declaração das nulidades no Direito Civil, opera, via de regra, com efeitos ex tunc, porquanto não podem as partes voltar o status quo ante, não havendo como devolver a força de trabalho despendida pelo empregado. Assim, embora se trate de prestação de serviços em prol da Administração Pública, direta ou indireta, sem a prestação de concurso público, e portanto nula de pleno direito, por ofensa ao art. 37, II, da CF, deve-se reconhecer todos os efeitos daí decorrentes até a declaração da nulidade, com a conseqüente condenação do agente estatal à anotação da CTPS e ao pagamento das verbas trabalhistas correspondentes. (TRT-

4 - RO: 00012615820105040019 RS 0001261-58.2010.5.04.0019, Relator: CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS, Data de Julgamento: 27/02/2014, 19ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Não obstante, parte da doutrina, embora defenda o efeito *ex nunc* da nulidade absoluta para este caso, afirma que somente os salários não pagos deverão ser quitados, sendo que “*nenhum outro direito poderá ser concedido, sob pena de se estimular a prática de contratação irregular, muitas vezes em fraude ao concurso público ou para beneficiar parentes*”⁷⁷

O TST segue o mesmo entendimento, acrescentando o direito aos recolhimentos fundiários do período, em conformidade com o artigo 19-A da Lei 8.036/1990, consubstanciando tal entendimento na súmula 363:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Foi neste sentido, também, o entendimento do STF, firmado em recente decisão no RE 705140, com repercussão geral reconhecida:

⁷⁷ BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho.** p.552

CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. 1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprovava severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º). 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. 3. Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 705140 RS, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 28/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

Note-se que, ainda que preservada a preocupação com o bem público e a norma constitucional do artigo 37, §2º, também se garante a proteção ao trabalhador e o adimplemento dos salários devidos, além do FGTS do período.

Parece, no entanto, que mais acertado seria observar cada caso concreto, em especial para averiguação da boa fé do trabalhador, não se podendo olvidar que, não incorrendo qualquer ilícito – como seria o nepotismo – é questionável o prejuízo do trabalhador de boa fé por erro da Administração Pública.

Ultrapassada essa situação peculiar, cabe lembrar a nulidade contratual que decorre da aplicação do artigo 9º da CLT, em razão de contrato de trabalho

que não observa a relação de emprego, embora presentes seus elementos caracterizadores.

CONTRATO DE ESTÁGIO. NULIDADE. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO COM A CONCEDENTE. A caracterização legal do contrato de estágio pressupõe a presença de requisitos formais e materiais legalmente estabelecidos, inerentes a essa modalidade, dentre os quais se inclui o acompanhamento ou a avaliação do educando, por parte da instituição de ensino, durante o período do estágio. A ausência de prova do cumprimento desse requisito legal torna nulo o contrato celebrado e autoriza o reconhecimento do vínculo de emprego com a parte concedente do estágio, sobretudo quando se verifica que o reclamante foi admitido como seu empregado no dia seguinte ao término do estágio e continuou a exercer as mesmas funções anteriores. (TRT-3 - RO: 01746201300203000 0001746-34.2013.5.03.0002, Relator: Fernando Luiz G.Rios Neto, Setima Turma, Data de Publicação: 26/08/2014 25/08/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 307. Boletim: Não.)

CONTRATO DE SAFRA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 9º DA CLT. NULIDADE. A validade dos contratos por prazo determinado firmados na modalidade de contrato de safra depende da demonstração efetiva de que o pacto foi firmado em decorrência da variação sazonal da atividade agrária (art. 14, parágrafo único, da Lei n.º 5.889/73). In casu, o autor laborou em período que abrange a entressafra e a safra. Assim, tem-se que a contratação a termo é nula de pleno direito, conforme preceitua o artigo 9º da CLT, devendo ser considerado contrato a prazo indeterminado, condenando-se a ré ao pagamento de todos os consectários legais daí advindos. Recurso patronal improvido (TRT-15 - RO: 13712420125150070 SP 011403/2013-PATR, Relator: ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN, Data de Publicação: 01/03/2013)

CONTRATO TEMPORÁRIO. NULIDADE. O contrato de trabalho temporário, nos termos do artigo 2º da Lei 6.019/74, define-se como aquele que é prestado "por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal, e permanente o a acréscimo extraordinário de serviços". As duas hipóteses de pactuação são requisitos de validade do contrato de trabalho temporário, tornando-se inválida a avença quando não respeitados os limites impostos pela legislação. No caso dos autos, a contratação temporária foi desvirtuada porquanto realizada com o propósito de atender

demanda de natureza excepcional, mas permanente da empregadora, o que torna inválida a contratação por esta via. Via de consequência, deve ser declarada a nulidade do contrato de trabalho temporário, a qual decorre da regra do artigo 9º CLT, que determina a nulidade de qualquer artifício jurídico que tenha por finalidade impedir, desvirtuar ou fraudar os direitos assegurados nas normas de proteção ao trabalho. (TRT-3 - RO: 01654200904003000 0165400-25.2009.5.03.0040, Relator: Marcelo Lamego Pertence, Setima Turma, Data de Publicação: 09/11/2011 08/11/2011. DEJT. Página 186. Boletim: Não.)

Aqui, a forma, a princípio, não é nula, mas se comprovada fraude na prestação destas atividades, a declaração de nulidade acarretará conseqüentemente o reconhecimento de vínculo empregatício, com pagamento das respectivas verbas trabalhistas.

2.2.2.3. Nulidade em razão de objeto ilícito

Considerando que o objeto dos direitos são os bens da vida juridicamente tutelados, tem-se que esse deva ser lícito, até porque não seria razoável admitir que o direito assegurasse a possibilidade dos contraentes regulamentarem relações incidentes sobre obrigações ilícitas.

O conceito de licitude é abrangente e significa a conformidade com o direito, ou seja, estar em sintonia com a lei, a moral e os bons costumes.

Na prática, quando se fala em objeto do contrato, ora se pensa nas obrigações (objeto imediato), ora no seu conteúdo (objeto mediato) e a licitude e idoneidade se refere a ambos.

O artigo 104 do Código Civil, em seu inciso II, estabelece que a validade do negócio jurídico depende da existência de objeto “*lícito, possível, determinado ou determinável*”.

Inferre-se, portanto, que o objeto deve ser materialmente factível de ser realizado.

Por isso, uma primeira distinção é devida, já que não se pode confundir os conceitos de trabalho ilícito com o trabalho proibido.

Proibido vem a ser o trabalho que, se observado isoladamente, é lícito, mas no caso concreto encontra óbice em vedação estipulada em lei, como é o caso do trabalho insalubre para menores de 18 anos ou do trabalho prestado por estrangeiro não registrado.

Note-se que, pesada a irregularidade, o trabalho em si é lícito:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ESTRANGEIRO NÃO REGISTRADO. IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. TRABALHO PROIBIDO. PROTEÇÃO TRABALHISTA DEVIDA. O exercício de atividade remunerada no país é vedado para estrangeiros não devidamente registrados (arts.

359 da CLT e 4º, 5º, 15, 30, 48, 97 e seguintes da Lei nº 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro). Trata-se de típico trabalho proibido, circunstância que não pode obstar a inerente proteção dos Direitos Sociais Trabalhistas, aplicáveis independentemente da nacionalidade ou regularidade imigratória do indivíduo (arts. 1º, III, 3º, IV, 6º e 7º da Carta da Republica), conforme assentado em diversas normas internacionais aderidas pelo Brasil, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica – 1969 [...]) Precedentes do C. TST. Reconhece-se, incidentalmente, o vínculo empregatício apenas para fins de proteção trabalhista, sem efeitos previdenciários, mesmo porque o estrangeiro irregular não detém identidade nacional válida e, muito menos, CTPS. (TRT-2 - RO: 1553620115020 SP 20130015834, Relator: JOSÉ RUFFOLO, Data de Julgamento: 07/05/2013, 5ª TURMA, Data de Publicação: 16/05/2013)

O Direito do Trabalho tende a conferir efeitos plenos ao trabalho proibido desde que a irregularidade não se confunda também com um tipo legal criminal, de modo que, via de regra, haverá garantia das consequências trabalhistas, com a correção do vício ou a extinção do contrato caso esta não se mostre possível.⁷⁸

RECURSO ORDINÁRIO. POLICIAL MILITAR. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Desde que caracterizados os elementos descritos no artigo 3º, Consolidado, é plenamente possível o reconhecimento da existência de contrato de emprego. Nesse sentido, a Súmula 386, do Colendo TST, in verbis: POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar. O ramo juslaboral confere efeitos plenos ao contrato de emprego desenvolvido de forma irregular (trabalho proibido), caso dos

⁷⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho.** p.513.

autos. desde que a irregularidade não se confunda também com um tipo legal criminal. (TRT-6 - RO: 165200242009506 PE 0165200-24.2009.5.06.0011, Relator: Valdir José Silva de Carvalho, Data de Publicação: 16/02/2011)

Trabalho ilícito é aquele que configura crime ou contravenção penal e, portanto, sem contar com a proteção legal, já que o contrário implicaria em contradição da própria atividade jurisdicional do Estado, em incentivo à atuação criminosa ao invés de sua punição.

São exemplos a contratação de empregado para o tráfico de entorpecentes ou de empregadas para atuar em casa de meretrício.

Observa-se que a própria doutrina, ao contrapor entre trabalho proibido e trabalho ilícito, busca justamente diferenciar os efeitos da nulidade em uma situação e outra.

Enquanto no trabalho proibido garante-se os direitos do trabalhador, apesar da nulidade contratual e de eventual sanção, enquanto a ilicitude do objeto importa ineficácia, aplicando-se, no particular, a regra do art. 169 do Código Civil.

Como aponta Mauricio Godinho Delgado, mesmo no caso de ilicitude do objeto, não se podem considerar ineficazes os contratos quando comprovado que o trabalhador desconhecia, por completo, a ilicitude das atividades realizadas pelo empregador.⁷⁹

Trata-se, na verdade, de analisar o trabalho desenvolvido

*“abstraindo-se ou desprezando-se a atividade do empregador, que pode ser lícita ou ilícita. Se o trabalho executado pelo trabalhador for lícito, o contrato será válido e todos os direitos trabalhistas garantidos. Se, entretanto, o trabalho em si for considerado imoral, ilícito ou contrário aos bons costumes, o contrato será nulo e nada será devido, nem mesmo os salários.”*⁸⁰

Assim, se ilícito o trabalho desenvolvido, não se pode falar em boa fé do empregado, pois é certo que ninguém pode alegar deixar de praticar a lei por desconhece-la, conforme preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 3º.

Caso diverso é o da atividade ilícita do empregador, em que se pode considerar lícito o trabalho desenvolvido pelo trabalhador, como é o exemplo da faxineira em casa de prostituição.

⁷⁹ Ob.Cit.p.513.

⁸⁰ BOMFIM CASSAR, Vólia. Ob.cit.p.545

CONCLUSÃO

O ponto central em que se constrói uma filosofia do Direito são as revoluções burguesas do século XVIII – entre as quais se destaca a Revolução Francesa – em torno das quais se construirá não só o conceito de jusnaturalismo, mas também do positivismo, tão logo a burguesia tenha assumido o poder.

O jusnaturalismo, embora se apresente como uma construção principiológica de Direito Natural, parte de um modelo individual, com o foco principal em desestabilizar a ideologia do antigo regime e elevar à categoria de direito os interesses da burguesia, em especial a liberdade negocial sem interferência do monarca, a igualdade formal e conseqüente desestruturação da monarquia e nobreza e a propriedade privada.

Com a ascensão ao poder e a positivação de seus interesses o antigo lema da fraternidade tornou-se em ilegalidade dos movimentos sociais de trabalhadores e na exploração desenfreada do trabalho.

O direito positivo que então se delineava era amplamente liberal, assegurando a liberdade irrestrita de negócio e, portanto, a liberdade irrestrita de exploração do trabalho sem qualquer interferência do Estado.

É pela luta de resistência operária que, aos poucos, o Direito passa a prever algumas garantias ao trabalhador, enxergando sua hipossuficiência em face do poder econômico.

Assim, o Direito do Trabalho não pode fugir do princípio da proteção ao trabalhador, pois nasce justamente da fragilidade deste e estabelece como objetivo a construção de uma igualdade que não seja meramente formal, mas substancial e verdadeira.

Não é somente critério de interpretação das regras positivadas, mas, enquanto princípio é também dotado de normatividade, tanto mais porque estabelece a finalidade de toda legislação trabalhista.

Por ser dotado de eficácia normativa concreta, é o princípio da proteção ao trabalhador que deve orientar a aplicação legal e, no conflito com as regras, deverá prevalecer, a fim de retificar a desigualdade existente ou, ao menos, atenuá-la.

Pode-se verificar que o princípio da proteção não é somente uma construção jurisprudencial, já que é em razão dele que existe o próprio Direito do Trabalho, mas é, ainda, princípio constitucional insculpido no texto de 1988.

É critério, inclusive, para recepção do texto da Consolidação das Leis do Trabalho na nova ordem constitucional e também para a teoria das nulidades que se delinea a partir do artigo 9º do referido diploma legal.

A CLT não traz regras específicas para aplicação da nulidade, mas tão somente a possibilidade de aplicação subsidiária da legislação civil e a previsão de nulidade absoluta dos atos praticados com o intuito de fraudar a legislação trabalhista.

Ocorre que a aplicação dos efeitos da nulidade absoluta tal como concebido pelo direito civil, com efeitos retroativos e ineficácia completa do negócio jurídico implicaria, por exemplo, que contrato de prestação de serviço autônomo firmado em fraude à legislação trabalhista, fosse declarado nulo desde sua celebração, sem qualquer consequência jurídica.

Desta maneira, a norma prevista no artigo 9º da CLT, ao invés de proteger o trabalhador, colaboraria para seu desamparo e estimularia a medida que visa coibir, qual seja a inobservância da legislação trabalhista.

Encaminhará, portanto, a doutrina e jurisprudência, para, via de regra, aplicar a nulidade absoluta como se relativa fosse, ou seja, com efeitos *ex nunc* e

garantindo a relação havida antes da nulidade, inclusive com obrigação ao pagamento das verbas trabalhistas correspondentes.

Tem-se como principal fundamento, que o trabalho realizado não é passível de devolução, razão pela qual deve ter o trabalhador a remuneração pelo que foi realizado, sob pena de enriquecimento ilícito do empregador.

É o que se verificará, por exemplo, no trabalho realizado por agente absolutamente incapaz, em que o contrato de trabalho tido como nulo, ainda que não seja passível de continuidade, gerará todos os efeitos, inclusive anotação da CTPS.

É pelo princípio da proteção ao trabalhador que o mesmo se aplicará inclusive quando inobservada a forma contratual prevista, como é o caso do contrato de estágio ou contrato temporário que não observe as exigências legais e leva ao reconhecimento do vínculo empregatício desde o início do negócio jurídico e consequente pagamento dos direitos decorrentes.

Inclusive quando envolve conflito com o interesse público, como é o caso do trabalho realizado para a Administração Pública sem o respectivo concurso, ainda assim caberá o pagamento dos salários e recolhimentos fundiários.

De fato, somente não se aplicará tal regra nos casos em que o contrato de trabalho tiver como objeto atividade ilícita, já que não pode o Estado favorecer conduta que tem como objetivo punir.

Somente em tais situações a nulidade absoluta será declarada nos termos do artigo 169 do Código Civil e não trará consequências de ordem trabalhista.

Percebe-se, portanto, o princípio da proteção do trabalhador com a possibilidade de nulidade dos atos realizados em fraude a legislação trabalhista e também como garantia de que o trabalhador não será prejudicado em face da nulidade declarada.

BIBLIOGRAFIA

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: Ltr, 2011.

BIAVASCHI, Magda Barros. **Direito do trabalho: um direito comprometido com a justiça**, em SOUZA JR, José Gerald (org). Série o Direito Achado na rua vol.2: Uma introdução crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. **Flexibilização x Direito Alternativo**. em SOUZA JR, José Gerald (org). Série o Direito Achado na rua vol.2: Uma introdução crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Nulidade do contrato de trabalho em face do agente incapaz e a emenda n. 20/98**. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_09.asp. Acessado em 29/03/2015, às 17h50m.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Do positivismo ao pós positivismo**, em *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a.18, n. 189 jan./mar.2011, disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>, acessado em 02/03/2015, às 11:45.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Orlando e ELSON GOTTSCHALK. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003

LYRA FILHO, Roberto. **Direito do capital e direito do trabalho**. Porto Alegre: Fabris, 1982.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 26ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa**. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125414/Rev20Art5.pdf/0743da70-d228-4a51-8e08-f1124a1a8914>. Acessado em: 25/01/2015, às 10:45.

OVIEDO, Carlos Garcia. **Tratado de derecho social**.

PINTO, Airton Pereira. **Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999

RODRIGUEZ, Américo Pla. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ªed. São Paulo: LTr, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Direito do Trabalho e Democracia: apontamentos e pareceres**. São Paulo: LTr, 1996.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

HOBBSBAWN, Eric. **A era das revoluções**.