

A REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DOS EMPREGADOS DO COMÉRCIO NOS CÓDIGOS MERCANTIS

Razões da inserção de normas de direito do trabalho no código comercial de 1850 e inadmissibilidade de sua inclusão no futuro código comercial brasileiro.

Aderbal Freire

Catedrático da Faculdade de Direito e da Faculdade
de Ciências Econômicas do Ceará.

I

PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850

Não obstante o concenso geral de que, desde a abertura dos portos brasileiros ao comércio com as nações estrangeiras, em 1808, se fazia imperiosa a necessidade de uma legislação comercial, codificada para o Brasil, o trabalho de elaboração do Código Comercial, que somente em 1833 teve início, estendeu-se por quase dois decênios.

Quando, ainda antes da proclamação da nossa independência, se cogitou, pela primeira vez, de dar ao Brasil um código do comércio, coube ao mais antigo e, sem dúvida, um dos mais notáveis dos nossos comercialistas, José da Silva Lisboa, visconde de Cayrú, o magno encargo. Essa primeira tentativa, infelizmente, não teve curso, "por fatos que não se podem ter em conta daquele a quem fôra confiada a hercúlea tarefa e que para ela estava indicado por unânime voto" (1).

(1) ALFREDO RUSSEL — Conferência pronunciada em dez. de 1936, no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros sobre a reforma do Código Comercial brasileiro, in Rev. de Direito Comercial, vol. 7 págs. 193 e segs.

Declarada a nossa independência política, continuamos, por força da lei de 20 de outubro de 1823, a reger-nos, em matéria comercial, pela legislação da antiga metrópole e, subsidiariamente, pela das demais nações civilizadas.

Três códigos eram considerados estatutos padrões, quando tiveram início, no país, os trabalhos do nosso atual código mercantil: o Código francês de 1807, o mais antigo de todos e modelo de quase todos os que lhe seguiram, o Código espanhol de 1829, que, no dizer do VISCONDE DE CAYRÚ e do clássico PARDESSUS, era o mais amplo, mais explícito e mais ponderado dos três, e o português de 1833.

Deve-se à Regência permanente, de que era, então, Ministro da Justiça o cons. Aureliano Coutinho, depois visconde de Sepetiba, a iniciativa que culminou com a promulgação do código ainda hoje vigente. Designada, em 1833, uma comissão de quatro negociantes para, sob a presidência do cons. José Clemente Pereira, homem notável por seu talento e virtudes e jurisconsulto de peso, no julgamento de ALFREDO RUSSELL e CESAR TRIPOLI⁽²⁾, — elaborar um projeto de código, desobrigou-se ela de sua missão no ano de 1834, adotando, na feitura da obra que lhe fôra confiada, o duplo critério de calcá-la sobre os princípios então consagrados nas legislações e nos usos e costumes das nações do novo e do velho mundo e, ao mesmo tempo, adequá-las às condições específicas do país e do seu povo.

Remetido à Câmara êsse projeto, inspirado nos modelos francês, espanhol e português, especialmente no segundo, foi êle submetido ao estudo de uma comissão especial composta de nove membros, tendo como relator o deputado piauiense Francisco de Sousa Martins, comissão essa que o aprovou por unanimidade. Iniciados os debates em 20 de junho de 1834, na Câmara dos Deputados, decidiu-se, na sessão de 23 do mesmo mês, por indicação do deputado Paula Araujo, submetê-lo a novo estudo por uma comissão conjunta de senadores e deputados⁽³⁾.

Sòmente oito anos depois, essa comissão mista fêz presente ao Parlamento o resultado dos seus estudos, para os quais havia recebido valiosas contribuições, merecendo, entre elas, destaque especial o “Projeto de emendas”, apresentado em 1836 por uma comissão de negociantes da Côrte. Levado o projeto, com as emendas recebidas, novamente à discussão na Câmara dos Deputados, em 22 de janeiro de 1845, foi o mesmo mais uma vez submetido à

(2) ALF. RUSSELL — O Direito Comercial e a sua codificação, in Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos I, págs. 125 e segs.; C. TRIPOLI — História do Direito Brasileiro, vol. II, pag. 269.

(3) Anais do Parlamento Brasileiro, coligidos por Jorge João Dodsworth — Sessão de 1835 da Câmara dos Deputados, tomo I, pags. 186 a 202.

apreciação de uma comissão especial. Essa embora o considerasse “suscetível de alguma perfeição”, opinou por sua adoção imediata, pois, no seu entender, cada dia se tornava “mais imperiosa a necessidade de dar ao país um sistema de legislação comercial, para evitar a decadência e a ruína do nosso comércio”, que lutava com a incerteza das regras que regiam as questões mercantis, decididas até então “pelo arbítrio dos julgadores e mediante processos impróprios e ineficazes”⁽⁴⁾.

Pôsto em discussão o projeto com o parecer da comissão, foram ambos, depois de rápidos debates, praticamente os únicos que o nosso Código suscitou na Câmara baixa, aprovados em globo, em 3 de junho de 1845, sem novas alterações, para evitar o que, de ordinário, ocorre nas assembléias, onde, como afirmou um deputado, citando THIERS, “espíritos medíocres rodeiam um trabalho bem coordenado, fruto de uma profunda experiência, emendam-no, mudam aqui e ali algumas disposições e assim tal barulho armam, que um todo bem ligado e coordenado transformam em um todo informe e incoerente, sem relação com o sistema de legislação e com os fatos reais”⁽⁵⁾.

Embora o pensamento dominante fôsse êsse de que os corpos legislativos não são, por sua natureza, os órgãos apropriados para a feitura dos códigos, cabendo-lhes apenas aceitar ou recusar a obra dos técnicos, o Senado do Império houve por bem fazer passar o projeto aprovado na Câmara pelo crivo de longas e severas discussões, em duas sessões legislativas, do que resultou a adoção de numerosas emendas, aprovadas tôdas elas, em 6 de março de 1850, na Câmara dos Deputados, pelo mesmo critério aclamativo, embora com o protesto de alguns membros daquela casa legislativa, entre os quais, o deputado parãense Bernardo de Souza Franco, antigo Ministro do Império e mais tarde visconde de Sousa Franco, que se insurgiu denodadamente contra a aprovação, sem debates, das referidas emendas⁽⁶⁾.

Aprovada a sua redação final em 22 de março daquele ano, foi êle sancionado em 2 de maio e promulgado em 25 de junho, por lei que tomou o número 556 e entrou em vigor seis meses após a sua publicação.

Foi assim que se deu ao país uma das leis que, no dizer de SILVA LISBOA, é “das mais debatidas e esmerilhadas do nosso corpo de legislação” e que, “posta em confronto com legislações similares, não tem de que enrubescer”. A respeito dela, aquêle grande comer-

(4) Anais do Parlamento Brasileiro, coligidos por Antonio Henoch dos Reis — Segunda sessão de 1845, tomo I, pag. 681.

(5) Anais cits. tomo II, pag. 24.

(6) Anais do Parlamento Brasileiro, coligidos por Antonio Pereira Pinto — Sessão legislativa de 1850 da Câmara dos Deputados, tomo II, págs. 63 a 72.

cialista, que só agora vai recebendo a justa consagração de sábio (7), ainda acrescenta, no seu vetusto "Princípios de Direito Mercantil a Leis da Marinha": "Conquanto a jurisprudência comercial e marítima se possa chamar cosmopolita e a tal ponto que o que se legisse para um país poder-se-ia aplicar integralmente em qualquer outro, o Código que elaboramos tem o característico de, aceitando e admitindo os princípios gerais e uniformes dessa legislação peculiar, consagrar com êles as práticas e usos de há muito em voga em nossas praças e que uma boa razão sancionava e reclamava a continuação. Há pois uma legislação firmada com o cunho brasileiro, revelando, entre outros dotes, no espírito e na redação, o labor e coloridos pátrios" (8).

Maior elogio não se lhe poderia dispensar do que o dizer-se que, por todo um século, vem êle regendo, sem desdouro, relações jurídicas que se processam num campo de atividades, com o comércio susceptível às mais variadas mutuações e, muito especialmente, sujeito às modificações que os progressos técnicos imprimem às sociedades, os quais, é bem ressaltar, durante êsse século de sua vigência foram mais intensos e conturbadores do que em qualquer outra fase da história da humanidade (8a).

Na opinião de CARVALHO DE MENDONÇA, revela um adiantamento notável sobre os que lhe serviram de modelo, tendo sido o primeiro trabalho original desse gênero que apareceu na América, pois os de Haití e o da Bolívia, promulgados, respectivamente, em 1826 e 1834, não passavam de cópias servis do Código francês, o primeiro, e do espanhol, o segundo.

Mas onde, a nosso ver, êle mais se alteia e se faz credor da admiração de qualquer jurista que o analise através de um confronto entre a mentalidade dominante na época da sua formação e as concepções jurídicas atuais, é com relação às normas de cunho social contidas no seu contexto e que constituem um notável e surpreendente avanço legislativo, uma vez que os autores daquele código, como que num prenúncio às modernas concepções jurídicas-sociais, se anteciparam em várias dezenas de anos ao atual direito do trabalho, de que são, dessa forma, legítimos precursores, juntamente com o legislador ibérico que, sob os auspícios de Fernando VII, deu à Espanha o Código de 1829.

(7) A. RUSSEL — Conferência cit.

(8) VISCONDE DE CAYRÚ — Princípios de Dir. Mercantil e Leis de Marinha, 1874, vol. I, pág. DCXLVIII.

(8-a) Essa assertiva não importa em negar as profundas mutilações que o nosso Código Comercial tem sofrido, entre as quais sobrelevam as referentes ao instituto da falência, aos títulos de crédito e a alguns tipos de sociedades mercantis. Cumpre, entretanto, notar que, quanto aos mais, ainda prevalecem, em suas linhas gerais, as diretivas traçadas pelo legislador de 1850.

E' êsse aspecto do Código Comercial brasileiro que, mais de perto, interessa ao presente trabalho e que, para sua melhor compreensão, exige se examine, preliminarmente, qual o desenvolvimento alcançado, até a época de sua feitura, pelas idéias que deram origem ao moderno direito social.

II

O DIREITO DO TRABALHO NA ÉPOCA DA PREPARAÇÃO DO NOSSO CÓDIGO COMERCIAL

O século XVIII expirou sob o signo de dois acontecimentos de magna importância, fadados ambos a provocar as mais profundas transformações associadas já observadas na história da civilização. O primeiro dêles, no terreno político, a Revolução Francesa de 1789, representou o triunfo da filosofia individualista e dos pressupostos liberais, de que resultou a extinção do regime das corporações e a implantação de um sistema jurídico em que predominava o princípio da liberdade de contrato, como consequência da soberania da vontade individual. O segundo, no campo da ciência, ponto de partida da chamada revolução industrial, é a descoberta da máquina a vapor, acontecimento, para MORIN, "plus lourd de conséquence que la Revolution politique de 1789" (9), que, no pensar de BERGSON, servirá para definir uma idade e do qual se falará mais tarde como hoje nós falamos do bronze e da pedra lascada (10). Já hoje, decorridas quase duas centúrias dessa dupla revolução, é possível afirmar com segurança que êsses dois acontecimentos, embora simultâneos na história da humanidade, não se compadecem, pois o antagonismo entre a revolução das idéias, oriunda do primeiro, e a revolução dos fatos, que resultou do segundo, cedo se revelou. E nesse grave entrelaço dos fatos com as idéias, só estas teriam de ceder terreno, para conformar-se à realidade, pois à marcha inexorável dos acontecimentos não seria possível opor barreira.

As grandes concentrações industriais e comerciais, criadas pelo novo regime econômico, em pouco tempo puseram em destaque essa incompatibilidade entre a realidade dos fatos e o sistema jurídico vigente. O domínio das forças naturais pelos novos processos técnicos exigia o esforço coletivo e conjugado de numerosas "equipes" de trabalhadores e, como essas "equipes" estão sempre em função de um equipamento, "le maître de l'équipement risque de devenir le maître de l'équipe", observa SAVATIER (11).

(9) GASTON MORIN — La révolte du droit contre le code, pág. 15.

(10) BERGSON — L'évolution créatrice, pág. 151.

(11) R. SAVATIER — Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui, pag. 13.

Dentro de pouco tempo se havia chegado a uma situação deplorável, sob certos aspectos pior do que a escravatura, porque, aos escravos, o senhor, pelo menos, curava de sua conservação, receoso do prejuízo econômico que resultaria de sua morte, enquanto a vida dos trabalhadores nada representava para os chefes das indústrias.

A decantada igualdade, pregada pelos teóricos liberais e individualistas, constituiu-se um mito e a justiça, que se pretendeu alcançar, através de relações contratuais travadas num clima de autonomia e liberdade, degenerou em iniquidade.

A constatação gradativa dessas verdades provocou, aos poucos, o nascimento de um anseio de justiça social, exigindo que o Estado se colocasse ao lado do fraco na luta tremendamente desigual a que, por amor a um princípio, vinha êle assistindo impassível.

Essa marcha, rumo a um ideal de justiça, tem sido mais ou menos lenta e já dura cerca de um século e meio, podendo a sua história ser dividida em quatro grandes fases, cada uma tendo por ponto de partida um acontecimento de irrecusável repercussão social. A primeira delas vai, como assinalam GRANIZO e ROTHVOSS, das primeiras leis concernentes ao problema do trabalho até a publicação do manifesto de Marx e Engels em 1848, marco inicial do segundo período, que se estende até a Conferência de Berlim, em 1890, e a publicação da encíclica "Rerum Nevarum", de Leão XIII, em 1891. O terceiro período data dessa época até o Tratado de Versalhes, em 1919, que é o ponto de partida do atual ciclo do direito trabalhista (12).

As primeiras legislações comerciais codificadas e, entre elas, a do Brasil, foram elaboradas durante a primeira fase dessa evolução, fase em que, propriamente, não se podia, ainda, falar em legislação do trabalho e que é, por assim dizer, a prehistória do direito operário. Além da lei inglesa de 1802, sem dúvida a primeira de índole realmente social, proibindo o trabalho noturno dos meninos nas fábricas têxteis e fixando-lhes a jornada em 12 horas, limitações estendidas, mais tarde, em 1819, aos trabalhadores menores de qualquer indústria, e alteradas, em 1825, com a redução da jornada para 11,30 horas, e em 1833, para 8 horas, afora a regulamentação do trabalho de menores e mulheres na Alemanha, a partir de 1839, na França, em 1841, e na Itália, em 1843, nada mais digno de destaque pode ser assinalado nesse primeiro período da história da legislação do trabalho, que se caracteriza especialmente pelo fato de que "se muestran las leyes sociales como hechos aislados en ciertas naciones, debidos a sugeriones filantropicas" (13).

(12) L. MARTIN-GRANIZO e M. GONZALEZ-ROTHVOSS — Derecho Social, pags. 24 e segs.

(13) Obr. cit. — pág. 24.

Não obstante, já então, a situação angustiosa das classes operárias reclamar medidas governamentais que pusessem cõbro sôbre à miserável espoliação que se processava às vistas dos poderes públicos, difícil se fazia, naqueles períodos da história, a promulgação de leis protetoras do trabalho, não só como decorrência da mentalidade anti-intervencionista ainda em pleno fulgor, como também por ser corrente então a crença de que a nação que se dispusesse a estabelecer limitações no campo do trabalho veria cedo refletir-se essa sua atitude num decréscimo de produção, com perniciosas repercussões no páreo da concorrência econômica com os demais países.

Nessa persuasão, que os fatos vieram mais tarde mostrar ser errônea, os Estados se recusavam a intervir no choque tremendo entre o capital e o trabalho, o que levou certos espíritos mais avançados, apiedados da situação do proletariado, a lutar por uma legislação internacional do trabalho (14).

Foi, pois, nesse ambiente de escassas iniciativas legais com relação ao problema social, em quase todos os países do universo, que se processou a elaboração do nosso código de comércio e daqueles que lhe serviram de modelo.

III

AVANÇOS SOCIAIS DOS CÓDIGOS MERCANTIS DA ESPANHA, PORTUGAL E BRASIL

Não pode deixar de surpreender àquele que estuda hoje a obra dos legisladores comerciais de há mais de um século a quase presciência como que foram encarados determinados aspectos das relações jurídicas que vinculam os chamados prepostos comerciais aos seus empregadores. E essa agudeza é tanto mais notável quanto é certo que, estabelecendo normas destinadas a reger relações entre indivíduos maiores e capazes, feriam de cheio o tabu da autonomia plena das vontades contratantes, numa época em que apenas alguns poucos turibulários menos exaltados dessa soberania da vontade concordavam em transigir, exclusivamente quando se tratasse de contratante menor. Essa transigência, no terreno do direito positivo, se corporificara, até então, num único diploma legal conhecido, — a lei inglesa de 1802, com as ampliações de 1819, 25 e 33, e só bem mais tarde se manifestou, na legislação de outros países, como a Alemanha, em 1839, a França, em 1841, a Itália, em 1843, a Espanha, em 1873,

(14) Robert Owen, filantrópico industrial inglês, dirigiu-se em 1818 às potências reunidas em Aix-la-Chapelle, pedindo a adoção de leis internacionais para o trabalho; Villermé, em 1839, e depois Steinthal e Daniel Legrand, entre outros, pugnaram por idêntico desideratum.

a Bélgica, em 1884, Portugal, em 1889, etc., em todos êles, por conseguinte, posteriormente ao processo de feitura daqueles códigos.

Das três codificações em que se esteou o legislador brasileiro, a espanhola cabe a primazia na adoção de medidas de tutela aos prepostos comerciais, muito embora, não lhes atribuindo caráter imperativo, com o admitir pacto em contrário, haja o legislador espanhol, a nosso ver, perdido, em grande parte, as honras de precursor da moderna legislação social, que já lhe foi atribuída (15), em favor do legislador brasileiro, a quem cabe o mérito de haver suprimido aquela condição restritiva à aplicação das normas em apêço, que lhes emprestava caráter opinativo.

Não se conhecem, precisamente, quais os motivos que inspiraram ao legislador ibérico aqueles preceitos, dizem ALIOMAR BALEEIRO e LUIZ VIANA FILHO, no seu interessante trabalho sobre "O direito dos Empregados no Comércio" (16), interessante e precioso para o estudo da situação jurídica do preposto comercial no direito brasileiro, o qual, além disso, tem o duplo merecimento de ser a primeira e talvez única monografia sobre o assunto publicada no país e de ter vindo à luz numa época em que problemas dessa espécie ainda não atraíam a atenção dos nossos juristas.

Embora tenha sido o código espanhol calcado no Código Comercial francês de 1807, as mencionadas disposições, que dêse não constavam, constituíram, naquele, inovações, atribuíveis, talvez, a ligeiras sugestões existentes na obra de PARDESSUS (17), cuja primeira edição surgiu em 1814, e aproveitadas pela comissão composta de Porcil, Pellegrin e Ballarino, encarregada, por Fernando VII, em 1827, de preparar a codificação comercial espanhola (18). A inserção de tais dispositivos cresce de mérito quando é sabido que, a êsse tempo, o código comercial russo reconhecia aos comerciantes o direito de impor correções domésticas aos seus empregados.

O legislador português de 1833, embora se haja limitado a compilar tais preceitos do código espanhol, mesmo assim merece louvo-

(15) ALIOMAR BALEEIRO e LUIZ VIANA FILHO — O direito do Emprego do Comércio, Baía, 1932, pág. 191.

(16) Pág. 191.

(17) Cours de Droit Commercial.

(18) A. BALEEIRO e L. VIANA FILHO — ob. e loc. cit. — Segundo GELLA, "deseando las Cortes unificar el Derecho Español, en estado poco armónico después de la publicación de la Novísima Recopilación, se nombró, en las de 1810, una comisión para que redatara un proyecto de Código de Comercio, que no pudo terminar su cometido por las vicisitudes constitucionales de la época. Renació la idea en 1820, y una nueva comisión fué designada, sin que de ella saliera tampoco el tan deseado cuerpo legal; así as cosas, em 1827 don Pedro Sainz de Andino elevó una exposición al Monarca razonando la necesidad de una reforma en la legislación mercantil, y ofreciendo, por su parte, la redacción de un Código de Comercio; y llevado a cabo su propósito, el proyecto presentado mereció la aprobación de Fernando VII, quien lo promulgó en 30 de Mayo de 1829, comenzando a regir en 1. de enero siguiente". (A VICENTE GELLA — Introducción al Derecho Mercantil Comparado, pág. 28 e 29).

res por haver admitido e perfilhado normas que teria certamente repellido se se houvesse deixado empolgar pelo espírito da época.

Por seu lado, o código brasileiro, expungindo aquelas normas do seu principal defeito, que era só lhes dar validade na hipótese de silêncio do pacto, avantajou-se muito, nessa matéria, ao seu similar ibérico.

O estudo detido da posição tomada pelo Código de 1850, com relação a diversos problemas que são objeto dos mais agitados debates, à luz das novas concepções que o direito do trabalho há formulado, dar-nos-á melhor idéia do alto grau de desenvolvimento da mentalidade que presidiu à sua feitura e da extraordinária intuição dos seus autores, a respeito de tais problemas.

Essa singular atitude do legislador de cem anos atrás tem um sentido de certo modo profético, que, como investigação útil à história do direito do trabalho, não pode ser desprezada pelos cultores dêse moderno direito.

A) A questão da natureza jurídica da relação de trabalho

Desde algum tempo se vêm travando, no campo do direito social, acirrados debates em torno da natureza jurídica da relação individual do trabalho. Para uns, ela, na sua essência, conserva a índole contratual primitiva, não sendo a circunstância de estar hoje sujeita a intensa e variada regulamentação que lhe despoja dêse caráter. Acham outros que, havendo uma certa prevalência dos aspectos eminentemente pessoais sobre o conteúdo patrimonial da referida relação, não será possível enquadrá-la no sistema contratual clássico, e, por isso, dão-lhe um caráter institucional, considerando a empresa como uma *comunidade de exploração* ou *unidade econômica hierarquizada*, constituída do *chefe*, que é o empregador, e do *pessoal*, que é o agrupamento dos empregados.

Essa noção de comunidade hierarquizada decorre, próximamente, das concepções políticas que floresceram na Europa nos dois últimos decênios e foi especialmente consagrada no direito positivo alemão, durante o regime nacional-socialista, onde a empresa era dirigida por um *Fuhrer*, a que o seu pessoal ou *séquito* (*Gefolgschaft*) devia obediência e respeito.

Esse princípio de chefia ou *Fuhrer-prinzip* encontra seu fundamento na concepção formulada pelo direito germânico da comunhão de interesses e aspirações entre os dois fatores da produção, como uma réplica à teoria socialista da luta de classes, por isso que, no entender de POLO, um dos técnicos do anti-contratualismo, não basta, para suprimir a arraigada noção de luta de classe e mudar a fisionomia do contrato de trabalho, o deslocar-lhe o centro de gra-

vidade do campo dos direitos patrimoniais para o terreno dos direitos pessoais (19).

Muitos outros juristas, contudo, sem qualquer relação doutrinária com as concepções político-jurídicas totalitárias, negam à relação de emprêgo o caráter estritamente contratual e entre eles se contam os que receberam a influência do *institucionalismo* de HAU-RIOU e os seguidores da teoria do *ato-condição* de DUGUIT. Além de MADRID, que tentou formular uma teoria especial da instituição *sui-generis* (20), vale mencionar, ainda, SCALLE (21) e DE LA CUEVA (22).

Por mais ousada que pareça a assertiva, um exame cuidado da sistemática adotada pelos autores do nosso Código de 1850 revela que eles, deliberadamente ou não, já naquelas recuadas eras da primeira metade do século passado, tomaram posição com respeito ao problema da natureza jurídica das relações entre os comerciantes e seus prepostos, o qual, só muito mais tarde, polarizou o interesse doutrinário dos juristas. Essa é, sem dúvida, a conclusão a que se pode chegar, observando-se a disposição adotada pelo Código, com referência à questão dos prepostos comerciais.

Efetivamente, reservando vários títulos de sua primeira parte — Do comércio em geral — aos contratos e obrigações mercantis (Títulos V e sgs.), preferiram, os responsáveis por sua fatura, não incluir entre êsses a preposição mercantil, situando a regulamentação dos prepostos e demais agentes auxiliares do comércio logo em seguimento aos capítulos sobre os comerciantes e praças de comércio. Essa integração virtual dos agentes auxiliares do comércio ao negócio condiz com as teorias modernas de comunidade da empresa.

Convém ainda frisar que essa integração resulta, na sistemática de nosso Código, não só da disposição dada às matérias, como das próprias expressões legais que revelam ter sido êsse o propósito deliberado do legislador. Veja-se, *verbi gratia*, no artigo 74, o emprêgo da expressão “*prepostos das casas de comércio*” e a exigência de uma *nomeação* que “devem receber de seus patrões ou preponentes”, como título de sua investidura, ao invés do instrumento do contrato.

O eminente CARVALHO DE MENDONÇA pôs em destaque essa faceta do nosso Código Comercial, louvando-lhe o acerto, pois considera o sistema digno de aplausos, uma vez que, com referência a êsse assunto, há predominância do caráter pessoal, embora exis-

(19) ANTONIO POLO — Del contrato a la relación de trabajo, pág. 79.

(20) ALFONSO MADRID — Derecho laboral español, 1936, págs. 221 e sgs.

(21) GEORGE SCALLE — Précis de Legislation Industrielle, pags. 173 e sgs.; Le Droit Ouvrier, págs. 108 e sgs.

(22) MARIO DE LA CUEVA — Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, pág. 851.

ta algo de contratual. E, a propósito, afirma aquêlo nosso grande comercialista, ser feliz o emprêgo da expressão “prepostos das casas de comércio”, a qual “bem traduz a posição dos empregados no comércio, elementos dessas casas” (23).

E’ bem de ver, entretanto, que êsse critério adotado pelo legislador brasileiro, como pelos que elaboraram os códigos estrangeiros que lhe serviram de molde, é um remanescente das antigas relações que ligavam ao comerciante o seu pessoal auxiliar e que tinham sua origem, não nos quadros romanos do contrato de locação, mas naquele outro, de assinalável sabor medieval, dos chamados *serviços fiéis*, de origem germânica (Treudienstvertrag). Segundo GARRIGUES, a empresa mercantil da época precapitalista constituía antes uma *comunidade doméstica de trabalho* que, quando não se fundava em vínculos de sangue, tinha sua base em vínculos de proteção ao empregado e de confiança recíproca entre êsse e o comerciante (24). Foi nesse regime de subordinação hierárquica e de lealdade e respeito mútuo, característico das antigas “*encomendaciones*” espanholas da época visigótica, que inspirou, em parte, a moderna conceituação de relação do trabalho, em que, certamente, foram abeberar-se, nesse particular, os códigos comerciais da primeira metade do século XIX.

B) *As garantias do direito ao emprêgo*

Uma das modificações trazidas pelo direito do trabalho às regras tradicionais que informavam os ordenamentos jurídicos foi a imposição de restrições á ruptura dos contratos de duração indeterminada.

A *soberania* da vontade, elevada à condição de regra inflexível, tinha como conseqüência imediata a *escravização* dessa mesma vontade à força obrigatória dos contratos, pois, no sistema jurídico liberal, o indivíduo é *livre* para celebrar o contrato e, desde o instante em que o celebra, é *escravo* dêsse mesmo contrato.

Como corolário dessa regra do *pacta sunt servanda*, fixado um prazo de permanência das regras pactuadas, êsse teria de ser estritamente cumprido até final, pouco importando que, pela superveniência de motivos os mais justos, a vontade atual de um dos contratantes não coincidissem mais com a vontade inicial, expressa na conclusão do contrato. Da mesma forma, estabelecida no contrato, pela não fixação de um prazo certo de duração, a faculdade de rom-

(23) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA — Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. II, pág. 435.

(24) GARRIGUES — Del viejo Derecho Mercantil al nuevo Derecho del Trabajo, pags. 61/2.

pê-lo a qualquer momento, não seria possível obrigar a sua continuação, quando uma das partes desejasse desvencilhar-se do vínculo, ainda que a justiça, a equidade ou mesmo as necessidades da ordem social reclamassem a sua conservação.

Foi justamente no direito do trabalho onde se fez sentir com mais intensidade a tendência moderna para atenuar os êrros dessa construção clássica, abrandando a rigidez daqueles princípios, num como retôrno ao direito dos canonistas e teólogos da Idade Média, que vedava as explorações à sombra do contrato, a chamada *injustiça usurária*, pois, como afirmava BOSSUET, no seu "Sermão sôbre a justiça", "la justice veut qu'on ait égard non seulement à l'obligation, mais à l'état de celui qui doit".

Um dos sinais da insurreição contra o rigor do princípio da soberania da vontade, que se vem processando através das novas concepções jurídicas, vamos encontrar nas restrições, cada vez mais severas, à rescisão arbitrária do vínculo contratual do trabalho, mesmo quando estabelecido sem prazo certo. Essas restrições, que já hoje atingem, em certas hipóteses, a supressão total da faculdade de partir a relação que o velho direito assegurava plenamente às partes, nos contratos sem duração determinada ⁽²⁵⁾, tiveram suas primeiras manifestações nos códigos comerciais promulgados depois do Código francês, com o proibirem-se, por disposição expressa, os rompimentos bruscos das relações entre o comerciante e os seus prepostos, isto é, sem ciência prévia da outra parte contratante, com o prazo mínimo de 30 dias.

Esse princípio, ainda hoje inscrito em tôdas as legislações sociais dos povos cultos, embora mais circunstanciadamente regulado, constituindo o chamado instituto do aviso prévio, representa um notável avanço para a época em que foi formulado, uma verdadeira inovação jurídica, das mais singulares, sem dúvida, para o tempo, e, certamente, de difícil justificação e entendimento, dada a sua inadequação às nascentes filosóficas que informavam todo o ordenamento jurídico de então.

Para fazer-se melhor idéia de quanto madrugaram, nesse terreno, os legisladores mercantis daquela época, basta que se atente para a circunstância de que o nosso Código Civil, elaborado quase 70 anos depois, foi, a êsse respeito, bem mais parcimonioso, cingindo-se a estabelecer, nas chamadas locações de serviço, o preaviso de oito, quatro e um dia, conforme a periodicidade de pagamento do salário ⁽²⁶⁾.

C) *Proteção do empregado nos infortúnios imprevistos e inculpados.*

Talvez, dos chamados favores legais do Código Comercial de 1850 aos empregados do comércio seja o contido no artigo 79 o que encerre maior sentido social.

Efetivamente, quando o legislador, naquele preceito, estabeleceu que cabia aos empregadores a obrigação de assegurar aos seus prepostos os respectivos salários, até três meses consecutivos, no caso de qualquer acidente imprevisto ou inculpado impedi-los de exercer as suas funções, teve em mira oferecer um amparo efetivo ao empregado, nos momentos em que, por motivos alheios à sua vontade, fica êle privado do seu ganho normal.

Inegavelmente, mais do que a respeito de qualquer outra das obrigações prescritas aos comerciantes para com os seus prepostos, razões de ordem social devem ter impellido os arrojados legisladores comerciais da época a consignar tal norma na legislação positiva, embora transcendendo as lindes da construção contratual então prevalente.

Sendo pacífico, ao tempo, resultar a relação de emprêgo de um contrato tipicamente comutativo, em que a contraprestação de um dos contratantes está condicionada à prestação por parte do outro, isto é, em que o pagamento dos salários vale como preço do serviço fornecido e, sem a prestação dêste, a contraprestação daquele não seria exigível, a obrigação de pagar salários sem receber serviços constitui uma violência à estrutura jurídica erigida sôbre tais fundamentos.

Modernamente, com o desenvolvimento da política social, se tem procurado encontrar o fundamento jurídico dessa proteção ao empregado, durante os infortúnios não oriundos do trabalho, no princípio de que o salário não será jamais o preço justo do serviço prestado, enquanto o seu valor não fôr suficiente para atender, além das necessidades imediatas e atuais do trabalhador, as do tempo em que, por fatores estranhos à sua vontade, fique êle impossibilitado de trabalhar.

Os comentadores de nosso Código Comercial, tendo à frente CARVALHO DE MENDONÇA, o maior de todos, vêm naquela disposição da nossa lei comercial uma resultante do caráter de alimentos que têm os salários, de onde a conveniência de impor o seu pagamento independentemente da prestação de serviços, nas hipóteses de acidentes imprevistos e inculpados, em que aquêle eminente comerciantista faz compreender, por equidade, os dias de nojo e bodas e aquê-

(25) A estabilidade no emprêgo, depois de um decênio de casa, é um exemplo da abolição total dessa faculdade.

(26) Código Civil, art. 1-221 e § único.

les em que o preposto tiver de desempenhar deveres cívicos ou serviços públicos honorários (27).

D) *Ressarcimento dos danos extraordinários*

O artigo 80 do Código Comercial brasileiro e o artigo 202 do antigo Código Comercial espanhol são, sem dúvida, os mais antigos precedentes legislativos de que há notícia, com referência ao problema dos acidentes do trabalho.

Nesse passo, como nos demais, o legislador nacional e o legislador espanhol, aquêle talvez mais do que êste, pelos motivos que mais adiante mostraremos, revelaram-se avançados em várias décadas a respeito de questões que, até então, longe estavam de preocupar a atenção dos responsáveis pelo destino das sociedades.

Sabe-se que data de pouco mais de setenta anos a evolução das teorias relativas à responsabilidade pelos danos decorrentes dos infortúnios do trabalho e que essa evolução envolve uma das transformações mais radicais nas idéias primitivamente dominantes. Comentando-a, diziam CAPITANT e CUCHE, há vinte anos: "Nous rencontrons ici un des exemples les plus intéressants des changements que peuvent se produire dans les idées morales des hommes". E acrescentavam: "Il y a cinquante ans, aucune législation n'admettait que le chef d'entreprise fût, comme tel, et abstraction faite de toute faute commise par lui ou ses préposés, obligé de réparer les conséquences dommageables des accidents" (28).

A teoria do risco profissional, hoje geralmente aceita e adotada em quase tôdas as legislações, chegou a ter o seu reverso admitido em países como a Inglaterra, que fazia, em todos os casos, recair o risco sobre o operário, isentando de qualquer responsabilidade o patrão, sob o fundamento de que se presumia haver aquêle, ao contratar-se, assumido todos os perigos inerentes à sua profissão e envolver o salário ou prêmio referente a êsse risco.

Antes da legislação alemã de 1884, a primeira a perfilhar a teoria do risco profissional, a matéria de acidentes era regulada pelos princípios de direito comum concernentes à responsabilidade civil, com a aplicação, por largo tempo, da teoria tradicional da culpa subjetiva ou aquiliana, segundo a qual, somente nos casos de acidentes em que ficasse provada a negligência ou imprudência do patrão, lhe seria imputável a responsabilidade dos danos sofridos pelo operário.

Contrariando essa tese, que se manteve em pleno fastígio na doutrina e na jurisprudência até as vésperas do último quartel do século

(27) Ob. e vol. cit. págs. 453/4.

passado, dispôs, em 1850, o nosso Código Comercial que, "se, no serviço do preponente, acontecer ao preposto algum dano extraordinário, o preponente será obrigado a indenizá-lo, a juízo de arbitradores" (29).

Não cogitou o legislador comercial de saber se o dano sofrido pelo empregado resultou de culpa do empregador, condicionando a responsabilidade dêste apenas ao fato de ocorrer o acidente no seu serviço. Ainda mais: não excluiu do âmbito de ação dêsse dispositivo os danos para os quais o preposto contribuisse com culpa. Um confronto entre aquêle dispositivo e o artigo 79 torna evidente ter sido êsse o propósito do legislador, pois, para os casos previstos nesse último, impôs tal condição, quando se referiu a "acidentes *inculpados*", ao passo que silenciou quanto ao primeiro.

Cumprindo ainda ressaltar que, enquanto o dispositivo correlato do código espanhol onde o nosso legislador foi buscar a inspiração para a regra em aprêzo, só abrangia os acidentes que resultassem imediatamente do trabalho, isto é, "por efecto inmediato y directo del servicio" (30), o código nacional apenas exigia que o acidente se desse *no serviço do preponente*, o que, inquestionavelmente, estendeu o âmbito de aplicação da lei brasileira, envolvendo os acidentes ocorridos durante a prestação de trabalho, embora não originados direta e imediatamente dêste.

Para ALIOMAR BALEIRO e LUIZ VIANA FILHO (31), os fundamentos jurídicos dessa avançada disposição da nossa legislação mercantil codificada só podem ser encontrados na teoria da responsabilidade objetiva (du fait des choses), muito mais tarde idealizada por SALEILLES e JOSSERAND, enquanto, para JORGE AMERICANO, tem ela os mesmos fundamentos da moderna teoria do risco profissional (32).

Por sua vez, BENTO DE FARIA, comentando essa disposição, admite que a indenização nela prevista independe da concorrência de culpa por parte do preponente, aceitando assim tenha sido a noção da culpa objetiva, só muitos anos mais tarde desenvolvida, a inspiradora de tal preceito (33).

Evidentemente, em face dos termos daquele dispositivo, a obrigação de ressacir os danos ocorridos no serviço não está condicionada à prova da culpa do patrão, nem tampouco desaparece nas hipóteses de culpa do preposto ou de caso fortuito.

Tais conclusões, que aquela recuada disposição legal comporta, sem qualquer violência à sua letra ou ao seu espírito, só se tornaram

(28) HENRI CAPITANT e PAUL CUCHE — Précis de Legislation Industrielle, Paris, 1930, pág. 274.

(29) Cód. Com., art. 80.

(30) Cód. Com. espanhol de 1829, art. 202.

(31) Ob. cit., págs. 207 e segs.

(32) Rev. de Direito, vol. 87, pág. 238.

(33) Cód. Comercial Brasileiro Anotado, 2.ª ed., pág. 69.

possíveis, quanto aos acidentes do trabalho em atividades por ela não compreendidas, com o advento das teorias relativamente recentes da responsabilidade pelo fato das cousas e do risco profissional, que informam, hoje em dia e somente de alguns anos a esta parte, as diversas legislações específicas das nações civilizadas.

Que maior galardão, pois, poderia reivindicar o nosso arguto legislador comercial da primeira metade do século passado?

E) *A irrenunciabilidade dos direitos do empregado.*

Há, entretanto, um aspecto do problema que vem prendendo a nossa atenção, no presente trabalho, que merece destaque especial. Quanto a êle, as honras que, por justiça, têm sido, até aqui, repartidas entre o legislador nacional e os autores dos códigos espanhol e português, de 1829 e 1833, respectivamente, cabem, por inteiro, aos responsáveis pela feitura do nosso grande estatuto legislativo de 1850.

Se a inspiração para os preceitos de natureza social que vimos estudando até aqui, o legislador brasileiro a foi beber nos citados códigos ibéricos, a alteração substancial que êle imprimiu a tais preceitos, deu-lhes caráter original, e emprestou-lhes o aspecto de verdadeiras prescrições de tutela, de natureza perfeitamente assemelhável à que caracteriza as atuais legislações protetoras do trabalho.

As correspectivas disposições daqueles dois códigos, incluindo no seu texto uma cláusula tendente a permitir a sua derrogação através de convenções privadas, elidiram, em grande parte, as vantagens sociais que poderiam advir da sua aplicação, e, assim, perderam, quase radicalmente, o caráter de normas de legislação do trabalho, dentro do seu moderno conceito. As referidas normas, por conseguinte, dificilmente poderiam ser incorporadas, sem dissonância, ao que atualmente se convencionou chamar legislação social, o que, fora de qualquer dúvida, não ocorre com as correspondentes disposições do código brasileiro.

Senão vejamos.

O artigo 201 do Código Comercial espanhol de 1829, matriz da disposição análoga do Código Comercial português de 1833 e do artigo 79 do nosso Código, estabelece que não interromperão a percepção de salário, até três meses, os acidentes imprevistos e inculpados que impeçam os gerentes e prepostos de desempenhar o seu serviço, e acrescenta de maneira expressa: “como no haya pacto em contrario”.

Também o artigo 202 daquele mesmo Código, fonte do art. 80 da nossa lei comercial, dispõe que cabe ao empregador indenizar o empregado, se, por efeito imediato e direto do serviço que preste o preposto do comércio, experimentar êle algum gasto extraordinário ou

perda, “sobre cuya razón no se haya hecho pacto expreso entre él y su principal”.

Fazendo-se o confronto entre o preceito nacional e a regra legal estrangeira, nos dois casos, observa-se, de logo, que o legislador brasileiro excluiu as condições” como no haya pacto en contrario” e “sobre cuya razón no se haya hecho pacto expreso entre él y su principal”.

Não se poderá jamais, de boa fé, negar que essa dupla exclusão foi deliberadamente levada a efeito, com o propósito de afastar a possibilidade de estabelecer-se, por pactos privados, condições diversas daquelas que o legislador achou de bom alvitre impor aos contratantes, na constituição do vínculo de emprêgo.

O espanhol de 1829 e, depois, o luso que lhe seguiu as pegadas legislaram para a hipótese do silêncio do contrato, da abstenção dos convenientes com relação à matéria. O legislador brasileiro instituiu normas aplicáveis a qualquer contrato, dispusesse ou não sobre o assunto, por isso que, se êle pretendesse admitir convenção em contrário ao disposto nos referidos artigos, teria reproduzido na íntegra os preceitos que utilizou por modêlo.

Assim agindo, deu-lhes, àqueles direitos que conferiu aos empregados do comércio, um caráter que hoje é condição essencial para a eficiência de qualquer norma trabalhista, a *irrenunciabilidade* por convenções privadas.

Resultante lógica do princípio da desigualdade econômica entre os dois agentes da produção, a inderrogabilidade por pactos privados das normas de proteção ao trabalho, ou a irrenunciabilidade a essa proteção constituiu a melhor garantia de eficácia da tutela estatal ao economicamente fraco, que, em razão de suas próprias condições, pode ser coagido a abdicar dessa proteção.

Emprestando, por conseguinte, o caráter de irrenunciáveis aos direitos atribuídos aos prepostos no comércio pelos arts. 79, 80 e 81, o nosso vetusto Código Comercial alteou-se sobre os seus congêneres e revelou, mais a êsse respeito do que quanto aos demais, a profunda agudeza intelectual de seus autores, a ponto de aflorar problemas que somente depois de mais de meio-século vieram à tona dos debates, solvendo-os com maravilhosa intuição e notável felicidade (34).

(34) Para não alongar o presente trabalho, deixamos de focalizar outras disposições de natureza nitidamente social, contidas no nosso Código de 1850, quer ainda na parte geral, quer na referente ao comércio marítimo, onde encontraremos preceitos como os dos arts. 547 e 560 que apresentam estreita analogia com os princípios dos arts. 80 e 79, respectivamente.

IV

INDICE DA MENTALIDADE QUE PRESIDIU A FEITURA DO CÓDIGO DE 1850

A investigação histórica que vimos empreendendo, talvez mais extensamente do que se fazia necessário, já a essa altura nos permite formular a primeira conclusão que pretendemos extrair deste estudo. E' essa primeira conclusão a de que, feita a análise do estado em que se encontravam os estudos relativos aos problemas oriundos das relações de trabalho, que o legislador de 1850 precisou regular no Código Comercial, e verificada a penetrante acuidade e, sob certos aspectos, a quase antevisão do direito do futuro com que soube fazê-lo, imprimindo-lhes diretrizes que, se houvessem logrado aplicação, teriam deixado o empregado do comércio no Brasil em situação altamente privilegiada com relação aos demais trabalhadores dos diversos países, valê esse fato como um seguro índice da mentalidade que presidiu à elaboração do nosso centenário Código Comercial.

Efetivamente, mais perfeita medida não seria possível obter para aquilatar o grau de arejamento do espírito que norteou a nossa primeira lei codificada, não bastasse a circunstância, já antes salientada, de haver ela atravessado airoso um século da nossa existência, sem que o retardamento no preparo do futuro Código Comercial brasileiro houvesse, até agora, importado em malefício irremediável.

A perspicácia e o discortínio mental com que os autores do nosso venerando Código encararam tais problemas não podiam deixar de estar presentes a todo o restante da obra legislativa que lhes foi cometida, mórmente quando, a respeito das demais questões a solver, devem ter contado com copiosos elementos de estudo, que, decerto, lhes faltaram no que tange às relações de trabalho.

Não se objete que a ineficácia prática, durante cerca de oitenta anos, das disposições acima apreciadas lhes reduz o mérito e, conseqüentemente, invalida a conclusão. Realmente, não lograram tais dispositivos os resultados colimados, podendo-se até afirmar que, por longos anos, foram êles letra morta, sem qualquer significação social. Mas nisso não vai qualquer culpa do legislador e, muito ao contrário, essa circunstância induz a novo argumento em favor da tese que defendemos.

Com efeito, a inaplicação dos dispositivos sociais do Código Comercial de 1850 nada mais é do que uma conseqüência do desajustamento entre a mentalidade dominante, retrógada e essencialmente refratária a qualquer fantasia intervencionista, e o elevado alcance de tais dispositivos. Mergulhado ainda o país num regime econômico

escravagista, que perdurou por cerca de quarenta anos após a promulgação daquele monumento legislativo, é perfeitamente compreensível essa reação a qualquer tentativa de proteção ao trabalho livre, que, àquela época, ensaiava os primeiros passos no país, se livre se pudesse chamar o trabalho dos nossos antigos empregados do comércio, sujeitos a um regime de verdadeira servidão.

“Os favores legais dos arts. 79, 80 e 81 do Código tiveram a sorte das plantas exóticas quando removidas da estufa para a inclemência do ambiente hostil: jamais foram concedidos”, afirmam BALLEIRO e VIANA FILHO, e, logo a seguir, acrescentam: “Não poderiam medrar num país, como o Brasil, que, àquele tempo, incluía a escravidão entre as suas instituições nacionais” (35).

Tal foi o estado de letargia em que permaneceram aquelas normas, durante longos anos esquecidas, por falta de qualquer apoio administrativo ou judicial aos interessados, que, ao vir êsse apoio, com a criação do Ministério do Trabalho, em 1930, e, ante as primeiras tentativas de aproveitamento do conteúdo social daquela antiga legislação, por tantos anos latente, chegou a ser levantada a tese de que estava ela abrogada, pelo longo desuso em que jazera.

Êsse fenômeno, entretanto, repetimos, não exclui, nem sequer torna menor o merecimento de seus autores. Muito ao contrário, mostra o quanto se haviam êles alçado sôbre meio em que viveram, dando-nos uma singular legislação que, oitenta anos depois, quando a mentalidade ambiente se transformou, pôde ser aplicada com absoluta atualidade.

V

CAUSAS JUSTIFICATIVAS DA INCLUSÃO DE NORMAS DE LEGISLAÇÃO SOCIAL NOS ANTIGOS CÓDIGOS MERCANTIS

Nessa ausência quase total, à época de elaboração dos códigos comerciais do século passado, de qualquer norma de proteção aos economicamente fracos, na partida desigual do acerto de condições contratuais, reside a maior justificação da atitude do legislador de então em não deixar inteiramente ao desamparo aqueles que, constituindo como que o estado maior do comerciante, são os principais colaboradores do desenvolvimento de seus negócios e elementos imprescindíveis à consecução do fim que êle colima com a sua atividade.

Fenômeno análogo vamos encontrar com relação ao direito civil, que também sofreu sensível penetração por parte de nosso Código Comercial dando aso às críticas que lhe foram dirigidas por Joaquim

(35) Ob. citada, pág. 191.

Antão Fernandes Leão e Bernardo Vasconcelos, na Assembléa Legislativa, e, mais tarde, por TEIXEIRA DE FREITAS. Essa incurção, entretanto, era da mesma forma explicável, pela inexistência, no país, de uma codificação civil.

Cumprindo-lhe regular as relações jurídicas provindas do exercício do comércio, em seus múltiplos aspectos, inclusive quando tais relações se processam através dos mandatários ou prepostos do comerciante, é perfeitamente lógico que se preocupasse o legislador também das relações entre o comerciante e êsses prepostos, não só para definir as respectivas responsabilidades decorrentes da atividade comercial, como ainda para fixar os direitos e deveres recíprocos, que emanam do vínculo contratual que os une, visto como, até então, essa matéria escapava completamente a qualquer espécie de regulamentação específica. Acresce ainda que, até aquela época, não existia qualquer diferenciação conhecida entre a natureza jurídica dêsses direitos e obrigações e a dos demais direitos e obrigações regulados pelo Código. Pelo contrário, procurou-se sempre acentuar a similitude entre essas situações, equiparando, para os fins legais, os chamados agentes auxiliares dos comerciantes a êstes, como o fizeram o Código espanhol de 1829, estipulando que tais agentes “están sujetos a las leyes mercantiles y con respecto a las operaciones que les corresponden en esta calidad” (36), e o código português de 1833, quando estabelecia que seriam êles sujeitos às leis comerciais “como agentes auxiliares empregados no comércio e com relação às operações que nessa qualidade lhes respeitam” (37). De seu lado, o art. 35 do nosso estatuto comercial básico reproduz quase literalmente aquelas expressões.

Além disso, querem os comercialistas ver no contrato de preposição mercantil, bem como nos atos de responsabilidade dos prepostos, atos de comércio por dependência ou conexão. Nesse sentido, opinam, além do ínclito CARVALHO DE MENDONÇA (38), BALEEIRO e VIANA FILHO, salientando, embora, que autorizados mestres estrangeiros negam a qualidade mercantil ao contrato de preposição ou de emprêgo no comércio, entre os quais THALLER, que o considera de natureza puramente civil (39). Outros, como LYON-CAEN e RENAULT, o têm como um contrato de natureza mista, de dupla face, comercial, no que concerne ao comerciante, e civil, para o preposto (40).

Não é, por outro lado, de desprezar, como fator da incorporação de normas de regulamentação do trabalho aos códigos mercantis do

(36) Art. 62.

(37) Art. 100.

(38) Ob. citada, vol. I, n.º 366, e, e 359, g.

(39) *Traité Elem. de Droit Commercial*, n.º 29.

(40) *Traité de Droit Com.*, Tomo III, n.º 251 — *Manuel de Droit Com.* n.º 500.

princípio do século XIX, maximé do código espanhol de 1829 e dos que lhe seguiram a trilha, a influência que, naquela época, ainda exercia a noção de empresa mercantil da fase precapitalista (41), tanto mais quanto é sabido que o comércio se manteve, por muito tempo, circunscrito a um círculo mais ou menos fechado e, por conseguinte, pouco permeável aos exageros liberalistas que já avassalavam muitos outros departamentos da atividade humana. Essa peculiaridade se manifesta através de tôdas as legislações específicas da primeira fase do direito comercial, que então se caracterizava pela feição de direito de classe, a qual, modernamente, vai êle perdendo.

VI

IMPROPRIEDADE DA INSERÇÃO DE MATÉRIA TRABALHISTA NUM CÓDIGO COMERCIAL MODERNO

A inclusão de normas de índole tipicamente trabalhista justificava-se, àquele tempo, em face, como vimos, não só da ausência de uma legislação específica, como da conexão, à época admitida, entre o contrato de preposição mercantil, como ato de comércio acessório, e os demais contratos em que toma parte o comerciante, e ainda como resultante da sobrevivência de um certo sentido de comunidade de trabalho, na empresa mercantil de então, que, de alguma forma, amanhara o terreno em que seriam lançadas as idéias que se corporificaram naquelas normas.

Entretanto, não será mais possível, hodiernamente, admitir-se, em sã consciência, êsse ecletismo, como não é mais aceitável a conservação num código mercantil moderno, de princípios de direito civil, como os concernentes aos contratos e obrigações em geral, que o nosso código de 1850 inseriu no seu contexto.

Vitoriosa a idéia de códigos autônomos, em contrário ao pensamento daqueles que preconizavam a conveniência da codificação unificada do direito privado, não há por onde recusar o critério da delimitação exata do campo de jurisdição de cada código isolado, sem qualquer interpenetração ou ubicação de matéria, que somente desvantagens pode acarretar à sistematização dos ordenamentos jurídicos.

Como assinala ADAMASTOR LIMA, “O Estado mantém a Ordem Política (Indivíduo e Propriedade), bem como a Ordem Económica (Capital e Trabalho) e o Direito tem dois grandes objetos — a *matéria civil* (Direito Civil) e a *matéria económica* (Direito capitalista e Direito trabalhista)” (42).

(41) V. pág. ...

(42) “Direito Comercial” in DIREITO vol. XXXVII pág. 72

Traçando as linhas distintivas dessa bifurcação do direito, com relação à matéria econômica, diz aquêlê devotado e brilhante cultor do direito comercial em nosso país: "*Direito capitalista* é o ramo jurídico que regula a atividade econômica sob a tríplexe manifestação de comércio, indústria e agricultura, visando, simultaneamente, à existência e à proteção do capital. *Direito trabalhista* é o ramo jurídico que regula a atividade assalariada das pessoas físicas, visando, simultaneamente, ao exercício e à proteção do trabalho" (43).

Primitivamente, os sistemas legislativos gravitavam exclusivamente em torno do patrimônio, como riqueza criada, relegando a um absoluto descaso o processo de formação dessa riqueza pelo trabalho. O curso dos anos, no entanto, e o agravamento acelerado dos males decorrentes dessa deficiência do direito tornaram instante a ampliação dos seus quadros e a invasão de novos setores de atividade em que êle então não havia penetrado ou havia penetrado mal, mórmente no que se refere aos problemas econômicos e, particularmente, no que concerne à criação da riqueza pelo trabalho humano.

Essa ampliação, relativamente à proteção e regulamentação do trabalho, cada vez mais intensa, chegou a um tal estado que deu origem à formação de um ramo novo da ciência do Direito, como características absolutamente definidas, em torno de cuja autonomia já hoje cessaram as controvérsias.

Exteriorizado, em quase tôdas as nações civilizadas, por um sistema legal específico, cujos princípios informativos são substancialmente incompatíveis com aquêles que presidiram e hão de presidir à obra legislativa destinada a reger as relações jurídicas comuns, quer as civis, atinentes ao indivíduo e à propriedade, quer as capitalistas, que têm por escopo a situação do capital na sua atividade econômica, — o direito do trabalho já hoje tem seu âmbito de ação estabelecido com absoluta precisão, que impossibilita qualquer interferência ou ambiguidade.

Com respeito às relações de que participam os prepostos comerciais, um tríplex aspecto exige a atenção do legislador, a saber: a) relações entre o comerciante e terceiros, por intermédio de prepostos; b) relações dos comerciantes com os seus empregados, no que tange às mútuas responsabilidades decorrentes da atividade comercial do primeiro e participação dos prepostos nessa atividade; c) relações de natureza estritamente trabalhista entre o comerciante e seus prepostos.

Como é intuitivo, na formulação do novo estatuto para o comércio apenas os dois primeiros dêsses três aspectos poderão ser objeto de apreciação, por isso que o terceiro escapa totalmente aos obje-

(43) Art. e ob. cit.

tivos de qualquer legislação mercantil, por estar fora das linhas do direito comercial.

Não se procure argumentar com as distinções intrínsecas que podem ser encontradas num confronto entre o contrato de trabalho, como êle é genéricamente entendido, e o chamado contrato de preposição mercantil, porque tais diferenciações não chegam a justificar a deslocação dêsse último do campo do direito do trabalho para o do direito comercial. A preposição mercantil, na sua essência, nada mais é do que um contrato de trabalho, apenas mesclado, na mor parte dos casos, com uma maior ou menor dose de mandato ou representação, o que, no entanto, não o desfigura e, nem tão pouco, impõe tratamento diverso das normas legais de tutela ao trabalho. O que dessa especificidade pode interessar, para efeito de uma regulamentação à parte, são os dois primeiros aspectos acima indicados. Quanto ao terceiro, as peculiaridades que possam apresentar como figura jurídica não têm nenhuma importância ou interêsse para a sua regulamentação legal.

O Direito do trabalho visa à tutela do indivíduo que assalaria a outrem a sua própria força de trabalho, pouco importando a natureza dos serviços por êle prestados ou o setor da atividade econômica onde êle a emprega, seja na indústria, na agricultura, no comércio ou em qualquer outro. Desde que se cogite de regular essa relação jurídica, não é mais possível, hoje, fazê-lo fora do raio de ação do direito social.

Essa impropriedade da regulamentação do contrato de trabalho dos empregados do comércio nos atuais códigos mercantis é, pois, a segunda conclusão que pretendemos extrair do presente trabalho.

VII

SÍNTESE E CONCLUSÕES

Sintetizando o presente estudo, para encerrá-lo, vemos que:

1 — O Código Comercial brasileiro de 1850, fruto do trabalho de quase vinte anos, teve como principais fontes o código francês de 1807, o espanhol de 1829 e o português de 1833, principalmente o segundo.

2 — Referido código foi elaborado e promulgado numa época em que nada ou quase nada existia relativamente à tutela legal do trabalho em suas relações com o capital, sendo que as poucas leis até então conhecidas a êsse respeito, além de esparsas, eram devidas a movimentos de simples filantropia.

3 — É, assim, surpreendente como o Código então promulgado, seguindo, em parte, as diretrizes dos códigos espanhol e português e mesmo superando-as, continha no seu contexto disposições que constituem notáveis avanços no campo da legislação social, entre os quais cumpre assinalar:

- a) a integração dos prepostos comerciais ao negócio, constituindo como que um pronunciamento do legislador de 1850 em torno do já hoje debatido problema da natureza jurídica da relação de trabalho;
- b) a instituição do preaviso de dispensa, como embrião das atuais garantias do direito ao emprêgo;
- c) a garantia do salário dos empregados nos infortúnios imprevistos e inculcados, até o limite de 3 meses;
- d) a obrigação de ressarcir os danos extraordinários ocorridos no serviço, manifestação embrionária da atual legislação sobre acidente do trabalho;
- e) a irrenunciabilidade atribuída a tais direitos pelo legislador brasileiro, quando excluiu das respectivas disposições do nosso código as cláusulas contidas nas normas estrangeiras correspondentes que permitiam a sua derrogação por convenção privada.

De todo o exposto, concluímos:

I

A penetrante agudeza com que agiu o legislador brasileiro de 1850, inserindo tais normas no corpo do Código Comercial, serve de índice da mentalidade elevada que presidiu à sua elaboração, mesmo com relação ao restante daquela obra legislativa.

II

Embora explicável e mesmo louvável a intenção do legislador de cem anos atrás em incluir no contexto do Código alguns princípios de natureza social, hodiernamente essa inclusão não seria admissível, porque contrária à reconhecida autonomia do direito do trabalho, a que tais normas, necessariamente, pertencem.

BIBLIOGRAFIA

- AMERICANO (JORGE) — Parecer, in “Revista de Direito”, vol. 87.
- ANAIIS DO PARLAMENTO BRASILEIRO, coligidos por Jorge João Dodswoth — Sessão de 1835 da Câmara dos Deputados.
- ANAIIS DO PARLAMENTO BRASILEIRO, coligidos por Antonio Henoch Reis — Segunda sessão de 1845 da Câmara dos Deputados.
- ANAIIS DO PARLAMENTO BRASILEIRO, coligidos por Antonio Pereira Pinto — sessão legislativa de 1850 da Câmara dos Deputados.
- BALEEIRO (Aliomar) e VIANA FILHO (LUIZ) — O Direito dos Empregados no Comércio.
- BERGSON — L'évolution créatrice.
- CAPITANT (HENRI) e CUCHE (PAUL) — Précis de Legislation Industrielle.
- CAYRÓ (Visconde de) — Principios de Direito Mercantil e Leis da marinha.
- CUEVA (MARIO DE LA) — Derecho Mexicano del Trabajo.
- FARIA (BENTO DE) — Código Comercial Brasileiro Anotado.
- GARRIGUES — Del viejo Derecho Mercantil al nuevo Derecho del Trabajo.
- GRANIZO (L. MARTIN) e ROTHVOSS (M. GONZALEZ) — Derecho Social.
- LIMA (ADAMASTOR) — Direito Comercial, in “Direito”, vol. XXXVII.
- LYON-CAEN e RENAULT — Traité de Droit Commercial.
- LYON-CAEN e RENAULT — Manuel de Droit Commercial.
- MADRID (ALFONSO) — Derecho Laboral Español.
- MENDONÇA (J. X. CARVALHO DE) — Tratado de Direito Comercial Brasileiro.
- MORIN (GASTON) — La revolte du droit contre le code.
- PARDESSUS — Cours de Droit Commercial.
- POLO (ANTONIO) — Del contrato a la relación de trabajo.
- RUSSELL (ALFREDO) — Conferência pronunciada em dezembro de 1936 no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, in “Revista de Direito Comercial”, vol. 7.
- RUSSEL (ALFREDO) — O Direito Comercial e sua codificação, in Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos.
- SAVATIER (R.) — Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui.
- SCELLE (GEORGE) — Précis de Legislation Industrielle.
- SCELLE (GEORGE) — Le Droit Ouvrier.
- THALLER — Traité Elementaire de Droit Commercial.
- TRIPOLI (CESAR) — História do Direito Brasileiro.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: *DARIO BITTENCOURT*

A FACULDADE DE DIREITO DO CEARÁ, independentemente de se fazer representar nas comemorações do cinquentenário da fundação de sua co-irmã da capital do Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio de brilhantíssima delegação de Professores, incumbiu a êsses mesmos Professores de elaborarem interessantes contribuições, as quais, ainda, fêz imprimir em letra de fôrma.

Entre essas contribuições impressas, destaca-se o trabalho de referência acima, de autoria do conhecido intelectual, economista e professor de Direito, Doutor ADERBAL FREIRE — nome merecidamente conhecido em nosso país e, mesmo, no exterior, nos meios que se preocupam mais com as cousas da Economia Política e do Direito do Trabalho.

Em sua bibliografia, entre outros trabalhos, não se poderão olvidar a notável dissertação apresentada, em 1937, à douta congregação da Faculdade de Direito do Ceará e com que conquistou, com raro brilhantismo, a cátedra de “Direito Industrial e Legislação do Trabalho”, subordinada à epígrafe — “*Direito ao descanso*” (Fortaleza, Tip. Minerva — Assis Bezerra, 1937, 182 págs.), assim como “*Ensaio de uma síntese do Direito Trabalhista*” (Tip. Minerva-Assis Bezerra, Fortaleza, 1938, 96 págs.): trata-se de uma originalíssima contribuição e que só não teve maior ressonância devido ao fato de ter sido elaborada em idioma português; o fôsse, por exemplo, em francês ou inglês — e o renome de seu autor estaria citado nos livros de tomo da especialidade... Não fôsse nossa língua materna “*a um tempo, esplendor e sepultura...*”

O Doutor ADERBAL FREIRE traz, agora, para o Congresso Jurídico, um belo estudo, em que busca justificar as razões que militaram a prol da inserção de normas de Direito do Trabalho no centenário Código Comercial de 1850 e, acertadamente, alça a bandeira da inadmissibilidade de sua inclusão, agora, no futuro Código Comercial Brasileiro. Em 40 páginas impressas, o autor do trabalho, de maneira erudita e demonstrando estar perfeitamente em dia com os modernos mestres da disciplina, em estilo atraente, sustenta seu ponto de vista. Em sete capítulos, discorre proficientemente sobre o assunto que escolheu para opulentar os Anais do presente Congresso, destacando-se o III.º, subordinado ao título — “Avanços sociais dos Códigos mercantis da Espanha, Portugal e Brasil”, no século passado, no qual investiga, em discrimine, a questão da natureza jurídica da relação do trabalho, as garantias do direito ao emprêgo, proteção do empregado

nos infortúnios imprevistos e inculcados, ressarcimento dos danos extraordinários, a irrenunciabilidade dos direitos do empregado, para comprovar que os vetustos códigos comerciais do primeiro quartel do século 19 davam foros de cidadania a institutos que, ainda hoje, têm acolhida nos modernos repositórios, nacionais e estrangeiros, do Direito do Trabalho.

Apreciável bibliografia, brasileira e peregrina, enriquece o trabalho apresentado pelo eminente professor de direito no Ceará, — o qual, finalmente, oferece as seguintes

CONCLUSÕES

— que, de conformidade com a norma do art.º 9 do “Regimento Interno” do Congresso, inteiramente adotamos, a fim de servirem de base à discussão e votação:

I — A penetrante agudeza com que agiu o legislador brasileiro de 1850, inserindo tais normas no corpo do Código Comercial, serve de índice da mentalidade elevada que presidiu à sua elaboração, mesmo com relação ao restante daquela obra legislativa.

II — Embora explicável e, mesmo, louvável a intenção do legislador de cem anos atrás, em incluir, no contexto do Código, alguns princípios de natureza social, hodiernamente essa inclusão não seria admissível, porque contraria à reconhecida autonomia do Direito do Trabalho, a que tais normas, necessariamente, pertencem.

Sala das Sessões do CONGRESSO JURÍDICO, na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre (da Universidade do Rio Grande do Sul), em Pôrto Alegre, aos 11 de agosto de 1950.

Dario de Bittencourt — relator
Magdaleno Girão Barroso
Henrique Stodiek
Mário Seixas Aurvalle
Buyts de Barros

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE: — Darcy Azambuja — substituindo ocasionalmente o sr. José Salgado Martins.

Passaremos agora à leitura e exposição do parecer da Comissão sobre o trabalho do professor Adherbal Freire, intitulado “A regulamentação dos contratos de trabalho dos empregados do comércio nos códigos mercantis”.

E' relator da matéria o professor Dario Bittencourt, a quem concedo a palavra.

O SR. DARIO BITTENCOURT — (LÊ o Relatório e Parecer)

O parecer que acabamos de ler, submetido à apreciação da nona Comissão foi integralmente subscrito.

O SR. PRESIDENTE — Em discussão as conclusões apresentadas pelo relator da Comissão.

O SR. GIRÃO BARROSO — Peço a palavra, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre Congressista.

O SR. GIRÃO BARROSO — O dr. Adherbal Freire é nosso colega de trabalho da Faculdade do Ceará e não pôde comparecer a este Congresso para fazer pessoalmente a defesa de sua tese, em virtude de ter sido designado para acompanhar a nossa embaixada de acadêmicos à Europa. Incumbiu-me, entretanto, de ser também aqui o procurador de ausentes, de fazer a defesa do seu brilhante trabalho, tarefa que, entretanto, me dispense de fazer, em vista do relatório do parecer muito bem elaborado pelo meu prezado colega Dario Bittencourt.

O SR. PRESIDENTE — Continuam em discussão as conclusões do relator.

Ninguém mais querendo fazer uso da palavra, está em votação.

Os srs. Congressistas que não estiverem de acôrdo tenham a bondade de levantar-se. (Pausa).

Aprovado.

Universidade do R. G. B.
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

1037 27.9.196

INDICAÇÕES SÔBRE DIREITO TRABALHISTA

*Félix Manuel Woelflin e
Alfredo J. Ruprecht*

Professôres catedráticos da Universidade de Rosário — República Argentina.

POR CUANTO:

— Dentro del Derecho Laboral no existe un sólo contrato, sino una cantidad de ellos, con naturaleza propia y distinta, tales entre otros, los de "empleo privado", de "empleo público", de "aprendizaje", de "trabajo autónomo", etc.

— Unificar a contratos tan distintos dentro de una denominación única, no tendría razón de ser, y traería consigo funciones que es conveniente evitar.

— El llamado "contrato de trabajo", tiene su significado en la historia del Derecho, pero carece de él en la actualidad, al mismo tiempo que no corresponde al Derecho Laboral. Nació como sustituto de la "locación de servicios", por el significado contrario a la dignidad humana que a esta última denominación se le atribuía, pero su sustratum es el mismo y su origen de carácter civil.

— Toda denominación jurídica debe ser precisa y no corresponder a mas de una institución.

POR ELLO EL CONGRESO JURIDICO CONMEMORATIVO DEL CINCUENTENARIO DE LA FUNDACION DE LA FACULTAD DE DERECHO DE RIO GRANDE DEL SUD DECLARA:

Que la denominación "contrato de trabajo" es incorrecta, debiendo utilizarse la de "contratos laborales", cuando se refiere a los contratos regidos por el Derecho Laboral, en un sentido amplio ó general, y la de "contrato" seguido con su denominación específica ("de empleo privado", "de empleo público", "de trabajo autónomo", etc.), cuando se refiere a cada uno de ellos en particular.