

## Detalhes da reforma trabalhista: entre o nulo e o anulável

Há muito para uma dúvida acerca do alcance das regras previstas nos artigos 9º e 619, de um lado, e no artigo 468 do outro, todos da CLT. Enquanto os dois primeiros tratam de atos considerados "nulos de pleno direito" o último fixa apenas a "nulidade" das alterações contratuais que não observem os requisitos de livre consentimento e ausência de prejuízo para o empregado).



Otavio Calvet  
juiz do Trabalho

As duas expressões, "nulo de pleno direito" e "nulidade", são sinônimas?

A primeira impressão é de que ambas cuidam do mesmo fenômeno jurídico, a invalidade de atos praticados pelo trabalhador em afronta ao ordenamento jurídico trabalhista. Embora a premissa não esteja equivocada, é importante notar que há uma distinção entre elas fundamental para se compreender não apenas o artigo 444 da CLT, mas também o novo parágrafo segundo do artigo 11 consolidado, incluído pela reforma trabalhista.

O contrato de trabalho, conforme clássica lição, é formado por duas situações jurídicas distintas: a primária e a secundária. A primária diz respeito ao estatuto legal, formado por regras de caráter cogente, de que os contratantes sequer podem dispor. Compõem essa base os direitos previstos em normas de ordem pública criadas pelo Poder Legislativo, bem como em normas coletivas (convenção e acordo coletivo de trabalho) e as decisões das autoridades competentes.

Já a situação secundária, que pode ser livremente estipulada pelos interessados, diz respeito aos direitos criados pela via contratual, ou seja, pelo exercício da autonomia da vontade de empregados e empregadores, tudo conforme o citado artigo 444 da CLT.

A base primária limita o exercício da autonomia da vontade impondo um conteúdo obrigatório, o que demonstra a função social do contrato de trabalho. Logo, da mesma forma que ocorre no Direito Civil (artigo 2.035, parágrafo único), todo e qualquer ato praticado pelas partes para desvirtuar, impedir ou fraudar tais preceitos constitui um ato nulo, já que afronta regras de ordem pública.

Pode-se facilmente constatar, portanto, que o ato nulo do Direito Civil corresponde ao ato "nulo de pleno direito" do Direito do Trabalho. Há identidade de conteúdo entre os artigos 9º e 619 da CLT e o artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil, pois a base primária dos contratos de trabalho traduz justamente as regras de ordem pública relativas à função social do contrato de trabalho.

Logo, toda a disciplina acerca dos atos nulos do Direito Civil deve ser observada quanto aos atos que violam a base primária do contrato de trabalho, como a possibilidade do magistrado pronunciar de ofício e a não convalidação pelo decurso do tempo (artigos 168, parágrafo único e 169 do CC).

Por outro lado, a situação secundária do contrato, a parte puramente contratual, não constitui direito mínimo trabalhista cogente, muito menos encontra respaldo em norma de ordem pública ou diz respeito à limitação da autonomia da vontade decorrente da função social do contrato de trabalho. Trata-se, aqui, de puro exercício da vontade legitimamente negociada pelos contratantes.

Natural, assim, que o legislador tenha fixado sanção mais branda caso tais direitos, de ordem secundária, não sejam respeitados. Aqui, a CLT, em seu artigo 468, usou a expressão "nulidade", e não o mesmo "nulo de pleno direito", e o fez certamente porque a bem da verdade o caso corresponde ao "anulável" do Direito Civil.

Para ficar mais claro, o motivo da existência do artigo 468 da CLT, que trata das alterações contratuais, não é a proteção dos direitos mínimos trabalhistas que garantem a existência digna, mas a proteção à manifestação de vontade do trabalhador hipossuficiente, ou seja, criaram-se regras óbvias para a preservação da vontade do mais fraco: o empregado deve querer a alteração e ela não pode ser prejudicial, já que não se pode imaginar que alguém deseje mudar sua condição contratual para pior.

Cuidando de interesses meramente particulares, as alterações contratuais que não observem os requisitos legais serão apenas anuláveis, devendo haver iniciativa do interessado para que o juiz possa conhecer da questão, sendo certo que o passar do tempo consolida as lesões praticadas nessa esfera (artigos 177 e 179 do CC).

E qual o interesse prático dessas distinções teóricas? Compreender e saber aplicar a prescrição total e a prescrição parcial no Direito do Trabalho, que antes estavam previstas na jurisprudência (Súmula 294 do TST) e, agora, também no texto legal (artigo 11, §2º da CLT), pois é justamente na natureza do direito trabalhista lesionado que a distinção se perfaz.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que a distinção entre prescrição total e parcial somente possui interesse quando a lesão praticada gera consequências sucessivas. Se a lesão não provoca tal efeito, ou seja, se permanece como um ato único no tempo, simplesmente há de se contar o prazo quinquenal da prescrição trabalhista durante o contrato, sempre observando a prescrição bienal após a extinção do pacto. Ultrapassado o prazo, fulminada estará a pretensão.

Quando a lesão provoca prestações sucessivas, como por exemplo uma redução salarial (todos os meses seguintes o empregado recebe menos do que deveria) ou a alteração do contrato para cortar um benefício (empregado deixará de perceber o benefício a partir de então), há sempre a dúvida acerca da prescrição a ser aplicada: se total ou parcial.

A prescrição parcial parte do pressuposto de que o trabalhador lesionado poderá, a qualquer tempo, durante o contrato de trabalho, obter a reparação pela lesão sofrida, ficando limitadas pelo prazo quinquenal de prescrição apenas as reparações pecuniárias. Restaura-se, assim, a lesão praticada com recebimento das diferenças dos últimos cinco anos (claro, se o contrato de trabalho estiver em curso). No exemplo acima, o empregado voltaria a receber o salário original antes da redução, vez que a irredutibilidade salarial é regra de ordem pública.

Já a prescrição total adota outra ideia: a de que se o prazo quinquenal, durante o contrato de trabalho, for ultrapassado, a contar da data em que o empregador cometeu o ato lesivo, a pretensão estará fulminada. O empregado, aqui, simplesmente não consegue mais exigir a reparação do direito ofendido.

E como diferenciar um caso do outro? Analisando-se, como dito, a natureza do direito lesionado. Se o direito estiver situado apenas na situação jurídica secundária do contrato de trabalho, a parte puramente contratual, a prescrição será total. Logo, a pretensão decorrente de alteração do contrato de trabalho sem a observância dos requisitos do artigo 468 da CLT, assim como a supressão de direitos contratuais pelo empregador de forma unilateral, se não forem objeto de ação do trabalhador dentro de cinco anos durante o contrato, a contar do ato patronal, simplesmente restará fulminada.

Tratando-se de ato meramente anulável, a alteração ou supressão do pactuado praticadas pelo empregador em afronta ao ordenamento jurídico, o decurso do tempo opera a prescrição, consolidando a lesão. Prescrição total.

Agora, se o direito trabalhista lesionado estiver amparado por norma cogente, integrante da situação primária, a prescrição será apenas parcial, já que sendo um ato nulo o decurso do tempo não convalida a irregularidade praticada. Cuida-se, aqui, da preservação do interesse público, da função social do contrato de trabalho, da imperatividade das regras de ordem pública, das decisões das autoridades e das normas coletivas.

Seria um absurdo imaginar, por exemplo, que um empregado coagido a perceber salário inferior ao mínimo legal não obtivesse, perante a Justiça, o restabelecimento do valor determinado pela Constituição sob a alegação patronal de prescrição. Seria algo como: já que estou agredindo o interesse público há mais de cinco anos durante o contrato, a prescrição me autoriza a continuar realizando a agressão e o empregado vitimado ficará em definitivo percebendo salário inferior ao mínimo legal. Um absurdo, por óbvio.

Assim, durante o contrato de trabalho, a pretensão decorrente de lesão a direito trabalhista contido na base primária simplesmente não prescreve, a qualquer tempo o empregado pode postular a reparação, percebendo as diferenças salariais ou indenizatórias correspondentes aos últimos cinco anos. Prescrição parcial.

Para finalizar, a diferença ora justificada, a partir igualmente da distinção entre as bases primária e secundária do contrato de trabalho, permite um segundo debate: a questão do direito adquirido e do ato jurídico perfeito frente às mudanças dos direitos trabalhistas. Assunto para uma futura coluna.

**Date Created**

25/05/2021