

TEMPO E DIREITO. O CONTRATO NULO E AS CONTRADIÇÕES DA RETROATIVIDADE

RONIE CARLOS BENTO DE SOUZA (*)

No mundo das hipóteses e da perfeição, para aplicar-se a lei com um Espírito de justiça, o melhor seria pensar-se na retroação ao passado de modo a determinar-se ao agente público que entrasse em uma máquina do tempo e após chegar ao momento em que estava para praticar o ato de admissão de concurso público, deixasse de praticar o ato. Seria uma condenação em obrigação de fazer (viajar ao passado) e não-fazer (deixar de contratar sem concurso público).

No momento não é possível fisicamente tal espécie de condenação, malgrado existam estudos na área da física especulando sobre a possibilidade de viagens ao passado. Todavia, até o momento somente a indústria do cine-

ma tem conseguido fazer viagens ao passado para reparação de atos desastrosos.

Mário Novello¹, diretor da Escola de Cosmologia e Gravitação do Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas ao discorrer sobre o tema afirmou que as viagens não mudariam a "história local", mas a "global", ou seja, não os casos concretos, mas a realidade maior. Assim, talvez fosse mais próxima a possibilidade física da mudança do que foi disposto na Constituição pelos constituintes do que a mudança fragmentada de cada um dos casos que deram ensejo ao "contrato nulo".

Mesmo que se admitisse uma viagem ao passado, o gasto em equipamentos e combustível seria altíssimo, compensando-se optar-se pelo pagamento da indenização pelo erro, do que optar-se por viajar ao passado para não realizar a admissão de empregado sem concurso público.

Novelo², ao tratar sobre "As forças de Arraste para o Passado", diz que na viagem ao passado, não podem ser esquecidos dois inconvenientes: a) custo excessivo; b) grande possibilidade de não sobrevivência.

1. "... se existem caminhos que conduzem a nosso passado, deveríamos, então, compatibilizar os processos do mundo através de uma orquestração ou autoconsistência, que deveria certamente conter um componente global, capaz de impedir aos paradoxos que normalmente estão a ele associados à possibilidade de serem acionados, gerando as dificuldades tradicionais. Entre estes, o mais dramático certamente é aquele que contempla a possibilidade de alguém retornar a seu passado e matar seu avô, inviabilizando o nascimento de sua própria mãe! Para impedir, ou melhor, para eliminar tais tipos de dificuldades no tempo, foi-se conduzido a pensar na possibilidade de construir uma orquestração dos processos físicos, diferente da que tínhamos empregado até então como fundamental. Dito de outro modo, parece que a existência de caminhos que levam ao passado sugere e, para alguns, chegam até mesmo a impor um modo de descrever o mundo através do abandono formal da história local em favor de uma história global. A razão para isso se deve a que, assim, poderíamos conviver racionalmente com um mundo que permitisse o retorno ao passado: eliminando as dificuldades tradicionais dos paradoxos temporais, através de uma globalização da descrição dos processos físicos. Se considerarmos que tais caminhos para o passado podem aparecer somente em circunstâncias especiais, a história local poderia subsistir em condições usuais, como as que encontramos em nosso cotidiano e que são precisamente aquelas para as quais essa descrição do mundo foi criada. O que devemos modificar ou restringir é o seu alcance universal, absoluto. Vista desse modo, a proposta de globalização adquire um *status* convencional dentro do cenário da ciência: ela vem substituir, em uma região definida e circunscrita, a extrapolação indevida de um procedimento usual. A história global conteria a história local como um caso limite, naquelas condições em que delimitar a realidade, produzindo *pedaços da existência*, sem vínculo maior com a totalidade, não leva a nenhuma contradição. Como ocorre, por exemplo, em nossa vizinhança terrestre, na ausência de processos físicos envolvendo caminhos que levam ao passado." (Mário Novello, in "O Círculo do Tempo - um olhar científico sobre viagens não-convencionais no tempo", Editora Campus, Rio de Janeiro, RJ, 1997, pp.4/5).

2. "Por razões técnicas, a velocidade média deste corpo deveria ser extremamente elevada: da ordem de 0,7 vez a velocidade da luz. O consumo de combustível, para este movimento fechado no espaço e no tempo... é extremamente elevado. Tão elevado que, além do combustível armazenado para essa viagem, boa parte da própria massa do foguete deveria ser transmutada em energia a ser consumida nesta jornada! Este resultado inviabiliza uma tal construção, posto que é de supor que um observador queira retornar inteiro ao seu passado!" (idem, p.56).

Se um requisito para viajar-se ao passado é atingir-se velocidade próxima à da luz, há uma lei impeditiva, que é a equação de Einstein.

Stephem M. Hawking³, ao discorrer sobre a teoria da relatividade de Einstein, cita sua famosa equação $E = mc^2$ e também advoga a impossibilidade física da viagem ao passado. Outro autor, W. Daniel Hillis⁴, também afirma ser impossível viajar-se na velocidade da luz. Os dois autores indicam que quanto mais próximo à velocidade da luz, mais gastos de energia seriam necessários, por causa do aumento do peso, e assim por diante...

Assim, podemos concluir que, por ora, inviável a condenação de retorno ao passado para cumprimento de obrigação de não fazer.

Vista a prestação de serviços de forma subordinada em face da nulidade absoluta, é imperioso raciocinar-se a respeito da idéia que envolve a teoria das nulidades.

A princípio, quando se estuda a teoria das nulidades, mormente as absolutas, parece claro que o efeito será radical, invalidando o ato *ex radice* ou, com efeito *ex tunc*, usando-se as expressões latinas no sentido de que o ato não poderá surtir efeito desde as suas raízes, quando ainda embrionário e que o seu efeito será retroativo.

É o que ensina, a princípio, o mestre Caio Mário da

3. "E = mc² (onde E significa energia, m, massa e c, a velocidade da luz); e a lei prevê que nada pode se deslocar com mais velocidade que a luz. Por causa da equivalência entre energia e massa, a energia que um objeto tenha, devido a seu movimento, será acrescentada à sua massa. Em outras palavras, essa energia dificultará o aumento da velocidade desse objeto. Esse efeito é realmente significativo apenas com relação aos objetos que se deslocam com velocidade próxima à da luz... À medida que o deslocamento de um objeto se aproxima da velocidade da luz, sua massa aumenta sempre mais rapidamente, de forma que ele gasta mais energia para aumentar mais ainda sua velocidade. Talvez não possa jamais alcançar a velocidade da luz, porque, então, sua massa teria atingido o infinito e, pela equivalência de massa e energia, estaria gastando uma quantidade também infinita de energia para que pudesse atingi-la. Por essa razão, qualquer objeto normal está para sempre confinado, pela relatividade, a se movimentar em velocidades mais baixas do que a da luz. Apenas a luz, ou outras ondas que não tenham massa intrínseca, podem se mover na velocidade da própria luz." (in "Uma Breve História do Tempo", pp. 32/33).

4. "Por exemplo, quando arremesso uma bola de beisebol, aplico energia à bola empurrando-a com meu braço. De acordo com a equação de Einstein, a bola realmente se torna mais pesada quando arremessada... Quanto mais rápido arremesso a bola, mais pesada ela se torna. Usando a equação de Einstein, $E = mc^2$, calculo que, se eu pudesse arremessar uma bola à velocidade de cem milhas por hora ... então a bola de fato se tornaria 0,00000000002 grama mais pesada - o que não é grande coisa." e usando o exemplo de uma viagem numa espaçonave diz que "À medida que você anda mais rápido com sua espaçonave, está colocando cada vez mais energia na nave ao acelerá-la, portanto ela vai se tornando cada vez mais pesada... Quanto mais se aproxima da velocidade da luz, tanto menor é o retorno obtido - quanto mais energia a nave tem, mais pesada se torna e mais energia é requerida para aumentar minimamente sua velocidade, e assim por diante. (...)"Torna-se cada vez mais difícil ultrapassar a barreira da luz. Não importa o quanto tente, você simplesmente não conseguirá. E essa é a razão pela qual não podemos viajar mais rápido que a velocidade da luz" (W. Daniel Hillis, in "As Coisas são assim - pequeno repertório científico do mundo que nos cerca". "Relatividade Especial - por que não podemos nos mover mais rápido do que a velocidade da luz?", Cia. Das Letras, São Paulo, SP, 1997, pp.272/273).

Silva Pereira, ao dizer “*É nulo o negócio jurídico, quando, em razão de defeito grave que o atinge, não pode produzir o almejado efeito. É a nulidade a sanção a ofensa à predeterminação legal. (...) Inspirada no respeito à ordem pública, a lei encara o ato no seu triplice aspecto, subjetivo, objetivo e formal, e, assim, considera-o nulo quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (condição subjetiva), quando não revestir a forma prescrita ou for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial à sua validade (condição formal).*” (Instituições, pp.545 e 547).

A respeito dos efeitos da nulidade a lição de Caio Mário é muito apropriada à situação do trabalhador que não pode voltar ao passado e nem pode ter devolvido o seu trabalho: “*A nulidade e a anulabilidade, uma vez pronunciadas, implicam em recusa dos efeitos da declaração de vontade, que encontra na infração da lei barreira ao resultado a que o agente visava. Desfaz-se, então, o ato, com reposição das partes ao estado anterior. Não sendo isto possível, por não existir mais a coisa ou por ser inviável a reconstituição da situação jurídica, o prejudicado será indenizado com o equivalente. O devedor exonerado da obrigação e aquele que já tiver feito alguma prestação têm a faculdade de reclamar da outra parte a devolução...*” (Op. cit, pp.550/551) (aqui no texto grifado começam as exceções aos radicais efeitos da nulidade).

Nota-se que Caio Mário não se afasta da regra geral: “O ato nulo de pleno direito é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: *‘quod nullum est nullum producit effectum’*” (idem, p.552), mas acrescenta logo mais algumas exceções à regra: “**quando se diz, contudo, que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas conseqüências dele emanam, como é o caso do casamento putativo; outras vezes, há efeitos indiretos, como se dá com o negócio jurídico translatício do domínio, que, anulado, é inábil à sua transmissão, mas vale não obstante como causa justificativa da posse; outras vezes, ainda, ocorre o aproveitamento do ato para outro fim, com e.g., com a nulidade do instrumento que deixa subsistir a obrigação. Em outros casos, o ato nulo produz alguns efeitos do válido, como é, no direito processual, a citação nula por incompetência do juiz, que é apta a interromper a prescrição e constituir o devedor em mora, tal qual a válida ...**” (idem, p.552). (grifos inexistentes no original).

Em arremate, o renomado autor supra citado demonstra a relatividade da teoria das nulidades ao dizer que “Construída a chamada *‘teoria das nulidades’*, que é a sistematização dos princípios que presidem à matéria da ineficácia do negócio jurídico, com o tempo foram aparecendo diversidades de entendimento e de aplicação, que lhe desfiguram a aparência de organismo uno. (...) vigora largo ilogismo na aplicação, bastando recordar que em matéria de casamento são tantas as exceções consagradas que quase diríamos mais haver uma teoria especial

de nulidade neste terreno. Assim é que a incapacidade absoluta do agente, de que provém a nulidade, leva à anulabilidade do matrimônio; a declaração de nulidade do negócio jurídico pode ser pronunciada pelo juiz quando conhecer do ato ou de seus efeitos, ao passo que a nulidade de casamento somente pode ser postulada por ação direta, na qual será nomeado curador que o defende. Por outro lado, aceita em doutrina e admitida pelos tribunais, embora não consagrada na lei, a teoria do ato inexistente é uma quebra de sistemática.

“Por tudo isto, no começo do século levantaram-se vozes de oposição à teoria tradicional das *nulidades*, que foi atacada principalmente por sua falta de aplicação genérica, e acusada de certa ausência de conteúdo prático”.

“As críticas, até certo ponto, são razoáveis, pois como acabamos de ver, e mais extensivamente se provaria a ausência de unidade se mais longe se levasse a investigação, a ineficácia do negócio jurídico longe está de se disciplinar por princípios que componham uma doutrina de aceitação harmônica pelos escritores e pelos sistemas de direito positivo. Mas é preciso assinalar que não é este um defeito peculiar à matéria, pois em numerosos outros casos, igualmente *doctores certant*, e nem por isto há razão para se negar ao complexo regulador o caráter de uma teoria, como se não infere também da circunstância de diversificarem os sistemas jurídicos na disciplina de um instituto.”

“Acontece, entretanto, aqui, algo mais sério. Mesmo os escritores que se não têm deixado seduzir pelas críticas endereçadas à doutrina tradicional reconhecem suas deficiências. Mas observam também que, se falta absoluto rigor à teoria clássica, nenhuma outra foi encontrada, estabelecida ou esboçada, para substituí-la, e, pois, o que se deve ter presente é que os conceitos tradicionais ainda são e devem ter-se por constitutivos de um sistema conveniente. Tem dado bons resultados, bastando comedimento e bom-senso na sua aplicação.” (*ibidem*).

Baseando-se no fato de que não é possível devolver-se ao trabalhador a sua energia despendida na prestação de trabalho, tem sido aplicada a teoria das nulidades no Direito do Trabalho, com base, entre outras, nas idéias de Délio Maranhão que é consagradamente citado para estribar os posicionamentos de que em face da impossibilidade da devolução da energia ao trabalhador, a contraprestação do salário não deve ser devolvida.

A aplicação da mitigação dos efeitos da nulidade absoluta no contrato de trabalho, por medida de equidade, tem sido um caminho mais adequado à realidade da relação entre o Capital e o Trabalho.

Se aplicada a teoria das nulidades em sua concepção civilística, sem a devida adequação ao Direito do Trabalho, estaríamos frente a frente com o paradoxo da irrestituibilidade da mão-de-obra do trabalhador.

Assim, tendo como referencial a irrestituibilidade, a nulidade absoluta tem efeitos *ex nunc* (ou seja, não retroage ao passado).

Não há falar em descaracterização da nulidade absoluta, pois continuaria sendo argüível *ex officio*, somente particularizando os seus efeitos à realidade da relação de trabalho.

Assim acontece com a nulidade absoluta em algumas questões civis (direito de família e direito das coisas) e no processo civil (citação inicial), qual seja, a adaptação da teoria das nulidades à natureza do instituto jurídico.

Deve ser repensado se o equivalente à energia do trabalhador colocada à disposição do empregador corresponde somente ao salário.

Observando-se o trabalho, pode ser notado um valor que transcende a sua característica de fator de produção, podendo ser lembrado que tem valores social, político, econômico, psicológico e até espiritual.

No âmbito econômico, é clássica a teoria de Karl Marx a respeito da mais-valia (que tem valor científico independentemente de posicionar-se ideologicamente a respeito da questão), podendo ser lembrado que além do valor do trabalho para o trabalhador, existe o seu valor para o empregador, que se apossa dos benefícios econômicos oriundos da prestação de trabalho (denominados por Marx como mais-valia, pois o excedente é apossado pelo empregador).

Assim, isolado no âmbito econômico, a energia do trabalhador produz resultados bivalorados, ou seja, tem valor tanto para o empregador como para o empregado.

Sob a ótica do valor do trabalho para o trabalhador, deve ser questionada qual a sua repercussão, no âmbito econômico.

Sabendo-se que o limite das expectativas do trabalhador deve ser aquele previsto no ordenamento jurídico (não se cogitando aqui, as contraprestações que se originam de pactuações individuais ou coletivas, por ora, para efeito de uma abstração que permita um raciocínio mais claro) - é de concluir-se que a valoração máxima do trabalho e, conseqüentemente, a contraprestação mais ajustada à energia despendida em favor do empregador, é o cumprimento de todas as obrigações previstas em lei .

Todas as verbas que compõem a remuneração (salário *stricto sensu*, horas extras, gratificações, gorjetas, adicionais de insalubridade, periculosidade, prêmios, férias, salários trezenos, a proteção previdenciária, o acesso à segurança contra o infortúnio do desemprego, PIS, seguro desemprego, FGTS, multa de 40%, aviso prévio) , sem ser exaustivo, tudo o que o ordenamento concede ao trabalhador comum corresponde nada mais, nada menos, do que a contraprestação à sua mão-de-obra.

Se fosse abstraído o trabalhador de sua condição humana e reduzido à condição de simples energia à disposição do empregador, não haveria como desligar todos aqueles direitos acima elencados de sua natureza de contraprestação à energia bruta.

Muito mais ainda, ao homem, ao cidadão, ao indiví-

duo que tem expectativas, que sonha, que tem família (mulher e filhos), que sente, que está sujeito à limitação do tempo e envelhece dia-a-dia, e cada vez mais debilitado, não sendo mera energia, deverá ser reconhecida a contraprestação.

O Estado é o único que tem o poder de editar leis, fiscalizar e impor o seu cumprimento. Qualquer cidadão tem o direito de esperar e exigir que o Estado seja cumpridor das leis.

Cogitar-se que o Estado pudesse descumprir a lei, contratando empregados sem concurso público (isto é, desobedecendo a lei) e ainda beneficiar-se de sua incúria, alegando essa própria falta por ele cometida como justificacão ao enriquecimento, seria um atentado aos princípios esculpidos no ordenamento jurídico constitucional, que prevê a existência de um Estado Justo e Democrático.

O erro do passado não pode ser motivo de um erro maior ainda, qual seja o de o Estado locupletar-se ilícitamente em face ao empobrecimento injusto do trabalhador, pois na mesma condição de prestação de trabalho, o trabalhador que prestasse serviços a uma pessoa física paupérrima e no ponto mais ermo do país, se invocando a prestação jurisdicional, em decorrência de uma prestação de serviços subordinada, teria acesso a todos os direitos previstos para a sua relação jurídica.

Não há prejuízo ao Estado o cumprimento de obrigações que corresponde ao mesmo arcado por todos os outros que tomam a prestação de trabalho de forma subordinada.

Destarte, entendo perfeitamente coerente e possível declarar-se a nulidade do contrato de trabalho, com efeito *ex nunc*, para correção dos paradoxos temporais, mas reconheço ser esta uma posição esmagadoramente minoritária e que não corresponde ao entendimento dos Tribunais Superiores.

(*) Juiz do Trabalho Substituto da 18ª Região