

A PROVA DA EXISTÊNCIA DE ERRO DE TIPO OU DE PROIBIÇÃO NOS ILÍCITOS TRABALHISTAS E NAS RESCISÕES CONTRATUAIS

Águeda Maria Lavorato Pereira

Juiz Presidente da J.C.J. de
Concórdia

Este despretensioso trabalho voltado para os problemas do erro, nos ilícitos trabalhistas e nas rescisões contratuais, objetiva ressaltar, não só as experiências colhidas no dia-a-dia do exercício das atividades judicantes, que exigem constante e real esforço de interpretação, como, também, assinalar a importância da prova que deverá ser colhida para a tentativa última de bem aplicar justiça.

Para tanto, far-se-á mister, por vezes, breve incursão pelas doutrinas alienígenas, no intuito de colher elementos elucidativos para a questão em foco.

Por primeiro, incumbe relembrar que o erro, difere da ausência de vontade, pouco importando que às vezes os Códigos dispensem o mesmo tratamento às duas situações que dogmaticamente, são distintas. Assim, o denominado erro obstativo não será objeto de nossa apreciação eis que não resulta em vício do consentimento.

Assim o erro, como fato humano decorre da ausência ou da falha da percepção ou do raciocínio, encontrando-se disciplinado pela ciência jurídica e abordado por todos os ramos do direito, perante os quais, sua existência irá acarretar maiores ou menores efeitos, em relação àqueles fatos e atos ocorridos ou praticados em perfeita consciência e conhecimento.

Entretanto, a conceituação acima expressa não é pacífica, eis que costume é definir o erro de forma diversa da ignorância, afirmando-se consistir o primeiro na falsa noção do objeto do conhecimento e a ignorância na ausência de qualquer noção, sobre o mesmo objeto de conhecimento.

Assim é que a ignorância traduz falta de percepção, enquanto que no erro há percepção, porém falsa.

A maioria dos autores equipara o erro à ignorância, entendendo alguns que o erro compreende a ignorância e outros, por sua vez, que a ignorância compreende o erro.

Para Orlando Gomes, numa precisa e objetiva definição, erro é uma falsa representação. Esclarece insigne mestre que "tendo sobre um fato ou sobre um preceito noção inexata ou incompleta, o agente emite sua vontade de modo diverso do que manifestaria se deles tivesse conhecimento exato ou completo"; e, mais adiante, citando Doneau conclui: "crê verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro". (in Intr. ao Direito Civil — FOR. 1974 — pág. 485).

O erro pode, basicamente, recair tanto sobre as circunstâncias como sobre a ilicitude do fato ou ato. Na primeira hipótese, não se tem pleno conhecimento ou se tem um falso conhecimento das circunstâncias do ato ou do fato. Na segunda, supõe-se que o ato não constitui algo proibido ou vedado em lei.

Temos, assim, as espécies erro de fato e erro de direito consubstanciadas pela doutrina.

Abandonamos, entretanto, as raízes romanas do **error facti** e do **error juris**, para dar preferência à denominação adotada pelas modernas teorias alemãs embasadas nos postulados desenvolvidos por Welzel e Mezger, que rubricam tais fenômenos como erro de tipo e erro de proibição. Isso, porque, pela tradicional concepção, o erro de fato sempre aproveita e o erro de direito prejudica, eis que não pode ser invocado na transação, na confissão e, muito menos, nos casos derivados da violação da lei de ordem pública.

Em verdade se o erro de direito não aproveita é porque em princípio é indesculpável. Entretanto, nada obsta a colheita de uma prova mais acurada, partindo da aceitação de sua escusabilidade, desde que invencível. Este o propósito da doutrina alemã, que assinala não poder a inescusabilidade da ignorância da lei afastar, por si só, a relevância do erro, desde que este visaria, somente, anular ou amenizar, os efeitos jurídicos do ato.

Dessa forma a máxima consubstanciada pela parêmia **ignorantia legis neminem excusat**, é, pois, vista sob o ângulo de um princípio norteador, deixando-se em aberto o âmbito processual e a análise da pretensão **sub litem**, em concreto, para a aceitação da escusabilidade do erro invencível ou inculpável, com o conseqüente encargo do ônus da prova para aquele que pretender alegá-lo.

Assim é que, para Welzel não deve haver antagonismo entre os dois tipos básicos de erro, mas sim, uma distinção entre ambos, pelo que, o erro de tipo será escusável na medida em que restar provada a ignorância ou o falso conhecimento das circunstâncias fáticas ou normativas do ato. O erro de proibição será, igualmente escusável, da mesma forma e na medida em que resultar provada a ignorância ou o falso conhecimento da ilicitude do ato.

Acredita-se, pois, que os argumentos expendidos e alinhados sejam suficientes para justificar o abandono da terminologia do Digesto — erro

de fato, erro de direito e a adoção daquela derivada da teoria finalista da ação — erro de tipo e erro de proibição, que se nos apresenta mais precisa e técnica.

Assinale-se que o erro não há de, necessariamente, ser bilateral. Basta, uma só vontade fundada em erro, para viciar o consentimento.

Registre-se, também, que são espécies do erro de tipo: a) o erro essencial que diz respeito à própria substância do ato e que, por sua vez, subdivide-se em invencível ou escusável e vencível ou inescusável; e, b) o erro accidental, que recai não sobre a essência do ato, mas sim, acidentalmente, sobre os dados deste. Como espécies do erro de proibição temos o erro evitável ou vencível e o inevitável ou invencível.

Sabemos que o erro, para ter o condão de anular o ato jurídico, deve ser essencial e escusável ou, então, invencível.

Diz-se que o erro é escusável quando, embora cercado das cautelas que o consenso social exige, o agente não percebe que nele incorreu no momento da prática do ato.

Portanto, como conclusão, podemos, seguramente afirmar, que o arrependimento, a perplexidade, a titubeação, não influem na relevância do erro.

Cremos de suma importância a apreciação desses conceitos e a invocação das doutrinas civis e penais para o âmbito das relações empregatícias, em razão dos estreitos laços de similitude entre os ilícitos civis, penais e trabalhistas, máxime quanto aos dois últimos que mais de perto nos interessam, quando da análise das justas causas alicerçadas nos atos de improbidade, incontinência de conduta, ofensas físicas, lesões à honra e à boa fama etc.

Incumbe o ônus da prova, como princípio geral, a quem pretende anular o ato que tem presunção **juris tantum** quanto à sua perfeição e validade. Porém, nas relações empregatícias, via de regra, é o empregador que detém os elementos necessários para que o trabalhador possa fazer valer seus direitos.

Admite-se, pois, a utilização de todos os meios de prova permitidos, em resguardo aos interesses primordiais e ínsitos à própria Justiça, inclusive, no que diz respeito a indícios e circunstâncias, desde que resulte teor probatório robusto e convincente, contraposto, até mesmo, a documentos, tudo de molde a elidir aquela presunção **juris tantum** derivada do ato perfeito.

Assim deve o julgador, por primeiro, em relação ao agente ou agentes, atentar para o grau de instrução destes; para a idade; condições psíquicas no momento da prática do ato; estado físico e mental; e, ainda, para todas as formas de coação e constrangimento derivados da necessidade do emprego.

Em assim se procedendo, restará condições de bem analisar a hipótese do empregado analfabeto que apõe sua impressão digital no recibo de

quitação; daquele semianalfabeto que desenha seu nome no termo de rescisão contratual; do empregado que assina pedido de demissão tomando-o por aviso prévio; do recém-admitido que assina documentos *in albis* e, assim, por diante, todas, acobertando um possível erro de tipo.

Caso há, no entanto, em que a própria existência da norma de proteção possibilita uma inversão do **ônus probandi**, v.g., dos recibos de rescisão contratual não homologados pelos órgãos competentes e assinados por trabalhadores de parco ou nenhum grau de escolaridade. A presunção gerada **in casu** é favorável ao laborista, que pode ter incorrido em erro de tipo essencial e escusável, devendo o empregador provar que a assinatura ou o assentimento foram apostos, com pleno conhecimento e real percepção do teor do documento.

Hipóteses de erro de proibição surgem também amiúde, no juízo trabalhista, impondo ao julgador uma instrução de fundo para a correta avaliação do **animus** do agente.

Recentemente, em nossa Junta, surgiu a curiosa figura do empregado com salários em atraso já por vários meses, que acreditou ter o direito de subtrair, do empregador, coisa de propriedade deste, para ressarcimento daquilo que lhe era devido.

O campo das justas causas, somente em se tomando por base a improbidade, poderia gerar, na esfera penal, as figuras típicas dos crimes de furto, roubo, extorsão, usurpação, apropriação indébita, estelionato, receptação, outras fraudes e de dano, este último, que por sua forma dolosa aparece na CLT no art. 462 § único; todos a exigir do julgador uma necessária incursão ao terreno das excludentes e dirimentes do tipo, mormente em se considerando que os pressupostos da justa causa são menos rigorosos que os do crime, visto não haver identidade entre o ilícito penal e o ilícito trabalhista.

Relembre-se, por último, que todas as discriminantes putativas (legítima defesa putativa, estado de necessidade putativo etc...) constituem forma de erro de proibição.

Portanto, em se considerando a situação de permanente desnível sócio-econômico entre o empregado e o empregador, bem como as conseqüências disto advindas, conclui-se que, na fase instrutória, deverá o julgador empreender todos os esforços, no sentido de aquilatar a verdadeira realidade perceptiva dos fatos e atos praticados, utilizando, para tanto, seu amplo poder de comando, quanto às determinações necessárias e pertinentes, que deverão ser decretadas até mesmo **ex-officio**, para, a final, buscar a verdade real, sempre preferível e recomendável à verdade formal inane e estática.