

Colaboradores

Amaro Barreto da Silva
Armando de Oliveira Assis
Arnaldo Sussekind
Augusto Cláudio Ferreira
Célio Goyatá
Cristóvão P. Tostes Malta
Delfim Moreira Júnior
Délío Maranhão
Dorval Lacerda
Edgard de Oliveira Lima
Elson G. Gottschalk
Evaristo de Moraes Filho
F. C. de Castro Neves
Geraldo Faria Baptista
Geraldo M. Bezerra de Menezes
Gustavo Simões Barbosa
Hélio de Miranda Guimarães
Honório de Mello
Idélío A. Martins
José Fiorêncio Júnior
José Joel Salgado Bastos
José Martins Catharino
Julio Barata
Luiz Roberto de R. Puesch
Lyad de Almeida
Manuel Caldeira Neto
Moacyr Veloso Cardoso Oliveira
Mozart Victor Russomano
Nélío Reis
Nério S. W. Batendieri
Oscar Saraiva
Paulo Emilio Ribeiro Vilhena
Rafael Felloni de Mattos.

A medida que o País se industrializa crescem as necessidades de conhecimento da Legislação Social e do Direito do Trabalho. Como a organização industrial do País só agora começa a tomar corpo, pode-se dizer que se inicia a época da valorização do Direito Trabalhista. Enquanto os outros ramos do direito já alcançaram sua maturidade, o Direito do Trabalho ganha vida e se expande.

Para dotar o País de uma sólida empresa especializada nesses assuntos, capaz de atender a essa expansão, constituiu-se *Edições Trabalhistas S. A.*, que congrega os esforços de mais de 80 advogados e outros interessados na mais ampla divulgação da matéria de livros e periódicos de jurisprudência, doutrina e legislação trabalhista.

Apontam-se, de imediato, os primeiros resultados da iniciativa com novas edições — revistas e atualizadas — da "A Falta Grave no Direito do Trabalho", de Dorval Lacerda, já no prelo, e da "A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho", de Evaristo de Moraes Filho, em preparo. Também o EMENTARIO TRABALHISTA S. A., conservando a mesma orientação, mas sensivelmente ampliado para comportar a jurisprudência específica de todos os Tribunais do Brasil.

Finalmente, a REVISTA DO TRABALHO, pioneira em assuntos que ditaram a organização desta Sociedade, fundada em 1933 por Gilberto Flores e mantida desde alguns anos por Aarão Steinbruch, também se editará sob nossa responsabilidade, para ressurgir em moldes inteiramente novos, como se vê neste número. Abrangendo o campo doutrinário, a Revista ainda divulgará a *Jurisprudência* que tratar primacialmente das teses jurídicas, sem olvidar a *Legislação* e a tramitação dos *Projetos de Leis* no Congresso Nacional, bem assim a *Literatura Jurídica — crítica* — e o *Mecanismo Judiciário — crítica* —, para passar pelo *Noticiário* e, afinal, revelar os fatos pitorescos ocorridos "A Margem do Juízo". Teve-se em conta, precipuamente, preencher o vazio das publicações especializadas, pouco amplas sob o aspecto cultural; necessário agasalhar o manancial doutrinário sobre o direito-social-trabalhista, sabiamente existente mas inaproveitado à falta de meios apropriados de divulgação. A doutrina, que renova a *jurisprudência* e influi na elaboração das *leis*, tem que ser conhecida; por isso mesmo, também objetivou-se constituir um corpo de colaboradores permanentes, integrado por valores já consagrados nas letras jurídicas do País e de outros que, embora novos, se constituirão em valiosas revelações. Daí se afirmar: a excelência desse corpo há de ser o reflexo dos próprios nomes daqueles que o integram. Não se destina a REVISTA DO TRABALHO à formação de uma *escola*; nem busca refletir uma *corrente de opinião*. A *divulgação de idéias*, cuidadosamente sobre temas contemporâneos, para se mostrar conforme à permanente evolução desse ramo do direito, é o *alvo*. A *independência*, sob qualquer prisma, o *lema*. E desde que consiga despertar interesse e suscitar debates, principalmente entre os estudiosos e responsáveis, terá atingido sua verdadeira finalidade: colaborar no aperfeiçoamento do direito-social-trabalhista.

Nota: a Revista do Trabalho será bimestral; o primeiro número, nesta fase, abrange o período de janeiro a abril de 1960. Explica-se: passou à propriedade de Edições Trabalhistas S. A. em março deste ano.

Aspectos Gerais e Especiais do Contrato de Trabalho

EVARISTO DE MORAES FILHO

Catedrático de Direito do Trabalho da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. — Licenciado em Filosofia. — Procurador da Justiça do Trabalho.

Limitações à autonomia da vontade — 1. Vimos, quando das características do direito do trabalho, que as suas normas são, em regra, cogentes, nisso que não podem ser derogadas por pactos particulares. A procedência dessa afirmativa faz-se sentir exatamente no contrato de trabalho, instituto oriundo do direito privado, através do qual se manifestam de forma concreta e real as vontades dos dois sujeitos individualizados deste ramo jurídico, empregado e empregador.

Na ordem jurídica decorrente dos novos princípios impostos pelo Revolução francesa, dominava o princípio da autonomia da vontade, expresso, sobretudo, no art. 1.134 do Código Civil napoleônico de 1804. Segundo os cânones então dominantes, podem ser assim analisados os significados e os elementos daquele princípio, na feliz síntese de René Demogue: a) os particulares podem celebrar entre si todos os atos jurídicos; podem redigi-los à vontade, criar novos por combinações inéditas; as convenções são livres e só encontram limites na ordem pública; b) os efeitos das obrigações são os queridos pelas partes, só limitados pela ordem pública; c) o essencial é a vontade interna e a sua manifestação nada mais é do que a sua veste; d) a missão do juiz consiste somente em pesquisar a intenção presumida das partes; não lhe cabendo, pois, nada querer de próprio, nem decidir nada pessoalmente; seu papel é de reconstruir, desenvolver as seqüências lógicas dessas vontades, a fim de que o Estado lhes empreste força executória; e) somente a vontade das partes é capaz de acarretar modificação nas obrigações, formulada antes ou depois do acordo, expressa ou tacitamente; f) também somente a vontade das partes é soberana na extinção das obrigações. (1)

Constrói-se assim uma perfeita simetria dogmática quanto à autonomia da vontade, no que diz respeito à constituição, modificação ou extinção das obrigações, cuja medida quase única é a vontade do particular. Contudo, embora dando ênfase ao princípio da autonomia da vontade, com os seus dois corolários implícitos — liberdade contratual e liberdade de contratar —, encontram-se no próprio Código liberal do início do século XIX outros princípios, como os da ordem pública e dos bons costumes (arts. 6.º, 1.131 e 1.333). Mas a verdade é que a doutrina individualista clássica se voltou com quase exclusividade, ou pelo menos com preponderância absoluta, para a teoria da autonomia, vendo verdadeira contradição na existência de tais limitações no mesmo corpo de leis. (2).

Com o evoluir do século XIX, com a constituição de novas forças econômicas, com a letivização da vida social, com os abusos da liberdade econômica, alteraram-se os termos do problema, começando a preponderar o outro extremo do sistema: a ordem pública. Daí as limitações de toda ordem à autonomia da vontade. Sem dúvida alguma, subsiste essa autonomia, pois sem ela — pelo menos, formalmente — seria impossível falar-se em ato jurídico, e conseqüentemente em contrato. O acordo de vontades persiste, mas depois de superado aquele **contrato mínimo de trabalho** determinado pelo Estado, na conhecida expressão de La Cueva.

O art. 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho fulmina de nulidade qualquer ato, pacto ou contrato que implique em fraude, desvirtuamento ou empecilho à legislação social. E o art. 444 dispõe expressamente: "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes".

Tendo em vista o interesse público, ainda mais do que a proteção singular do assalariado, cria o direito do trabalho um sem-número de limitações imperativas à celebração, ao exercício e à extinção do contrato de trabalho. As condições básicas do contrato, seu conteúdo essencial, vêm escritas pela lei, pelas convenções coletivas de trabalho, pelas sentenças normativas, oriundas de outra fonte, hierarquicamente superior, que se impõe à vontade do simples trabalhador. Em favor da coletividade, obriga o Estado ao empregador manter um certo número de nacionais em relação aos estrangeiros, um certo número de menores em relação ao total de empregados, a manter relação contratual com um estábilário injustamente dispensado, etc. Em 1940, referia-se Jossierand aos **contratos forçados e aos contratos legais**, que criam uma **relação legal de origem contratual**, isto é, a situação contratual em sua origem torna-se legal na sua prorrogação.

Em 1944, inverte Paul Durand a ordem do problema e da frase, chamando a atenção para os casos de uma **relação contratual de origem legal**, através de uma coação legal na formação da relação contratual. Os exemplos maiores disso, no campo específico do direito do trabalho, podem ser aqui sumariamente recordados: imposição de mão-de-obra, admissão obrigatória dos inválidos de guerra e assemelhados; de órfãos de guerra e dos inválidos do trabalho, além dos tuberculosos clinicamente curados (na legislação italiana). (3).

Através de processos técnicos os mais variados limita-se de muito a liberdade contratual no campo do trabalho, principalmente tendo em vista a inferioridade econômica do trabalhador. Contudo, como escreve o professor Van Goe-them, não é de todo eliminada essa liberdade, que conserva a sua utilidade: "Em certos campos é desejável a sua conservação e, até, o seu desenvolvimento, por isso que uma disciplina muito rígida e muito minuciosa pode, por sua vez, importar em abusos e o dirigismo nem sempre é sinônimo de progresso real. Há uma medida a conservar". (4).

FORMA DO CONTRATO DE TRABALHO

2. Como vimos anteriormente, incluiu-se o contrato de trabalho entre os pactos consensuais, isto é, aqueles em que basta o simples consentimento para se aperfeiçoar o vínculo obrigacional. Normalmente, no comum dos casos de todos os dias, não se exige forma especial para a validade do contrato de trabalho. A lei brasileira e expressa a este respeito, quando dispõe no art. 443, da Consolidação das Leis do Trabalho, que o contrato poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito. Sendo um contrato do tipo de adesão, é isso que ocorre comumente na admissão de empregados na indústria e no comércio.

Quanto mais especializado ou elevado, técnica ou intelectualmente, vai-se tornando o contrato de trabalho, tanto mais aumenta a necessidade ou conveniência da sua forma escrita. O princípio geral da matéria encontra-se no que dispõe o art. 82 do Código Civil: "A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei". Assim, cada vez que a lei, em casos especiais, exigir determinada forma ou proibir outras, a elas deve conformar-se o contrato de trabalho (5).

No direito comparado, por exemplo, encontramos alguns casos em que a lei exige a forma **ad substantiam**. Na legislação italiana, é necessária a forma escrita: a) no contrato por prazo determinado, se verbalmente, é considerado como de prazo indeterminado, salvo se o termo resulte da especialidade da relação (art. 2.097, do C. Civil); b) no contrato de prova (art. 96, das Normas de atuação); c) nos contratos de ajuste marítimo (art. 328, do Código de navegação); d) no contrato de trabalho dos arrozais.

Na legislação francesa, encontra-se o princípio geral no art. 19, livro I, do Código do Trabalho: "O contrato de trabalho está submetido às regras do direito comum e pode ser celebrado nas formas que convém às partes contratantes adotar". Contudo, no art. 22 exige-se **ato expresso** para contrato de operário quando excedente de um ano. Devem ser celebrados sob a forma escrita: aprendizagem (lei de 20/3/1928); representação (art. 29 I, livro I, do C. do tr.); ajuste marítimo (art. 4.º, do Código de tr. marítimo);

No direito chileno, dispõe o seu Código do Trabalho (art. 4.º) que o contrato deverá ser sempre por escrito. Se verbalmente, o empregador dará ao empregado uma declaração escrita que contenha as estipulações acordadas. E o mesmo princípio adotado na lei mexicana (art. 23), com algumas exceções expressas no art. 26 (trabalho rural, doméstico, eventual, por obra certa de pequeno valor).

A legislação suíça segue o cânone geral de liberdade de forma, no art. 320 do Código Federal das Obrigações.

Entre nós, cabe ser citado como exemplo expresso de exigência de forma escrita o contrato de trabalho marítimo (ajuste). Desde o Código Comercial (art. 543) que a lei se refere a esta formalidade, mantida no Regulamento da Capitania dos Portos, de 11 de junho de 1940 (art. 431). Por isso mesmo, escreve quem melhor tratou do assunto entre nós: "É o ajuste um contrato solene. Há necessidade ser escrito, dele devendo constar tôdas as cláusulas e disposições do contrato" (6).

Segundo Fr. Consentini, em estudo de legislação comparada, devem ser estes os dados essenciais para as cláusulas de um contrato de trabalho escrito: a) o lugar e a data do contrato; b) os nomes, pré-nomes e o domicílio dos contratantes; c) a idade, o estado civil e o lugar de origem do empregado; d) a determinação da categoria do trabalho contratado; e) o lugar de execução do trabalho; f) o modo de execução do trabalho (por unidade de tempo, por tarefa ou segundo as necessidades da empresa); g) o salário, suas formas e períodos de pagamento; h) as vantagens concedidas pelo empregador sob a forma de habitação, ou qualquer outra utilidade; i) a fixação da jornada do trabalho e do tempo de repouso, de acordo com a legislação em vigor; j) a especificação das leis de seguros sociais; l) a determinação das sanções e a garantia de sua execução; m) as facilidades asseguradas para a educação profissional e geral dos empregados; n) a duração do contrato (7).

PROVA DO CONTRATO DE TRABALHO

3. O princípio geral da prova da existência do contrato de trabalho ou de suas cláusulas encontra-se nos artigos 456, 447 e 39 da Consolidação das Leis do Trabalho. Determina o primeiro: "A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito, e cumprida por todos os meios permitidos em direito". Dispõe o segundo: "Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados, na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade". E, finalmente, preceitua o último: "Verificando (o Serviço de Identificação Profissional) que as alegações feitas pelo reclamante versam sobre a não existência da condição de empregado ou sendo impossível verificar essa condição pelos meios administrativos, será encaminhado o processo à Justiça do Trabalho".

Assim, sendo o contrato de trabalho de natureza consensual, quase sempre tácito e verbal, dispensa entre nós a obrigatoriedade da prova formal e solene. Pode ser provado, seja qual for o seu montante, por intermédio de testemunhas. Não se lhe aplica a determinação do art. 141 do Código Civil, que exclui a prova testemunhal nos contratos cujo valor ultrapasse de Cr\$ 10.000,00. Disposto o art. 456 que são admissíveis todos os meios permitidos em direito, temos que ir ao art. 136 do mesmo Código Civil, no qual encontramos a seguinte seriação desses meios: confissão, atos processados em juízo, documentos públicos ou particulares, testemunhas, presunção, exames e vistorias, arbi-

tramento. E, complementando-o, deve ainda ser invocado o art. 252 do Código de Processo Civil, que permite que o dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé possam ser provados por indícios e circunstâncias.

É óbvio que quando a lei exigir forma especial, como no caso do contrato dos marítimos, faz-se mister a realização da prova através de instrumento próprio, mas ainda assim suprível por todos os meios permitidos em direito.

A verdade é que a tendência do direito do trabalho, como observam A. Brun, H. Galland, P. Durand e A. Vitu, se faz sentir no caminho do abandono do rigorismo das regras do direito comum. Em França, por exemplo, aplicam-se, por lei, os princípios probatórios do direito comum. Sendo o contrato superior a 5.000 francos deve ser provado por documento escrito, mas a jurisprudência vem-se orientando cada vez mais pela liberdade absoluta de prova (8).

O principal documento para a existência do contrato de trabalho, por ser obrigatória e geral, é a carteira profissional (arts. 13 e 40 da Consolidação das Leis do Trabalho), mas nem a sua falta é excludente total da existência do contrato, nem fazem prova plena **iuris et de iure** as suas anotações. São admitidas provas documentais, ou mesmo testemunhais (desde que coerentes com o conjunto das demais provas) em sentido contrário. Sem dúvida alguma, como esclareceu Durand e Vitu, as anotações feitas normalmente pelo empregador ou por quem legitimamente o represente, constituem uma verdadeira confissão. Mas, como toda confissão, podem ser elididas por prova posterior ou anuladas por erro (9).

Na distribuição do ônus da prova, segundo princípio universal incorporado ao art. 818 da Consolidação, incumbe a quem fizer as alegações. Cabe ao empregado provar os fatos constitutivos do seu direito, podendo lançar mão de todos os meios lícitos ao seu alcance ou pleitear do tribunal as diligências e as perícias necessárias ao esclarecimento da sua causa (art. 765 da CLT). Incumbe ao empregador, alegando fato impeditivo da relação, prová-lo devidamente, como, por exemplo, se reconhecer prestação de serviço subordinado, embora classificando-o como eventual. A **ocasionalidade** dessa prestação, numa empresa de trabalho contínuo, deve ser provada por quem a alega (10).

Período de prova — 4. Denomina-se período de prova a um certo prazo durante o qual as partes contratantes se submetem a prévia verificação de que preenchem a contento as condições e exigências técnicas para o desempenho permanente de suas obrigações. Surgido dos usos e costumes no mercado do trabalho, tanto serve ao empregado quanto ao empregador, mas inequivelmente muito mais a este último, a não ser em casos especialíssimos de altos empregados ou trabalhadores técnicos, que também necessitam de um conhecimento maior da empresa onde acabam de ingressar (11).

A característica do contrato de prova é a sua curta duração. No direito francês, por exemplo, somente em quatro hipóteses a lei o regula expressamente, fixando-lhe prazos: aprendizes, dois meses (C. tr., L. I, art. 13); viajantes, representantes e praístas, três meses (C. tr., L. I, art. 29); mutilados de guerra, uma semana para os operários e um mês para os empregados (L. de 26-4-1924, art. 7.º); chefes de família numerosa, oito dias (decr. 15-11-1943,

art. 4.º). Fora dessas categorias, o período de prova é geralmente para os operários de duas semanas e de um mês para os empregados, atingindo mesmo três meses para os altos empregados.

Na Itália observa-se a mesma orientação. O atual Código Civil é omissivo a respeito, mas o art. 4.º do decreto de 1924 sobre emprego privado fixa o limite máximo em três meses para os empregados e seis meses para os gerentes, representantes e procuradores, sendo inderrogáveis pela vontade das partes. Os contratos coletivos e os usos fixam em uma semana ou duas a sua duração para os operários. Exige o art. 2096 do Código Civil de 1942 que o contrato de prova seja celebrado por escrito, com exigência **ad substantiam**, e não simplesmente **ad probationem**.

Várias são as doutrinas sobre a natureza jurídica do contrato de prova. Com razão pode escrever Cassi: "Os debates e as incertezas tendem por objeto a determinação da natureza jurídica da prova confirmam as dificuldades contidas na própria índole do problema... E' o instituto mesmo que possui uma constituição complexa, na qual os mais variados elementos parecem assimilados e confundidos, de modo que não é fácil discernir qual deles tem predominância de identificar com certeza, qual deles lhe configura juridicamente os caracteres". (12).

Alguns autores como Toffoletto e Barassi (em parte) admitem o contrato de prova como um contrato preliminar. Não procede este ponto de vista, eis que não se trata de dois contratos, e sim de um só. Não rescindido o contrato de prova, o contrato de trabalho prossegue normalmente, incluindo-se em seu tempo efetivo esse período de ensaio, no qual impera livremente o **arbitrium merum** de ambas as partes.

Grande parte da doutrina italiana (Passarelli, Litala, Cassi, entre outros) admite o contrato de prova como um negócio jurídico complexo, no qual vêm combinados os dois elementos da condição suspensiva e do termo. E' uma relação a termo de final incerto, ficando a relação definitiva subordinada à condição suspensiva potestativa da aceitação ou da rescisão por um ou outro contraente e ao termo inicial incerto coincidente com o fim do período de prova.

Inclina-se a jurisprudência italiana pela corrente dos que admitem o contrato de prova como um exemplo de condição suspensiva potestativa (**si placuerit**), opinião esta sustentada por Riva Sanseverino.

No direito especializado francês, domina a doutrina de se tratar de um negócio jurídico sob condição resolutiva. E' opinião partilhada por Durand, Vitu, Rouast, Bohn, Menesclou, Rivo, Savatier, Brun e Galland, à qual nos filiamos. Em verdade, tanto de fato como de direito, o contrato de trabalho existe desde a sua formação (contrato de prova), sendo sujeito à dissolução caso a prova não seja satisfatória. E' esta, sem dúvida, a intenção dos interessados, sendo desde logo fixado o conteúdo do contrato, que começa a vigorar desde o início em todos os seus elementos. Mesmo durante a execução do contrato de prova ficam as partes sujeitas à regulamentação geral do trabalho e às demais exigências legais, com exceção da rescisão do próprio contrato que se pode dar a qualquer momento, sem aviso-prévio, nem indenização (13).

Entre nós não se encontra regulada a espécie, limitando-se o § 1.º do art. 478 a declarar que nenhuma indenização é devida durante o primeiro ano, considerado como de experiência. Talvez por erro de técnica quisesse o nosso legislador referir-se a contrato de prova, mas não foi feliz. É demasiado longo o período de um ano, embora se deixe de lado a má terminologia. Durante este primeiro ano é devido o aviso-prévio, segundo jurisprudência abundante e pacífica.

Nada impede, contudo, que de boa-fé posam as partes celebrar, entre nós, um perfeito contrato de prova, de curta duração, garantido o direito de mútua rescisão sem nenhum ônus para qualquer delas. Deve, contudo, ser preciso e, por isso mesmo, por escrito.

Cargos de confiança — 5. Entre nós assume esta matéria de exata conceituação do cargo de confiança uma grande importância pelas consequências legais que daí advêm. Somos daqueles países que incluíram em seu direito positivo a figura da estabilidade, que deixa de ser um instituto puramente contratual para se transformar num benefício abstrato e geral, decorrente da própria lei. Transcorridos dez anos de efetiva vigência do contrato de trabalho, eis adquirida a estabilidade, com todos os seus efeitos garantidores da situação que se criou. Ora, os exercentes de cargo de confiança não fazem jus a esta proteção legal (art. 499): "Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. § 1.º: "Ao empregado garantido pela estabilidade, que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado. § 2.º: "Ao empregado, despedido sem justa causa, que só tenha exercido cargo de confiança e que contar mais de 10 anos de serviço nos termos dos arts. 477 e 478".

Por seu turno, dispõe o art. 469, § 1.º, que os empregados de confiança podem ser transferidos à vontade do empregador para outra localidade, diversa da que resultar do contrato. Também o art. 62 exclui da proteção genérica da duração do trabalho "os gerentes, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exercem encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciam dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso dominical".

Pelo visto, conclui-se desde logo, dentro da regra da hermenêutica odiosa restringenda, que os cargos de confiança devem ser interpretados o mais restritivamente possível, sem o que arriscar-se-ia de tornar praticamente letra morta grande parte da legislação do trabalho. Em qualquer contrato subsistem a boa-fé e a confiança recíprocas que devem inspirar os contratantes em sua execução, mormente nos pactos de duração ou de trato sucessivo, como é o contrato de trabalho.

São cargos de confiança aqueles que participam dos poderes de gestão ou administração próprios do titular da empresa. Como que se colocam entre o contrato de trabalho e o mandato, obrigando a própria direção de modo direto, através de atos praticados com representação. Os seus exercentes não possuem outro título legítimo para a sua ocupação além da livre e espontânea escolha do empregador. Realiza atos que deveriam ser praticados pessoalmente

pelos titulares do negócio, daí a confiança imediata de que se revestem. Podem ser cargos de direção, de gestão, de gerência, como igualmente de guarda de valores vultosos da empresa. Permite a lei essa demissibilidade *ad nutum* devido ao fato de ficar nas mãos desses ocupantes de cargo de confiança o destino da própria empresa, em sentido jurídico ou material, por ato prévio do empregador (14).

Não se confunde, no entanto, cargo de confiança com cargo técnico, exercido por um especialista, a ele guindado pelo seu esforço ou por direito próprio de promoção. Nada impede, contudo, que o cargo de direção — que pode ser de confiança — seja ocupado por um técnico qualificado, mas de livre escolha do empregador.

A doutrina estrangeira — alemã, francesa, italiana — demora-se mais nos cargos de direção de sociedades por ações, ao estudar a diferença entre contrato e mandato. Distingue entre diretores gerais, administradores e diretores técnicos — mandatários os dois primeiros e empregados os últimos (15).

No direito alemão, consideram-se altos empregados (*leitende Angestellte*) aqueles que "em virtude da especial posição que desempenham nas empresas participam no trabalho próprio do empresário, seja porque contribuem para impulsionar a marcha geral da empresa, seja pela função de direção e vigilância que exercem em relação às demais pessoas ocupadas na mesma empresa". Isto é, participam da faculdade de mando do empregador e podem representar os interesses da empresa, defendendo-a perante terceiros e os seus próprios empregados (16).

Entre nós, torna-se mais delicada a situação do problema, porque não se trata de saber se alguém é empregado ou mandatário. Os ocupantes de cargo de confiança são tipicamente empregados subordinados, mas são excluídos, mesmo como empregados, de certos benefícios da legislação do trabalho. Já vimos alguns casos. Outros, no entanto, foram contemplados e de forma excessivamente elástica pela lei n.º 1.540, de 3 de janeiro de 1952, que exclui da duração normal do trabalho bancário "os que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefes e ajudantes de seção e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, todos com vencimentos superiores aos postos efetivos". São, por assim dizer, os exercentes de cargo em comissão.

Em verdade, cabe à jurisprudência, em cada caso concreto, deslindar cuidadosamente se a hipótese é ou não de cargo de confiança. Se há exemplos inequívocos de confiança ou não, outros colocam-se numa delicada zona cinzenta, que exige do intérprete todo o conhecimento da técnica da interpretação dos negócios jurídicos, levando em conta não só a intenção das partes como igualmente as condições concretas do exercício do contrato (17).

Contrato de trabalho entre cônjuges — 6. Discute a doutrina universal se é possível a ocorrência da celebração de um contrato de trabalho entre cônjuges. E tal discussão decorre da posição que se possa assumir diante de duas ordens de problemas advindos do direito tradicional: um de índole moral, o poder marital e a vida familiar; outro mais de natureza econômica, o regime de bens adotado na união matrimonial.

Os franceses, por exemplo, apegam-se mais ao primeiro ponto do problema. Geneviève Turet, por exemplo, escreve, categórica: "Ao curso deste estudo, procuramos colocar bem em foco a dificuldade de adaptar o mecanismo do contrato de trabalho às condições da vida familiar. Pensamos mesmo, no que concerne aos esposos, que esta conciliação é impossível, já que existe uma incompatibilidade entre os laços que nascem do casamento e os que decorrem do contrato de trabalho... E' fora de dúvida que este conflito deve se resolver pela vitória do direito familiar... Os cônjuges não podem jamais ligar-se por um contrato de trabalho, porque constituem até ao fim do casamento a família" (18).

Argumentam outros ser impossível a realização de um contrato de trabalho entre os cônjuges no regime de comunhão de bens, eis que um não pode ser credor do outro, sendo indivisa a massa patrimonial.

Deu-se na França uma total reviravolta quanto à situação jurídica da mulher no casamento com a lei de 18 de fevereiro de 1938 (19). Foi colocada em pé de igualdade com o marido, enfraquecendo-se, por assim dizer, o clássico poder marital. Desapareceu, assim, o argumento — pelo menos naquele país — da impossibilidade de poder o marido submeter-se, através de um contrato de trabalho, à sua mulher. Note-se, contudo, que o debate se trava em forma de relações contratuais onerosas fora do âmbito residencial propriamente dito.

Se um dos cônjuges faz parte de uma sociedade comercial, sem dúvida alguma pode o outro ser empregado dessa pessoa jurídica, que se distingue moral e patrimonialmente da pessoa física do seu sócio. Também não vemos dificuldade alguma em admitir-se a existência de um contrato de trabalho, mesmo em se tratando de empregador pessoa física ou firma individual, desde que o regime de bens seja o da separação, onde os patrimônios individuais permanecem separados, podendo cada qual responder pelos seus débitos e créditos.

Finalmente, tocamos o ponto mais delicado: aquele da possível existência de uma relação de emprego entre cônjuges, sendo de comunhão o regime de bens. Respondem alguns autores pela negativa. Na prática, no entanto, não havendo lei que expressamente o proíba, optamos pela possibilidade da existência de contrato de trabalho, com a maioria da doutrina, eis que as duas relações jurídicas se dão em planos diferentes.

Seja qual fôr o regime de bens no matrimônio, desde que, de maneira expressa e inequívoca, trabalhe um dos cônjuges no estabelecimento do outro, fora de suas obrigações legais de assistência e colaboração — próprias da sociedade conjugal: estamos diante de um típico e autêntico contrato de trabalho. Desde os fins do século XIX, veio-se fortificando esta prática, devido à instabilidade da vida econômica e, principalmente, pelos benefícios da previdência social. Com isso, poderia um dos cônjuges precaver-se contra os riscos da existência, admitindo como empregado assalariado o outro, que faria jus aos benefícios da previdência mediante contribuição específica.

Depois de muita hesitação dos tribunais comuns, acabou-se em França por admitir esta situação, desde que: a) o cônjuge deve exercer na empresa uma atividade a título profissio-

nal e constante; b) é necessário que o salário figure na contabilidade; c) a remuneração deve ser normal; d) deve existir entre o chefe da empresa e seu cônjuge uma relação de empregador e empregado, manifestada através de um certo laço de subordinação.

Chocante a princípio, não há como contestar as afirmativas de Litala e de Brun. Diz o primeiro que, em abstrato, não existe incapacidade para a constituição, entre cônjuges, de um contrato de trabalho. E escreve o segundo que, no plano social, semelhantes contratos parecem recomendáveis, eis que vão permitir à mulher ou ao marido reforçar a economia doméstica, mantendo-se no próprio lar os benefícios patrimoniais oriundos da legislação do trabalho.

Optando pela existência do contrato de trabalho entre cônjuges depois de haver mostrado a inexistência de proibição legal, escrevem P. Durand e A. Vitu: "Por outra parte, a conclusão de um contrato de trabalho entre esposos não modifica o estatuto do casamento. As relações pessoais dos cônjuges e as que se formam a título de empregador e empregado não são situadas no mesmo plano. A conclusão de um contrato de trabalho deixa intactas as prerrogativas do marido na direção do lar, na educação dos filhos, na fixação da residência da família. As relações de trabalho não podem senão tornar a colaboração entre esposos mais estreita e mais lucrativa, favorecendo a solidez do próprio laço conjugal. Não é preferível que o marido receba o auxílio da mulher, ao ter que admitir um empregado estranho ao lar?" (20).

Assim desde que não se trate de simulação ou fraude, não vemos como repelir como imoral ou ilegal a existência de contrato de trabalho entre os cônjuges. Fora do seu lar, no âmbito de uma empresa particular, seja qual fôr o regime da firma, pode um cônjuge ser empregado do outro (21).

Contrato de trabalho entre pais e filhos — 7. É menor a dificuldade quanto à indagação da existência de uma relação de emprego entre pais e filhos. Persistem aqui também os mesmos argumentos de ordem moral ou sentimental, apontando alguns autores ser incompatível com as relações de família essa coexistência jurídica.

Em se tratando de filhos maiores, não há nenhuma dúvida sobre a possibilidade da existência de um contrato de trabalho, desde que presentes as notas características deste último. Pode inexistir a subordinação hierárquica, sendo o filho um sócio (de fato) ou encontrar-se no simples desempenho de um auxílio familiar.

Em se tratando de filhos menores, poder-se-ia confundir a obediência própria do seu estado familiar com a subordinação do contrato de trabalho. Ao invés de salário, tratar-se-ia de prêmio ou gratificação. Hoje em dia, inclinam-se a doutrina e a jurisprudência universais em sentido oposto: distinguem entre o poder paterno, que se exerce no seio da família, e a autoridade do empregador, que atua no círculo da empresa.

Admite-se, atualmente, como pacífica a existência de um contrato de trabalho entre filho menor e seus pais, desde que presente o *animus contrahendi*, incompatível com a prestação *affectionis vel benevolentiae causa*. Como lembra Litala, seria sumamente grave negar uma relação de emprego, neste caso, em que o tra-

balho fôsse prestado pelo filho menor. Teria êle direito aos ganhos do seu trabalho e a todos os demais benefícios da legislação do trabalho, por medida de segurança ainda que, se chegasse ao extremo da nomeação de um curador especial (22).

Entre nós, proíbe o Código civil (art. 1.132) que os ascendentes possam vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expresamente consentam. Tem-se em vista impedir qualquer negócio jurídico que tenha por fim fraudar a legítima. Sem dúvida alguma, não é o caso de contrato de trabalho. Inexiste, pois, proibição legal.

Por outro lado, pode ainda o filho ser empregado dos pais, já que, nos termos expressos do artigo 9.º, § 1.º, n. V, do Código civil, cessa a menoridade "pelo estabelecimento civil ou comercial com economia própria".

Uma coisa é a impossibilidade legal ou jurídica e outra bem diversa são os argumentos de ordem moral ou sentimental como os apresentados por Geneviève Turet, merecem ser citados: "Mas, se um contrato de trabalho foi concluído entre pais e filhos, êste contrato não pode produzir todos os efeitos que engendraria se fôsse celebrado entre terceiros. O respeito filial que deve inspirar todos os atos do filho, menor ou maior, exige que certas prerrogativas inerentes à condição de salariado sejam retiradas ao filho. Seria chocante ver um filho usar contra seu pai, o direito de greve, apresentar-lhe na qualidade de delegado do pessoal, reivindicações dêstes. Mesmo os autores que são partidários do contrato de trabalho entre esposos devem fazer esta concessão e recusar à mulher e ao filho os direitos que se inspiram mais na luta de classes do que na compreensão entre empregadores e empregados" (23).

Deixando de lado êsses argumentos de ordem moral, nada impede que possa existir relação de emprego entre pais e filhos, e vice-versa (24).

Tempo de serviço — 8. Tempo de serviço significa a mesma coisa que a própria vigência do contrato de trabalho, com exclusão das suspensões previstas em lei. Neste parágrafo vamos considerar somente o tempo de serviço para os efeitos maiores da própria duração do contrato, e não tendo em vista a duração do trabalho propriamente dito. O princípio geral encontra-se no art. 4.º da Consolidação das Leis do Trabalho: "Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada".

O mesmo princípio vai ser repetido no parágrafo único do art. 492: "Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador".

Sendo o contrato de trabalho, um pacto de trato sucessivo, é de máxima importância esta noção de tempo de serviço. Ontologicamente o mesmo, desde a sua celebração, vai o contrato de trabalho sofrendo profundas alterações em suas cláusulas essenciais pelo simples decurso de tempo. A sua existência altera-se ao longo do seu próprio exercício. Com um mês, tem o empregado direito a aviso-prévio (se fôr mensalista); com um ano, a férias e indenização por despedida injusta; com dez anos, torna-se estável, com profundas modificações qualitativas na sua condição na empresa.

Tempo de serviço efetivo significa pois a sucessão de dias, semanas, meses e anos que o empregado estêve à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Envolve a idéia de subordinação a serviço de outrem, no desempenho de trabalho, na sua execução material ou intelectual, ou então aguardando ordens para esta ocupação, sem poder dispor do seu tempo livre. Muito justa, pois, a disposição da lei. Por outro lado, tempo de serviço efetivo não significa tempo ininterrupto, corrido, contínuo. Admite a lei as interrupções normais da vida do próprio contrato, sem que isso impeça a contagem do tempo (intervalo entre duas jornadas, descanso semanal, férias, maternidade e puerpério, etc.). Em outros casos, sem que despareça o contrato, suspendem-se os seus efeitos, inclusive quanto a salário e tempo de serviço (serviço militar, aposentadoria provisória, etc.). São os casos de suspensão do próprio contrato.

a) E' matéria pacífica na doutrina, como lembra Passarelli, que o período de prova se inclui na contagem efetiva de prestação de serviços, isto é, no tempo de casa, desde que nenhuma das partes lançou mão da faculdade de rescindi-lo à vontade (25). O período de prova soma-se normalmente à prestação definitiva de serviço, sem solução de continuidade.

b) A nosso ver é também contínua e corrida a contagem de tempo de serviço seja qual fôr a modalidade do pacto de trabalho. Reconduzido tácita ou expressamente o contrato por prazo determinado mais de uma vez transforma-se em contrato por prazo indeterminado (art. 451). Êste começa a correr, para todos os efeitos legais, desde o início da vigência do primeiro. Os sujeitos da relação jurídica são os mesmos, como idêntica é a própria relação. Há um empregador e um empregado que lhe presta serviços de maneira contínua, sem solução de espécie alguma.

c) Adotando cânone pacífico da doutrina, do direito comparado e da jurisprudência anterior, fixou a Consolidação das Leis do Trabalho a disposição de que se somam para todos os efeitos legais os períodos descontinuos de trabalho, prestados na mesma empresa, desde que o empregado não haja cometido falta grave nem tenha recebido a indenização legal correspondente ao período ou períodos anteriores. Quer dizer, somente em duas hipóteses desaparecem definitivamente os períodos anteriores: cometimento de falta grave ou recebimento de indenização legal. Nada mais justo.

Sempre sustentamos — e é êste o entendimento maior da jurisprudência nacional — que não há procedência para o doutrina que aventa uma terceira hipótese legal, mandando excluir também dessa contagem o período anterior quando o empregado se desligou espontaneamente da empresa. Considera esta corrente doutrinária como renúncia àquele período e assim à indenização o desligamento espontâneo do empregado.

Data venia dos que assim pensam, trata-se de mera construção cerebrina, eis que a lei não prevê esta hipótese, mandando excluir da contagem de tempo somente as duas expressamente dispostas. Abandonou a terceira, de fácil previsão, exatamente por ser injusta e a de maior ocorrência no tráfico industrial e comercial de todos os dias. Não se trata de abandono de emprego (que seria justa causa para dispensa), e sim de afastamento voluntário, que seria o

caso de uma rescisão unilateral — uma realidade, uma dissolução por mútuo consentimento —, sem prejuízo algum da parte contratante. Não há como falar em falta cometida pelo empregado, que usou do seu direito. Readmitido, refaz-se a relação, por ato expresso de vontade de ambas as partes, como se não tivesse sido interrompida. A relação é a mesma, sendo a contagem do tempo (26).

c) Somam-se igualmente os períodos de tempo de serviço prestado a empresas que constituam grupo industrial e comercial. Havendo solidariedade econômica de empresas, nos chamados consórcios financeiros, embora com personalidade jurídica própria de cada uma, a lei considera a todas como empregador único, daí a contagem total de tempo de serviço para todos os efeitos legais.

d) A lei considera a empresa como subsistente através das alterações subjetivas de seus titulares: a relação jurídica com os empregados permanece a mesma. O novo empregador é responsável pelo tempo de serviço prestado a seu antecessor, desde que não tenha havido prévio pagamento das indenizações legais. Se o empregado trabalhou para a sucedida e depois volta a trabalhar para a sucessora, mesmo com solução de continuidade, desde que não ocorreram as hipóteses do art. 453 (falta grave ou indenização), somam-se os períodos descontinuos, pois o serviço é prestado à mesma empresa. Tudo está em saber se houve concreta e real sucessão de empresa (27).

e) Como é óbvio, tanto aqui como na matemática só se somam quantidades homogêneas. Se a relação jurídica mantida anteriormente com o empregador não fôr um contrato de trabalho típico (mandato, empreitada, serviços liberais, locação, etc.) e vier mais tarde a transformar-se em relação de emprego, só do início desta propriamente dita é que se começa a contar a antiguidade no trabalho (28).

Conteúdo do contrato — 9. Dispõe o art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho que é livre às partes pactuarem quanto às cláusulas do contrato, desde que obedecidas as fontes hierarquicamente superiores do direito do trabalho, tais como as leis (Constituição, leis ordinárias, decretos, portarias, regulamentos, etc.), as convenções coletivas de trabalho, as sentenças normativas e as decisões das autoridades administrativas. Através dessas fontes como que fica escrito um contrato de trabalho mínimo para as diversas categorias profissionais. Mas há muito ainda para a livre manifestação da vontade dos interessados: duração do trabalho, qualificação profissional, montante do salário, pormenores técnicos, disciplinares, e assim por diante.

No direito brasileiro, em que o contrato tácito e verbal constitui a regra, a única parte escrita fica para a carteira profissional da maioria dos empregados na indústria e no comércio. Nela devem constar obrigatoriamente as seguintes anotações: natureza dos serviços, salário, data de admissão. Especificamente quanto ao conteúdo do contrato de trabalho celebrado somente a êstes elementos se refere a lei (art. 16).

Agora, constituindo o contrato a lei entre as partes e sendo o vínculo jurídico concreto que vai fazer desencadear todo o restante do protecionismo legal, devem as suas cláusulas ser claras e precisas, quanto à qualificação profissional do empregado, ao local de prestação de serviço, ao seu horário, às condições sala-

rias (se por unidade de tempo, peça ou tarefa, comissões, gratificações, percentagens, prêmios, diárias, ajudas de custo, etc., importância e data de pagamento), o tipo do contrato (por prazo determinado ou indeterminado). No parágrafo 2 transcrevemos a enumeração de dados que, segundo Consentini, ressaltam da prática do direito comparado do trabalho.

Como destacam Brun e Galland, as obrigações no contrato de trabalho resultam de uma ação simultânea das vontades individuais, das leis das contravenções coletivas e dos regulamentos de empresa. Embora elaboradas muitas vezes fora das vontades das partes, nem por isso deixam de ser definitivamente incorporada ao próprio contrato. As disposições — fora dessas vontades — tendem, em geral, a proteger o empregado, delimitando as obrigações que decorrem da própria existência do contrato (29).

A explicitude do conteúdo do contrato vem dar maior segurança jurídica às partes, com nítida diferenciação de direitos e deveres, mas a lei, elaborando cautelosamente uma espécie de contrato mínimo obrigatório, de ordem pública, previu esta ausência de cláusulas expressas. Assim é que o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê o contrato tácito e verbal; dispendo o art. 447: "Na falta de acôrdo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivesse estatuido os interessados, na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade". Por sua vez, esclarece o art. 456, § único: "A falta de prova ou inexistência cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal". Acudiu-se com esta disposição a uma das cláusulas mais necessárias do contrato de trabalho, infelizmente nem sempre expressa: a qualificação profissional.

Ainda interessante a êste respeito é o que dispõe o art. 460, que supre legalmente a fixação do salário, caso tenha ficado omissa nas condições contratuais: "Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que fôr habitualmente pago para serviço semelhante".

Nullidade de contrato — 10. Segundo dispõe o art. 145 do Código civil, subsidiário da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 8.º, § único), é nulo o ato jurídico: a) quando praticado por pessoa absolutamente incapaz; b) quando fôr ilícito, ou impossível, o seu objeto; c) quando não revestir a forma prescrita em lei; d) quando fôr preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; e) quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.

Por sua vez, considera o art. 147 como anulável o ato jurídico: a) por incapacidade relativa do agente; b) por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude.

A distinção entre as duas espécies decorre, principalmente, de duas ordens de princípios: a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, além de que deve ser pronunciada pelo juiz, quando conhecer do ato e de seus efeitos e a encontrar provada, não lhe sendo permitido supri-la, ainda

a requerimento das partes (art. 146). A anulabilidade, no entanto, somente pode ser alegada pela própria parte interessada. Ademais, como consequência de uma e de outra: os efeitos da nulidade, por ser absoluta, são imediatos, ao passo que da anulabilidade só se fazem sentir depois da sentença (30).

Pois bem, apesar de ser o direito do trabalho um direito público em sua maior parte (como deixamos escrito em seu lugar próprio) ou privado de ordem pública, nem assim deixa de se apresentar esta distinção do direito civil entre nulidade e anulabilidade. O art. 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho fulmina de nulidade absoluta (de pleno direito) os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos. Ora, casos há de simples erro, vício de consentimento ou de capacidade relativa que interessam somente às partes e dependem unicamente das suas vontades. Como lembra Paolo Greco, são de rara incidência essas hipóteses a anulabilidade de contrato de trabalho, quando há a possibilidade mais ampla e direta da rescisão unilateral baseada em justa causa (31).

Em verdade, dada a ênfase com que o direito do trabalho pretende fazer-se aplicar, as hipóteses mais comuns são as de nulidade absoluta, com apoio no art. 9.º da Consolidação. Contudo essa nulidade pode ser total, abrangendo todo o negócio jurídico, ou somente parcial, atingindo unicamente as cláusulas passíveis de censura. E' o velho princípio *utile pro inutile non vitiatur*, e constante do art. 153 do Código civil.

O que o contrato de trabalho oferece de singular, como ocorre com todos os pactos de duração ou de trato sucessivo, é que os efeitos da nulidade ou anulabilidade somente se fazem sentir *ex nunc*, como acontece com a simples resolução, isto é, do momento do seu pronunciamento para o futuro, sendo válidos os atos praticados no futuro. Já tendo sido praticados atos pelas partes, na execução do contrato, como poderiam os mesmos ser empregados, como se nunca tivessem existido? Como devolver ao empregado o gasto da sua energia, da sua atividade, posta a serviço do seu empregador?

Quer baseado na teoria do enriquecimento ilícito, impeditivo, com base nos melhores princípios gerais do direito e da equidade, de que alguém se locuplete, sem justa causa, numa relação de concomitante empobrecimento alheio; quer baseada na distinção admitida pela doutrina entre contrato e relação de trabalho (32), o fato é que os efeitos da nulidade não são retroativos, *ex tunc*, desde o início do contrato. Falha aqui o cânone usual *quod nullum est, nullum est, nullum effestum producit*, e isso porque é de todo impossível fazer as prestações e as contraprestações voltarem ao *statu quo* antes da sua execução. A rigor, mesmo baseado no art. 158 se poderia justificar este pagamento do salário pelo empregador no caso de contrato nulo: quando for impossível restituírem-se as partes ao estado em que antes se achavam, serão indenizadas com o equivalente. Ora, sendo o contrato de trabalho comutativo, o equivalente é exatamente o salário.

A não ser nos casos excepcionais de contratos nulos por atentados à ordem pública e aos bons costumes, exemplificativos de ato ilícito, cabe ao empregador o pagamento da contraprestação acordada. Tal se dá em caso de simples proibição legal ou de ausência de formalidade

legal. Por exemplo: proibição de trabalho em dias de repouso ou de prestação de serviços extraordinários, sem acordo escrito ou contrato coletivo (art. 59 da Consolidação). A Justiça do Trabalho, contudo, mesmo em hipóteses ocorrentes da primeira espécie tem mandado pagar os salários e as indenizações legais aos empregados (jôgo-do-bicho), desde que encarregado de outros serviços além da prática da contratação (guarda da sede). "Em tal caso, concluiu o acórdão, não merece considerada a inexistência do próprio empregador quanto à ilicitude de suas atividades, porquanto: *nemo turpitudinem suam allegans audiri potest*" (33).

Interpretação de contrato de trabalho — 11. O princípio genérico da interpretação dos negócios jurídicos encontra-se no art. 85 do Código civil, do seguinte teor: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". Se isso é verdadeiro para os pactos de direito privado, mais ainda o é para os atos praticados no campo do direito do trabalho, de índole tutelar, de vez que aqui pouco importa o *nomen iuris* que tenha uma das partes ou ambas dado ao pacto que venham de celebrar. Se a intenção foi a da conclusão de um contrato de trabalho nenhuma importância tem o nome jurídico dado ao vínculo obrigacional (34).

Em verdade, não há normas específicas quanto à interpretação do contrato de trabalho. O princípio dominante em matéria de contrato é o do respeito à boa-fé (35). Deve ser apreciada a intenção segundo o comportamento total das partes, mesmo depois da conclusão do contrato. As suas cláusulas são interpretadas umas pelas outras, funcionalmente, atribuindo-se a cada uma o sentido que resulte do conjunto do pacto. Na dúvida, pelo princípio da conservação, o contrato ou cada uma das suas cláusulas devem ser interpretadas de modo que possam ter algum efeito, sem que sejam inteiramente inúteis.

Sendo ambíguas as cláusulas serão interpretadas segundo os usos e costumes locais. Predomina no direito do trabalho, dada a natureza jurídica do contrato de trabalho, do tipo de adesão, o princípio da *interpretatio contra stipulatorem*, conforme consta expressamente do Código civil italiano de 1942 (art. 1370): "As cláusulas inseridas nas condições gerais do contrato ou em formulários propostos por um dos contratantes se interpretarão, em casos de dúvida, a favor do outro". E' o princípio da interpretação contra o autor da cláusula.

A intenção comum das partes deve ser interpretada segundo os princípios gerais do direito do trabalho. Sendo oneroso o contrato de trabalho, predomina o cânone da harmonização equitativa dos interesses das partes, tendo em vista sempre o princípio enunciado acima. Sendo dúbias as expressões empregadas, por mais gerais que sejam, o sentido a lhes ser emprestado deve resultar do conjunto do ato, mais conveniente à natureza e ao objeto do contrato.

Havendo choque entre qualquer fonte normativa hierarquicamente superior ao contrato individual (lei, convenção, sentença coletiva, usos e costumes), predomina sempre a cláusula mais favorável ao trabalhador, embora constante deste último.

Estas fontes normativas, juntamente com a equidade, constituem os meios supletivos em caso de silêncio das partes capazes de reconstruir a vontade dos interessados. São as nor-

mas integrativas do próprio negócio jurídico particular.

As obrigações das partes — 12. E com isso atingimos outro parágrafo do nosso ensaio, aquele que se refere à execução do contrato, ou mais explicitamente, às obrigações das partes. O princípio dominante é o da execução de boa-fé e de confiança recíproca.

As principais obrigações, que constituem afinal de contas o próprio objeto do contrato, são: do lado do empregado, a prestação de serviços, segundo a sua qualificação profissional e os termos do que se obrigou; do lado do empregador, ao pagamento do salário convencionado, sob todas as suas modalidades e complementações.

Fora dessas obrigações contratuais básicas, embora seja o contrato de trabalho uma convenção de troca de interesses, e não do tipo associativo ou societário, decorre do princípio da execução de boa-fé a necessidade de *colaboração* mútua. Vale aqui a transcrição de meia página de Barassi, professor na Sacro Cuore de Milão: "O empregado deve, com o próprio trabalho, contribuir para o sucesso da realização do programa do negócio que o empresário organiza a seu risco; mas, por outro lado, o empresário não é inteiramente estranho ao fim imediato que o seu dependente se propõe atingir com a sua prestação de trabalho. Não é estranho, sem que por isso surja daí uma plena e imediata fusão unitária de intenções.

Aqui exatamente o ponto crucial. O empresário tem em vista o lucro, o empregado o sustento próprio e de sua família; isto é normal na estrutura dos contratos de prestação correlatas. Mas há, todavia, uma dupla relação entre aquelas duas intenções, sem que se exclua a estrutura de troca. Tanto o lucro como a retribuição pressupõem para a sua realização que o resultado financeiro do negócio o consinta (mas, de qualquer modo, desde que possível, com a preferência, privilegiada, das retribuições). O empresário deve preocupar-se com o seu dependente como criatura dotada de coração e de cérebro, não como máquina, mas como pessoa que tem dignidade própria, incolumidade própria pessoal e família própria para manter" (36).

Como acontece em todos os contratos, que devem ser executados de boa-fé, consiste essa colaboração em proporcionarem ambas as partes todos os meios possíveis, normais, para a boa execução das tarefas recíprocas. As leis fascistas de Mussolini, de 1924 e 1927, referiam-se a um dever de *colaboração* todo especial, como que competindo unicamente ao empregado. Demogue mostra (1923) que esta colaboração é comum a todos os contratos, formando-se entre os contratantes uma certa sociedade, pequena, singular, na qual cada uma das partes deve proporcionar à outra os meios do exato e perfeito cumprimento da sua execução (37).

Os deveres do empregado, não só como contratante, mas também como elemento integrativo da empresa, giram em torno da execução das suas tarefas como o faria o bom pai de família: com exação, probidade, boa conduta, sobriedade, dando o melhor de si mesmo na realização dos seus atos profissionais. Além da confiança genérica, própria do pacto laborativo, deve portar-se ainda com fidelidade, no sentido de merecer fé na guarda dos segredos da em-

presa, de toda ordem (de fabricação, de comércio, de vida interna, desses que sabe e toma conhecimento pelo exercício próprio do seu cargo).

Ao lado dessa diligência na prestação de serviços e da fidelidade do *bonus pater familias*, decorre para o empregado a obrigação de *obediência* ao empregador, como consequência direta do próprio contrato de trabalho, de índole subordinativa. Claro que lhe cabe o *ius resistentiae* contra as ordens ilegais, ilícitas, contrárias à ordem pública ou aos bons costumes, alheias ao contrato, superiores às suas forças ou capazes de lhe causar mal considerável. Contudo, o poder diretivo e hierárquico, por este ou aquele fundamento filosófico, pertence ao empregador. Tudo isso, é óbvio, se enquadra dentro das concretas condições da empresa, da natureza do emprego e da real situação do agente. Não se pode tomar por base um ideal abstrato e absoluto.

A principal obrigação do empregador, como já deixamos escrito acima, consiste em dar trabalho e pagar o salário convencionado ao seu empregado. Executando o contrato de boa-fé, cumpre-lhe proporcionar todos os meios para que o seu prestador de serviços leve a cabo as suas tarefas.

E isso deve ser feito em um ambiente construído e instalado segundo as leis de higiene e segurança do trabalho, com todos os requisitos necessários à boa execução do trabalho e ao bem-estar do trabalhador. A colaboração, a confiança e bom trato — como pessoas educadas — são recíprocas. E' preciso que se frise mais uma vez — e sempre — que o empregado somente está subordinado na execução técnica do trabalho, sendo no demais contratante, em absoluto pé de igualdade jurídica e moral com o empregador. Constituem ambos lados complementares e vinculantes do mesmo negócio econômico ou jurídico. Como destaca Litala, o empregado pode pretender a efetiva prestação do próprio serviço, e a correspondente obrigação do empregado de cooperar e de fazer com que a prestação de trabalho tenha lugar.

Assim, cumprir as leis, as obrigações do contrato, o respeito à personalidade e a dignidade humanas do empregado, não lhe exigir serviços superiores às suas forças, nem que lhe possam causar mal considerável, tais são as obrigações normais do empregador (38).

Invenções do Empregado — 13. Infelizmente a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código da Propriedade Industrial regulam da forma a mais superficial esta questão de invenções do empregado. Dispõe a primeira, de 1943, no art. 454: "Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão de propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica. Parágrafo único. Ao empregador caberá a exploração do invento, ficando obrigado a promovê-la no prazo de um ano da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado a plena propriedade desse invento".

O segundo texto legal, que data de 1945, trata da matéria nos arts. 65-69. Depois de re-

petir (art. 65) o dispositivo consolidado, cuidamos restantes de regular o assunto. Se não houver acôrdo entre as partes ou surgir desentendimentos no decurso da exploração, poderá o empregador adjudicar a plena propriedade da patente, indenizando o seu empregado inventor (art. 66). Ficarão sujeitas ao mesmo regime do artigo 65 as patentes requeridas pelos empregados que hajam deixado o serviço dentro de um ano, desde que as invenções tenham sido realizadas na vigência do contrato (art. 67). Devem sempre constar o nome do inventor no requerimento e na patente, além da declaração da empresa de que a invenção resultou de um contrato de trabalho (art. 68). Finalmente, aplica-se todo o disposto, no couber, aos funcionários da União, Estados, municípios e das autarquias (art. 69).

Em verdade, cuidou a nossa legislação em poucos dispositivos de matéria da mais árdua dificuldade, objeto de polémicas intermináveis e de pormenores realmente sutis. Seguimos, a este respeito, o doutrina alemã, por nos parecer mais profunda e justa. Distingue ela três ordens de invenções realizadas pelo empregado durante a vigência do seu contrato de trabalho: a) *Betriebserfindungen*, invenções de estabelecimento, efetuadas por um grupo de empregados, sem que seja possível distinguir inequivocamente quem foi o inventor singular; b) *Dienstfindungen*, invenções realizadas por um só empregado, mas em decorrência do próprio contrato de trabalho, como sua obrigação de prestação de serviço, para inventar; c) *frei Erfindungen*, invenções livres, entre as quais incluem-se todas as outras espécies, podendo interessar ou não ao campo de atividade da empresa, mas decorrentes sempre do livre engenho do empregado.

No seu projeto de 1925 sobre contrato de trabalho, assim caracterizava Molitor as primeiras (invenções de estabelecimento): aquelas "que são de tal modo determinadas pela experiência, a técnica, sugestões e trabalhos prévios do próprio estabelecimento, que nenhuma pessoa, de maneira notória, pode aparecer como seu inventor", pertencem, por si mesmo, como privilégio de exploração, ao empregador. E' também o que dispõe o art. 29 da Lei do Contrato de Trabalho da Espanha, de 1944, e seguido por vários países latino-americanos (39).

São também de propriedade do empregador as chamadas invenções de serviço, realizadas por empregados contratados especialmente com a finalidade de estudá-las e obtê-las. Trata-se, praticamente, de matéria pacífica, quer na legislação, quer na jurisprudência universais. Reconhece-se, no entanto, o direito moral do inventor, como expressamente o exige o nosso Código da Propriedade Industrial (art. 68). No direito positivo alemão chama-se a isto o "direito à honra da invenção" (*Erfinderehre*).

Finalmente, nas invenções livres, decorrentes da predominância da personalidade do empregado, embora realizadas na execução da sua tarefa, o seu privilégio pertence totalmente ao próprio prestador de serviços, proibindo algumas legislações a possibilidade de renúncia do empregado a favor do empregador ou de terceiros.

A doutrina francesa prefere denominar esta última categoria de invenções, de maneira equívoca, de *invenções ocasionais*, embora o conceito seja idêntico ao da doutrina alemã e espanhola. Ou na conceituação de Durand: "A se-

gunda categoria compreende as invenções aplicáveis aos produtos e aos meios de produção inerentes à atividade da empresa em que trabalhe o empregado. Mas supõe-se que estas invenções são devidas à iniciativa exclusiva do empregado, que não estava obrigado a uma atividade inventiva por seu contrato de trabalho, ou por uma convenção posterior à conclusão do contrato de trabalho" (40).

Discute a doutrina se é moralmente permitido a alguém celebrar um contrato no qual abre mão, desde logo, à sua obra criadora de inventor. Não vemos a procedência da dúvida ou da perplexidade. O objeto de contrato de trabalho, desde que lícito, possível, não contrário à ordem pública ou aos bons costumes, pode ser o mais amplo possível. Garantido sempre o direito — que alguns autores considerem superior à concessão da lei, autêntico direito natural — moral do inventor, nada impede que alguém coloque a sua capacidade inventiva, talento especial, servido por adequado instrumental técnico, a favor de outrem.

Riva Sanseverino, em monografia própria de concurso, defende a tese de que se trata de um contrato misto, no qual concorrem dois tipos diversos de contrato, contrato de trabalho, por uma parte, e, por outra, venda de coisa futura. Permite esta construção jurídica, prossegue, levar em conta dois elementos que, de outro modo, seriam inconciliáveis: de um lado, o originário direito de propriedade do produto do trabalho atribuído ao empregador; por outro lado, o originário direito de propriedade da invenção, que o ordenamento italiano atribui ao inventor, seja ele ou não trabalhador subordinado (41).

Não vemos distinção alguma entre o disposto na lei italiana e a nossa, neste particular, nem entre elas e todas as outras que seguem o figurino alemão. Dispõe o art. 21, da lei italiana de 1934 sobre propriedade industrial: "Para as invenções feitas na execução ou no cumprimento de um contrato ou de uma relação de trabalho ou de emprego, em que a atividade inventiva seja prevista como objeto do contrato ou da relação, e para isso retribuída, os direitos da invenção pertencem ao empregador". Esclarece Riva que são os direitos patrimoniais, ficando para o inventor os direitos pessoais, ou seja, o direito ao nome. Não é outra coisa o que dispõe o nosso art. 66 do Código da Propriedade Industrial.

A crítica maior que se faz ao disposto no art. 454 da nossa Consolidação (art. 65, do Código da Pr. Ind.) é que se esqueceu das invenções de estabelecimento, cuidando somente das ocasionais e das de serviço. Estas duas, sim, é que pertencem totalmente ao empregador, em sua exploração material, garantido sempre o direito moral do inventor. Mas, cuidando das invenções livres ou ocasionais deu a legislação brasileira a coparticipação do empregador em sua exploração quando esta, em toda parte, e segundo a melhor doutrina, pertence exclusivamente ao próprio empregado. Depois de mostrar que o disposto na lei brasileira ofende o justo direito ora do empregador, ora do empregado, conclui Gama Cerqueira: "Além de inconveniente e pouco equitativa, a disposição da primeira parte do art. 65 é falha e insuficiente, não se ajustando à hipótese em que o empregado realiza invenções, relacionadas, ou não, com as atividades da empresa ou com o seu

trabalho, espontaneamente ou por incumbência do empregador, mas independentemente das instalações ou equipamento deste" (42).

Entre nós, entretanto, o assunto não tem dado margem a largas dúvidas jurisprudenciais, nem a longos debates doutrinários, eis que é muito escasso nos repositórios administrativos ou judiciários. Procurando incentivar a capacidade inventiva do trabalhador e do técnico brasileiros, promulgou-se há pouco a Lei n.º 2.556, de 6 de agosto de 1955, que isenta de taxas as invenções dos empregados. Foi esta lei regulamentada pelo decreto n.º 39.373, de 13 de julho de 1956 (43).

NOTAS

(1) R. Demogue, *Traité des Obligations en général*, vol. I, Paris, 1923, págs. 82-84.

(2) Para uma completa exposição do assunto, com análise dos princípios do direito privado liberal do século XIX, as doutrinas de Gounot, Walline, Duguif, Von Ihering, Well, Férich, Veniamin, H. de Page, Mesineo, etc., veja-se, de nossa autoria, *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, vol. I, Rio, 1960, págs. 205 e segs.

Segundo Périch, *La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés*, in *Rev. Trimestrielle de Dr. Civil*, 1929, pág. 5, pode ser assin construída a imagem do princípio absoluto da autonomia da vontade: "Compara-se a vida privada dos particulares a círculos nos quais eles podem livremente mover-se indo do centro à periferia e desta ao centro. Estes círculos tocam-se somente, sem se interceptarem, porque de outro modo um particular seria, mais ou menos, impedido em sua liberdade de movimento, isto é, não seria mestre em seu círculo. E o que se chama a autonomia dos particulares em matéria de direitos privados".

(3) Para toda essa matéria de dirigismo contratual e contratos coativos (forçados ou impostos), veja-se o nosso *Sucessão nas Obrigações*, cit., págs. 308 e segs., onde vêm referidos os ensaios maiores de Josseland, Ripert, Morel, Durand, Rouast, além da opinião de alguns autores nacionais.

Em face dos chamados contratos coativos, extensivos a todo o campo do direito, nos quais, por determinação expressa da lei, o indivíduo é obrigado a contratar, empalidece a primitiva imagem de Rouast, quando compara as partes de um contrato "a pessoas que entram numa casa da qual não têm o direito de mobilizar as diferentes peças à sua vontade; têm o direito de entrar ou de não entrar, acham um apartamento todo arrumado e são obrigadas a respeitá-lo estritamente o que foi organizado por outro, o legislador".

(4) Sobre as limitações à autonomia da vontade no contrato de trabalho, em geral: P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, págs. 165-174; L. de Litala, *Il Contratto di Lavoro*, 5.ª ed., Torino, 1956, págs. 169-191; Fr. Santoro-Passarelli, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 4.ª ed., Napoli, 1948, págs. 56-58; G. Mazzoni, *Il Contratto di Lavoro nel sistema del Diritto Italiano del Lavoro*, 2.ª ed., Firenze, 1954, págs. 11-314; L. Riva Sanseverino, *Il Contratto Individuale di Lavoro*, in *Borsari-Pergeles, Trattato*, vol. II, 2.ª ed., Padova, 1953, págs. 103-110; P. Durand e A. Vitu, *Traité de Droit du Travail*, vol. II, Paris, 1950, págs. 125 e segs., 168 e segs., 301 e segs.; A. Brun e H. Galland, *Droit du Travail*, Paris, 1958, págs. 43-48, 198-199, 322 e segs. 342 e segs.; E. Pérez Botija, *El Contrato de Trabajo*, 2.ª ed., Madrid, 1954, pág. 67; G. Cabanellas, *Tratado de Derecho Laboral*, vol. II, Buenos Aires, 1949, págs. 111 e segs., 125 e segs.; A. Sürskind, *D. Maranhão e Segadas Viana, Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, Rio, 1957, págs. 273-277.

(5) Embora a lei não exija, entre nós, forma escrita para os contratos de sítos técnicos, artífices, atletas profissionais, contrato de aprendizagem, de prova ou por prazo determinado, é claro que, para maior segurança e certeza jurídica de ambas as partes, devem tais negociações jurídicas ser expressas e por escrito.

(6) J. C. Eampaio de Lacerda, *Direito Comercial, Marítimo e Aeronáutico*, 3.ª ed., Rio, 1957, págs. 132-133.

(7) Fr. Consentini, *Code International du Travail*, Paris, 1939, págs. 92 e 93.

Sobre a forma no contrato de trabalho: W. Kaskel e H. Dresch, *Arbeitsrecht*, 5.ª ed., Berlin, 1957, pág. 136; Hans H. Butz, *Der Arbeitsvertrag in seiner zweckmäßigsten Form*, Ludwigshafen am Rhein, 1957, págs. 12-13; A. Brun e H. Galland, *ob. cit.*, págs. 306-307; P. Durand e A. Vitu, *ob. cit.*, págs. 329-332; G. Bohn, *Droit du Travail et Procédure Prud'homale*, Paris, 1957, págs. 3-4; J. Rivero e J. Savatier, *Droit du Travail*, Paris, 1956, págs. 321-322; L. de Litala, *ob. cit.*, págs. 202-203; Santoro-Passarelli, *ob. cit.*, págs. 69-71; P. Greco, *ob. cit.*, pág. 191; L. Barassi, *Il Diritto del Lavoro*, vol. II, Milano, 1949, págs. 124 e segs.; G. Cabanellas, *ob. cit.*, págs. 108-109; M. Victor Russomano, *O Empregado e o empregador no Direito Brasileiro*, vol. I, Rio, 1954, págs. 214-219.

(8) Sobre isso, no direito francês: A. Brun e H. Galland, *ob. cit.*, págs. 309-314; P. Durand e A. Vitu, *ob. cit.*, págs. 332-338; A. Rouast e P. Durand, *Précis de Legislation Industrielle*, 3.ª ed., Paris, 1948, págs. 331-332; G. Bohn, *ob. cit.*, pág. 4; Roger Menesclou, *Le Droit et les Conflits du Travail*, Paris, 1956, págs. 17-18.

(9) P. Durand e A. Vitu, *ob. cit.*, pág. 96.

Exemplos jurisprudenciais, pacíficos todos: "Valor probante das anotações da carteira profissional, reconhecido pelos arts. 40 e 456 da Consolidação das Leis do Trabalho. Presunção *luris tantum* e não *luris et de iure*, visto admitir prova em contrário". (Ac. do STF, 1.ª turma, rel. Luis Gallotti, D. J., 13-10-51, pág. 4.697); "As anotações nas carteiras profissionais fazem prova *luris tantum*, isto é, passíveis de prova em contrário". (Ac. do STF, 2.ª turma, Rel. Hahnemann Guimarães, D. J., 13-9-49, pág. 2.837); "A simples anotação na carteira profissional, quando constatada a existência de elemento vital que a contraria, não é prova bastante da relação de emprego". (Ac. do STF, 2.ª turma, Rel. Lafayette de Andrada, pub. na aud. de 29-10-58).

Por sua vez, na Justiça do Trabalho: "O contrato de trabalho pode ser provado por qualquer meio permitido em direito, inclusive a prova testemunhal". (Ac. do TST, pleno, Rel. Ferreira da Costa, in *Rev. do TST*, ns. 5-6, 1955, pág. 180); "Valiosa, como é, a prova da carteira profissional, não resulta de sua falta uma presunção de iure da inexistência da relação de emprego, mas apenas a presunção *luris tantum*, suprível por outros meios de prova". (Ac. do TST, 2.ª turma, rel. Oscar Saraiva, D. J., 3-2-56, pág. 169).

(10) Ainda sobre a prova do contrato de trabalho: L. de Litala, *ob. cit.*, págs. 203-209; Santoro Passarelli, *ob. cit.*, págs. 69-71; P. Greco, *ob. cit.*, págs. 194-196; Cesarino Júnior, *ob. cit.*, pág. 109; A. Sürskind, D. Maranhão e Segadas Viana, *ob. cit.*, págs. 282-284; Dorval Lacerda, *Direito Individual do Trabalho*, Rio, 1950, pág. 60; M. Russomano, *ob. cit.*, págs. 214-219.

(11) Escreve De Litala, *ob. cit.*, pág. 132: "Na prática contratual o período de prova manifesta-se como uma garantia no exclusivo interesse do empregador, porque, enquanto o trabalhador geralmente pode, independentemente do período de prova, conhecer a entidade da empresa, a sua solvabilidade, a qualificação do trabalho que lhe será atribuída, o salário e o horário de trabalho, daí poder preventivamente avaliar a conveniência de dar a sua prestação a um determinado empregador, este não pode, ao invés, conhecer preventivamente a capacidade e a idoneidade do empregado para a prestação à qual quer submetê-lo, ainda quando o trabalhador esteja munido de carteira e de certidão de trabalho, já que não se pode atribuir aos mesmos senão um valor relativo".

(12) V. Cassi, *Il Rapporto di Lavoro in prova*, Milano, 1950, págs. 117-118.

(13) Na doutrina em geral, além de Litala e Cassi, págs. 117-156, esp. págs. 139-140, vejamos ainda: C. Assanti, *Il Contrato di Lavoro a prova*, Milano, 1957, págs. 35-39, que o coloca como contrato especial; Santoro Passarelli, *ob. cit.*, págs. 77-78; L. Barassi, *ob. cit.*, págs. 188 e segs.; G. Arduo, *Corso di Diritto del Lavoro*, Milano, 1947, pág. 103; L. Riva Sanseverino, *ob. cit.*, págs. 119-126; U. S. Toffoletto, *Il periodo di prova nel contratto di lavoro operaio*, in *Il Diritto del Lavoro*, Roma, 1.º 27, pág. 6.6; P. Greco, *ob. cit.*, págs. 139-144; V. Cassi, *L'Arbitrium nel rapporto di lavoro in prova*, in *Rev. di Dir. del Lavoro*, págs. 86-102; P. Durand e A. Vitu, *ob. cit.*, págs. 235-238; A. Rouast e P. Durand, *ob. cit.*, págs. 388, 477; G. Bohn, *ob. cit.*, págs. 45-51; A. Brun e H. Galland, *ob. cit.*, págs. 319-322; R. Menesclou, *ob. cit.*, págs. 22-24; J. Rivero e J. Savatier, *ob. cit.*, págs. 12-13; F. G. Martínez e J. A. Garcia Mar-

tínez. El Contrato de Trabajo, Buenos Aires, 1945, págs. 280-299; E. Perez Botija, Curso de Derecho del Trabajo, Madrid, 1948, págs. 141-143; G. Cabanellas, ob. cit., págs. 281-294; C. Júnior, ob. cit., pág. 127; A. Sússekind, D. Maranhão e Segadas Viana, ob. cit., págs. 294-295; D. Lacerda, Contrato Individual de Trabalho, São Paulo, 1939, págs. 156-158; A. B. Cotrim Neto, Contrato e Relação de Emprego, São Paulo, 1944, págs. 261-267; H. Pimpão, Período de prova no direito brasileiro, in Rev. do Tr., abril 1941; H. Pimpão, Das relações de Emprego no Direito do Trabalho, Rio, 1939, págs. 172-183; Eison G. Gottschalk, O "Ius variandi" no contrato de trabalho, Salvador, 1956, págs. 89-94; Eron P. Gottschalk, Aviso prévio e contrato de experiência, in Rev. do Tr., 1948, pág. 41; M. Cavalcanti de Carvalho, Período de prova e contrato de trabalho, in Tr. e Seg. Social, set. 1945, pág. 16; P. Durand, O contrato de experiência, in Tr. e Seg. Social, julho-ago. 1949, pág. 179.

(14) A doutrina nacional inclina-se pelo ensinamento de Mário de la Cueva, Derecho Mexicano del Trabajo, 3.ª ed., vol. I, México, 1949, pág. 434, dizer que o cargo de confiança só existe quando o seu exercício, pelas funções específicas que desempenha, pode alterar ou modificar os próprios destinos da empresa. Isto é, seu exercício, a cada passo, põe necessariamente em jogo os destinos normais da empresa. La Cueva refere-se a "própria existência da empresa, seus interesses fundamentais e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade".

Conf.: D. Lacerda, Direito Individual, cit., págs. 45-48; A. Sússekind, D. Maranhão e Segadas Viana, ob. cit., págs. 323-325; Cesarino Júnior, ob. cit., págs. 325-329 (emprego de confiança é aquele que tem as vestes do empregador); O. Gomes, Introdução ao Direito do Trabalho, Rio, 1944, págs. 144-147.

Ainda entre nós, cuidando do assunto: Nélio Reis, Contratos Especiais de Trabalho, Rio, 1955, págs. 130-144, com uma classificação das formas de cargos de confiança, além de uma boa análise da jurisprudence; J. Antero de Carvalho, Cargos de Direção no Direito do Trabalho, Rio, 1939; M. V. Russomano, ob. cit., vol. II, págs. 421-422.

(15) Para a doutrina francesa: A. Brun e H. Galland, ob. cit., págs. 284-286; P. Durand e A. Vitu, ob. cit., págs. 264-266; J. Rivero e J. Savatier, ob. cit., pág. 258. E' o bastante.

Para a doutrina italiana: L. de Litala, ob. cit., págs. 72-75; U. Silvio Toffoletto, La qualifica di dirigente, in Riv. di Dir. del Lavoro, Milano, jul-set. 1953, pág. 277; P. Greco, ob. cit., págs. 146 e segs.; L. Barassi, ob. cit., vol. I, págs. 377 e segs.

(16) A. Hueck-H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlin, 6.ª ed., vol. I, 1955, págs. 66-69; O. Nikisch, Arbeitsrecht, Tübingen, 1951, págs. 59-60 (o conceito de altos empregados somente pode ser proposto segundo o direito positivo de cada país); W. Kaskel e H. Dersch, Arbeitsrecht, 5.ª ed., Berlin, 1957, págs. 32-33; L. Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.ª ed., Göttingen, 1954, págs. 27, 101, 284, 311, 370 e 462.

(17) Ainda para a doutrina universal, em outros países: G. Cabanellas, ob. cit., págs. 336-337; J. H. Ferrer, El Contrato de Trabajo, Madrid, 1932, págs. 36-37; E. Perez Botija, ob. cit., págs. 63-65; Martinez-Martinez, ob. cit., págs. 61 e segs.

Cargos de confiança são considerados, entre nós, de modo geral: diretores, administradores, gerentes, comandante de navio, chefias (não técnicas), caixa e fiel, tesoureiro.

De modo geral, podemos indicar estes dois conceitos jurisprudenciais da espécie: "São de confiança os cargos cujo exercício coloque em jogo os interesses fundamentais da empresa" (D. Maranhão, TST, 3.ª turma, D. J. de 3-2-56, pág. 177).

"Cargo de confiança é aquele cujo ocupante fica investido de mandato com ampla autonomia de agir e representação integral substituindo a pessoa do empregador, sem que este, durante o exercício daquela mesma substituição, possa normalmente ou tenha meios de impedir os atos praticados pelo substituído" (T. da Costa Monteiro, TST, 2.ª turma, in Rev. do TST, 1957, pág. 119).

Quanto a chefias técnicas, já decidiu o Supremo que chefe de tipografia pode ser unicamente técnico, in D. J. de 10-7-51. Por sua vez é oscilante a jurisprudência do TST: "Os cargos técnicos não dependem da confiança do empregador, mas dos conhecimentos científicos" (A. Serra, in D. J. de 6-8-47), proc. 16.882-45; "Há funções técnicas que são funções de confiança" (J. 22-

rata, in D. J., 14-9-49, pág. 2.878). Assim é que secretário de jornal foi considerado cargo de confiança. Mas só em cada caso concreto é lícito afirmar com segurança.

(18) G. Tret, Les relations juridiques de travail a l'intérieur de la famille, Paris, 1941, págs. 165-166.

E' bem verdade que, no próprio direito francês, já anteriormente, vamos encontrar num extenso ensaio de Jean Hémond a argumentação em sentido contrário — Les contrats a titre onéreux entre époux, in Rev. Trimestrielle de Dr. Civil, out.-dez., 1938, págs. 673 e segs.; "Os argumentos de ordem sentimental não faltam para tentar justificar uma proibição dos contratos entre esposos: nem um nem outro espóso pode dar um verdadeiro consentimento nos contratos que possam ser celebrados entre eles, sua situação não lhe permite. Marido ou mulher não pensará, diz-se, em defender seus interesses quando seu concubinato seja a própria pessoa em que estejam colocadas toda sua afecção e toda sua confiança".

E logo adiante: "O princípio da validade dos contratos a título oneroso entre esposos não é mais discutido hoje em dia. A maioria da doutrina lhe é favorável, assim como a jurisprudência".

(19) Para esta lei: Marc Ancel, Traité de la capacité civile de la femme mariée, Paris, 1938, esp. págs. 105 e segs.

(20) L. de Litala, ob. cit., págs. 148-149; A. Brun e H. Galland, ob. cit., págs. 352-353; P. Durand e A. Vitu, ob. cit., pág. 278.

Contra, na comunhão de bens: Martinez-Martinez, ob. cit., pág. 166; G. Cabanellas, ob. cit., págs. 352-353; D. Maranhão, ob. cit., pág. 326.

(21) Cuidamos neste parágrafo do contrato de trabalho entre cônjuges fora do lar, em ambiente de empresa. Constitui outra matéria a chamada oficina de família ou mesmo o trabalho em domicílio.

Já o clássico Ph. Lotmar admitia a possibilidade de contrato de trabalho entre cônjuges: Der Arbeitsvertrag, vol. I, Leipzig, 1902, págs. 256 e segs.

Para a discussão profunda da matéria o ensaio de Hémond, cit., com histórico, vantagens, condições de validade, quanto aos regimes de bens e assim por diante. Para o contrato de trabalho, págs. 695-708.

Ainda sobre o assunto, favoravelmente: E. P. Botija, Contrato, cit., pág. 48; Cotrim Neto, ob. cit., págs. 256-257; A. Sússekind, D. Lacerda e Segadas Viana, Direito Brasileiro do Trabalho, vol. II, Rio, 1943, págs. 55-58.

Há vários casos concretos na jurisprudência brasileira, notadamente no campo da previdência social, pela validade do contrato.

(22) L. de Litala, ob. cit., págs. 147-148.

Também: A. Brun e H. Galland, ob. cit., págs. 531-552; P. Durand e A. Vitu, ob. cit., págs. 280-282; Santoro-Passarelli, ob. cit., págs. 37-38; E. P. Botija, ob. cit., pág. 48; G. Cabanellas, ob. cit., págs. 352-353; Ph. Lotmar, ob. cit., pág. 256, que já a admitia; Martinez-Martinez, ob. cit., que, para o direito argentino, distingue entre filhos sob o pátrio poder e aqueles que não o estejam. O contrato de trabalho só é possível neste último caso: "Quando se trata de filhos maiores de idade e que não vivem conjuntamente com seus pais, nada se opõe a que exista uma relação jurídica de trabalho entre eles, pois o pai pode manter sua autoridade paterna ainda que investido também do caráter de pátrio".

(23) G. Tret, ob. cit., pág. 167.

(24) Entre nós, pela afirmativa: D. Maranhão, ob. cit., pág. 326; A. Sússekind, D. Lacerda e Segadas Viana, ob. cit., pág. 57; Cotrim Neto, ob. cit., pág. 258.

Com as devidas cautelas, para impedir fraudes, simulações ou exploração de um concubino pelo outro, nada impede juridicamente que exista um legítimo contrato de trabalho entre os que vivem more uxorio, no regime de concubinato. Nos Estados Unidos da América do Norte a jurisprudência tem sido hostil em reconhecer direitos derivados de um contrato de trabalho em favor da concubina, especialmente por motivos de ordem moral.

(25) F. Santoro Passarelli, ob. cit., págs. 77-78.

(26) Com o texto: Cesarino Júnior, ob. cit., vol. II, págs. 308-309, ainda sobre tempo de serviço, págs. 315-317, 453; A. Sússekind, D. Lacerda e Segadas Viana, ob. cit., vol. II, págs. 60-61; M. V. Russomano, ob. cit., pág. 223. Contra: D. Maranhão, ob. cit., vol. I, págs. 290-292.

Quanto à jurisprudência, até há bem pouco tempo, era pacífica em todos os Tribunais Regionais, com ex-

ceção do Tribunal da 1.ª Região, no Tribunal Superior e mesmo no Supremo a favor da tese defendida no texto. Ultimamente, entretanto, vêm-se tornando vacilante no Supremo, onde se fazem manifestar alguns acórdãos contra a doutrina do texto. Predomina, contudo, ainda hoje a primitiva linha jurisprudencial.

(27) Sobre isso o nosso livro Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa, Rio, 1960, vol. II, págs. 203 e segs., 400-403.

(28) Sobre tempo de serviço, em geral: P. Durand e A. Vitu, ob. cit., pág. 517; L. de Litala, ob. cit., págs. 517-521; L. Barassi, ob. cit., vol. II, págs. 153 e segs.

(29) A. Brun e H. Galland, ob. cit., págs. 373 e segs. Ainda sobre conteúdo do contrato, entre nós: Cesarino Júnior, ob. cit., vol. II, págs. 96-97; Orlando Gomes, Introdução, cit., págs. 66-67; M. V. Russomano, ob. cit., pág. 216.

(30) De modo geral, podemos apresentar o seguinte contraste comparativo entre a nulidade e a anulabilidade. A nulidade é imediata, absoluta, incurável e perpétua, isto é, insanável e imprescritível. A anulabilidade é deferida, relativa, curável e provisória, isto é, sanável e prescritível.

De modo geral sobre isso: H. de Page, Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, vol. I, 2.ª ed. Bruxelles, 1948, págs. 125 e segs.; H. Capitant, Introduction a l'étude du Droit Civil, 4.ª ed., Paris, 1921, págs. 334-360; A. Colin, H. Capitant e L. J. de la Monnadière, Traité de Droit Civil, vol. I, Paris, 1953, págs. 68-70; M. Planiol e G. Ripert, Traité Élémentaire de Droit Civil, vol. I, Paris, págs. 125 e segs.; P. Marin Pérez, Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho, Barcelona, 1939, págs. 128-129.

Consultem-se os manuais e os livros introdutórios de Direito Civil, de autoria de Clóvis Beviláqua, Eduardo Espinola, pai e filho, além dos comentários aos arts. 145 e segs. do Código Civil.

(31) P. Greco, ob. cit., pág. 202.

(32) Nos efeitos da nulidade do contrato de trabalho, aspecto subjetivo, é que se manifesta bem nítida a sua distinção com a relação de trabalho, aspecto fático e objetivo. É declarado nulo o primeiro por vício de forma ou de consentimento, mas prevalecem os efeitos oriundos da efetiva prestação de trabalho.

Sobre essas teorias explicativas da impossibilidade da nulidade ex nunc, e sim somente ex nunc, podem ser vistos: P. Greco, ob. cit., págs. 204-205; L. Barassi, ob. cit., vol. II, págs. 57-63; Santoro Passarelli, ob. cit., págs. 34-37, 76-77; L. de Litala, ob. cit., págs. 209-215; L. Riva Sanseverino, II Contrato, cit., págs. 101-102; G. Mazzoni, II Contrato, cit., págs. 334 e segs.; P. Durand e A. Vitu, ob. cit., págs. 338-343; A. Brun e H. Galland, ob. cit., págs. 238-239; A. Vallée, Le Consentement dans le Contrat de Travail, Paris, 1930, pág. 15; Ferez Botija, El Contrato, cit., págs. 74-75; D. Maranhão, ob. cit., vol. I, págs. 279-282; O. Gomes, Introdução, cit., págs. 76-83; Cesarino Júnior, ob. cit., vol. II, págs. 354-356.

(33) V. na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, set.-dez., 1955, acórdãos da lavra dos Ministros Astolfo Serra, Godoy Ilha e E. Sanchez, respectivamente, ns. 136, 218 e 1219.

(34) De modo geral, consultem-se as obras, de fácil acesso: Erich Danz, A Interpretação dos Negócios Jurídicos, trad. de F. de Miranda, São Paulo, 1941, passim; E. Bettl, Teoria Generale del Negozio Giuridico Torino, 1943, págs. 200 e segs.; A. de A. Ferrer Correia, Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico, São Paulo, 1929, págs. 148 e segs.; Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do Direito, 4.ª ed., Rio, 1947, págs. 402 e segs.

(35) Para as consequências do princípio da boa-fé, v.: H. de Page, ob. cit., vol. II, págs. 439 e segs., além do capítulo sobre interpretação em geral, págs. 520 e segs.; S. Passarelli, ob. cit., págs. 82-84; L. de Litala, ob. cit., págs. 44-46; Cotrim Neto, ob. cit., págs. 215 e segs.; D. Maranhão, ob. cit., págs. 284-285.

(36) L. Barassi, ob. cit., vol. II, pág. 227.

(37) R. Demogue, ob. cit., vol. VI, Paris, 1931, págs. 8-16.

H. de Page, ob. cit., vol. II, pág. 441, dá um colóquio todo especial à intuição de Demogue, desenvolvendo-a brilhantemente: "Cada contratante é obrigado, pelo único fato do contrato, de proporcionar a seu

contratante todo o auxílio necessário para assegurar uma boa execução do contrato. A solidariedade que estabelece, tendo em vista a utilidade social, o vínculo entre as partes, proíbe a cada parte de desinteressar da obra. Ambas devem, mútua e lealmente, fornecer todo o apoio necessário para levar o contrato ao fim almejado. Não se deve fechar em seu egoísmo".

Allás, o princípio da execução de boa-fé já se encontra expresso no art. 1134, alínea 3, do Código civil napoléonico de 1804.

(38) Dissertar sobre as obrigações do empregado e do empregador é, afinal de contas, escrever sobre todo o direito do trabalho, de vez que as leis e as demais fontes normativas constituem normas supletivas do próprio contrato.

Contudo, sobre essas obrigações, de maneira genérica: S. Passarelli, ob. cit., págs. 93 e segs., 113 e segs.; L. de Litala, ob. cit., págs. 216 e segs.; P. Greco, ob. cit., págs. 208 e segs.; L. Riva Sanseverino, ob. cit., págs. 127 e segs.; G. Mazzoni, ob. cit., págs. 343 e segs.; L. Barassi, ob. cit., págs. 185 e segs.; D. F. Peretti-Griva, II Rapporto di Impiego Privato, 3.ª ed., Milano, 1935, págs. 160 e segs.; M. Coma e R. Corrado, II Rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico, 3.ª ed., Torino, 1953, págs. 221 e segs.; A. Brun e H. Galland, ob. cit., págs. 196, 474 e segs.; P. Durand e A. Vitu, ob. cit., pág. 578; E. Perez Botija, Curso de Derecho del Trabajo, Madrid, 1948, págs. 403 e segs.; G. Cabanellas, ob. cit., págs. 403 e segs.; Martinez e Martinez, ob. cit., págs. 191 e segs.; Cesarino Júnior, ob. cit., págs. 101 e 104; D. Lacerda, Direito Individual, cit., págs. 147 e segs.; D. Maranhão, ob. cit., págs. 284-287; M. V. Russomano, ob. cit., vol. I, págs. 158-167.

V. ainda: M. H. Marquez, Tratado elemental de Derecho del Trabajo, 4.ª ed., Madrid, 1949, págs. 242 e segs.; D. Antokoletz, Tratado de Legislación del Trabajo y Prevision Social, vol. I, Buenos Aires, 1941, págs. 367-370; M. de la Cueva, ob. cit., vol. I, págs. 475-493.

(39) Para esta questão, no direito germânico: Lothar Burhenne, Urheber-, Erfinder- und Wettbewerbsrecht, München, 1951, págs. 131-139; Oscar Zeller, Erfinder- und Vertragsrecht, Köln, 1953, págs. 38, 91, 95, 113, 115, 121 e 153; Bruno Alexander, Katz, Das Patent- und Markenrecht aller Kulturländer, 3.ª ed., Basel, 1934, pág. 81; W. Kaskel e H. Dersch, ob. cit., págs. 138-139; A. Nikisch, ob. cit., págs. 118-119; 468.

Para o direito inglês: W. F. Frank, The new Industrial Law, London, 1950, págs. 378-379; H. Samels, Industrial Law, 4.ª ed., London, 1953, págs. 24-25.

(40) P. Durand e A. Vitu, ob. cit., pág. 745.

Ainda para o direito francês, de publicação recente: P. Roubier, Les inventions des employés, in Droit Social, Paris, 1945, págs. 356 e segs.; 400 e segs.; D. Chalignier, Contribution à l'étude du droit des salariés sur leurs inventions, Paris, 1934, P. Roubier, Le Droit de la Propriété Industrielle, Paris, 1952, págs. 6, 76, 129 e 132.

(41) L. R. Sanseverino, II Diritto di Privativa nel Contratto di Lavoro, Roma, 1932, págs. 96 e segs. Também: ob. cit., págs. 157-158.

Ainda para o direito italiano, além de Passarelli, Litala, Mazzoni, Greco, Barassi, nas obras citadas, podem ser vistos: F. Carnelutti, Studi di Diritto Industriale, Roma, 1916, págs. 31-40; R. Corrado, La Nozione Unitaria del Contrato di Lavoro, Torino, 1956, págs. 44-51; Mazzola, Ute Invenzioni dei dipendenti, separata de Rass. della proprietà industriale, Milano, 1946.

(42) J. da Gama Cerqueira, Tratado da Propriedade Industrial, vol. II, Rio, 1952, pág. 41.

(43) Esta matéria é da competência do Departamento Nacional de Propriedade Industrial, do Ministério do Trabalho, com recurso para a Justiça Ordinária, depois de esgotadas as instâncias administrativas.

No único julgado que conhecemos, decidiu, com acerto, a 1.ª turma do Tribunal Superior do Trabalho, Rel. Ministro Astolfo Serra: "Fulce competência à Justiça do Trabalho para julgar reclamação sobre participação de lucro proveniente do uso, pela empresa, de inventos cuja propriedade pertence exclusivamente ao empregado". In D. J. de 28-9-56, págs. 1.652-1.653.