PREVIDÊNCIA SOCIAL — SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO — MENOR

— Menor de 12 anos que prestava serviços a um empregador, sob a dependência deste, e mediante salário. Tendo sofrido o acidente de trabalho, faz jus ao seguro próprio. Não obsta ao benefício a regra do art. 165-X, da Carta da República, que foi inscrita na lista das garantias dos trabalhadores em proveito destes, não em seu detrimento.

Recursos extraordinários conhecidos e providos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 104.654
1º Recorrente: Ministério Público Estadual
2º Recorrente: Luiz Carlos Cesário, assistido por sua mãe Maria Aparecida Alves
Recorrido: Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)
Relator: Sr. Ministro FRANCISCO REZEK

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos e lhes dar provimento, nos termos do voto do Ministro Relator.

Brasília, 11 de março de 1986. — *Djaci Falcão,* Presidente. *Francisco Rezek,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Rezek: Tomo como relatório o parecer da Procuradoria-

geral da República, assim concebido pelo Dr. Gilmar Ferreira Mendes:

"Trata-se de ação sumaríssima de acidente de trabalho proposta por menor de 12 anos contra o INPS. O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação (fls. 113-8).

2. A Nona Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil, por maioria de votos, deu provimento à apelação interposta, entendendo que o contrato de trabalho celebrado por menor de 12 anos não pode gerar qualquer efeito (fls. 140-7).

3. Opostos embargos infringentes, foram os mesmos rejeitados, por maioria, nos termos do voto do eminente Relator, Juiz Marcelo Motta, *in verbis*:

'Os direitos dos trabalhadores, constitucionalmente assegurados, pressupõem a observância das restrições discriminadas na Carta Magna; dentre estas, consta a expressa proibição de qualquer trabalho aos menores de 12 anos (Constituição, art. 165, X).

Nessas condições, se o trabalho estava vedado por força de mandamento constitucional e se, em conseqüência, não podia o menor estar filiado ao sistema da previdência social, não faz sentido atribuir-se ao INPS, na qualidade de segurador obrigatório dos infortúnios laborais, a responsabilidade por acidente sofrido justamente por aquele a quem a Constituição impede o exercício do trabalho e vinculação ao regime previdencial.

Por outro lado, o reconhecimento ao menor de 12 anos de idade de certos direitos assegurados pela Consolidação das Leis do Trabalho é aspecto de menor relevo para o caso, pois a circunstância não repousa propriamente no contrato de trabalho, que é nulo, mas em postulado de natureza diversa, que inadmite o enriquecimento sem causa.

A solução, portanto, emana do direito comum, como constou do venerando acórdão recorrido devendo a reparação eventualmente cabível ser pleiteada diretamente do empregador que deliberadamente afrontou o texto constitucional." (fls. 239-40)

4. Irresignados, manifestaram os recorrentes apelos excepcionais. O primeiro recorrente argüiu a relevância da questão federal, sustentando a procedência do recurso, em síntese, com os seguintes argumentos:

a) a v. decisão recorrida não se compatibiliza com a realidade do direito, não sendo possível negar ao menor que prestava serviços de natureza não-eventual ao empregador, sob a dependência e mediante salário, a qualidade de empregado;

b) a norma constitucional que proíbe o trabalho do menor de 12 anos (art. 165, X) de idade não deve ser entendida em seu desfavor, não podendo o trabalhador sofrer as conseqüências da omissão ou da ilegalidade praticados pelo empregador;

c) em havendo a obrigação legal de indenizar garantida pela Constituição, originária do fato de ingresso em atividade ou emprego (CF art. 165, XVI), não há como isentar-se o detentor do monopólio do seguro acidentário de indenizar, com fundamento na eventual nulidade do contrato por infringência de preceito constitucional (CF, art. 165, X);

d) relegar-se o exercício do direito do menor à apreciação em ação direta contra o empregador, para com base no direito comum haver a indenização a que se julga com direito, implicaria retirar-lhe o privilégio que o legislador lhe garantiu de uma indenização certa, por via rápida e direta, obrigando-o a enveredar-se pela marcha tormentosa da via comum, em sua posição de induvidosa inferioridade, com inequívoca influência na obtenção da reparação pretendida;

e) a v. decisão recorrida está em divergência, dentre outros, com julgados proferidos pelo Tribunal de Alçada de São Paulo nos Ag. de Petição nº 87.411, *RT*, *380/272* e nº 50.899, *RT*, *331/452*; pelo Tribunal Reg. do Trabalho-SP, nos RO nº 1.129, *Ltr*, 30/575, RO nº 6.837, de 8 de outubro de 1979; RO nº 3.162, de 11 de fevereiro de 1980, RO nº 2.248, de 30 de agosto de 1982; e pelo Tribunal Supe-

rior do Trabalho, no RR nº 56/80, *DJ*, 20 de fevereiro de 1981.

5. O segundo recorrente manifesta igualmente a sua irresignação, sustentando que a v. decisão recorrida infringiu a norma constante do art. 165, X, da Constituição.

6. Os recursos foram admitidos pelo despacho do eminente Juiz Lothario Octaviano Diniz Junqueira, exarado nos seguintes termos:

'Tenho para mim que a questão constitucional, amplamente ventilada em graus de apelação (fls. 140-7) e de embargos (fls. 239-40) supera, aqui, os vetos previstos no art. 325, IV, *a* e V, *b*, do Regimento Interno da Suprema Corte.

Data maxima venia, o decisório ora impugnado pela via excepcional interpreta às avessas o art. 165, inciso X, da Lei Maior e com isso o agride frontalmente, tanto quanto, por via de conseqüência, o faz em relação ao preceito contido no inciso XVI do citado dispositivo que, em sua amplitude, ninguém excepciona do amparo previdenciário dispensado à classe obreira.

A Constituição proíbe o exercício de qualquer trabalho ao menor de 12 anos (art. 165, X), mas é evidente que o faz no interesse dele, em razão de sua fraqueza ou inexperiência. Parece-me absurdo que o questionado preceito seja interpretado contra o menor e, mais ainda, em benefício do empregador e do INPS, um e outro acintosamente agraciados por ilícito enriquecimento. Disse-o, aliás, o bem lançado voto vencido que lastreou os embargos infringentes: 'Em havendo obrigação legal de indenizar, garantida pela Lei Maior, que nasce do fato do ingresso em atividade ou emprego (art. 165, inciso XVI), não há como isentar-se o detentor do monopólio do seguro acidentário da obrigação de indenizar, a pretexto de que, ainda por norma constitucional (art. 165, inciso X) seria nulo o contrato de trabalho, e, conseqüentemente, exonerada a autarquia da sua responsabilidade. É que, no caso, existe uma relação fática de trabalho. Assim, se de um lado à relação de emprego se extingue em decorrência da nulidade do contrato, certo é que o direito nasce da relação de trabalho, que, de fato, teve vida até a verificação da nulidade do ato jurídico que a originou.' (Sussekind, Arnaldo. *Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho e a legislação complementar*. Freitas Bastos, 1964. v. 3, p. 34). Nessa linha de raciocínio, tem-se entendido como devidos ao menor os salários pelo trabalho prestado (op. cit. p. 34-5). Não seria diferente com a reparação securitária, ao pretexto aludido, visto como a norma constitucional inserta no inciso X do art. 165 é dirigida ao menor a quem visa proteger; e seria, quando menos, pouco lógico que se aplicasse a regra em detrimento daquele a quem ela visa proteger, para suprimir-lhe direito irrecusavelmente garantido pela mesma Lei Maior, ante o fato irrecusável do exercício do trabalho prestado com habitualidade, mediante subordinação e salário, em verdadeiro enriquecimento ilícito por parte de quem se beneficiou do trabalho inegavelmente prestado. Relegar-se o exercício do direito do menor à apreciação em ação direta contra o empregador, para com base no direito, implicaria retirar-lhe o privilégio que o legislador lhe garantiu de uma indenização certa, por via rápida e direta, obrigando-o enveredar-se pela marcha tormentosa da via comum, em que sua posição de induvidosa inferioridade teria inequívoca influência na obtenção da reparação pretendida.

Em suma, se a empregadora admitiu o autor a seu serviço, quando este era ainda uma criança de apenas 11 anos, ela é quem infringiu a Constituição e a Consolidação das Leis do Trabalho. Cometeu ato ilícito do qual o INPS não pode tirar proveito, tanto mais quando se tem em conta que essa autarquia em ponto algum negou sua condição de segurador obrigatório da empresa declinada na inicial. Falam mais alto do que as cruéis evasivas alinhavadas na contestação (fls. 34-44), as palavras contidas em voto do saudoso Ministro Orozimbo Nonato: "Quanto ao fato de se tratar de menor, não importa. Não é possível que

a triste contingência que leva um menor a trabalhar, a exercer funções que só cabem a adultos, o prive do direito à indenização, em caso de acidente' (*Revista Forense*, 102/463). (fls. 307/10).

7. Não tendo sido acolhida a argüição de relevância, cumpre examinar tão-somente a alegação de ofensa ao texto constitucional.

A Constituição federal, em seu art. 165, inciso XVI, assegura ao trabalhador o direito à previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado. Trata-se de preceito que concretiza o Estado Social em um dos seus aspectos mais relevantes, outorgando diretamente ao trabalhador o direito à previdência social, nos termos nele explicitados.

8. E como se constata, não se está diante apenas de uma norma que, de forma ampla, tem por escopo dar uma conformação justa e equânime às relações sociais, mas, efetivamente, de princípio assegurador de um direito subjetivo. É o que ensina José Afonso da Silva *in verbis*:

'A Constituição vigente regula diretamente os direitos dos trabalhadores, no art. 165, onde estatui em termos inequívocos: 'A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei visem à melhoria de sua condição social'. Não parece haver dúvida, todos os direitos constantes dos incisos daquele artigo (salvos os direitos indicados nos itens V e XVIII, ainda programáticos) foram diretamente conferidos pelos constituintes aos trabalhadores reservando-se, além deles, outros que, programaticamente, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social.

Nem se diga que há direitos, entre os previstos, que não podem ser aferidos de imediato, como o da 'assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva' (art. 165, nº XV). Pode ser problemática e até difícil o cumprimento do dever contraposto a este direito. Mas aos trabalhadores corre um reconhecimento de sua exigibilidade, podendo, para tanto, recorrer às vias judiciais, para constranger as instituições de previdência ao adimplemento da prestação assistencial prevista (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1982 p. 178-9).

9. Em face dessas conclusões, cumpre indagar se a eventual nulidade do contrato de trabalho é apta a inviabilizar pretensão aos benefícios previdenciários. De antemão, faz-se mister assinalar que a matéria relativa aos efeitos da nulidade do contrato de trabalho constitui em diversos sistemas jurídicos autêntica *vexata quaestio*. Alguns autores defendem a aplicação ao contrato de trabalho das concepções civilistas, entendendo que, em caso de nulidade do aludido negócio jurídico, hão de se lhe reconhecer todos os efeitos que lhe atribui o direito civil (Hueck. Nipperdey, Lehrbuch dos Arbeitsrechts. Apud: Cueva, Mario de La. *Derecho mexicano del trabajo*. México, 1969 t. 1, p. 512). Afirma-se, nessa linha de entendimento, que eventual prejuízo do empregado haverá de ser composto mediante a propositura da competente ação de indenização.

10. A doutrina dominante parece perfilhar orientação diversa, sustentando a inaplicabilidade das idéias civilistas em caso de nulidade do contrato de trabalho, porquanto impossível a restituição das partes à situação anterior. Nesse sentido, leciona Mario de La Cueva, *in verbis:*

'Las anteriores ideias nos parecen inadmisibles, pues, en primer término, la obligación de pagar el salario es independiente de que se obtenga una utilidad económica y subsiste aun en el supuesto que se originen pérdidas. En las relaciones de trabajo, el riesgo es a cargo del patrono, lo cual implica que, para el derecho del trabajo, toda prestación de servicios debe ser remunerada, cualquiera sea el resultado económico.

Por otra parte, si se quiere hacer producir a la nulidad sus efectos normales, habria que retrotraer las cosas al estado que tenían antes de la formación de la relación de trabajo y de la fecha en que se inició

la prestación de servicios, o sea, habría que devolver al trabajador su energía de trabajo, pues, procediendo de otra manera, se hace producir a la nulidad efectos retroactivos unilaterales, lo que no es admisible; y como la devolución de esa energía de trabajo no es posible, es evidente que no queda otro camino que hacerle unicamente producir efectos para el futuro.

Los ilustres profesores Rouast y Durand expresan que la vieja jurisprudéncia francesa sostenía que la nulidade del contrato de trabajo sustraía a las partes de la aplicación del derecho del trabajo y que, consecuentemente, debían aplicarse los princípios del derecho civil; según esta tesis, si el contrato de trabajo era nulo, no podían los trabajadores reclamar los beneficios de la legislación sobre accidentes de trabajo y seguros sociales; sin embargo, la jurisprudencia, al decir de nuestros tratadistas, era dudosa en el problema del pago del salario. En un párrafo posterior, critican Rouast y Durant la tesis jurisprudencial francesa: el contrato de trabajo es de tracto sucesivo y sus efectos no pueden desaparecer retroactivamente, pues algunas prestaciones quedaron cumplidas y no puede volverse sobre ellas; la nulidad no puede producir un aniquilamiento total del contrato, sino cuando se pronuncia antes de toda ejecución. Esta situación, agregan Rouast y Durand, es más fácil de alcanzar por la idea de la relación de trabajo, pues, habiendo existido un estado de subordinación del trabajador al patrono, debe producir algunos efectos.

Después de esta crítica, Rouast y Durand precisan las siguientes conclusiones: a) la nulidad del contrato de trabajo no dispensa la falta de cumplimiento a las medidas de policía del trabajo (las reglas, a ejemplo, para la prevención de los infortunios del trabajo); b) la nulidad del contrato no puede hacer desaparecer el estado de subordinación en que se encontró colocado el trabajador y, según las últimas leyes francesas, es aplicable la legislación sobre accidentes de trabajo; c) los salarios ya pagados no deben restituir-se, porque son la contraprestación de una prestación definitiva. Si los salarios aun no se pagan la remuneración se justifica sobre la base del enriquecimiento sin causa, pero tal vez es posible sostener que 'la obligación de pagar el salario está subordinada a um simple hecho jurídico: el cumplimiento del trabajo.'

El antiguo profesor de la Universidad de Marburgo ha elaborado una teoría de la nulidad en el derecho del trabajo para el problema de la capacidad de las partes, que coincide con las ideas que hemos defendido desde hace algunos anos: recuerda el profesor Krotoschin que la idea del afecto retroactivo de la nulidad no tiene, en el derecho civil, un valor absoluto y que, sobre todo, se reconoce una excepción en los contratos llamados de tracto sucesivo, 'de manera que la nulidad debe ser asimilada a la disolución que sólo produce efectos *ex nunc*'; consecuentemente, 'las partes pueden exigir lo que les corresponde en virtud de lo contratado, hasta este momento, como derechos reputados *contractuales*'. Y en otro párrafo, justifica plenamente el doctor Krotoshin, la razón de esta solución; 'se sostiene, com razón, que en el contrato de trabajo no es posible que cada parte restituya a la otra lo que, en virtud del acto anulado, hubiese recibido. Esta solución es aceptable en el derecho del trabajo, sólo en la hipóteses de que aun no se haya iniciado el trabajo efectivamente. Pero una vez comenzada la prestación del trabajo, la situación es más compleja, ya que el empleador no podría restituir al trabajador la energía de trabajo que éste hubiera empleado hasta el momento de invocarse la nulidad' (op. cit., 1969. p. 512-3).

11. O insigne mestre mexicano afirma que os efeitos da nulidade na relação contratual de trabalho podem ser assim resumidos:

a) na hipótese do serviço não se ter iniciado, a nulidade impede a formação da relação;

b) no caso da prestação de trabalho já se ter iniciado, não poderá a nulidade pro-

duzir efeitos retroativos com prejuízo para o trabalhador, fundando-se esse entendimento no próprio direito civil que também preserva as situações decorrentes dos chamados contratos de trato sucessivo, colocando-os a salvo da destruição retroativa. Tendo o direito do trabalho o duplo propósito de cuidar da vida e da saúde do trabalhador e de assegurar-lhe, mediante a proteção do salário, uma posição adequada, a nulidade da relação de emprego se assemelha, nesse aspecto, à rescisão, pondo fim à relação para o futuro.

12. Em outros sistemas jurídicos, como o alemão, problemas oriundos da nulidade do contrato de trabalho têm sido arrostados com fundamento na chamada 'doutrina das relações contratuais fáticas' (*Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse*). Tal concepção doutrinária tem o propósito, dentre outros, de oferecer solução adequada às conseqüências legais oriundas de um contrato nulo, mormente, nas chamadas relações de engajamento' (*Eingliederungsverhältnisse),* como nos contratos de sociedade e de trabalho, já que nesses casos a teoria clássica da nulidade dos negócios não se tem mostrado capaz de oferecer soluções adequadas. Entende-se que a execução do contrato não permite que ele seja tido por não-verificado (*ungerschehen*), cuidando-se assim, de uma 'relação de trabalho fática' (*faktisches Arbeitsverhältnis*), de uma sociedade de fato' (*faktische Gesellschaft)* Esser, J. & Schmidt, E. Schuldrecht, Allg. Teil, *Heidelberg-Karlsrure.* 1976. p. 110-16; Fume, Werner. *Das Rechtsgeschäft.* Berlim, 1979. p. 95-102; Brox, Hans. *Allgemeines Schuldrecht.* München, 1982. p. 33-6). Daí considerar essa corrente como válidas (*als gültig*) as aludidas relações, pelo menos no que concerne ao passado (Esser. op. cit., p. 114).

13. Não obstante a ampla aceitação que logrou nos meios acadêmicos e na jurisprudência, a doutrina do 'contrato fático' tem sido veementemente criticada, entendendo-se que ela constitui verdadeira ruptura com os princípios basilares da relação contratual (*Sie hat als eine Atombomb zur Zerstörung Gesetzes treuen juristischen Denkens erwiesen* (H. Lehmann) (Brox, op. cit. p. 36; Flume, op. cit. p. 101-2). Sustenta Flume que os sectários dessa orientação parecem ter incidido em equívoco palmar, equiparando a nulidade do negócio jurídido *(Nichtigkeit)* à sua inexistência *(Nichtexistenz)* no sentido das ciências naturais *(Der nichtige Vertrag ist Kein Nicht-Vertrag.* (...) *Diese Zauberei ergibt sich nur für diejenigen, welche die Nichtigkeit des Rechtsgeschafts als Nichtexistenz im naturwissen chaftlichen Sinne ansehen)* (Flume op. cit. p. 102, nota 14). "Entenda-se a nulidade, ao contrário, como invalidade e não se mostra difícil, para aquele que não raciocina de forma doutrinária, limitar a invalidade de maneira justa e apropriada *(Verstekt man dagegen die Nichtigkeit als Nicht-Geltung, so macht es für denjenigen, der nicht doktrinäar denkt, Keine Schwierigkeiten die Nicht-Geltung in sachgerecher Weise einzuschränken)* op. cit. p. 102, nota 14 a).

14. Ensina Flume que, a despeito da invalidade, há de se reconhecer significação jurídica ao negócio que venha sendo executado pelas partes nos casos em que as normas relativas ao enriquecimento sem causa *(Bereicherungsrecht)* se mostrem inadequadas, como ocorre nos contratos de sociedade, nos contratos de prestação de serviço e de trabalho (Flume, op. cit. p. 555; cf. também Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado.* 1984. t. 47, p. 469-72). Nesse contexto, a execução de contrato, de trabalho pelo menor de 18 e maior de sete anos (*beschränkter Geschäftsfähig)* (BGB, § 104, 1) mereceu especial atenção do emérito professor da Universidade de Bonn, como se constata na seguinte passagem, *in verbis:*

'Constitui entendimento amplamente majoritário que o menor que, sem autorização de seu representante legal, celebra um contrato de trabalho ou de prestação de serviço, pretensão ao salário ou à remuneração pela execução do trabalho, como se o contrato tivesse sido eficazmente celebrado, subsistindo seus direitos com fun-

damento nas normas jurídicas de proteção. Em geral, essa problemática é tratada sob a epígrafe das 'relações de trabalho fáticas' *(faktisches Arbeitsverhältnis)*, como uma hipótese da chamada 'relação contratual fática' *(faktisches. Vertragsverhältnis)*. Como a lei determina a ineficácia de contrato celebrado pelo menor sem a anuência de representante legal tendo em vista precipuamente a proteção do incapaz, não pode corresponder ao sentido do preceito a recusa à legitimidade das pretensões oriundas do contrato, em caso de sua execução (do contrato). Daí porque se deve limitar as conseqüências de ineficácia ao efetivo sentido da lei. Fundamento das pretensões não é apenas o trabalho como fato, senão o próprio contrato. (Es ist allegemeine Meinung, dassa der Minderjährige für die auf Grund eines ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertereters abgeschlossenen Dienst oder Arbeitsvertragem erbrachten Dienstleistungen einen Lohnoder Gehaltsanspruch hat, wie wenn der Vertrag wirksan abgeschlossen wäre, und dass auch seine Rechte auf Grund der Schutzvorschriften in gleicher Weise bestehen. Im allgemeinen wirde die Problematik unter dem Stichwort faktisches Arbeitsverhältnis behandelt als einer der Fälle eines faktischen Vertragsverhältnisses. Da das Gesetz die Unwirksamkeit des vom Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abges chlossenen Vertrages nur Zum Schutz des Minderjährigen bestimmt, entspricht es nicht dem Sinn der gesetzlichen Regelung, dem Minderjährigen im Falle des Vollzugs des Vertrages die vertraglichen Ansprüche zu versagen. Deshalb ist die Unwirksamkeitsfolge entsprechend dem Sinn des Gesetzes zu beschränken. Grundlage der Ansprüche ist nicht nicht nur die Leistung der Arbeit als ein Faktum, sondern der Vertrag' (op. cit. p. 206).

15. Também no direito francês, a doutrina e a jurisprudência, considerando o caráter sucessivo do contrato de trabalho e a necessária proteção do salário, não têm admitido, em princípio, a retroatividade dos efeitos, mesmo em casos de infringência a princípio de ordem pública. A propósito, esclarecem G.H. Camerlynck e Gérard Lyon-Caen, *in verbis:*

'Conformément aux principes civilistes, si l'une des conditions de validité du contrat de travail fait défaut (absence de libre consentement, cause immorale ou objet illicite tel l'embauchage d'une femme de chambre dans une maison de tolérance, d'un mineur de seize ans ou d'un étranger non autorisé, la sanction est la nullité. De plus, la nullité découlant d'un vice contemporain de la formation du contrat, devrait entreiner en principe des effets rétroactifs.

Se fondant sur le caractère successif du contrat de travail, et obéissant au souci évident d'assurer la protection d'un salarié, le plus souvent irresponsable, la jurisprudence, approuvée par la doctrine, a écarté la fiction civiliste de l'anéantissement rétroactif, même dans certains cas de nullité d'ordre public. Notamment le travailleur pourra réclamer le payement de la rémunération correspondant au travail exécuté et prévue par la convention.' (Droit du travail. Paris, 1975 p. 142)

16. Da mesma forma, o direito italiano exclui expressamente a nulidade retroativa nas relações de trabalho, salvo quando advenientes da ilicitude de objeto ou de causa. Tal resulta claro da seguinte observação de Santoro-Passarelli, *in verbis:*

'Secondo la legge 'la nullita o l'annullamento non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nulità derivi dall'illiceita dell'oggetto o della causa, e resta fermo il diritto del prestatore alla retribuzione se nello svolgimento dell rapporto siasi commesa violazione di norme poste a sua tutela (come ad es., quele che vietano l'assunzione o stabiliscono le pause del lavoro) (art. 2.126). Ciò che la legge vuol dire, parlando inelegantemente di inefficacia dell'invalidità, è che si applica al rapporto. per il tempo in cui ha avuto esecuzione, la disciplina per lo stesso stabilita, anche quella specificamente convenuta, malgrado la nullità o l'annullamento del contratto. Ora ciò non può assere spiegato, a nostro avvi-

so, che nel modo seguente. Se ancora, trattandosi di un rapporto di durata, può ammettersi che la retroattività dell'annullamento, come quella della condizione avverata (cf. nº 71), trovi un limite nell'irripetibilità delle prestazione di lavoro eseguite, il che comunque non spiega pienamente la conservazione dell'intero rapporto per il corrispondente periodo, data l'invalidità del negozio, certo exclusivamente dallá legge deriva la conservazione del rapporto, quando il negozio sia radicalmente nullo. In questo senso si verifica qui l'indicata sostituzione legale dell'autonomia privata.' (*Nozione di diritto del lavoro.* Napoli, 1969 p. 147-8).

17. Também entre nós não parece existir razão para que se atribua efeito retroativo à decreação de nulidade do contrato de trabalho. Na ausência de disposição expressa, como a do direito italiano, e à falta de um desenvolvimento doutrinário, no tocante às "relações contratuais fáticas", há de se admitir a legitimidade das pretensões decorrentes da relação de emprego, ainda que esta venha a ser declarada inválida. Do contrário, ter-se-ia a norma protetiva aplicada contra os interesses daquele a quem visa proteger. Esta constitui sem dúvida a única solução compatível com a natureza tutelar do direito de trabalho. Nesse sentido, prelecionam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *in verbis:*

'A questão da ineficácia do contrato de trabalho seria resolvida em termos tão simples se fora possível aplicar ao mesmo, com todo rigor, a teoria civilista das nulidades. Mas, a natureza especial da relação de emprego não se compadece com a *retroatividade* dos efeitos da decretação da nulidade. O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição. Se a *nulidade absoluta* tem efeito retroativo, se repõe os contraentes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a conseqüência inelutável do princípio da *retroatividade* da nulidade de pleno direito.

Mas, é conseqüência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador, como pondera De la Cueva, ao criticar a opinião de Hueck-Niperdey. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em direito do trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardeais da teoria civilista das nulidades. A distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável, se permanece para aiguns, não subsiste em relação a este.' *(Curso elementar de direito do trabalho.* 1963. p. 115 e 116).

18. Não parece ser outro o entendimento de Arnaldo Sussekind *(Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* 1964. v. 3, p. 32-5) e de Amauri Mascaro Nascimento (*Contrato de trabalho.* p. 47).

19. Assim, no caso da execução do contrato de trabaho, há de se considerar legítima toda e qualquer pretensão emanada da relação de emprego, pelo menos no tocante ao passado.

20. No caso em apreço, o v. aresto recorrido considerou que, estando vedado o exercício de atividade laboral, por força de mandamento constitucional, não pode-

ria o INPS ser responsabilizado pelo acidente sofrido por aquele a quem a Constituição impede o exercício do trabalho remunerado (CF, art. 165, X), e, conseqüentemente, a vinculação ao regime previdenciário.

21. Não parece subsistir dúvida de que, ao assim decidir, o egrégio Tribunal *a quo* extraiu conclusão contrária ao sentido e ao conteúdo do preceito constitucional. Como já amplamente demonstrado, hão de se reconhecer os efeitos jurídicos relevantes dimanados da referida relação, tendo em vista o fundamento da nulidade, não se podendo aplicar a regra protetiva em desfavor do menor.

22. Acentue-se, outrossim, que não há que se cogitar aqui da responsabilização da previdência social por ato ilícito de outrem, mas tão-somente de reconhecer o direito do trabalhador aos benefícios previdenciários, que não decorrem propriamente da higidez da relação de emprego, mas, e sobretudo, da prática do ato-fato-trabalho (CF, art. 165, XVI). É o que se depreende igualmente do magistério de Camerlynk e Lyon-Caen, *in verbis:*

'Le droit du travail rejoint là, et par idéntité de motifs, les solutions formelles du droit de la sécurité sociale. Même en cas de nulité du contrat de travail, le salarié bénéficie de la garantie, que ce soit en matière d'accidents du travail ou d'assurances, sociales. Certains auteurs verront là une application particulière de la notion de relation de travail se substituant à celle de contrat' (op. cit. p. 143).

23. Isto posto, opina o Ministério Público Federal pelo provimento dos recursos extraordinários (fls. 337-53)."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Rezek (Relator): O parecer do Ministério Público, escorado em sólida doutrina, faz ver que o contrato de trabalho, mesmo quando contaminado por causa de nulidade, não se invalida com efeito *ex tunc*, em face das peculiaridades do direito trabalhista. Os autores têm debatido longamente este tópico no âmbito maior do problema da prestação pecuniária devida ao trabalhador. Suas conclusões, de modo generalizado, reforçam a tese de que, conquanto ilegal, o contrato produz efeitos no que tange aos direitos que a legislação especializada concede a todo trabalhador.

A solução doutrinária parece-me idônea para o desate da presente controvérsia, porquanto torna firme a condição de empregado do menor quando do acidente — ocasião em que ainda não se havia desfeito o pacto laboral. Parece-me certo que o acidentado estava sob o amparo do inciso XVI do art. 165 da Lei Maior ao sofrer o infortúnio. O dispositivo estabelece um seguro obrigatório de amplo alcance, a cobrir qualquer pessoa que empreste sua força de trabalho a outrem, num vínculo de subordinação. Para que o seguro se torne operante, basta que exista a relação jurídica trabalhista. E no caso concreto essa relação se compôs, ainda que com afronta à lei no que tange à idade do operário.

O menor prestava serviços a um empregador, sob a dependência deste, e mediante salário. Esse quadro delineia, nos termos da própria legislação trabalhista, a figura do empregado. Tal é exatamente a figura que a Lei nº 6.367/76 — vigente à época do infortúnio para reger o seguro de acidentes do trabalho — erigiu como destinatária dos benefícios por ela instituídos. Vê-se que o legislador previdenciário não restringiu o alcance da garantia do art. 165, XVI da Lei Maior, que o constituinte concebera com amplitude.

Está claro, ainda, que a regra do inciso X do mesmo dispositivo constitucional — proibindo qualquer trabalho ao menor de 12 anos — foi inscrita na lista das garantias dos trabalhadores em proveito destes, e não em seu detrimento. Não me parece, assim, razoável o entendimento da origem, que invoca justamente uma norma voltada para a melhoria da condição social do trabalhador, e faz dela a premissa de uma conclusão que contraria o interesse de seu beneficiário, como que a prover nova es-

pécie de ilustração para a secular ironia *summum jus, summa injuria.*

Acolhendo o parecer da Procuradoria-geral, conheço do recurso extraordinário primorosamente deduzido pelo Ministério Público de São Paulo, bem assim daquele que, com igual finalidade, deduziu o patrono do menor, e a ambos os provejo, para restabelecer a autoridade da judiciosa sentença de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, se o menor trabalhou e recebeu salário, pressupõe-se a contribuição à Previdência; se não há prova em contrário, ele tem direito ao seguro-acidente.

Acompanho o Ministro Relator, reservando-me para, se houver alguma dúvida quanto a esse aspecto do seguro previdenciário, examinar de novo a questão. Mas, pelo que pude observar, o menor recebeu salário e é obrigatoriamente um segurado da previdência social. A alegação da previdência de que é nula a relação de trabalho do menor de 12 anos é de certa forma extemporânea, porque a previdência tem fiscalização exatamente para examinar também essa regularidade das relações de trabalho. É, realmente, proibido ao menor trabalhar com menos de 12 anos, mas não é infreqüente que o menor de 12 anos trabalhe e receba, ou seja, que ele entre no processo produtivo do empregador e entre na folha de pagamento da empresa. O empregador não paga do seu bolso, a empresa é a responsável pelo pagamento.

De modo que acompanho o Ministro Relator, provendo os recursos.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, no caso, a questão está colocada ante o exame do inciso X do art. 165 da Constituição, parte final, onde é vedado "qualquer trabalho a menores de 12 anos", em confronto com o disposto no inciso XVI, do mesmo art. 165. Posta a matéria sob esses dois pólos, não há como não deixar de acompanhar o voto do Ministro Relator, na espécie dos autos.

De fato.

A proibição do trabalho do menor implica que ele não pode trabalhar, não se formando, assim, vínculo empregatício com aquele a quem presta serviços. De outra parte, a Constituição assegura, no aludido inciso XVI, o seguro contra acidente do trabalho. Antes, não havia o monopólio do seguro de acidente do trabalho por autarquia de previdência social, sendo tal seguro realizado por diversas companhias privadas seguradoras. O seguro visa a garantir o empregado contra a insolvência do empregador. A instituição obrigatória do seguro contra acidente do trabalho veio justamente para dar garantia maior ao acidentado.

A Constituição, não prevê, assim, que o seguro fique afeto a uma autarquia federal.

Deste modo, ante a Constituição, se não houvesse monopólio, pelo INPS, do seguro de acidente do trabalho e fosse acidentado um menor com idade menor que a prevista na Constituição para que pudesse trabalhar, não seria possível chamar à responsabilidade qualquer das seguradoras.

No Governo do Presidente Costa e Silva é que houve o monopólio do seguro de acidente do trabalho.

Assim, se a controvérsia girasse em torno, por exemplo, de não-recolhimento das contribuições ao Instituto, poderia talvez ser encarada a questão sob outros aspectos, porque por uma infração do empregador em ter admitido, como empregado seu, um menor, com violação expressa da Constituição, seria pelo menos discutível que por ela pudesse vir a ser responsabilizado o Instituto previdenciário, posto de tal infração não participara ele. Entretanto, no caso, não é necessário o exame de tal aspecto, certamente mais tormentoso, de vez que o INPS não alegou oportunamente não ter recebido os prêmios pertinentes ao seguro acidentário do menor acidentado. Deste modo, apreciando-se a questão apenas no referente à proibição do trabalho

do menor de 12 anos ante a garantia que a Constituição estabelece com seguro contra acidente do trabalho, posta, assim, estritamente a questão, dizia, não há dúvida de que não pode ser sacrificado o menor, porque a garantia maior é a que deve prevalecer. Se há uma garantia em favor do acidentado, como adulto, muito maior razão ela deverá haver para o menor, se não se colocam em jogo esses outros aspectos que focalizei, e que, em outra ocasião poderão vir a ser examinados.

Assim, Sr. Presidente, com essas considerações, acompanho o bem lançado voto do Ministro Francisco Rezek.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Presidente): Também acompanho o douto voto do eminente Relator. Para comprovar a prestação do trabalho de menor, mediante salário, e colocada a questão na esfera jurisdicional, no plano da exegese do art. 165, incisos X e XVI, no meu entender, há de se emprestar a devida eficácia ao princípio em favor do menor, no sentido da titularidade do seguro contra acidentes.

Com essas resumidas considerações e à vista da brilhante colocação do recurso interposto pelo Ministério Público Federal, no que foi secundado por magnífico parecer da Procuradoria da República, também o meu voto é pelo provimento dos recursos.

EXTRATO DA ATA

RE nº 104.654-6-SP — Relator: Ministro Francisco Rezek. 1º Recorrente: Ministério Público Estadual; 2º Recorrente: Luiz Carlos Cesário, assistido por sua mãe Maria Aparecida Alves. Advogado: José Salem Neto. Recorrido: Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Advogados: Hermelinda Teixeira da Silva Sérgio e outro.

Decisão: conhecidos e providos nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. Segunda Turma, 11.3.86.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Srs. Ministros Aldir Passarinho, Francisco Rezek e Carlos Madeira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra.

Subprocurador-geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.