



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES OSMAR DE AQUINO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

MARIA CLARA CORREIA RODRIGUES

ATIVIDADE ILÍCITA: RELAÇÃO DE EMPREGO NO JOGO DO BICHO

**GUARABIRA
2019**

MARIA CLARA CORREIA RODRIGUES

ATIVIDADE ILÍCITA: RELAÇÃO DE EMPREGO NO JOGO DO BICHO

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado a Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marccela Oliveira de Alexandria Rique.

**GUARABIRA
2019**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

R696r Rodrigues, Maria Clara Correia.
Atividade ilícita [manuscrito] : relação de emprego no jogo do bicho / Maria Clara Correia Rodrigues. - 2019.
24 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades , 2019.
"Orientação : Profa. Esp. Marcela Oliveira de Alexandria Rique , Coordenação do Curso de Direito - CH."
1. Jogo do Bicho. 2. Princípios. 3. Bicheiro. 4. Vínculo Empregatício. I. Título
21. ed. CDD 347

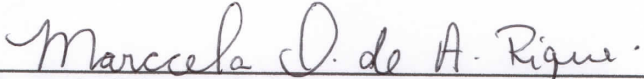
MARIA CLARA CORREIA RODRIGUES

ATIVIDADE ILÍCITA: RELAÇÃO DE EMPREGO NO JOGO DO BICHO

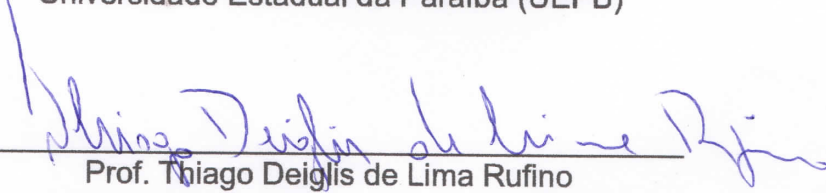
Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado a Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: 29/11/2019.

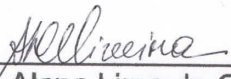
BANCA EXAMINADORA



Prof. Marcela Oliveira de Alexandria Rique (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Thiago Deiglis de Lima Rufino
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Alana Lima de Oliveira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu cunhado, pelo amor, paciência e todos os ensinamentos acadêmicos que me ajudaram chegar até aqui;
À minha irmã – e *melhor amiga*, pela dedicação, cuidado, carinho e apoio nessa caminhada acadêmica e na vida,
DEDICO.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	06
2	ORIGEM DO JOGO DO BICHO	06
2.1	A legalização do jogo do bicho na Paraíba	07
3	A CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E SUAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS	08
3.1	Elemento da pessoalidade	10
3.2	Elemento da não-eventualidade	11
3.3	Elemento da subordinação	12
3.4	Elemento da onerosidade	13
3.5	Elemento da alteridade	14
4	NULIDADE NO CONTRATO DE TRABALHO: TRABALHO ILÍCITO VERSUS TRABALHO PROIBIDO NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO	14
5	PRINCÍPIOS CORRELATOS COM A PROBLEMÁTICA	16
5.1	Princípio da proteção	16
5.2	Princípio da primazia da realidade	17
5.3.	Princípio da boa-fé objetiva	17
6	A JUSTIÇA DO TRABALHO E A ABORDAGEM JURÍDICA QUE NORTEIA A RELAÇÃO DE EMPREGO NO JOGO DO BICHO E A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO	18
7	CONCLUSÃO	22
	REFERÊNCIAS	23

ATIVIDADE ILÍCITA: RELAÇÃO DE EMPREGO NO JOGO DO BICHO

Maria Clara Correia Rodrigues

RESUMO

O trabalho aborda a temática do reconhecimento do vínculo de emprego na relação entre o bicheiro e o apontador do jogo do bicho baseando-se na OJ 199 e nos princípios basilares que rege o Direito do Trabalho. Assim como, traz os elementos caracterizadores da relação de emprego e as duas correntes de pensamento, a da verificação do vínculo em oposição ao não reconhecimento deste. Ainda, explana esta pesquisa bibliográfica, sobre a diferenciação doutrinária do trabalho ilícito e do trabalho proibido. Concluindo pela necessidade do reconhecimento do vínculo empregatício na legislação trabalhista em prol do apontador tomando por base o princípio da proteção, da primazia da realidade e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Jogo do Bicho. Princípios. Bicheiro. Vínculo Empregatício.

ABSTRACT

The search addresses the recognition of the employment relationship between the “bicheiro” and the oversser of an illegal gambling lottery called “jogo do bicho” based on OJ 199 and the basic principles governing labor law. As well as, it will bring the characterizing elements of the employment relationship and the two streams of thought, the verification of the bond as opposed to its non-recognition. The bibliographic research also explain the doctrinal differentiations of illicit work and prohibited work. In conclusion, it is necessary to recognize the employment relationship in the labor legislation in favor of the oversser bases on the principle of protection, the primacy of reality and the dignity of the human person.

Keywords: Jogo do Bicho. Principles. Bicheiro. Employment Bond.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é fazer uma breve explanação sobre a relação de emprego existente entre o apontador do jogo do bicho e o banqueiro de atividades financeiras ilícitas (dono da banca), sendo este último o responsável pela prática dessa atividade considerada ilícita pela lei de contravenções penais.

Ademais, não busca defender a licitude desta atividade. Todavia, busca advogar a proteção do trabalhador em situação de vulnerabilidade, levando em consideração ser esta proteção a razão de ser do Direito do Trabalho. Dedicase também a responder a possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes dessa relação, tendo como perspectiva o julgamento por analogia ao trabalho proibido.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é o método dedutivo de abordagem e o método monográfico de procedimento, tendo em vista que partimos do estudo da doutrina, jurisprudência e da lei para se chegar a conclusão da iniquidade e dos danos causados ao empregado em prol do proprietário da banca de jogo do bicho, onde este último, não sofre atualmente qualquer punição na seara da justiça do trabalho, sendo beneficiado pela sua própria torpeza.

Busca demonstrar que todos os elementos caracterizadores exigidos pela própria legislação para que seja reconhecido o vínculo empregatício resta feito nesta relação, entre o bicheiro e o apontador.

Traz os princípios básicos do Direito do Trabalho, e a possibilidade de julgamento em consonância com tais princípios em conjunto com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim como trata das diferenças básicas entre o trabalho ilícito e o trabalho proibido entendendo este segundo como aquele o qual a sua realização fere as normas de proteção trabalhista, enquanto o primeiro está relacionado a ofensa das normas do Direito Penal atingindo sua validade na esfera laboral.

Por fim, examina o presente trabalho, os elementos presente nas duas correntes que abordam o tema em questão, quais são aqueles que defendem o reconhecimento do vínculo e aqueles que estão de acordo com a OJ 199, a qual dispõe que não será reconhecido o vínculo empregatício desta atividade por tratar-se ela de uma atividade ilícita.

2 ORIGEM DO JOGO DO BICHO

O jogo do bicho é uma invenção brasileira, a qual surgiu no ano de 1892, arquitetada pelo Barão João Batista Viana Drummond, com o intuito de aumentar o fluxo de público para o antigo Jardim Zoológico do Rio de Janeiro.

O barão era o proprietário do Zoológico, e após a Proclamação da República, em 1889, o zoológico deixou de receber verbas enviadas pelo governo, prejudicando assim a manutenção do local. Conforme a bibliotecária Maria do Carmo (2009), o barão tentou cobrar ingressos dos visitantes para dessa forma sanar o problema financeiro do zoológico, entretanto, isso fez

apenas com que a quantidade de visitantes diminuísse consideravelmente, e por esta razão, elaborou o chamado jogo do bicho.

Em conformidade com Thiago Guimarães (2017), o jogo consistia na aquisição de um bilhete, o qual servia tanto de entrada no zoológico, como de loteria, cada bilhete possuía 1 dos 25 animais. Antes de aberto os portões do zoológico, o barão escolhia previamente um quadro com um dos animais e deixava, estrategicamente, na entrada, escondido em uma caixa de madeira. O indivíduo que tivesse o animal sorteado no bilhete ganhava determinada quantia em dinheiro, que, a primórdio, era 20 vezes o valor do ingresso.

A princípio, era permitido a compra de apenas um bilhete por pessoa, após o sucesso do jogo, foi possibilitado a aquisição de mais de um bilhete.

O sucesso da estratégia do Barão deixou as autoridades policiais em alerta, fazendo com que, um ano após o sucesso do jogo, em 1895, fosse ele proibido através de um decreto de ser realizado nas dependências do zoológico, entretanto, essa proibição apenas fez com que os bilhetes do jogo fossem comercializados em outros locais distante do zoológico, mas não extinto.

Com o sucesso cada vez maior do jogo do bicho, em 1899 foi promulgada a lei 628 a qual estabelecia a pena de 1 a 3 meses de prisão em caso de prática do jogo do bicho.

Porém, apenas em 1941, o jogo do bicho entra para o rol das contravenções penais com o advento da Lei 3.688/41. E passa a ser, definitivamente, proibida a sua prática.

Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:

Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.

Embora a prática do jogo do bicho seja uma conduta típica, é, ainda, nos dias de hoje, algo corriqueiro e de pouca punição na rotina daqueles que os praticam.

Na Paraíba, foi criada a Lei estadual nº 7.416/2003 que tentou regulamentar e autorizar tal prática, entretanto foi logo após declarada inconstitucional. A tentativa de regulamentar a prática do jogo de azar mostra de antemão a condescendência e sugestividade do poder público do Estado para com tal prática.

Mais de um século após sua invenção, o jogo do bicho continua sendo um dos mais populares do país, Thiago Guimarães (2017), trazendo uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, afirmou que a realização do jogo pode ter arrecadado entre 1,3 bilhão e 2,8 bilhões no país apenas no ano de 2014 (FGV).

2.1 A legalização do jogo do bicho na Paraíba

A prática do jogo do bicho embora venha sendo uma prática reprovável juridicamente desde 1899, não encontrou unanimidade entre os Estados da federação.

Conforme a Lei nº 3.688 de 1941, a prática do jogo do bicho é considerada uma Contravenção Penal com pena de detenção e multa. Entretanto, na Paraíba, foi aprovada a Lei Estadual de nº 7.416 em 2003 a qual regulamentava tal prática. A necessidade para a regulamentação da atividade existiu devido ao frequente uso desse tipo de jogo de azar desde a sua criação. Mesmo com o advento da Lei de Contravenções Penais, na Paraíba a prática do jogo do bicho nunca foi extinta.

Com essa Lei Estadual, o Estado autorizava, tributava e cedia licenças para a realização dessa atividade mediante a LOTEPE, essas concessões, conforme a jornalista Elvira Lobato (2007), eram dadas em nome da pessoa física do bicheiro o qual era cadastrado como agente lotérico.

Fica evidente o conflito das duas leis vigentes no País, e por esta razão, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3277 com a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.416, de 10 de outubro de 2003, do Estado da Paraíba, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Falou pela *amicus curiae*, Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE, o Dr. Roberto Carvalho Fernandes. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 02.04.2007.

O Decreto-Lei nº. 204/1967 dispõe em seu art. 1º que a exploração de loteria constitui serviço público da união. No mesmo sentido, a súmula vinculante nº 2 do STF dispõe que “É inconstitucional a lei ou ato normativo ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”, por esta razão, fica evidente que Lei Estadual nenhuma pode autorizar ou dispor a respeito das loterias.

Desse modo, resta evidente, que embora o jogo do bicho seja uma prática considerada ilegal no Brasil, encontra ela amparo no convívio social e no dia-a-dia do brasileiro. Tendo, na Paraíba, por determinado tempo, encontrado respaldo legal para sua prática. Tal respaldo se deu pelo intuito de tributar a atividade e visando o crescimento econômico, tendo em vista que tal atividade obtém um vasto público, e obrigatoriamente geraria uma grande gama de empregos.

3 A CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E SUAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

O direito do trabalho é um ramo autônomo, contem ele principiologia e regramento próprio. Seu alicerce está na regulamentação da relação subordinada entre empregado e empregador. Acerca da temática, considera José Cairo Jr. (2018, p. 48):

O Direito do Trabalho é o ramo do Direito composto por regras e princípios, sistematicamente ordenados, que regulam a relação de trabalho subordinada entre empregado e empregador, acompanhado de sanções para a hipótese de descumprimento dos seus comandos. O Direito Laboral, como regra de conduta, observado pelo seu aspecto objetivo, tem como meta principal a prevenção de conflitos

derivados do confronto entre capital e trabalho para com isso preservar a vida em sociedade e a conseqüente paz social.

Destarte, podemos ver que a justiça do trabalho encontra sua razão de ser na solução de conflitos em detrimento do contrato de trabalho na relação de emprego.

A justiça do trabalho tem competência para julgar toda demanda que envolva relação de trabalho, desde que, o polo “prestador de serviço” seja preenchido por pessoa física.

Antes da EC 45 de 2004, era competência da justiça do trabalho processar e julgar apenas casos de relação de emprego, entretanto, com a emenda constitucional e conseqüentemente a modificação do art. 114 da CF/88, a Justiça Laboral passou a ter uma competência mais ampla, senão vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Com tal amplitude passou a Justiça do Trabalho a dirimir qualquer conflito decorrente da relação de trabalho.

Não há o que se confundir entre relação de trabalho e relação de emprego. Embora atualmente ambas sejam matérias de estudo do direito do trabalho, não são elas sinônimos. Relação de trabalho é gênero da qual relação de emprego é espécie, assim como o trabalho autônomo, eventual, voluntário, etc.

É considerado relação de trabalho cada vínculo jurídico de prestação de serviço de uma pessoa física para outrem, mediante pagamento pela atividade prestada.

Neste sentido nos ensina José Cairo Jr. (2018, p. 182)

A relação de trabalho (*lato sensu*), constitui o gênero da prestação de serviços, do qual se originam várias espécies. Sempre que o trabalho for prestado por uma pessoa em proveito de outra, seja como meio ou resultado, haverá uma espécie de relação de trabalho.

Do mesmo modo trata Felipe Barbosa Garcia (2008, p. 127), ao afirmar que “a relação de trabalho é um gênero, que tem como uma de suas espécies a relação de emprego. Outras modalidades de relação de trabalho são, por exemplo, o trabalho eventual, autônomo, avulso e voluntário.”

A relação de emprego é mais específica, pois existem pré-requisitos para que tal relação seja considerada de emprego. Essa relação era, a primórdio, a única área de atuação da Justiça do Trabalho.

Antes de adentrarmos nas características necessárias para que seja considerada tal relação de emprego, se faz necessário algumas considerações a respeito dos sujeitos.

É necessário explanar o que seria propriamente empregado e empregador. Sendo o primeiro, de forma sucinta, aquela pessoa física

juridicamente submissa que presta serviço de maneira onerosa e contínua para o empregador, conforme dispõe o art. 3º da CLT:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Neste diapasão, empregado é conceituado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 61) como “a pessoa física que presta pessoalmente a outrem serviços não eventuais, subordinados e assalariados.”.

Em seu artigo 2º, a CLT organiza o empregador como sendo aquele que assume os riscos da atividade econômica e remunera o empregado prestador daquele serviço:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

É o empregado a parte mais fraca da relação e ele o motivo de existir da Justiça do Trabalho, conforme ensina o Professor Henrique Correia (2010, p. 45): “A relação de emprego tem como principal característica a presença do empregado, parte mais fraca da relação jurídica. O direito do Trabalho foi pensado e criado exatamente para proteger a figura desse trabalhador.”

Dessa forma, analisando o art. 2º e 3º da CLT podemos identificar os requisitos pela legislação exigidos para que seja a relação de trabalho caracterizada também como relação de emprego. São elas: Pessoalidade, não-eventualidade, subordinação, onerosidade e alteridade. Tais requisitos são fundamentais e inescusáveis, sendo necessário, para ser considerada a relação de emprego, a presença de todos. Caso qualquer dos elementos não esteja na relação, é ela considerada apenas relação de trabalho.

3.1 Elemento da pessoalidade

A pessoalidade como requisito para configuração da relação de emprego, traz, primeiramente, a necessidade de ser todo empregado pessoa física. Não sendo admissível figurar pessoa jurídica neste polo. Além disto, se faz indispensável que o serviço seja exercido pessoalmente pelo empregado contratado, não existindo a possibilidade de sua substituição por outrem. Alguns doutrinadores dividem o princípio da pessoalidade e o da pessoa física, sendo o primeiro aquele que exige que o trabalho seja prestado pelo indivíduo contratado pessoalmente, e o segundo aquele que exige que esse indivíduo seja sempre pessoa física.

A respeito da pessoalidade ensina Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 61):

Empregado é sempre pessoa física ou natural. Não é possível, dada a natureza personalíssima das obrigações que ele assume, admitir-se a hipótese de um empregado pessoa jurídica. A proteção da legislação trabalhista é destinada à pessoa física, ao ser humano que trabalha, à sua vida, saúde etc. Os serviços prestados por pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil.

No mesmo sentido incorre Henrique Correia (2010, p. 46):

Dentro desse requisito, enquadra-se a personalidade na prestação de serviços. O empregado é contratado em razão de suas qualidades pessoais (eficiência, lealdade, conhecimentos técnicos, moral etc.). Diante disso, não se pode fazer substituir por um terceiro. Exemplo: o empregado, quando estiver cansado, não pode mandar o irmão trabalhar em seu lugar. A personalidade é requisito essencial para configurar o empregado.

Vale salientar que, tal requisito de personalidade é exigência apenas para um dos polos da relação, a do empregado.

Resta evidente as razões pelas quais se faz preciso que seja o empregado pessoa física, levando em consideração que a justiça do trabalho tem como enfoque basilar a proteção ao homem e visa assegurar ao trabalhador melhores condições de trabalho, por esta razão é excluído qualquer possibilidade de pessoa jurídica ou animais integrar o rol de empregados para a justiça do trabalho.

3.2 Elemento da não-eventualidade

Para que seja considerada uma relação de emprego, é crucial que exista perenidade na prestação do serviço, e seja este serviço correlacionado com a atividade empresarial.

A eventualidade não está relacionada a quantidade de dias que o empregado deverá prestar seus serviços, mas sim com a sua constância na prestação deste. O vínculo empregatício não está associado apenas ao empregador que trabalha 8 horas por dia, 6 dias por semana, embora seja este o corriqueiro e usual, poderá existir vínculo de emprego para aqueles que trabalhem apenas 2 ou 3 dias por semana, como a empregada doméstica, por exemplo.

A respeito do tema, dispõe o professor Sérgio Pinto Martins (2012, p. 150):

O fato de a diarista prestar serviços uma vez por semana não quer dizer que inexistam a relação de emprego. O advogado que presta serviços em sindicato, sob o sistema de plantões, uma vez por semana, atendendo exclusivamente aos interesses da agremiação, é considerado empregado e não autônomo. O importante, no caso, é a faxineira ter a obrigação de comparecer sempre em determinado dia da semana, v.g., segunda-feira, a partir das oito horas da manhã até as 16 horas, ficando evidenciada a subordinação pela existência de imposição patronal quanto ao dia e horário de trabalho.

Podemos ver desse modo, que o termo “não-eventualidade” escolhido pelo legislador, não se confunde com diário e sim com a realização do serviço

mesmo que em dias alternados. A respeito disto ensina Carla Teresa Martins (2018, p. 132):

Não é necessário que os serviços sejam prestados diariamente. O importante é que haja a expectativa de retorno do empregado ao serviço, isto é, já se sabe que os serviços serão desenvolvidos em determinado dia, por determinada pessoa, e sua ausência acarretará prejuízos. O que caracteriza a habitualidade não é a prestação diária de trabalho, mas, sim, o sentido de permanência e de prolongamento no tempo que a prestação dos serviços tem.

A reforma trabalhista de 2017 produziu uma mudança significativa no direito do trabalho, e ficou ainda mais flexível a relação de emprego dentro deste. Com a mudança surgiu a possibilidade do trabalho intermitente.

Essa nova modalidade na relação de emprego é uma forma de contrato em que o empregado é chamado apenas em determinado período, gozando de um espaço de inatividade após, e sem perder o vínculo empregatício.

O trabalho intermitente está presente no art. 443 da CLT que dispõe o seguinte: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.”. Antes da reforma trabalhista, não constava o termo do trabalho intermitente no artigo.

O trabalho intermitente demonstra a flexibilização do Direito do Trabalho e do requisito da não-eventualidade, requisito este que fez surgir várias teorias a respeito de seu real significado, prevalecendo a Teoria dos Fins do Empreendimento, conforme ensina Renato Saraiva, Rafael Tonassi e Aryanna Linhares (2018, p. 29)

Várias teorias surgiram para determinar o real sentido de trabalho não eventual, prevalecendo a Teoria dos Fins do Empreendimento, considerando o trabalho não eventual aquele prestado em caráter contínuo, duradouro, permanente, em que o empregado, em regra, se integra aos fins sociais desenvolvidos pela empresa.

Desse modo, podemos ver que o legislador se preocupou em trazer o termo “não-eventual”, cuidando assim para que o vínculo empregatício estivesse atado mesmo nos casos em que o serviço não precise ser prestado diariamente.

3.3 Elemento da subordinação

A subordinação é o elemento pelo qual o empregado é posto em uma condição de sujeição perante o empregador. É, para muitos doutrinadores, o elemento primordial para caracterização da relação de emprego.

Na subordinação o empregado fica sujeito as prescrições do empregador em atividades relacionadas ao trabalho, tal sujeição não enquadra a esfera pessoal do indivíduo. É o empregado submisso ao horário de trabalho determinado pelo empregador, a utilização de maquinário, a exercer a atividade de acordo com os projetos e exigências do empregador.

A doutrina expõe algumas teorias com a pretensão de explicar o elemento da subordinação, em síntese, as principais teorias são: Subordinação técnica, subordinação econômica e subordinação jurídica.

A subordinação técnica explica a subordinação do empregado ao empregador pela dependência de conhecimentos técnicos deste. Ou seja, segundo esta tese, o empregador é o único possuidor de todo o conhecimento técnico e por esta razão seria o empregado dependente dele para realização de suas atividades. Essa teoria não é satisfatória, tendo em vista que, em inúmeros casos é o empregador que depende dos conhecimentos técnicos dos empregados, é o que ocorre por exemplo em empresas do ramo da educação que contratam analistas de sistema.

A subordinação econômica utiliza-se da necessidade da remuneração dada pelo empregador. Isto é, o empregado, segundo essa teoria, é dependente do empregador por ser este segundo aquele que paga o salário necessário para sua subsistência. Essa teoria também não é plenamente aceita, tendo em vista que, em inúmeros casos o empregado presta serviços em outros locais e não necessariamente o empregador é financeiramente mais abastado que o funcionário. Por exemplo nos casos de juizes que são convidados para dar aulas em cursinhos preparatórios.

Por fim, a subordinação jurídica é aquela mais aceita pela doutrina pois ela discorre que a subordinação é decorrente do contrato de trabalho, portanto tal subordinação é decorrente da lei. Desse modo, aceitando o emprego estará o empregador comprometendo-se a cumprir certas normas determinadas pelo empregador.

A respeito desta teoria assevera Gustavo Filipi Barbosa Garcia (2008, p. 136):

A subordinação, no caso, decorre do contrato de trabalho, referindo-se ao modo de o empregado prestar os serviços ao empregador. Trata-se, assim, de *subordinação jurídica*, que é a modalidade de subordinação essencial para caracterizar a relação de emprego.

Dessa maneira, as teorias da subordinação técnica e econômica não é levada em consideração quando se está em discussão se há vínculo de relação de emprego, pois tem sido ela considerada insignificante em decorrência de suas falhas, tendo em vista que é facilmente derrotada nos casos concretos.

3.4 Elemento da onerosidade

De acordo com a CLT a atividade exercida pelo empregado será mediante salário. Desse modo, o recebimento de remuneração pela prestação de serviço é aspecto essencial para caracterização da relação de emprego.

A prestação de serviço de maneira não onerosa corrompe a relação de emprego, descaracterizando-a. Nos casos de prestação de serviços gratuitos é configurado o trabalho voluntário regido pela Lei N. 9.608 de 1998.

Não são, entretanto, todas as atividades que poderão ser prestadas de maneira gratuita, de forma que se algum trabalho de natureza intrinsecamente onerosa não for remunerada não é motivo para a não caracterização da relação de emprego, conforme ensina Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, pp. 63-64)

A gratuidade, porém, deve ser inerente à natureza do serviço prestado (religioso, familiar, assistencial etc.). Essa situação não deve

ser confundida com a prestação gratuita de serviços de natureza eminentemente onerosa (serviços que normalmente são remunerados, que trazem vantagens patrimoniais diretas ou indiretas às pessoas para as quais são prestados) caso em que, se provada pelo trabalhador, restará caracterizado o contrato tácito de trabalho. Assim, se “A” presta serviços de natureza onerosa a “B” (por exemplo, “A” é motorista particular, secretário, faxineiro, jardineiro etc. de “B”) continuamente e sob as ordens deste, o fato de “B” não efetuar pagamento àquele não desnatura a relação de emprego tacitamente configurada. Ao contrário, restará configurado o ajuste tácito de trabalho e a mora (atraso) no pagamento, por parte de “B”

Assim sendo, o empregado trabalha com o escopo remuneratório, ou seja, de receber o salário. O empregado responsabiliza-se pela prestação de serviço enquanto o empregador à obrigação de remunerá-lo.

3.5 Elemento da alteridade

O elemento da alteridade não é trazido unanimemente pela doutrina como os demais elementos já citados, entretanto é uma característica bastante importante para a relação no direito do trabalho.

A alteridade exige que todos os riscos do empreendimento sejam suportados única e exclusivamente pelo empregador. Ou seja, o resultado do trabalho, insucesso ou sucesso será de responsabilidade unicamente do empregador.

Em casos de dificuldades financeira da empresa ou do empregador, não poderá o mesmo dividir tal fardo com o empregado, devendo ser preservado o salário do trabalhador independente da obtenção de lucro da empresa.

A respeito do tema ensina Sérgio Pinto Martins (2012, pp. 101, 102):

O empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de alteritas, de alter, outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado pode participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos. Quando está prestando um serviço para si ou por conta própria, não será empregado, podendo ocorrer apenas a realização de um trabalho, ou a configuração do trabalho autônomo. É requisito do contrato de trabalho o empregado prestar serviços por conta alheia e não por conta própria.

Destarte, infere-se que para que seja reconhecido o vínculo da relação de trabalho se faz necessário a presença de todos os elementos citados: A personalidade, não-eventualidade, subordinação, onerosidade e alteridade. Sendo tais elementos um rol taxativo, ou seja, não caracteriza relação de emprego se faltar qualquer dos elementos.

4 NULIDADES NO CONTRATO DE TRABALHO: TRABALHO ILÍCITO VERSUS TRABALHO PROIBIDO NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO

O contrato de trabalho é um acordo de vontades realizada entre uma pessoa física, o empregado, o qual aliena sua mão de obra para outra pessoa física, ou jurídica, mediante o pagamento de uma contraprestação salarial.

Assim, como todo contrato, é o contrato de trabalho um negócio jurídico, devendo desse modo, para que tenha validade, ater-se ao art. 104 do Código Civil, conforme vejamos:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Portanto, para a validade do contrato de trabalho, como todo negócio jurídico, se faz necessário que o objeto em questão seja lícito, não sendo este lícito, é ele considerado nulo, e não gera efeitos retroativos. Entretanto, o trabalho proibido embora gere nulidade do contrato, fica seus efeitos resguardados.

O trabalho ilícito difere do trabalho proibido tanto em suas definições quanto em suas sanções. Cada uma tem suas próprias especificidades. A diferença entre ambas está primordialmente, na liceidade da atividade empresarial.

O trabalho proibido é aquele cujo seu objeto não está em conformidade com as normas da proteção trabalhista. Ou seja, é um labor que poderá ser executado por determinados indivíduos, não todos. Por exemplo, um jovem de 17 anos que trabalhe em um posto de combustível no turno da noite. É sabido que, ao maior de 16 anos e menor de 18 é vedado o trabalho noturno e em atividades perigosas e insalubres. A respeito do tema, ensina Gustavo Filipi Barbosa Garcia (2008, p. 150):

Nesses casos, embora o trabalho ocorra em afronta de norma trabalhista de ordem pública, todos os efeitos do contrato são resguardados, pois a disposição que tutela o trabalhador não pode ser interpretada e aplicada de forma contrária a quem visa a proteger. Constatado o labor pelo menor de idade, a autoridade competente deve tomar as providências necessárias para fazer cessá-lo, de modo a se restaurar a ordem jurídica violada, fazendo jus o menor trabalhador ao recebimento de todos os direitos decorrentes do trabalho já prestado.

Podemos ver que, no trabalho proibido, embora haja sanções administrativas, o direito básico do trabalhador como salário e FGTS são resguardados. Na doutrina há uma divergência de opinião quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício neste tipo de trabalho, uma parte da doutrina defende a aplicação de indenização pelo trabalho ofertado, enquanto outras defendem apenas o pagamento de salário e FGTS.

O trabalho ilícito, conforme ensina José Cairo Jr (2018, p. 286) é aquele que advém de uma atividade ilícita, sendo esta atividade, cuja sua realização, é considerado um crime ou contravenção penal pelo ordenamento jurídico.

No trabalho ilícito não é resguardado qualquer direito do empregado, sendo este que se submeteu a realização de tal labor esquecido pela justiça do trabalho, e tendo seu contrato de trabalho considerado nulo.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2012, p. 106) “Haveria objeto ilícito quando fosse contratado um empregado para fazer apostas de jogo do bicho, trabalhar num prostíbulo ou para vender drogas etc.”

O vínculo no trabalho ilícito não será declarado mesmo mediante a presença dos 5 elementos necessários para a comprovação da relação

empregatícia. Desse modo, não existindo vínculo, também não haverá verbas rescisórias a serem pagas. Sofrendo o empregado, deste modo, dupla punição.

Deste modo, podemos ver que o trabalho ilícito diferencia-se do trabalho proibido, enquanto o trabalho ilícito é vedada a sua realização por quem quer que seja, sendo ilegal a própria atividade empresarial, no trabalho proibido não é a atividade empresarial que está em desconformidade com a lei, e sim por quem aquela atividade está sendo realizada.

5 PRINCÍPIOS CORRELATOS COM A PROBLEMÁTICA

5.1 Princípio da proteção

O princípio da proteção é considerado por muitos doutrinadores como o princípio de maior relevância e amplitude do direito do trabalho. De acordo com José Cairo Jr. (2018, p. 105), a ausência deste princípio poderia até mesmo resultar no não reconhecimento da autonomia do ramo do Direito do Trabalho.

O princípio protetivo consiste em conferir proteção jurídica à parte hipossuficiente da relação de trabalho. Tal princípio é uma medida protetiva ao polo mais fraco usado como mecanismo para que o empregado consiga ter uma efetiva igualdade e consiga gozar de todos os seus direitos cedidos e dispostos na CLT.

A respeito deste tema, discorre Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 28)

O princípio da proteção do trabalhador informa também o processo de elaboração das normas jurídicas. Portanto, as novas leis devem buscar o aperfeiçoamento do sistema, favorecendo o trabalhador, contribuindo para a melhoria de sua condição social. Só por exceção justificável deve a lei afastar-se desses objetivos.

Do princípio da proteção ao trabalhador decorre outros três, que são: *In dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica.

O sub princípio *in dubio pro operario*, dispõe que, quando houver mais de uma interpretação sobre uma mesma norma, deverá ser dada predileção a interpretação mais favorável ao empregado. Deve salientar que tal princípio não poderá ser aplicado no campo processual do direito do trabalho, sendo aplicado apenas no direito material do trabalho. Portanto, tal princípio traz a preferência de uma interpretação em detrimento de outra de uma mesma norma.

Enquanto isso, o princípio da norma estatal mais favorável utiliza que, existindo mais de uma norma que trate sobre o mesmo assunto, deve ser aplicada ao caso concreto aquela que mais beneficiar o empregado. Neste princípio, temos que mesmo uma norma hierarquicamente inferior a outra, se esta for mais benéfica ao trabalhador, deverá ser ela aplicada. Entretanto, este princípio não é mais utilizado nas normas negociadas conforme assevera José Cairo Jr.

Atualmente, não se aplica a regra da norma mais favorável no âmbito dos instrumentos normativos negociados. Isso porque a Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), introduziu uma série de mudanças na CLT que vedam esse procedimento, a exemplo da alteração na redação do art. 620.

No sub princípio da aplicação da norma mais benéfica a determinação é para que seja aplicada ao caso concreto a condição mais favorável estipulado em contrato, mesmo que seja este modificado. Ou seja, a cláusula mais conveniente para o trabalhador é a que será utilizada, e a nova cláusula supostamente menos vantajosa será aplicável apenas para novos membros. Este princípio garante ao trabalhador as vantagens já adquiridas no decorrer de seu contrato de trabalho, vantagens essas que não poderão ser retiradas nem modificadas. A respeito deste tema o TST trata na Súmula 51, I:

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

Como resta evidente, todo o direito do trabalho existe em torno deste princípio da proteção, sendo este princípio basilar para toda estrutura do direito do trabalho e para o trabalho em questão, tendo em vista que, o presente trabalho visa a proteção do polo mais fraco da relação, proteção esta que é a razão de ser do direito laboral.

5.2 Princípio da primazia da realidade.

O princípio da primazia da realidade traz a prevalência da realidade dos acontecimentos em detrimento de formalidades fabricadas com o escopo de mascarar a verdade.

Neste princípio, há a obrigação de observância da realidade mesmo esta indo de encontro aos documentos do contrato, documentos estes os quais não condizem com a realidade fática. Entretanto, não é a mera alegação de realidade diversa daquela presente na documentação, que será considerada ela de plena veracidade. O polo que alegar realidade diversa daquela constante nos registros deverá se utilizar de todos os meios legais para comprovar sua afirmação.

Em consonância com o princípio da primazia da realidade o TST trata na Súmula nº 12 das anotações feitas pelo empregador, vejamos:

CARTEIRA PROFISSIONAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção "juris et de jure", mas apenas "juris tantum".

Ou seja, a simples anotação do empregador na carteira de trabalho do empregado não é uma garantia da expressão da verdade, e sim goza de presunção relativa da verdade, desse modo admitindo prova em contrário.

5.3 Princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva é um princípio que norteia todo o ordenamento jurídico, sobretudo na seara cível nas relações contratuais, conforme ordena o Código Civil em seu art. 422 "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na

conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

O princípio da boa-fé objetiva determina que deve o indivíduo agir com lealdade, pautando-se em valores éticos, morais e legais. Não se deve confundir a boa-fé subjetiva com a boa-fé objetiva, enquanto a primeira trata do íntimo do indivíduo, suas crenças, seus pensamentos, suas ideologias, esta última dispõe sobre fatos consistentes, condutas de fato, as quais devem ser tomadas sempre observado os valores morais e da lealdade.

A respeito deste princípio leciona Sérgio Pinto Martins (2012, p. 67):

É aplicável o princípio da boa-fé, inclusive nos contratos (art. 422 do Código Civil), seja no Direito Civil ou no Comercial, mas também no Direito do Trabalho. É observado inclusive no processo civil (art. 14, n, do CPC). Presume-se a boa-fé. A má-fé deve ser provada. Assim, não se pode dizer que se trata de um princípio específico de Direito do Trabalho, como quer Américo Piá Rodriguez (1990:305). Todo e qualquer contrato deve ter por base a boa-fé. O empregado deve cumprir sua parte lio contrato de trabalho, desempenhando normalmente suas atividades, enquanto o empregador também deve cumprir com suas obrigações, daí se falar numa lealdade recíproca.

Desse modo, resta claro a precaução do ordenamento jurídico com a colaboração das partes para o devido andamento da justiça. Entrando em conflito com a postura do dono da banca do jogo do bicho, o qual costuma alegar, em sua defesa, a ilicitude da atividade, para que não seja reconhecido o vínculo empregatício na relação com o apontador.

6 A JUSTIÇA DO TRABALHO E A ABORDAGEM JURÍDICA QUE NORTEIA A RELAÇÃO DE EMPREGO NO JOGO DO BICHO E A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Foi em 1941 que a prática do jogo do bicho passou a ser permanentemente proibida com o advento do decreto-lei nº 3.688. Com o surgimento da Lei das Contravenções Penais, a relação de emprego existente entre o bicheiro e o apontador, ficou rescindida.

Uma contravenção penal é uma infração de “tamanho menor” e não é correto afirmar que uma contravenção é um crime por ter cada qual conceitos e natureza própria. Conforme o pensamento de Rogério Greco (2015, p. 192)

(...) se aplicássemos fielmente o princípio da intervenção mínima que apregoa que o Direito Penal só deve preocupar-se com os bens e interesses mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, não deveríamos sequer falar em contravenções, cujos bens por elas tutelados bem poderiam ter sido protegidos satisfatoriamente pelos demais ramos do Direito.

Desse modo podemos ver que o trabalho em bancas que realizam o jogo do bicho não se equipara ao trabalho com tráfico de drogas ou alguma outra atividade criminosa, tendo em vista que o primeiro é socialmente aceito, mesmo que considerado pela legislação como ilícito, e principalmente, mesmo que considerado ilícito, é tratado como um delito-anão. Tendo as penas mais leves do ordenamento penal.

Embora seja tal prática do jogo, considerada um ilícito penal, não há um consenso na doutrina ou até mesmo na jurisprudência, a respeito do devido tratamento da relação de emprego.

Entretanto, majoritariamente a doutrina considera que a relação de emprego neste tipo de atividade deverá ser desconsiderada e o contrato considerado nulo sem que tenha o empregado (apontador) direito a receber qualquer verba rescisória. Do mesmo lado, o TST, considerando a ausência de licitude na atividade exercida pelo bicheiro, determina também em Orientação Jurisprudencial nº 199 que seja considerado nulo o contrato de trabalho celebrado entre o bicheiro e o apontador, vejamos:

199. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010
É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

A corrente que defende a nulidade do contrato de trabalho limita-se a sentenciá-la como nula embasando exaustivamente e muitas vezes somente, o seu julgo no fato da atividade ser considerada ilícita. A ilicitude da atividade resta claro e evidente no art. 58 da lei de contravenções penais já citada anteriormente.

Defendendo o não reconhecimento do vínculo empregatício, Sergio Pinto Martins (2012, p. 111) alega que:

De outro modo, se o empregado tem ciência da atividade ilícita- do empregador e com ela contribui diretamente, ou não existe nenhuma razão para ignorá-la, não se pode dizer que há contrato de trabalho. É o que ocorre com o cambista do jogo do bicho, que sabe que a atividade do tomador de serviços é ilícita, assim como o é sua própria atividade, de recolher as apostas do referido jogo. Nesse caso, nenhum direito nascerá para as partes envolvidas.

É notório entretanto, que embora a realização do jogo do bicho seja um exercício ilícito é ele abundantemente tolerado pela sociedade, é admitido de tal maneira que é corriqueiro observar agentes da polícia militar adquirindo bilhetes desta atividade considerada como contravenção penal.

Entretanto, em concordância com o desembargador Sergio Pinto Martins (2012, p. 111), o fato dos agentes públicos serem flexíveis e tolerantes com tal prática não torna ela uma atividade lícita, devendo ser aplicada a lei independentemente de quem comungue com tal atividade ou não.

Quanto ao contrato de trabalho, ensina José Cairo Jr (2018, p. 273)

O objeto do contrato de trabalho, ou mais precisamente, das obrigações dele decorrentes deve ser lícito, ou seja, não pode contrariar a lei, a moral e os bons costumes. Assim, o trabalho desenvolvido pelo empregado deve ser admitido como lícito pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse passo, é ilícito o trabalho prestado em benefício do “jogo do bicho” (art. 58 da Lei de Contravenções Penais), nas rinhadas de galo, etc.

Para o professor Sérgio Pinto Martins (2012, p. 111), ao ser proposta ação trabalhista para reconhecimento da atividade ilícita, deverá os autos serem extintos sem resolução do mérito por inexistir possibilidade jurídica no pedido deste modo, carecendo o autor de *animus domini*. Contudo, este posicionamento não é majoritário, tendo em vista que o Tribunal Superior do Trabalho aprecia o mérito, julgando a impossibilidade de reconhecer o vínculo da relação de emprego.

Uma segunda vertente defende o reconhecimento da relação de emprego, baseando-se na presença dos elementos exigidos para o reconhecimento do vínculo empregatício, tendo em vista que em sua grande maioria são os apontadores empregados de fato dos bicheiros (donos da banca), sendo eles pessoas físicas, exercendo suas atividade com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação, alienando sua mão de obra em detrimento do risco do empreendimento o qual deveria ser suportado pelo empregador.

É importante salientar que o não reconhecimento do vínculo atem-se aqueles empregados que estão diretamente ligados a ilicitude da atividade, por exemplo, a cozinheira de um prostíbulo tem vínculo empregatício mesmo que seja o prostíbulo proibido. A respeito disso, julgou o TST recentemente:

(...) SEGURANÇA DE ESTABELECIMENTO QUE EXPLORA ATIVIDADE CLANDESTINA DE BINGO. RECONHECIMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO. Cinge-se a controvérsia sobre o reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador que exerce o cargo de segurança em local que explora atividade clandestina de bingo. Em controvérsia semelhante a respeito do "jogo do bicho", o Tribunal Pleno desta Corte Superior, reunido no dia 7/12/2006, julgou o Incidente de Uniformização Jurisprudencial (IUJ), suscitado nos autos do processo nº TST-E-RR-621145/2000, tendo decidido manter o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 199 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no sentido de que não há contrato de trabalho, ante a ilicitude do objeto. Há, porém, que se identificar, primeiramente, se a atividade do tomador de serviços é ilícita e o serviço é igualmente ilícito, porque inerente à atividade, logo, o objeto do contrato é ilícito, recaindo no art. 166 do CCB. Existem casos em que a atividade é ilegal ou ilícita, mas o serviço prestado não diz respeito diretamente ao seu desenvolvimento, cuida-se, não de trabalho ilícito, mas sim de trabalho vulgarmente chamado de proibido, são serviços como segurança, faxineiros, garçons, ou seja, de pessoas que casualmente estão trabalhando em estabelecimento ilegal, mas que poderiam perfeitamente executar o mesmo trabalho em locais lícitos. Negar a proteção do direito a esses trabalhadores seria injusto perante a ordem jurídica, porque corresponderia a beneficiar o empresário que atua ilegalmente, sonogando ao trabalhador honesto seus direitos trabalhistas. Assim, há de se reconhecer a validade do contrato de trabalho do empregado que, a despeito de prestar serviço em local destinado a atividade ilícita, não realiza atividade diretamente vinculada à contravenção legal, como é o caso dos autos, em que o autor exercia a atividade de segurança. Nesse esteio, estando o trabalho do reclamante em conformidade com a lei, dissociado da atividade fim do bingo, é certo que o recorrente não pode se favorecer da própria torpeza para não arcar com as obrigações trabalhistas. Portanto, correta a decisão do Regional que reconheceu o vínculo de emprego. Agravo de instrumento conhecido e

desprovido.” (TST-AIRR-1021-85.2016.5.11.0012, 3ª Turma, rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, julgado em 28.8.2019)

Embora seja o entendimento da corte máxima da Justiça do Trabalho, TST, que seja declarado o contrato nulo sem gerar qualquer efeito, os Tribunais Regionais do Trabalho vêm tomando decisões diversas tendo em vista o princípio da proteção ao trabalhador e a flexibilização do direito do trabalho.

Um dos motivos para ser socialmente reprovável o jogo do bicho e para assim ganhar escopo para ser um ilícito penal é que este está associado historicamente ao tráfico de drogas da região sudeste do país. Entretanto, conforme pensa o desembargador Eduardo Sérgio de Almeida (2007, pp. 60-61), a prática deste jogo não está isoladamente no sudeste, pelo contrário é tido de maneira costumeira no nordeste do país, sendo normalmente os bicheiros desta região vista com bons olhos e com nenhum tipo de envolvimento com crime de tráfico algum.

Na relação de trabalho entre o bicheiro e o apontador, no caso do não reconhecimento do vínculo, resta prejudicial apenas para o apontador, tendo em vista que o bicheiro teria ganhado em dobro, tanto pelo lucro da atividade ilícita quanto pela impunidade.

Do lado deste mesmo pensamento, baseando-se no princípio da segurança jurídica, Renato Saraiva corrobora manifestando-se a favor do reconhecimento do vínculo e testemunhando a prevalência do interesse do bicheiro sobre o do apontador, beneficiando o primeiro em detrimento do último (2008, p. 123):

O único prejudicado é o trabalhador que, em função do ultrapassado argumento de ilicitude do jogo do bicho, fica desprotegido, esquecido pelas autoridades constituídas, sem receber os direitos mínimos conferidos aos demais trabalhadores (férias, registro da CTPS, gratificação natalina, FGTS, ETC)

Aqueles que defendem o reconhecimento do vínculo empregatício não se atém apenas ao art. 2º e 3º da CLT, mas também nos princípios basilares do Direito do Trabalho, assim como os princípios e argumentos de teor constitucionais que rege todo o sistema judiciário.

O princípio da dignidade da pessoa humana é inerente a toda pessoa e constitui o princípio medular e fundamental do estado de direito, negar direitos ao trabalhador que gastou seu tempo e força de trabalho, elementos estes irreparáveis, desamparando-o, fere os valores constitucionais.

A respeito deste tema, nos ensina Eduardo Sérgio de Almeida citando Rabenhorst (2007, p. 63) “Dignidade humana é um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo pré-fixado, um seja, é uma cláusula aberta que assegura a todos os indivíduos o direito à mesma consideração e respeito”

Continua e explica o pensamento ainda afirmando (2007, p. 63):

Aqui, porém, não se trata da dignidade em sentido genérico, mera ofensa periférica à honra ou a auto-imagem do trabalhador, senão ao próprio núcleo do princípio. Imaginemos, à guisa de exemplo, a hipótese, bastante corriqueira, de um terminado trabalhador do Jogo do Bicho que prestou serviços a um empresário do ramo, na captação de apostas, durante vários meses não ter recebido remuneração. Ao

demandar o seu empregador perante o Judiciário, tem o seu direito negado sob o argumento de que a atividade por eles exercida é ilegal. Ora, permitir que alguém trabalhe para outrem, afora os casos de caridade ou de trabalho voluntário para entidades sem fins lucrativos, é consentir que ele seja reduzido à condição análoga a de escravo.

É válido salientar que o Estado autoriza outros jogos de azar como é o caso da Tele Sena, da Loteria da Caixa Econômica Federal, etc. portanto se faz omissivo na repressão de tal vício.

Em consonância com isso, o Ministro João Oreste Dalazen, votou em concordância com o vínculo, conforme vejamos:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. JOGO DO BICHO I. O jogo do bicho é prática usual amplamente tolerada pelas autoridades constituídas, desfrutando do inegável beneplácito dos órgãos competentes dos três poderes da República. Atualmente, assumiu foros de comportamento regular, acintosamente presente aos olhos de tudo e de todos. A evidente circunstância de não merecer repressão policial não apenas comprova a complacência do Estado para com banqueiros e adeptos desse jogo de azar, como também deixa transparecer nitidamente que inexistente hoje condenação social. II. Hipocrisia reputar ilícito o objeto do contrato de trabalho envolvendo arrecadador de apostas de jogo do bicho se se cuida de prática notoriamente consentida pela sociedade e o Estado explora inúmeras formas de concursos de prognóstico, inclusive como medida de fomento às atividades desportivas. Ademais, se nulidade houvesse, decretar-se-ia com efeito "ex nunc". III. Recurso conhecido e desprovido.

(TST - RR: 2716634219965085555 271663-42.1996.5.08.5555, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/11/1998, 1ª Turma., Data de Publicação: DJ 09/04/1999.)

Na justiça do trabalho, em alguns casos, a nulidade do contrato de trabalho não provoca o indeferimento total de possíveis verbas rescisórias, como no caso da nulidade do trabalho proibido. Sendo inclusive, o empregador, passível de multa. Neste caso do trabalho proibido vemos que de fato o mentor da infração é punido pecuniariamente, enquanto que no trabalho ilícito não, a punição resta apenas para o empregado na seara trabalhista.

Como preleciona Renato Saraiva (2008, p. 123) "Alguns donos de 'banca de jogo' alegam em suas contestações, como defesa, que prestam atividade ilícita, recebendo o reconhecimento do vínculo. Em outras palavras, tentam inferir benefícios de sua própria torpeza."

Diante do exposto, vemos que o dono da banca usa como argumentação de defesa o fato de estar ele financiando e praticando uma atividade ilícita, ficando assim evidente a impunidade para este em qualquer dos ramos do direito, tendo em vista que, mesmo sendo uma contravenção penal, corriqueiramente os donos de banca não recebem sanção alguma por este ilícito e são beneficiados pela justiça do trabalho ao alegar sua torpeza.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou a possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício em atividade do jogo do bicho em consonância com os

princípios basilares do direito do trabalho e em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, deixou evidente a existência do vínculo empregatício na atividade, pois restou comprovado a presença de todos os elementos caracterizadores exigidos para a configuração de tal relação.

Observou que, o reconhecimento da relação de emprego no caso em questão não poderia ser utilizado de maneira análoga a crimes propriamente dito, como a exploração sexual ou tráfico de drogas, por se tratar o jogo do bicho de contravenção penal e ter em sua natureza um tratamento jurídico mais brando.

Ademais, verificou-se que o não reconhecimento do vínculo e a não exigência dos pagamentos de verbas rescisórias beneficia o bicheiro duplamente, pois é este, quem alega em juízo, como mecanismo de defesa, a ilegalidade da atividade, e ainda assim beneficia-se dela lucrando com a execução da atividade e com a impunidade.

Outrossim, constatou que o reconhecimento do vínculo é o meio mais acertado e eficaz para garantir os direitos trabalhistas para o polo hipossuficiente da relação, ou seja, o empregado.

Por fim, o presente trabalho não buscou defender a licitude da atividade, ou entrar no mérito do desuso da norma penal, mas sim respeitar o princípio da primazia da realidade, reconhecendo o vínculo empregatício que de fato há entre o empregado que aponta o jogo do bicho e o dono da banca.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Eduardo Sérgio de. Jogo do Bicho e Relação de Emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região**. João Pessoa. vol. 15, n. 1. p. 58-79.

ANDRADE, Maria do Carmo. **Jogo do Bicho**. Pesquisa Escolar Online, Fundação Joaquim Nabuco, Recife, 27 de Mar. de 2009. Disponível em: <http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com_content&id=387:jogo-do-bicho>. Acesso em: 19 de out. 2019.

BRASIL. Lei nº 628 de 28 de outubro de 1899. **Amplia a acção penal por denuncia do Ministerio Publico e dá outras providencias**, Brasília, DF, out 1899. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-628-28-outubro-1899-540691-publicacaooriginal-41447-pl.html>> Acesso em 19 de out. 2019.

CAIRO Jr., José. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipi Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015

GUIMARÃES, Thiago. **Como o jogo do bicho se tornou a maior loteria ilegal do mundo**. BBC, São Paulo, 02 de jun. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40140693>>. Acesso em: 19 de out. 2019.

LOBATO, Elvira. **Na Paraíba, jogo do bicho tem o amparo do governo estadual**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 06 de maio. 2007. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0605200706.htm>>. Acesso em: 09 de nov. 2019

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do Trabalho: Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: Versão Universitária**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

SARAIVA, Renato; TONASSI, Rafael; LINHARES, Aryanna. **Direito e Processo do Trabalho: Teoria**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.