



ESTADUAL DA PARAÍBA

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

CLARISSA FREIRE TRIGUEIRO

ATIVIDADE ILÍCITA NO VÍNCULO TRABALHISTA

CAMPINA GRANDE - PB
2011

CLARISSA FREIRE TRIGUEIRO

ATIVIDADE ILÍCITA NO VÍNCULO TRABALHISTA

Trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentado à Universidade Estadual da Paraíba como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em direito. Orientador: Professor MSc. Amilton de França.

**CAMPINA GRANDE – PB
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

T828a Trigueiro, Clarissa Freire
 Atividade Ilícita no Vínculo Trabalhista [manuscrito] /
 Clarissa Freire Trigueiro.– 2011.
 59 f.
 Digitado.
 Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
 – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
 Jurídicas, 2011.
 “Orientação: Prof. Me. Amilton de França,
 Departamento de Direito Público”.

1. Direito trabalhista I. Título.

21. ed. CDD 344.01

CLARISSA FREIRE TRIGUEIRO

ATIVIDADE ILÍCITA NO VÍNCULO TRABALHISTA

Trabalho de conclusão de curso (TCC)
apresentado à Universidade Estadual da
Paraíba como exigência parcial para obtenção
do título de bacharel em direito.

Aprovada em 16 de junho de 2011.



Prof. MSc. Amilton de França
Orientador



Prof. MSc. Guthemberg Cardoso Agra de Castro
Examinador



Prof.ª Esp. Ticiano Pinto de Araújo
Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Francisco Trigueiro e Wilma Freire Trigueiro, meus exemplos de caráter e retidão; eles que, em momento algum, mediram esforços para realização dos meus sonhos, que sempre me conduziram pelos caminhos corretos, me ensinaram a realizar as melhores escolhas, me mostraram que a honestidade e o respeito são indispensáveis à vida, e que devemos lutar sempre por nossos objetivos. Sem dúvida, a eles devo a pessoa que me tornei.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo que me proporciona na vida.

Aos meus pais, pelo exemplo, amizade, por todo o amor e dedicação para comigo; e por me apoiarem em todas as minhas decisões.

A minha irmã Camila, pelo companheirismo, paciência e amizade.

Ao meu sobrinho João Lucas, pela alegria que trouxe à minha vida, em cada sorriso, em todas as vezes que me chama de “titia”.

Aos Professores, pelos conhecimentos ministrados, pela transformação em mim operada.

Ao meu professor orientador, MSc. Amilton de França, pelo auxílio, atenção, disponibilidade de tempo e material; pela gentileza em ajudar-me na elaboração deste trabalho.

Aos amigos da faculdade, alguns mais próximos, outros nem tanto, mas que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui, em especial aqueles que realmente posso chamar de amigos: **Naiara, Virgínia Cândida, Mayra e Miguel**.

Aos meus amigos de colégio: **Bruna, Daniella, Daisy, Débora e Gustavo**, pela lealdade, companheirismo e amizade verdadeira cultivada durante esses oito anos de convivência.

Aos servidores do 1º Tribunal do Júri, da 7ª Vara Criminal e do Ministério Público, desta Cidade, onde estagiei e conheci pessoas maravilhosas. **Ao Dr. Marcial Henrique Ferraz da Cruz, ao Dr. Paulo Sandro Gomes de Lacerda e ao Dr. Marcus Antonius da Silva Leite**, pela atenção, dedicação e disposição em ensinar-me durante o período em que fui estagiária dos mesmos.

Aos funcionários e estagiárias da CAIMP, **Ferrário, Juarez, Suzana, Andréa, Laís, Larissa e Mônica**, por todo o conhecimento compartilhado e, principalmente, pela amizade construída durante o tempo em que estagiei no Ministério Público.

“Há pessoas que lutam um dia. E são boas. Há pessoas que lutam muitos dias. E são melhores. Há aquelas que lutam anos. E são excelentes. Mas há aquelas que lutam toda a vida. E estas são imprescindíveis!”

(Brecht)

RESUMO

A relação de emprego configura-se diante da presença dos seus requisitos caracterizadores previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, são eles: prestação de serviço por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e mediante subordinação. Contudo, para que um negócio jurídico produza os efeitos a que se destina, além da reunião dos seus elementos fáticos, necessária se faz a observância dos elementos essenciais do contrato de trabalho (estabelecidos pelo art. 104 do Código Civil: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei), sendo imprescindível que estes sejam destituídos de falhas para que, assim, ordenamento jurídico confira aptidão para produzir os efeitos a ele inerentes. Caso o contrato não apresente um destes requisitos, estabelece o artigo 166 do Código Civil que o mesmo será nulo, devendo as partes serem restituídas ao estado em que se achavam anteriormente, conforme preceitua a teoria da nulidade aplicada no Direito Civil a qual é externada no artigo 182 do referido Código. O Direito do Trabalho, por sua vez, possui uma teoria específica no que se refere às nulidades, de acordo com a qual, diante da existência de nulidade comprometedor do contrato trabalhista, este será, a partir de então, suprimido do mundo jurídico, ensejando todos os efeitos até o momento da decretação da sua nulidade. Quando o contrato de trabalho apresenta como objeto um fazer direta ou indiretamente ligado à uma atividade ilícita, surgem posicionamentos diversos quanto aos efeitos que tal pacto é capaz ou não de produzir, os quais serão abordados no presente trabalho. O estudo será realizado por meio de uma pesquisa descritiva, utilizando como procedimento para a coleta de dados a revisão bibliográfica; sendo feita através da análise de materiais referentes ao tema. O entendimento majoritário é de que a análise dos efeitos do contrato de trabalho que envolve uma atividade ilícita deve sempre levar em consideração o serviço prestado, sua vinculação com o ilícito. Não havendo associação direta entre o serviço prestado e o ilícito, sendo o trabalho, em si, lícito, a idoneidade do objeto estará configurada e os efeitos trabalhistas serão assegurados ao trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: relação de emprego; contrato de trabalho; atividade ilícita.

ABSTRACT

The employment relationship is configured face the presence of its main requirements established in arts. 2 and 3 of CLT, they are: a work made by a physical person under a "contract of service" to someone, with personality, non-eventuality, onerosity and by subordination. However, to produce the intended effects, the legal business needs to have, beyond the union of its factual elements, the compliance of its essential elements of the employment contract (established by Art. 104 of the Civil Code: a capable agent; lawful and possible object, determined or determinable, and prescribed form or not barred by law), being important that they shall not have any failures, then, they will receive from our legal system the capacity to produce their effects. If the contract does not have any of these requirements, the contract will be null as set out in the Article 166 of this device, and the parties shall be restored to the state that were previously, in accordance to the theory of invalidity applied in civil law which is established in the Article 182 of the referred Code. The Labour Law has a specific theory about nullities, according to which, face the existence of a compromising invalidity of the labor agreement, this contract will, thereafter, removed from the legal world, with all purposes until the adjudication of its invalidity. When the labor contract has as object a direct or indirect obligation to do linked to an illicit activity, arises many different theories about the effects that such an agreement is capable or not to produce, which will be studied in this work. The study will be done through a descriptive research using as procedure to collect data, the bibliographic review; which will be done through the exam of the material to the topic. The prevailing understanding is that the analysis of the effects of the employment contract that involves an illegal activity must always take into consideration the service rendered, its connection with the illicit. If there's no direct association between the provided service and the illicit and if the job is in itself lawful, the suitability of the object will be set and the labor effects will be assured to the employee.

KEYWORDS: employment relationship, employment contract, unlawful activity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO.....	12
1.1 Relação de Emprego.....	12
1.1.1 Empregado: conceito e requisitos.....	12
1.1.2 Empregador	16
1.1.2.1 Poderes do Empregador.....	17
1.2 Algumas espécies de trabalhadores	18
1.2.1 Empregado em domicílio.....	18
1.2.2 Empregado doméstico	19
1.2.3 Empregado rural	19
1.2.4 Trabalhador temporário	20
1.2.5 Trabalhador autônomo.....	20
1.2.6 Trabalhador eventual	21
1.2.7 Trabalhador avulso	21
2. CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	23
2.1 Natureza Jurídica	23
2.1.1 Teorias Anticontratuálistas	23
2.1.2 Teorias Contratualistas	24
2.2 Morfologia do Contrato de Trabalho.....	26
2.2.1 Elementos Essenciais do Contrato de Trabalho	27
2.2.2 Elementos Naturais do Contrato de Trabalho.....	32
2.2.3 Elementos Acidentais do Contrato de Trabalho.....	32
3. NULIDADE CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO	34
3.1 Aplicação Plena da Teoria Trabalhista.....	36
3.2 Aplicação Restrita da Teoria Trabalhista	37
3.3 Inaplicabilidade da Teoria Trabalhista	38
4. A ATIVIDADE ILÍCITA NO CONTRATO DE TRABALHO	39
4.1 Trabalho Diretamente Vinculado ao Objeto Ilícito	42
4.1.1 Objeto Principal Considerado Crime.....	42
4.1.2 Objeto Principal Considerado Contravenção	44
4.2 Trabalho Indiretamente Vinculado ao Objeto Ilícito.....	51

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico abordará o tema “Atividade Ilícita no Vínculo Trabalhista”. Os dados da pesquisa foram obtidos através de uma revisão bibliográfica do material concernente ao mencionado tema. Foi feito o uso de material já produzido, constituído principalmente por dissertações, artigos científicos, textos disponíveis na *internet*, livros, julgamentos que abordam o tema em referência e outras fontes escritas, com a finalidade de obter uma grande quantidade de informações que possibilitem o aprofundamento no tema analisado.

Frequentes são os questionamentos feitos no que se refere à existência de vínculo de trabalho quando se trata de atividade empregadora ilícita, quais os efeitos decorrentes do contrato de trabalho que tem por objeto um “fazer” ligado a uma atividade ilícita. Como exemplo dessas atividades que, mesmo confrontando explicitamente o ordenamento jurídico brasileiro são comumente percebidas pelos indivíduos no seu cotidiano, tem-se bingos, o "jogo do bicho", cassinos, dentre outros.

O trabalho prestado pelo trabalhador ao empregador deve ser retribuído, sendo a relação trabalhista, portanto, uma relação de fundo econômico, o que se pode verificar a partir da própria definição de empregado, trazida pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual elenca a “onerosidade” como um dos requisitos caracterizadores da relação de emprego. No entanto, quando a atividade empregadora é ilícita, discute-se se o prestador do serviço continua tendo direito a alguma garantia do ordenamento.

Nesse caminho, surgem inúmeras discussões a respeito das posições adotadas pela jurisprudência e pela doutrina. Por um lado, alguns entendem que as prestações de serviço às atividades em questão não geram quaisquer direitos trabalhistas por ser passível de nulidade, fundamentando-se na ilicitude do objeto prevista no artigo 166 do Código Civil de 2002. De maneira diversa, outros vislumbram a existência do vínculo empregatício mesmo em se tratando de prestação de serviços tendo como objeto atividade ilícita fazendo jus o obreiro às prestações que lhe são devidas em razão do serviço efetuado. Considerando-se que a finalidade deste trabalho é versar sobre tais entendimentos, a pesquisa será basicamente bibliográfica e descritiva.

Deste modo, inicialmente, será feita uma análise sobre os requisitos caracterizadores da relação de emprego, abordando em seguida algumas espécies de trabalhadores.

Dando sequência, serão examinados os elementos essenciais, naturais e acidentais do contrato individual de trabalho, seu conceito e sua natureza jurídica, passando-se a discutir, então, a teoria da nulidade aplicada no Direito do Trabalho, expondo-se os aspectos que a diferenciam da teoria aplicada no Direito Civil, trazendo-se, para tanto, ensinamentos da doutrina referentes ao tema.

Por fim, serão apresentados os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade ou não da configuração do vínculo empregatício/trabalhista quando empregador desempenha uma atividade ilícita, a existência ou não de direitos trabalhistas decorrentes de tal prestação de serviços, evidenciando-se e comparando-se os argumentos expostos em ambos os sentidos.

1. RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO

As expressões “relação de trabalho” e “relação de emprego”, apesar de costumeiramente serem empregadas como sinônimas, quando analisadas sob um critério rigoroso apresentam distinções. A primeira é mais abrangente do que esta última, possuindo um caráter mais genérico, referindo-se a todas as relações jurídicas que tem como objeto essencial o trabalho humano. Desse modo, a relação de trabalho é o gênero que engloba o trabalho autônomo, eventual, avulso, a relação de emprego, dentre outras espécies de prestação de serviços, sendo todas estas modalidades específicas da relação de trabalho.

Registre-se que com a Emenda Constitucional 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar qualquer demanda envolvendo relação de trabalho, não apenas a relação de emprego, conforme a nova redação dada ao artigo 114, I, da Constituição Federal de 1988. Saliente-se, ainda, que a Justiça do Trabalho continua sendo incompetente para julgar as ações de servidores públicos vinculados por relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo, sendo competente a Justiça Federal (na hipótese de ações relacionadas a servidores federais) ou a Justiça Estadual (no caso de ações que envolvam servidores públicos estaduais ou municipais), consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal exposto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.395-6.

1.1 Relação de Emprego

1.1.1 Empregado: conceito e requisitos

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º, traz a definição de empregado, um dos pólos da relação de emprego, *in verbis*: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.

Conforme a definição de Delgado (2008, p.347): “empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação”.

Desta forma, podem ser elencados cinco requisitos que compõem o conceito de empregado, são eles: prestação de trabalho por pessoa física; pessoalidade (requisito encontrado na parte final do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho); não-eventualidade; onerosidade; e subordinação.

O parágrafo único do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho ainda esclarece que: “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”

Tal disposição também tem referência no artigo 7º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, o qual veda a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, devendo, portanto, haver tratamento isonômico entre os trabalhadores que exercem os diversos tipos de atividades, sendo assegurado a todos os direitos e garantias conferidos genericamente, independente do trabalho exercido, desde que consista em uma obrigação de fazer viável do ponto de vista físico e jurídico. Analisaremos, em seguida, os requisitos caracterizadores da relação de emprego.

a) Trabalho por pessoa física

No âmbito juslaborista, a prestação de serviço que tem relevância é aquela pactuada por uma pessoa física ou natural. Os serviços prestados por pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil. Apenas o empregador pode ser pessoa física ou jurídica, nunca o empregado, uma vez que o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano, pela energia de trabalho que despende na prestação de serviços, excluindo a pessoa jurídica, pois esta não poderá executar o próprio trabalho, que será feito através de pessoas físicas.

b) Pessoalidade

É indispensável que a prestação do trabalho tenha caráter de infungibilidade, no que se refere ao trabalhador. Assim, a relação jurídica pactuada deve ser *intuitu personae* em relação a este, não se admitindo a hipótese do empregado, por iniciativa própria, fazer-se substituir no serviço. Restando configurada a prática de constante substituição, a relação de emprego não estará caracterizada, posto que tal circunstância torna impessoal e fungível a prestação do serviço.

No entanto, algumas circunstâncias exigem substituição do trabalhador sem que se fale em inexistência do requisito da impessoalidade, são elas: situações de substituição pelo

consentimento do próprio empregador e as hipóteses autorizadas por lei ou norma autônoma (férias, licença-gestante, etc), casos em que o contrato de trabalho é apenas suspenso ou interrompido, não havendo desconfiguração da personalidade concernente à relação empregatícia.

Oportuna se faz a transcrição da ementa de uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (Ac. 1.698/62. Rel. Juiz Hélio de Miranda Guimarães) de acordo com a qual o princípio da personalidade, excepcionalmente, pode sofrer restrições. Senão vejamos:

Ocasionalmente, a prestação pessoal de serviços pode ser deferida a outrem, que não o empregado. Desde que haja pactuação expressa, o empregado, com o consentimento do empregador, pode se fazer substituir na prestação pessoal do serviço contratado. No entanto, quando a substituição se torna regra, passando o pretense empregado a ser substituído de forma permanente, não há que se falar mais em nexos empregatícios. Falta a personalidade do exercício. Desnatura-se o liame. O contrato perde a sua característica típica, que é a subordinação.

Por outro lado, é importante ressaltar que, com relação ao tomador de serviços, o requisito da personalidade é dispensável, tendo em vista que vigora no Direito do Trabalho a diretriz da despersonalização da figura do empregador. Desta forma, na relação de emprego pode ocorrer a alteração do contrato de trabalho, no tocante ao pólo do empregador, mantendo-se as regras contratuais referentes aos mesmos empregados.

c) Não-eventualidade

De acordo com a definição de Nascimento (2005, p.300):

eventual é o trabalho que, embora exercido continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles.

Entretanto, em sentido bem diverso, imperioso se faz que o prestador de serviços destine o seu trabalho de modo não-eventual, isto é, inalterável e permanente a um destinatário, mantendo uma constância na execução de sua atividade, sendo necessário, portanto, que haja certa fixação ligando o trabalhador à fonte de trabalho, não podendo a

prestação de serviços ser casual, fortuita. Assim, deve o trabalho ter caráter de permanência, não se caracterizando como um trabalho esporádico, para que o requisito aqui analisado esteja configurado.

d) Onerosidade

A relação de emprego é uma relação de fundo econômico, devendo existir um benefício em favor do obreiro correspondente ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do tomador de serviços. Sendo assim, significa dizer que tal relação só poderá ser configurada desde que haja um salário, convencionado ou pago. O salário consiste no conjunto de verbas contraprestativas dirigidas a remunerar o empregado em razão dos serviços realizados, podendo ser pago em dinheiro ou parcialmente em utilidades, por dia, semana, quinzena ou mês. Destarte, o trabalho gracioso não é amparado pelo direito do trabalho.

e) Subordinação

Outro requisito objetivo da figura do empregado é a subordinação. A palavra subordinação, de origem latina, significa: sub = baixo, ordinare = ordenar, traduzindo a noção de estado de dependência ou obediência.

Segundo Delgado (2008, p.302):

a subordinação corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.

Nascimento (2005, p.301), por sua vez, define a subordinação como sendo “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”.

A subordinação consiste, portanto, em uma limitação da autonomia do trabalhador, de forma que a prestação do serviço deve moldar-se às normas estabelecidas pelo empregador, acolhendo o direcionamento do mesmo sobre a forma de execução do trabalho.

Importante frisar que o requisito aqui abordado é verificado sob um aspecto objetivo, isto é, a subordinação incide sobre a forma de prestação do serviço, não sobre a pessoa do empregado.

1.1.2 Empregador

Dispõe o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Desta forma, é empregador a pessoa física, jurídica ou despersonalizada que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços, os quais devem ser efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação. Destarte, o empregador pode ser tanto a empresa individual, ou seja, aquela constituída exclusivamente pelo empresário, conhecida no Direito Civil como empresário individual, ou a empresa coletiva, que seria a formada por mais de um empresário.

Sendo assim, é o empregador quem assume os riscos da atividade econômica, isto é, ele auferir os lucros e arca com as perdas do empreendimento, não podendo tais riscos serem transferidos para o empregado. O empregador admite o obreiro mediante a obrigação de lhe pagar salário, não existindo tomador de serviços que admite empregado de graça.

O § 1º do artigo em referência, por sua vez, dispõe que são equiparados aos empregadores os profissionais liberais, p. ex.: médicos, advogados, dentistas etc; as instituições de beneficência, tais como asilos e hospitais; associações recreativas como, por exemplo, os clubes em geral; ou ainda outras instituições sem fins lucrativos, desde que admitam trabalhadores como empregados, mantendo-os prestando serviços nas atividades que desenvolvem.

O § 2º do mesmo artigo estabelece a solidariedade, para fins trabalhistas, entre as empresas componentes de mesmo grupo econômico, vejamos:

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

A formação do grupo econômico depende da presença de duas empresas, no mínimo, as quais deverão exercer uma atividade econômica, não necessariamente a mesma, e estar sujeitas a uma única direção, sempre havendo, portanto, uma empresa principal, gerenciadora das demais.

Diante da existência de um grupo econômico, todas as empresas que o integram serão solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações inerentes ao contrato de trabalho celebrado pelo empregado com qualquer uma delas. Sendo assim, o trabalhador poderá exigir as verbas que lhe são devidas do seu empregador direto ou de todas ou algumas empresas do grupo.

Oportuno destacar o teor da Súmula 129 do Tribunal Superior do Trabalho:

S. 129/TST. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Assim, na doutrina e na jurisprudência, restou consagrada a responsabilidade ativa das empresas de um mesmo grupo econômico, no sentido de que todas elas podem exigir serviços do empregado, salvo disposição em contrário, durante o mesmo horário de trabalho, sem que haja a configuração de mais de um contrato de trabalho.

1.1.2.1 Poderes do Empregador

O empregador é responsável pela direção atividade laborativa, possuindo o poder de direção e organização, o poder de controle e o poder disciplinar, os quais serão analisados mais a seguir.

a) Poder de Direção

Tendo em vista que o empregado é um trabalhador subordinado, ele está sujeito ao poder de direção do empregador, possuindo este o direito de organizar o seu empreendimento, poder este que deriva até mesmo do direito de propriedade. O poder de direção consiste no conjunto de regras estabelecidas pelo empregador referente ao processo de trabalho adotado, as quais devem ser observadas pelo empregado durante a prestação de serviços.

b) Poder de Controle

O empregador tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados. O poder de controle diz respeito à prerrogativa que o mesmo possui de realizar o acompanhamento da prestação de serviço, abrangendo medidas como o controle de portaria, o controle de horário e frequência, além de outras relacionadas. Não é vedado pela lei que os

empregados sejam revistados no final do expediente, porém não poderá ser a revista feita de maneira abusiva ou vexatória, ou seja, deverá ser moderada. A marcação do cartão de ponto, como dito, é decorrente do poder de fiscalização do empregador sobre o empregado, possuindo inclusive amparo legal, tendo em vista que, consoante o § 2º do artigo 74 da Consolidação das Leis do Trabalho, nas empresas com mais de dez empregados é obrigatória a anotação dos horários de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico.

c) Poder Disciplinar

O poder disciplinar permite a aplicação de sanções pelo empregador ao empregado diante do descumprimento de obrigações contratuais por este último. No âmbito das relações de trabalho, é permitida a aplicação de penalidades de advertência, de suspensão inferior a trinta dias ou de demissão do trabalhador por justa causa. Saliente-se que não são admitidas as penalidades que atentem contra a dignidade do ser humano, tampouco de rebaixamento punitivo e de multa, salvo, neste caso, quando a lei permite (jogadores de futebol, Lei 9.615/98).

A advertência muitas vezes é feita verbalmente. Caso o empregado reitere o cometimento de uma falta, será advertido por escrito; na próxima falta será suspenso. O empregado não poderá, porém, ser suspenso por mais de 30 dias, o que importará a rescisão injusta do contrato de trabalho (artigo 474 da Consolidação das Leis do Trabalho). Não é necessário, contudo, que haja gradação nas punições do empregado. A lei não veda que o empregado seja demitido diretamente, sem antes ter sido advertido ou suspenso, desde que a falta por ele cometida seja realmente grave.

1.2 Algumas espécies de trabalhadores

1.2.1 Empregado em domicílio

O empregado em domicílio é aquele que realiza o trabalho em seu domicílio ou em outro local diverso dos locais de trabalho do empregador, em troca de remuneração, com a finalidade de confeccionar um produto ou prestar um serviço, de acordo com as orientações e especificações do empregador.

O trabalho executado no domicílio do empregado não impede a configuração da relação de emprego, desde que presentes seus requisitos caracterizadores, o que se conclui a

partir do disposto no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho: “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

1.2.2 Empregado doméstico

O artigo 1º da Lei nº 5.859/72, que rege o trabalho do empregado doméstico, conceitua-o como: “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”. Como exemplos de empregados doméstico tem-se o jardineiro, a cozinheira, o motorista, o mordomo, a copeira etc.

O empregador doméstico não visa a atividade lucrativa, tendo em vista que é uma pessoa ou família que recebe a prestação de serviços do trabalhador. Caso o empregador doméstico exerça atividade lucrativa, o empregado, antes doméstico, passa a ser regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo único do artigo 7º, assegura aos empregados domésticos os seguintes direitos: salário mínimo, irredutibilidade salarial, 13º salário, repouso semanal remunerado, férias anuais acrescidas de um terço, licença à gestante, licença paternidade, aviso prévio e aposentadoria.

1.2.3 Empregado rural

A lei nº 5.889/73, aplicada ao empregado rural, traz sua definição, vejamos: “o empregado rural é a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico presta serviços com continuidade a empregador rural, mediante dependência e salário”. O empregador rural, por sua vez, é a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por meio de prepostos e com auxílio de empregados.

O prédio rústico mencionado no conceito de empregado rural é aquele usado na atividade agroeconômica, destinado à exploração agrícola pecuária, extrativa ou agroindustrial, independentemente de sua localização.

Saliente-se que, para ser considerado empregado rural, este também deve atender aqueles requisitos configuradores da relação empregatícia: ser pessoa física, prestar serviço de forma não-eventual e com pessoalidade, mediante subordinação e com o recebimento de salário.

1.2.4 Trabalhador temporário

De acordo com o conceito trazido pela Lei nº 6.019/74, o trabalhador temporário é a pessoa física contratada por empresa de trabalho temporário, para prestação de serviço destinado a atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de tarefas de outras empresas, sendo uma espécie de trabalhador que só existe no meio urbano. Assim, a empresa de trabalho temporário é a pessoa física ou jurídica que tem como atividade colocar à disposição de outras empresas, de forma temporária, trabalhadores temporários que serão por ela remunerados.

Dessa forma, a empresa de trabalho temporário coloca o trabalhador temporário para prestar serviços a uma empresa tomadora de serviços ou cliente, por um prazo máximo de três meses, sendo o obreiro subordinado à empresa de trabalho temporário, a qual realiza o seu pagamento, não sendo, portanto, empregado da empresa tomadora de serviços.

Esta espécie de trabalhador não se confunde com o empregado contratado por tempo determinado, posto que este último é empregado de empresa onde presta serviços, embora por certo prazo estabelecido; já o primeiro, como dito anteriormente, é empregado da empresa do trabalho temporário e presta serviços a uma outra empresa, por determinação da empresa de trabalho temporário.

Registre-se que, havendo falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora de serviços ou cliente é solidariamente responsável pelo pagamento da remuneração e da indenização devidas ao trabalhador temporário, no que se refere ao tempo em que o mesmo prestou serviços, consoante o disposto no artigo 16 da Lei nº 6.019/74.

1.2.5 Trabalhador autônomo

O trabalhador autônomo é aquele que presta serviços habitualmente, por conta própria, a uma ou mais pessoas, assumindo o risco da atividade econômica, desenvolvendo sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução. Sua principal característica, portanto, é a independência, posto que a sua atuação não possui subordinação a um empregador, não

estando sujeito ao poder de direção deste último. A Consolidação das Leis do Trabalho não é aplicável ao trabalhador autônomo, sendo esta espécie de trabalhador segurada pela legislação previdenciária, Lei nº 8.212/91.

1.2.6 Trabalhador eventual

Eventual é o trabalhador que presta serviços esporádicos a uma ou mais pessoas. Assim, o trabalho de caráter eventual é, segundo definição trazida por Martins (2005, p.193), “o ocasional, fortuito ou esporádico. Não podemos, contudo, considerar como eventual o fato de que o trabalho não se insere na vida normal da empresa. Existem trabalhadores que prestam serviços a empresa, embora não estejam incorporadas a sua atividade normal”.

Desta forma, o trabalho eventual é aquele em que existe uma descontinuidade na prestação de serviços, o obreiro é contratado apenas para trabalhar em uma ocasião específica, como consertar um encanamento, por exemplo.

1.2.7 Trabalhador avulso

O trabalhador avulso é aquele que presta serviços de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, sendo sindicalizado ou não, porém com a intermediação obrigatória do sindicato de sua categoria ou do órgão gestor de mão de obra.

Esse tipo de trabalhador não é subordinado à pessoa ou empresa a quem presta serviços, nem ao sindicato, o qual apenas arregimenta a mão de obra e paga os prestadores de serviço, de acordo com o valor recebido das empresas que é rateado entre os que prestaram serviço. Não existindo, portanto, poder de direção do sindicato sobre o avulso, nem subordinação deste com aquele.

Registre-se que o avulso não presta serviços com pessoalidade, podendo ser substituído por outro trabalhador. Dessa forma, pode-se afirmar que a relação não é *intuitu perosnae*.

As principais características do trabalhador avulso são as seguintes: a liberdade na prestação de serviços, tendo em vista que não existe vínculo nem com o sindicato, nem com as empresas tomadoras de serviço; a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa; o órgão sindical é que realiza a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço; e, por último, o curto período de tempo em que o serviço é prestado ao beneficiário.

2. CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

No que se refere ao contrato individual de trabalho, o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho traz o seguinte conceito: “é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Magno *apud* Martins (2005, p.115) traz melhor explanação, definindo-o como “o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob direção de qualquer das últimas”. Verifica-se, assim, que a definição de contrato individual de trabalho é construída a partir dos elementos integrantes da relação de emprego.

2.1 Natureza Jurídica

De acordo com Martins (2005, p.118) analisar a natureza jurídica de um instituto:

é procurar enquadrá-lo na categoria a que pertence no ramo do Direito. É verificar a essência do instituto analisado, no que ele consiste, inserindo-o no lugar a que pertence no ordenamento jurídico.

No que concerne à natureza jurídica do contrato individual de trabalho, surgiram as teorias contratualista e anticontratualista buscando explicá-la.

2.1.1 Teorias Anticontratualistas

Segundo as teorias anticontratualistas, no contrato de trabalho não há um acordo de vontades, não se podendo falar, assim, na existência de um contrato entre empregado e empregador. Tal entendimento manifestou-se através de duas teorias: a teoria institucionalista e a teoria da relação de emprego.

De acordo com Cassar (2010, p.241):

[...] a teoria institucionalista pura prega o interesse exclusivo da instituição em detrimento dos interesses individuais dos que nela ingressarem. (...) Enquanto nos contratos prevalece o critério de igualdade entre as partes, na relação institucionalista há superioridade jurídica da instituição que exerce seu poder com autoridade em relação aos seus empregados. Neste caso, a empresa seria uma instituição-pessoa com atividade normativa, podendo emitir regras, às quais o empregado, ao ingressar na instituição, estaria automaticamente vinculado e, com os demais trabalhadores, compõe uma coletividade que está a serviço dos interesses da constituição.

No que se refere à teoria da relação de emprego, Delgado (2008, p.317) afirma que:

[...] na esteira dessa tese, a relação empregatícia seria uma situação jurídica objetiva, cristalizada entre trabalhador e empregador, para a prestação de serviços subordinados, independentemente do ato ou causa de sua origem e denotação (Mario de La Cueva). O simples fato da prestação de serviços seria o elemento essencial e gerador de direitos e obrigações na ordem jurídica.

Assim, de acordo com tal teoria, a vontade não possui relevância na configuração do contrato de trabalho, posto que a constituição deste pacto se dá a partir da inserção do empregado na empresa, da prestação material dos serviços.

2.1.2 Teorias Contratualistas

As teorias contratualistas, estreitamente relacionadas ao Direito Civil, consideram a relação de emprego um contrato em razão da essencialidade da vontade das partes para sua configuração, buscando assim incorporá-la às espécies de contratos cíveis. As manifestações que representam esse pensamento são as seguintes: teoria do arrendamento, teoria da compra e venda, teoria do mandato e teoria da sociedade.

A teoria do arrendamento insere o contrato de trabalho entre as espécies de contratos de locação ou de arrendamento, considerando que o empregado locaria seus serviços, colocando-os à disposição do empregador. No entanto, tal entendimento encontra-se superando, tendo em vista que no contrato de trabalho não há a separação entre o trabalhador e o objeto do pacto, ao contrário do que ocorre no contrato de locação. Além disso, o trabalho não é uma mercadoria para ser locada ou arrendada, não podendo desse modo o salário ser considerado seu preço.

Já a teoria da compra e venda aduz que o contrato empregatício tem natureza jurídica do contrato de compra e venda, uma vez que o prestador de serviços venderia seu trabalho ao empregador, mediante o pagamento de um salário, que seria o preço. Este enfoque também não obteve êxito, conforme explicação trazida por Delgado (2008, p.311):

[...] na relação de emprego não há ruptura entre o elemento alienado (trabalho) e seu prestador (obreiro), ao contrário da separação provocada normalmente pelo contrato de compra e venda (...) Mais que isso, a relação fático-jurídica estabelecida a partir de um contrato empregatício é contínua, ao contrário daquela inerente à compra e venda, nitidamente concentrada no tempo. Ademais, a prestação de trabalho configura obrigação de fazer, ao passo que a prestação fundamental da compra e venda configura obrigação de dar.

A teoria do mandato, por sua vez, considera o contrato trabalhista como sendo um contrato de mandato, onde o obreiro atua como mandatário do seu empregador, embasando-se no aspecto fiduciário da relação de emprego e na subordinação do obreiro às ordens do tomador de serviços. Contudo, tendo em vista que em grande parte das relações de trabalho não há elevado grau de fidúcia, o enfoque desta teoria mostra-se bastante precário. Demais disso, mesmo nas situações em que se caracterize a intensa fidúcia entre empregador e empregado, este tipo de confiança não transfere, necessariamente, poderes do tomador de serviços ao obreiro. Saliente-se, ainda, conforme o ressaltado por Cassar (2010, p.245):

[...] a relação de emprego depende apenas de duas pessoas: empregado e empregador; enquanto a relação contratual de mandato depende de três: o mandante, o mandatário e o terceiro (aquele perante o qual o mandatário irá representar o mandante). Ademais, os contratos de mandato são, via de regra, gratuitos, enquanto a relação de emprego sempre será onerosa.

Por fim, de acordo com a teoria da sociedade, patrão e empregado combinam esforços na produção de bens e serviços para o mercado, existindo, portanto, real interesse das partes voltado à produção e desenvolvimento da empresa. Ocorre que, consoante a abordagem feita por Delgado (2008, p.312):

[...] o artificialismo dessa concepção é, porém, manifesto. Do ponto de vista estritamente jurídico, sabe-se que *affectio societatis* e subordinação são situações e conceitos que tendem a se excluir, inviabilizando a equiparação

das duas figuras cotejadas. Além disso, a comunhão de poderes e responsabilidades que caracteriza a sociedade e a relação entre os sócios distancia largamente a figura societária do contrato empregatício.

Como já explicado, as mencionadas teorias, com tais enfoques, já foram superadas. O que permanece é a concepção de que o contrato de trabalho tem natureza contratual, não se aceitando, no entanto, seu enquadramento em qualquer dos tipos de contratos do Direito Civil anteriormente citados, em razão dos elementos peculiares do contrato trabalhista. Oportuna se faz a transcrição da explicação de Delgado (2008, p.315), referente ao contrato de trabalho:

[...] o contrato sugerido não é, entretanto, figura assimilável a qualquer das figuras contratuais clássicas do universo teórico do direito Civil. Nesse quadro, embora o gênero próximo seja o contratual, existe uma diferença específica a distanciar o contrato empregatício do conjunto das figuras contratuais civilistas. É que se trata, no presente caso, de relação contratual específica, distinta e ímpar. (...) Aqui reside a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações contratuais correlatas: não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no modo de efetuação desta prestação – em estado de subordinação (e com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, acrescente-se).

Ademais, pode-se afirmar que a natureza contratual do pacto de trabalho advém do elemento volitivo, essencial à configuração da relação empregatícia, uma vez que, apesar de o contrato de trabalho possuir regras mínimas impostas pela lei, o acordo de vontades entre os pactuantes está sempre presente; o Estado intervém apenas para resguardar os direitos mínimos dos trabalhadores, visando a coibir abusos do tomador de serviços, consoante o disposto no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho:

2.2 Morfologia do Contrato de Trabalho

Os elementos configuradores do contrato de trabalho, em geral, não se distinguem daqueles trazidos pelo Direito Civil, são eles: os elementos essenciais, naturais e acidentais do contrato.

De acordo com Rodrigues (2000, p.162):

[...] distingue-se entre os elementos do negócio jurídico os essenciais (*essentialia negotii*), os naturais (*naturalia negotii*) e os acidentais (*accidentalia negotii*). Essenciais são os exigidos para a própria substância do ato, assim como o consentimento, a declaração, a idoneidade do objeto e a forma, quando ela é exigida *ad substantiam*. Naturais são aqueles peculiares ao negócio em questão, que decorrem naturalmente dele, como, por exemplo, a obrigação que tem o vendedor de responder pelos vícios redibitórios ou pela evicção. Acidentais os que podem ou não figurar no negócio, sem que sua presença se faça indispensável para que o ato se configure, como, por exemplo, a condição, o modo, ou o termo.

A relação de emprego surge desde que reunidos seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos, como analisado anteriormente: prestação de serviço por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e mediante subordinação. No entanto, para que um negócio jurídico produza os efeitos a que se destina, não é suficiente apenas a reunião dos seus elementos fáticos.

Delgado (2008, p.499) traz a seguinte comparação:

[...] pode-se afirmar que a pesquisa sobre os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia permite responder à pergunta sobre a existência ou não da relação de emprego no caso concreto, ao passo que a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a validade (ou não) e extensão de efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes.

Sendo assim, deve-se sempre verificar se o direito trabalhista atribui validade às relações surgidas, o que é feito a partir da análise dos elementos essenciais do contrato de trabalho, sendo imprescindível que estes sejam destituídos de falhas para que, assim, o ordenamento jurídico confira aptidão para produzir os efeitos a ele inerentes.

2.2.1 Elementos Essenciais do Contrato de Trabalho

Os elementos essenciais são aqueles indispensáveis à formação do contrato, cuja irregularidade ou falta pode comprometer sua existência ou validade. Tais elementos são os estabelecidos pelo Direito Civil, no artigo 104 do Código Civil de 2002, aplicados ao Direito do Trabalho com as adequações necessárias: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado

ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. A esses requisitos, de acordo com Delgado (2008), deve-se acrescentar a manifestação da vontade ou consenso válido. Passaremos a analisar tais elementos.

a) Agente capaz

No âmbito do Direito do Trabalho, os atos jurídicos podem ser realizados pelo empregado e pelo empregador, podendo este último ser uma pessoa natural ou jurídica. Tendo em vista que, em relação ao empregado, o vínculo jurídico é personalíssimo, não pode este ser substituído por outra pessoa durante a execução do contrato, podendo apenas ser representando por terceiros na celebração de atos que não se refiram especificamente ao cumprimento do pactuado. O empregador, por sua vez, pode fazer-se representar por prepostos ou representantes, inclusive nos atos de execução do contrato. Em qualquer hipótese, os representantes praticarão os atos em nome e por conta dos representados.

Quanto ao agente, exige-se a capacidade e a legitimação. A capacidade abrange tanto a capacidade de direito (aptidão para figurar como sujeito das relações jurídicas, ou seja, possibilidade de ser sujeito de direitos e de contrair obrigações por si ou por terceiros), quanto a capacidade de fato ou exercício (aptidão para exercer os poderes e faculdade jurídicas decorrentes da capacidade de direito, possibilitando um indivíduo praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem necessitar de assistência ou de representação).

A capacidade de direito advém da própria personalidade, sendo atribuída a todos os indivíduos. Já a capacidade de fato está relacionada à presença de discernimento para reconhecer e avaliar as consequências práticas dos atos, atrelando-se à idade do indivíduo, ao estado de sanidade física ou mental e à sua condição cultural. Sendo assim, adquire a capacidade de exercício aquele que pode praticar validamente, por si só, todos os atos da vida civil.

A legitimidade, por sua vez, diz respeito à habilitação específica para a prática de determinado ato em particular. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.347): “não basta a capacidade do agente para se conferir validade ao negócio celebrado. É preciso ainda que não esteja circunstancialmente impedido de celebrar o ato, não obstante goze de plena capacidade”. Dessa forma, a legitimidade consiste no poder de exercício de um certo direito que apenas o legitimado possui.

No âmbito trabalhista, conforme definição trazida por Delgado (2008, p.500), considera-se capacidade trabalhista a “aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa”. Quanto à legitimidade, esta pode se referir à idade mínima, ao registro, à formação profissional, às condições especiais etc. Assim, para exercer determinadas funções, não é suficiente que o obreiro seja maior e capaz, podendo-se exigir que o mesmo satisfaça alguns requisitos administrativos e jurídicos, como, por exemplo, qualificação profissional adequada e registro no órgão competente.

No que se refere ao empregador, considera-se capaz para assumir direitos e obrigações trabalhistas pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a que o ordenamento jurídico atribua capacidade para adquirir e exercer direitos e obrigações, pessoalmente ou por terceiros.

Com relação ao obreiro, o Direito do Trabalho estabelece que a capacidade plena para os atos trabalhistas inicia-se aos 18 anos. Entre 16 e 18 anos, considera-se a capacidade relativa do trabalhador, sendo absolutamente incapaz o menor de 16 anos, o qual só poderá trabalhar, a partir dos 14 anos, desde que na condição de aprendiz. No entanto, como frisado por Cassar (2010, p.531):

[...] esta regra geral deve ser interpretada em conjunto com as demais legislações que impõem idades distintas para exercício de determinado ofício ou profissão, como abaixo citado: a) o peão de rodeio só é considerado plenamente capaz para este tipo de trabalho após os 21 anos (art. 4^a, *caput*, da Lei nº 10.220/01), pois entre 16 e 21 anos a lei exige a expressa autorização de seu representante legal; b) para o vigilante (art. 16, II, da Lei nº 7.102/83), a idade mínima é de 21 anos, sem qualquer possibilidade de autorização do representante legal para o trabalho em idade inferior (...)

Quando a capacidade é relativa, o obreiro pode realizar apenas alguns atos laborais sem a assistência do seu responsável legal, como assinar recibo pelo pagamento de salários, por exemplo. Contudo, outros atos exigem a assistência do responsável legal do trabalhador relativamente capaz para que seja praticado validamente, como é o caso da celebração contratual e assinatura do termo de rescisão do contrato de trabalho (artigos 17, § 1º, e 439 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Saliente-se que a prática de certos atos trabalhistas é proibida aos menores de 18 anos, como é o caso da prestação de serviços em período noturno ou em circunstâncias perigosas ou

insalubres, consoante disposição constitucional (artigo 7º, XXXII da Constituição Federal de 1988).

b) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

No negócio jurídico, seu objeto consiste na matéria ou interesses por ele regulados, os bens e as utilidades que as partes pretendem intercambiar. Dessa forma, o objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviços nos moldes trabalhistas, mediante contraprestação.

Para a validade do ato jurídico, seu objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. O objeto do contrato não pode contrariar a lei, a moral, os princípios de ordem pública e os bons costumes; deve ser física ou materialmente possível no momento da constituição do negócio jurídico; além de determinado ou determinável (o contrato deve conter os elementos necessários para que se possa determinar seu objeto, especificando o gênero, a espécie, a quantidade ou as características do objeto do pacto).

c) Forma prescrita ou não defesa em lei

Para que o ato jurídico passe a existir, é necessário que a vontade seja manifestada de alguma maneira, podendo ser de forma expressa, através da palavra falada ou escrita, gestos, mímicas etc, ou tácita, quando se infere a partir da conduta do agente, nas hipóteses em que a lei reconheça o silêncio como forma de exteriorização da vontade (artigo 11 do Código Civil de 2002) ou, por exemplo, no âmbito trabalhista, nos casos de prorrogação do contrato de trabalho por prazo determinado, quando após a vigência do mesmo não há manifestação em contrário pelas partes e a prestação de serviços é prorrogada.

Assim, a forma consiste na maneira pela qual a vontade é exteriorizada, podendo se dar de qualquer modo, desde que permita perceber a presença do elemento volitivo. De maneira geral, a lei não exige uma forma específica para os atos jurídicos, podendo as partes eleger mecanismos eficientes para a manifestação de suas vontades. Há casos, no entanto, em que a lei estabelece a observância de determinada forma, situação em que, se descumprida tal exigência, o ato jurídico é nulo.

No Direito do Trabalho, em regra, não há exigência de instrumentalização específica obrigatória na celebração do contrato de trabalho, tendo em vista que este é um pacto não solene, consensual, podendo ser livremente ajustado, inclusive de forma tácita. Havendo vícios na forma do contrato de trabalho, como regra, não há a invalidação do contrato como

um todo, tendo em vista que os efeitos jurídicos advêm muito mais da forma como o contato é executado do que dos ritos observados para sua celebração. Ademais, as exigências formais, geralmente, visam à proteção do obreiro, não podendo assim sua inobservância acabar por prejudicar aquele a quem a norma visa resguardar.

Saliente-se que, mesmo que o contrato de trabalho seja tácito, a matéria do mesmo não será totalmente fixada pelas próprias partes, uma vez que há um conteúdo imperativo mínimo, próprio do contrato de trabalho, oriundo das normas autônomas e heterônomas de Direito do Trabalho aplicável às partes contratantes.

d) Vontade

Para a existência do ato jurídico, a vontade é imprescindível, sendo este o elemento que lhe dá vida. Consiste no componente que visa a criar, modificar, conservar ou extinguir direitos. Sem sua presença, o sujeito que praticasse o ato seria apenas um instrumento passivo, não se podendo falar em agente. Segundo Lorenzetti (2008, p.34):

A presença do elemento volitivo não resulta da análise do querer íntimo, mas dos atos do sujeito que denunciam sua existência. (...) A vontade pode até interferir na validade ou, eventualmente na eficácia do negócio, mas o que lhe confere existência é a declaração. Havendo declaração, presente os demais elementos, o negócio adquirirá existência jurídica. Os vícios do processo volitivo, conquanto reflitam sobre sua validade ou eficácia, não constituiriam, assim, óbice ao ingresso do negócio no mundo jurídico (...).

Saliente-se que a declaração da vontade tem grande importância, uma vez que é, presumidamente, a exteriorização da vontade, sem a qual não teria qualquer valor. Ademais, como dito, a vontade deve ser analisada a partir da sua manifestação externa, não se podendo invocar intenções secretas para anular atos jurídicos ou atribuir-lhes efeitos não incorporados às declarações de vontade.

É necessário que a vontade reflita o querer interno dos sujeitos para que assim o ato ou negócio jurídico tenha validade. Dessa maneira, nas situações em que a vontade manifestada é fruto de erro, dolo ou coação, o sujeito que teve o elemento volitivo distorcido em virtude de tais fatores pode requerer a anulação do ato.

O Direito do Trabalho procura extrair da realidade a manifestação da vontade, muito mais do que das declarações formais, conferindo, desta forma, prioridade ao comportamento

das partes, em detrimento dos escritos. Contudo, isso não quer dizer que o Direito Trabalhista é totalmente indiferente à teoria dos vícios da vontade. Ao contrário, em razão da condição do prestador de serviços tais vício são relevantes e em diversas vezes presumidos. No entanto, nas situações em que a manifestação da vontade for de encontro à realidade dos fatos, a alegação de vícios de vontade é dispensada, uma vez que, como dito anteriormente, o Direito do Trabalho confere mais relevância à conduta das partes na execução do contrato do que às declarações formais.

2.2.2 Elementos Naturais do Contrato de Trabalho

Elementos naturais do contrato são os que, mesmo não sendo indispensáveis à sua formação, aparecem frequentemente na sua estrutura, decorrendo da natureza do negócio jurídico, da sua razão de existir.

Na esfera trabalhista, são exemplos de elementos naturais do contrato: a jornada de trabalho e o pagamento de um salário mínimo, ao menos. Oportuno ressaltar que em certas situações o elemento natural não está presente, como é o caso do empregado doméstico, que não possui jornada de trabalho fixada por lei, bem como do ocupante de cargo/função de confiança e do empregado que exerce atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, os quais estão excluídos das regras concernentes à jornada de trabalho.

2.2.3 Elementos Acidentais do Contrato de Trabalho

Os elementos acidentais do contrato são circunstanciais e episódicos na sua formação, trazendo modificações relevantes na estrutura e nos efeitos do mesmo quando presentes. Tais elementos são adicionados facultativamente, pela vontade das partes, ao negócio jurídico, alterando sua consequência natural, não sendo, portanto, imprescindíveis à sua existência. Todavia, uma vez convenionados, passam a integrar o contrato de maneira indissociável, são eles: a condição, o termo e o encargo (modo).

De acordo com Gonçalves (2008, p.138), a condição “é a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e

incerto”. O termo consiste “no dia em que começa ou se extingue a eficácia do negócio jurídico”. O encargo ou modo, segundo definição trazida pelo mesmo autor, “trata-se de cláusula acessória às liberalidades (doações, testamentos), pela qual se impõe um ônus ou obrigação ao beneficiário”.

No âmbito trabalhista, o termo e a condição também aparecem como elementos acidentais do contrato. Frise-se que a presença do termo nos pactos trabalhistas é situação excetiva, possível se configuradas certas hipóteses previstas em lei (artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho ou Lei n. 9.601/98, por exemplo), tendo em vista que, a regra geral aplicada na seara trabalhista reporta-se aos contratos sem termo final determinado. A presença do elemento condição, por sua vez, é verificada com maior frequência, principalmente de forma tácita; ela estaria implicitamente vinculada, por exemplo, a determinada parcela contratual, cujo pagamento não é efetuado em razão da modalidade da quebra do respectivo pacto laboral (13^a salário proporcional em dispensa por justa causa, por exemplo).

3. NULIDADE CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO

A nulidade consiste, segundo a definição de Delgado (2008, p.509), na “invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa”.

O artigo 166 do Código Civil estabelece que:

É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

Dessa forma, quando o negócio jurídico não apresenta um daqueles requisitos estipulados pelo artigo 104 do Código Civil, estabelece o artigo 166 do citado diploma legal que o mesmo será nulo, devendo as partes serem restituídas ao estado em que se achavam anteriormente e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente, conforme preceitua a teoria da nulidade aplicada no Direito Civil a qual é externada no artigo 182 do referido Código. Assim, no Direito Civil, aquilo que for tido como nulo não ensejará nenhum efeito jurídico, eliminando-se também qualquer repercussão já verificada, tendo, portanto, efeito *ex tunc* a decretação da nulidade

O Direito do Trabalho, por sua vez, possui uma teoria específica no que se refere às nulidades, sendo o efeito da decretação da nulidade do contrato de trabalho diverso daquele verificado no âmbito civilista. De acordo com a teoria trabalhista de nulidades, em regra, diante da existência de nulidade comprometedora do contrato trabalhista, este será, a partir de então, suprimido do mundo jurídico, ensejando todos os efeitos até o momento da decretação da sua nulidade. Sendo assim, a decretação da nulidade tem efeito *ex nunc*, a qual inviabilizará apenas a produção de novas repercussões jurídicas, preservando, desta forma, a situação fático-jurídica já vivenciada.

Esta particularidade da teoria trabalhista de nulidades explica-se em razão da associação de alguns fatores de relevância. Em princípio, deve-se ressaltar a impossibilidade

de, após a efetiva prestação dos serviços, as partes retornarem à situação anterior ao contrato nulo, como dispõe a legislação civil. Além disso, depois da realização do trabalho em benefício do empregador, caso não houvesse a respectiva contraprestação, estar-se-ia diante de um enriquecimento sem causa por parte do empregador, pois o mesmo já teria se beneficiado do serviço que lhe fora prestado. Por fim, tem-se a condição de proeminência atribuída ao labor e aos direitos trabalhistas pelo ordenamento jurídico. Quanto a este último aspecto, Delgado (2008, p.510) assim explica:

[...] tal prevalência induz à construção de um critério de salvaguarda desse valor e dos direitos que lhe são decorrentes quando em confronto com outros valores e normas que a mesma ordem jurídica também elege como relevantes. Esse critério de salvaguarda determina a repercussão de efeitos justralhistas ao trabalho efetivamente cumprido (embora negando tais repercussões a partir do instante em que a nulidade é reconhecida).

Ainda nesse contexto, oportuna se faz a citação do posicionamento de Gomes e Gottschalk (2000, v.115), no que se refere á irretroatividade dos efeitos da nulidade do contrato trabalhista, vejamos:

[...] 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 (...) Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato produz efeito até a data em que for decretada a nulidade.

Ocorre que, apesar de a regra ser o efeito *ex nunc* da nulidade do pacto laboral, existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais os quais argumentam que os efeitos decorrentes da nulidade contratual dependem do vício que lhe deu causa. Sendo assim, o tipo de defeito do contrato de trabalho, bem como o bem jurídico ofendido pelo mesmo são circunstâncias que levam a considerar uma gradação relativa quanto à aplicação da teoria trabalhista das nulidades, o que será abordado a seguir, utilizando-se a divisão elaborada por Delgado (2008), em virtude da propriedade com quem o mesmo analisa o tema.

3.1 Aplicação Plena da Teoria Trabalhista

De acordo com o referido autor, a completa incidência da teoria trabalhista de nulidade, e a conseqüente total inaplicabilidade da clássica teoria civilista, dá-se nas situações em que o vício do pacto laboral é de cunho particular, atingindo fundamentalmente direito do trabalhador, não afetando, dessa forma, a sociedade. Como exemplos tem-se os casos em que o vício se refere à capacidade do empregado, como o trabalho prestado por menor de 16 anos, salvo se na condição de menor aprendiz (14 anos), bem como à forma do contrato (os contratos dos atletas, por exemplo, devem ser escritos).

Com relação ao trabalho prestado pelo menor de 16 anos, impende destacar a explicação trazida por Cassar (2010, v.531):

[...] entendemos que o contrato do incapaz é absolutamente nulo sob o ponto de vista teórico. Isto porque infringe norma de ordem pública, não prescreve nem convalida, pode ser declarado de ofício e independe de pronunciamento do Judiciário. Todavia, o contrato é válido, quanto aos efeitos, até a despedida,²¹ pois já foi demitido pelo patrão, devendo ser considerada válida a dispensa, para fins de direitos trabalhistas. Se, todavia, uma autoridade conseguir flagrá-lo ainda em curso, por esta será extinto e seus efeitos válidos até a declaração de nulidade (efeitos *ex nunc*). Nesta hipótese todas as verbas da rescisão serão devidas, como se imotivada fosse a despedida, pois não se pode beneficiar o infrator da norma.(...) ²¹Nesse caso todos os direitos são devidos, até a anotação da CTPS .

Nesse mesmo sentido, tem-se os seguintes julgados de tribunais trabalhistas:

CONTRATO DE TRABALHO – MENOR – NULIDADE – EFEITOS. A vedação ao trabalho do menor estabelecida constitucionalmente, por si só, não afasta os direitos trabalhistas alcançados pelo reclamante. Isto porque à hipótese aplica-se a “teoria trabalhista das nulidades”, ou seja, a regra é da irretroação da nulidade, gerando efeitos apenas *ex nunc*. Assim, afigurando-se o vício concernente à capacidade do laborista, respeitam-se os efeitos jurídicos do contrato de trabalho, mesmo porque não se pode restituir a força laborativa despendida pelo obreiro em benefício do empregador, sob pena de se estimular o enriquecimento ilícito empresarial. (...)” (TRT/MG – RO: 16527/1999 – Rel. Designado: Juíza Denise Alves Horta. DJ/MG 29/04/2000)

CRIANÇA E ADOLESCENTE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXXIII, DA CF/88 – NULIDADE – CONSEQUÊNCIAS. O reconhecimento da nulidade da relação de emprego, pelo desrespeito da norma constitucional que proíbe o trabalho dos que não alcançaram 16 anos de idade, não é empecilho para o reconhecimento do vínculo, para o registro em CTPS e para o cumprimento, pelo empregador, de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias pertinentes. Deve ser diferenciado, sempre, o trabalho ilícito do trabalho proibido, jamais perdendo de vista quem o constituinte visou proteger. Não pode o empregador alegar a violação da Constituição em seu próprio benefício, e em prejuízo do trabalhador incapaz. (TRT, 3ª REGIÃO, 4ª T., RO 17858/97. Rel. Luiz Ronan Neves Koury, DOE 08/08/98)

Dessa forma, nas circunstâncias mencionadas anteriormente, apesar da existência de vícios que maculam o negócio jurídico, haverá o reconhecimento de todos os efeitos trabalhistas do referido pacto como se os requisitos de validade elencados pelo artigo 104 do Código Civil estivessem presentes, em virtude da plena aplicação da teoria justralhista das nulidades.

3.2 Aplicação Restrita da Teoria Trabalhista

Delgado (2008) aponta também os casos em que o contrato trabalhista não pode ser ratificado em sua integralidade, posto que, nestas situações, a proteção dos direitos dos particulares não pode prevalecer sobre os interesses públicos. Um exemplo que se coaduna a esta situação é a contratação de trabalhadores sem a realização de concursos públicos pelos entes estatais, confrontando o disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988, o qual exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

Nessa hipótese, é assegurado o pagamento das verbas salariais devidas em razão do serviço prestado, bem como do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, consoante o estabelecido no artigo 19-A da Lei nº 8.306/90, não havendo, no entanto, o pagamento de verbas rescisórias, tendo em vista que o contrato de trabalho chega ao fim em decorrência da decretação de sua nulidade, e não por dispensa sem justa causa do trabalhador.

3.3 Inaplicabilidade da Teoria Trabalhista

Por fim, o autor em referência aduz que existem situações em que a falha existente no pacto trabalhista impossibilita de forma absoluta o reconhecimento de qualquer efeito trabalhista referente ao serviço prestado. Nestes casos, o vício verificado atinge interesses públicos, razão pela qual a teoria trabalhista da nulidade não é aplicada, dando lugar à teoria civilista, afastando qualquer proteção ao trabalhador, sendo o ato totalmente retirado do ordenamento jurídico, não tendo relevância para qualquer fim.

Comumente, em tais situações o defeito está relacionado ao objeto do contrato de trabalho. Nesse contexto, Cecato e Maia (2004, p.44) trazem a seguinte abordagem:

In casu, o valor do trabalho defendido pela Constituição Federal é desvanecido pela ilicitude do objeto do contrato. A teoria civilista é aplicada *in totum* e se esvai de toda a proteção que seria dispensada ao empregado. O ato é expurgado da seara jurídica e completamente desconsiderado. A aplicação do Direito Público se sobrepuja à do Direito Privado e a nulidade alcança efeitos *ex tunc*, extinguindo-se toda a obrigação do tomador de serviços, mesmo a de concretizar a contraprestação inerente ao contrato: o pagamento pelo serviço prestado.

Registre-se que, com relação à ilicitude do objeto do contrato de trabalho e à consequência da nulidade contratual por ela ocasionada, existem posicionamentos divergentes, os quais serão abordados com maior profundidade no capítulo seguinte.

4. A ATIVIDADE ILÍCITA NO CONTRATO DE TRABALHO

Consoante o estabelecido pelo artigo 104, inciso II, do Código Civil, para que exista tutela do ordenamento jurídico, além dos demais requisitos elencados neste artigo, é necessário que o objeto do contrato seja lícito. No que se refere ao contrato de trabalho, conforme já abordado anteriormente, tal elemento também é indispensável. De acordo com Barros (2011, p.194):

[...] o objeto do contrato de trabalho é uma atividade, é um *facere* lícito. A licitude indica uma prestação de serviços que está em consonância com a lei, com a ordem pública e com os bons costumes.

Dessa forma, ilícito é o objeto de um contrato que viola a lei vigente, contraria a ordem pública e os bons costumes, situação em que determina o artigo 182 do Código Civil a decretação da nulidade do negócio jurídico, devendo este ser retirado do universo jurídico, sem gerar qualquer efeito, e as partes retornarem ao estado em que se encontravam antes do seu surgimento.

São exemplos de contrato de trabalho com objeto ilícito: o médico que faz o aborto ilegal em clínicas especializadas; o apontador do jogo do bicho; a prostituta que vende o corpo em casa de lenocínio; o vendedor de produto receptado, dentre outros.

Registre-se, por oportuno, a distinção entre atividade ilícita e atividade proibida. A primeira é reprovada pelo direito em razão da defesa dos interesses da coletividade, dos bons costumes ou dos valores sociais, situação em que se tutela a ordem pública. A atividade proibida, por sua vez, é aquela realizada dentro das exigências legais, mas em desrespeito às restrições estabelecidas pela lei, caso em que o contrato gera certos efeitos, prevalecendo o direito do trabalhador, não havendo, nessa situação, qualquer ilicitude na atividade prestada; a lei apenas proíbe sua formação e desenvolvimento ou exige o preenchimento de certos requisitos.

De acordo com Teti (2011, p.8), no contrato de trabalho que envolve uma atividade proibida:

[...] a prestação de serviço se desenvolve desrespeitando norma imperativa proibitiva em certas circunstâncias ou envolvendo determinadas classes de trabalhadores, sem que essa proibição decorra da moral ou dos bons costumes [...] o objeto do contrato, em si mesmo, não contém qualquer ilicitude, pois a atividade laborativa executada é intrinsecamente incensurável. Nada obstante, circunstâncias extrínsecas ao próprio trabalho têm o condão de torná-lo vedado pela legislação, prevalecendo neste caso o interesse do trabalhador.

Como exemplos desta última hipótese tem-se o trabalho prestado pelo menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14, o serviço realizado durante a noite, ou em condições perigosas ou insalubres, pelo menor de 18 anos, o serviço de segurança que o policial militar presta a empresas privadas, a contratação de servidor público sem prévio concurso público, exceto nos casos permitidos em lei, dentre outros.

Em tais situações, apesar de possuírem como objeto o trabalho proibido, sendo inválidos tais contratos de trabalho, estes produzem efeitos enquanto existirem, havendo a aplicação da teoria trabalhista da nulidade, negando-se apenas a possibilidade de dar prosseguimento ao contrato em tais condições. Dessa forma, a extinção do pacto laboral terá efeitos *ex nunc*, garantindo ao obreiro os direitos a que fez jus enquanto trabalhou, tendo em vista que empreendeu sua força de trabalho, ainda que de maneira irregular.

Nos casos de contratação pela administração pública sem a realização de concurso público, alguns direitos são garantidos ao trabalhador, até o momento da declaração da nulidade de tal contrato de trabalho, consoante o disposto pela Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho:

CONTRATO NULO. EFEITOS – NOVA REDAÇÃO – RES. 121/2003, DJ 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da prestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes ao depósito do FGTS.

No que se refere ao trabalho prestado pelo policial militar a empresas privadas, infringindo o disposto no artigo 22 do Decreto-lei nº 667/69, o qual proíbe o pessoal das Polícias Militares de fazer parte de firmas comerciais e empresas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer função ou emprego remunerados, tal violação é meramente

administrativa, não impedindo o reconhecimento do liame empregatício, conforme a Súmula nº 386 do Tribunal Superior do Trabalho:

POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA. (CONVERSÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 167 DA SDI-1) – RES. 129/2005 – DJ 20.04.2005. Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do policial Militar. (ex-OJ 167 – Inserida em 26.03.1999)

Quando se trata de contrato de trabalho que apresenta alguma ligação com uma atividade ilícita, surgem posicionamentos diversos quanto aos efeitos que este pode ou não produzir, os quais serão abordados a seguir.

Com ralação ao obreiro que presta serviço em tais condições, opinião bastante radical é trazida por Lamarca *apud* Cassar (2010, p.552), de acordo com o qual “todos os empregados contribuem de forma direta ou indireta para a atividade ilícita explorada pelo patrão, logo, o contrato de todos é considerado nulo de pelo direito, não tendo o trabalhador qualquer direito, independentemente da natureza do serviço prestado”.

Pinto (2000, p.391), por sua vez, propõe a adoção da teoria da dosagem da pena, que leva em consideração a participação e o conhecimento do empregado na atividade ilícita (objeto ilícito) explorada pelo patrão. Sendo assim, no caso em que o empregado não sabia, nem contribuía para a atividade ilícita, o mesmo teria todos os direitos trabalhistas até a declaração da nulidade do contrato de trabalho.

Martins (2005, p.137) apresenta entendimento semelhante, vejamos:

[...] se o empregado trabalha numa clínica de abortos, mas não tem conhecimento dessa atividade da empresa, o fato de ser ilícita a atividade do empregador não contamina o empregado, que está de boa-fé, cumprindo com suas obrigações contratuais. (...) 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.

No entanto, de acordo com Cassar (2010), a doutrina e a jurisprudência majoritárias repudiaram a referida tese, diante da dificuldade em se analisar a boa-fé do trabalhador, se este realmente tinha conhecimento ou não da atividade ilícita do empregador. Diante disto, preferiu-se que a análise fosse realizada a partir de um critério objetivo, sob a ótica do labor efetivamente prestado, não se levando em consideração a atividade desenvolvida pelo tomador de serviços, independentemente se esta for lícita ou ilícita.

4.1 Trabalho Diretamente Vinculado ao Objeto Ilícito

Como dito anteriormente, o entendimento majoritário é de que a análise dos efeitos do contrato de trabalho que envolve uma atividade ilícita deve sempre levar em consideração o serviço prestado, sua vinculação com o ilícito. O pacto que tem como objetivo a realização de trabalho diretamente ligado à atividade ilícita dificilmente possui amparo no ordenamento jurídico, tendo em vista que a doutrina e jurisprudência majoritárias posicionam-se pela nulidade de tal relação. Ocorre que, deve-se considerar também a natureza do ilícito (crime e contravenção), para que se vislumbre a possibilidade ou não de existência de efeitos trabalhistas, ponto em que surgem posicionamentos divergentes.

4.1.1 Objeto Principal Considerado Crime

Quando o objeto do contrato de trabalho é tido como crime, previsto na legislação penal, não há maiores questionamentos: o negócio jurídico é declarado nulo, tendo em vista que nessa hipótese há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal, situação em que o ‘trabalho’ constitui um tipo penal. De acordo com Cecato e Maia (2004, p.46):

[...] nesses casos, ocorre afronta a um bem social de proeminência singular, de tal sorte que a transação trabalhista torna-se insignificante, sendo assim desconsiderada. O valor constitucional do trabalho é olvidado, dando ensejo à aplicação dos Princípios de Direito Público, velando pela segurança da sociedade. Toma-se em consideração que a *‘justiça (como) condicionante de todos os valores jurídicos, funda-se no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores’*. (REALE, 1999, 377-379).

Martins (2005, p.137), sobre o tema, aduz o seguinte:

A nulidade é absoluta em relação à prestação de serviços em atividade ilícitas, e independe de provocação das partes. É certo que, se o salário já foi pago ao obreiro, não pode ser devolvido. No entanto, se ele não foi pago, não será devido, nem as verbas rescisórias, porque inexistente relação de emprego.

Em tais situações, nas quais a essência do trabalho traduz-se em crime, o próprio trabalhador será penalmente responsabilizado pelo crime praticado, não se podendo falar, portanto, na existência de vínculo trabalhista. Como exemplo, tem-se a total inadmissibilidade de a Justiça Trabalhista reconhecer direitos trabalhistas aos indivíduos que trabalham para o traficante de drogas, revendendo tais substâncias.

Com relação à atividade exercida pela meretriz em um prostíbulo, tem-se os seguintes julgados:

Não há vínculo de emprego entre a casa que explora a prostituição e a mulher que a esta se dedica, em face da ilicitude do seu objeto (artigo 82 do Código Civil). (TRT – SC – RO-4563/99 – 1ª T. – Rel.: Juiz Roberto Guglielmetto – DOE 28.1.2000)

RELAÇÃO DE EMPREGO. ATIVIDADE ILEGAL. Não é juridicamente possível o reconhecimento do vínculo de emprego quando o objeto do alegado labor do autor e da atividade da pessoa que toma seu serviço é ilícito, no caso, ligadas ao lenocínio que constitui ilícito penal. Isto porque estar-se-ia desrespeitando um dos princípios ínsitos de todo o contrato que é o objeto lícito, conforme exige o art. 82 do código civil. (TRT – 4ª Região, 2ª T., RO-02164.271/98-o, Rel.: Rejane Souza Pedra – DOE 20/11/00)

Dessa forma, nos casos em referência, também não é possível se falar em reconhecimento do liame empregatício, nem na produção de qualquer efeito decorrente de tal atividade, tendo em vista que esta é diretamente ligada ao lenocínio, que constitui um ilícito penal.

4.1.2 Objeto Principal Considerado Contravenção

Contravenções penais são infrações consideradas de menor potencial ofensivo e, por serem delitos de menor gravidade, recebem penas proporcionais. As contravenções penais estão previstas no Decreto-lei nº 3.688/41 e, segundo Cecato e Maia (2004, p.46), são infrações que “causam perigo à segurança e à ordem jurídica, mas não ferem os bens jurídicos de maneira direta”. Deodato (2003, p.30), por sua vez, traz a seguinte explicação:

A contra-ordenação ou contravenção surgiu em muitos países, à conta da utilidade de separar do domínio do direito penal clássico certas situações não dotadas de gravidades específicas. Situações de relevo jurídico penal que exigiam apenas uma prevenção muito genérica, sem o rigor desprendido aos delitos que sempre tinham como bem jurídico as antigas regulamentações que reuniam os delitos de ordem com os verdadeiros crimes (...) Pouco a pouco foi surgindo uma legislação própria a cominar penas a condutas não ameaçadoras de bens ditos essenciais ao Estado, mas que atingiam referidos bens jurídicos só por reflexo, sem perigo direto. (...) Certo é que há, entretanto, violações que põem em perigo os fins que o Estado persegue apenas indiretamente, por reflexo, mas não podem ser colocados a salvo de uma resposta deste Estado. Impõe-se que nesses casos lance mão o Estado de medida que apenas exprimam uma censura de natureza social, e se traduzam num mal com sentido de advertência, despido de toda a mácula ético-jurídica. Aí se insere a contra-ordenação ou contravenção.

Nos casos em que a atividade desenvolvida pelo trabalhador é diretamente ligada à ação considerada como contravenção penal, surgem posicionamentos divergentes com relação ao reconhecimento ou não do vínculo empregatício, aos efeitos decorrentes deste contrato de trabalho.

Nesse contexto, o exemplo mais comum de atividade ilícita empregadora é o jogo do bicho, classificado com contravenção penal, assim definido pelo artigo 58, do Decreto-lei nº 3.688/41, *in verbis*: “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”.

Existem entendimentos que defendem a validade do contrato de trabalho do indivíduo que trabalha no jogo do bicho. De acordo com tal posicionamento, a validade deste pacto e seus efeitos devem ser reconhecidos, pois é impossível devolver ao trabalhador a energia gasta na prestação de serviços devendo, portanto, o obreiro ser indenizado com o que lhe é

devido, vez que as partes não podem retornar ao estado anterior em que se encontravam, de acordo com o estabelecido pelo artigo 182 do Código Civil. Outro argumento trazido por esta corrente refere-se ao fato que ninguém pode locupletar-se em razão da própria torpeza. Além do mais haveria enriquecimento do empregador, em detrimento ao prestador de serviço, caso este não recebesse as verbas de origem trabalhista. O referido entendimento pode ser visualizado nos seguintes julgados:

40001784 – CTPS – JOGO DO BICHO – O fato de nossa legislação considerar o jogo do bicho uma contravenção penal, não deve ser considerado como fato impeditivo ao deferimento das reparações de natureza trabalhista da autora, tendo em vista que assim entendendo, seria premiar o empregador que utiliza do trabalho humano para enriquecer ilicitamente. Ademais, tal ilicitude é colocada em dúvida nos dias atuais, face à patente tolerância das autoridades constituídas com essa atividade, a qual foi absorvida pela sociedade. Prestado o serviço pela recorrida e não sendo possível restituir-lhe a energia despendida pelo trabalho realizado, deve o empregador arcar com as obrigações sociais decorrentes do contrato de trabalho, impedindo apenas a anotação da CTPS – Recurso Ordinário parcialmente provido para excluir do condeno a anotação da CTPS. (TRT 6ª R. – RO 8467/98 – 3ª T. – Rel. Juiz Carlos Eduardo Machado – DOEPE 25.03.1999).

EMENTA: JOGO DO BICHO. ILICITUDE DO OBJETO. Deve ser afastada a ilicitude do objeto, em relação ao contrato de trabalho envolvendo o jogo do bicho, tendo em vista que esta existe apenas em relação àqueles que exploram e lucram economicamente com a atividade. Não seria justo que, pelo fato da atividade do empregador ser considerada contravenção penal, o empregado se visse desprotegido, fazendo com que a empresa, além de fugir das obrigações fiscais e previdenciárias, ainda se visse desobrigada de cumprir as leis trabalhistas (...) O jogo do bicho se tornou corriqueiro e plenamente aceito pela sociedade, existindo às claras em todos os pontos da cidade, exigindo uma mudança urgente na legislação do país, o que não só ocorre pro pressão de setores interessados em manter as coisas como estão, ou seja, a atividade à margem das obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas. (RO 2189/2000. Decisão da 1ª Turma do TRT da 8ª Região)

JOGO DO BICHO. CONTEMPORIZAÇÃO DA ILICITUDE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. EFEITOS. O estoicismo que impõe a nulidade contratual em razão da ilicitude do jogo do bicho, aqui na Paraíba, deve ser contemporizado, em face do beneplácito estatal, o que enseja a aplicação da teoria justrabalhista de nulidades. Ademais, o vínculo empregatício há de ser reconhecido para evitar o enriquecimento sem causa do contraventor. (TRT 13ª R. – RO 00236.2004.011.13.00-0 – Relª. Juíza Herminegilda Leite Machado, julg. 09.03.05)

Compartilhando deste mesmo entendimento, Saraiva (2010, p.122) assim se posiciona:

Atualmente uma nova corrente vem se firmando, à qual nos filiamos, no sentido da possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego do cambista de jogo de bicho com o bicheiro, pelos seguintes motivos: a) o jogo do bicho é tolerado pelo Estado, que permite o exercício de tal atividade abertamente, sem qualquer fiscalização ou repressão; b) alguns donos de “banca de jogo” alegam em suas contestações, como defesa, que prestam atividade ilícita, descabendo o reconhecimento do vínculo. Em outras palavras, tentam auferir benefícios de sua própria torpeza; c) 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.).

No entanto, o posicionamento majoritário defende a impossibilidade de reconhecimento de vínculo trabalhista do apontador de jogo de bicho e o banqueiro, em virtude da ilicitude do objeto do contrato de trabalho. Para os defensores desta corrente, sendo ilícita a atividade prestada pelo trabalhador, inexistente a criação de qualquer direito de natureza trabalhista, tendo em vista que o ato jurídico é inválido, não podendo o interesse do obreiro sobrepor-se ao interesse social, que zela pela repressão e punição dos ilícitos penais. Afirmam ainda que não poderá o trabalhador dizer que não conhecia a ilicitude da atividade desenvolvida, posto que, conforme dispõe o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Barros (2011, p.416), em consonância com este entendimento, aduz o seguinte:

Entendemos que a falta de infraestrutura policial no combate a essa prática não poderá induzir à conclusão de que o jogo desfruta do beneplácito dos três Poderes da República, quando é sabido que o STJ, por meio da Súmula 51, dispõe que ‘a punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do ‘apostador’ ou do ‘banqueiro’. Isso significa que há punição, ainda que de forma insatisfatória. Como se trata de objeto ilícito, uma vez que a atividade prometida é uma contravenção penal, o contrato é nulo e não produz nenhum efeito, sequer compensação pecuniária razoável pelo serviço realizado (inteligência do art. 104, II, 166, II, 606 e parágrafo único do Código Civil de 2002). O valor protegido, nesse caso, ‘é a realização da ordem pública’.

Martins (2005, p.137), por sua vez, afirma que:

Proposta a ação trabalhista para reconhecimento de relação de emprego em atividade ilícita, principalmente em casos que envolvem jogo do bicho, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse processual do autor de postular em juízo, em virtude da ilicitude do objeto do contrato de trabalho, pois este deve observar a moral, a ordem pública e os bons costumes, como deve ocorrer em qualquer negócio jurídico.

A jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo pelo não reconhecimento do vínculo empregatício do apontador de jogo de bicho, em razão da ilicitude do objeto, consoante arestos abaixo transcritos:

JOGO DO BICHO - CONTRATO DE TRABALHO - CONFIGURAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. Inviável o reconhecimento do vínculo empregatício, quando a relação de trabalho tem por objetivo o denominado "jogo do bicho", atividade ilícita, enquadrada como contravenção penal e que nulifica o contrato de trabalho, por força dos artigos 82 e 145 do Código Civil, subsidiariamente aplicáveis ao Direito do Trabalho. Trata-se de atividade legalmente proibida no território nacional e, por isso mesmo, é inaceitável que o Judiciário Trabalhista, em total desarmonia com o que prescreve o art. 82 do Código Civil, possa proclamar que entre o "dono da banca", o popular "bicheiro", e seu "arrecadador de apostas" exista típico contrato de trabalho, ao amparo da CLT e legislação complementar. Sabido que o contrato de trabalho é bilateral, e que o empregador deve ser a empresa, individual ou coletiva, que explora atividade econômica, que, frise-se, só pode ser lícita, inadmissível que se possa vislumbrar relação jurídica, ao amparo da legislação trabalhista, quando seu beneficiário é um contraventor. Se prevalecer esse entendimento, não será difícil, em futuro não muito distante, em face das enormes dificuldades econômico-financeiras de grande parcela de pessoas desempregadas neste País, de se proclamar o vínculo de emprego com "passadores de drogas", com os pequenos vendedores de pássaros silvestres, etc. O jogo do bicho, típica contravenção, assim como o tráfico de drogas e a venda de pássaros nativos, são ontologicamente ilícitos penais e, portanto, alijados do mundo jurídico como geradores de direitos, mas não de responsabilidade penal, tanto para o prestador do serviço, como para seu tomador. Recurso de revista provido. (TST, RR 765398-45.2001.5.06.5555, 4ª Turma, DJ 19/03/2004)

RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. VÍNCULO DE EMPREGO. CONTRATO. OBJETO ILÍCITO. OJ N.º 199 DA SBDI1. PROVIMENTO. A jurisprudência predominante no âmbito desta Corte, acerca da prestação de serviços relacionados à exploração do jogo do bicho, está firmada no sentido de que é nulo o contrato de trabalho celebrado para estes fins, tendo em vista a ilicitude do objeto do referido contrato, nos termos do que previa o Código Civil de 1916, em seus artigos 82 e 145, não se conferindo nenhum efeito à avença. Este é o entendimento adotado pela OJ n.º 199, da SBDI1, que foi recentemente confirmada pelo Tribunal Pleno deste colendo TST, quando da apreciação do IUIJ-E-RR-621.145/2000.8, julgado em 7/12/2006.

Recurso de Revista conhecido e provido. (TST, RR 687/2005-005-08-00, 4ª Turma, DJ 07.03-2008)

RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. OJ 199 DA SBDI-1/TST. Quem presta serviços em banca de “jogo do bicho” exerce atividade ilícita, definida por lei como contravenção penal. Nessa hipótese, o contrato de trabalho celebrado não gera direitos, porque é ilícito o objeto, e são ilícitas as atividades do tomador e do prestador dos serviços (Inteligência da OJ 199 da SBDI-1/TST). Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 1800/2003-007-06-00, 2ª Turma, DJ 07.03.2008)

Saliente-se que o Tribunal Superior do Trabalho solidificou o entendimento de inexistência do referido vínculo laboral, em 20 de novembro de 2000, através da Orientação Jurisprudencial nº 199 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, *in verbis*:

Jogo do Bicho. Contrato de Trabalho. Nulidade. Objeto Ilícito. 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. (Republicação em novembro de 2010)

Ocorre que tal orientação não foi capaz de suprimir a controvérsia que envolve a matéria, tendo em vista que Tribunais Regionais continuam a proferir decisões com entendimento divergente ao do Tribunal Superior do Trabalho, unificado na referida orientação jurisprudencial, vejamos:

E M E N T A: JOGO DO BICHO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DA FORÇA FÍSICA DESPENDIDA PELO TRABALHADOR. EFEITOS. I - À luz da Lei de Contravenções Penais e da jurisprudência sedimentada pelo Tribunal Superior do Trabalho (OJ 199 da SBDI-1), o contrato firmado entre o prestador de serviços e o negócio ilícito de apostas clandestinas, conhecido como jogo do bicho, é eivado de nulidade. II - Nada obstante, há de se considerar que, em face dos princípios que informam o Direito Laboral, os efeitos jurídicos da deficiência de tal jaez devem sofrer o devido temperamento, eis que, tendo se concretizado a realização dos serviços, não há como o trabalhador ser restituído da força despendida em prol do tomador dos serviços. III - É certo concluir, diante de tal peculiaridade, que a nulidade do contrato de trabalho tem efeitos ex nunc. Significa dizer que, até o momento em que não for declarado nulo em juízo, o pacto laboral se reveste de todos os elementos característicos que garantem ao trabalhador o recebimento das verbas asseguradas no ordenamento jurídico a uma relação

tida por regular. IV - No caso, evidenciando-se a presença dos requisitos previstos no art. 3º da CLT no labor desenvolvido pela autora, na condição de comercializadora de apostas, impõe-se reconhecer a existência do vínculo de emprego alegado, o qual, embora nulo, assegura à prestadora dos serviços o recebimento das parcelas trabalhistas previstas em lei, e cujo adimplemento a reclamada não logrou demonstrar. V - Recurso não provido. (RO 95958. TRT 13ª Região. Rel. Juiz Ubiratan Moreira Delgado. DJ 17/10/2007).

EMENTA: Banca do bicho. Vínculo empregatício. Revendo o meu posicionamento anterior, estou hoje convencida da possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício entre o cambista e a banca de jogo de bicho. Isto porque, muito embora se trate de atividade considerada ilícita pela legislação penal vigente, é amplamente tolerada não só pelas autoridades constituídas, que fazem vistas grossas ao ilícito, como também pela sociedade de um modo geral. (RO 4038/2002. TRT 6ª Região. 3ª Turma. Rel. juíza Virgínia Malta Canavarro. DOE 16/01/2003).

Registre-se, por oportuno, que o Tribunal Superior do Trabalho também já se posicionou no sentido de reconhecer o liame empregatício entre o apontador do jogo de bicho e o bicheiro, ressaltando que, mesmo com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 199, a qual afirma a nulidade absoluta do contrato de trabalho decorrente do exercício de atividade ilícita, o assunto merece ser repensado, levando-se em consideração os princípios norteadores do Direito do Trabalho, vejamos:

JOGO DO BICHO - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO - PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DA REALIDADE E DA PROTEÇÃO. Seria incompatível com os princípios da primazia da realidade e da proteção negar eficácia jurídica ao contrato celebrado entre as partes, para coleta do jogo do bicho, em razão da ilicitude do objeto contratual. Não se decreta a nulidade do contrato de trabalho, nessas circunstâncias, porque já prestados os serviços, de natureza subordinada e habitual, mediante remuneração (arts. 2º e 3º, da CLT), originando direitos e obrigações recíprocos. A tutela jurisdicional prestada pela Justiça do Trabalho obsta o enriquecimento sem causa, valorizando a força de trabalho despendida, considerada a impossibilidade de restabelecimento do estado anterior. Recurso conhecido e provido. (TST, RR 749244-49/ 2001.5.06.5555, 3ª Turma. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJ 16/05/2003).

Saliente-se, também, que existem situações em que o trabalhador realiza tarefas ligadas ao jogo do bicho, juntamente com as outras atividades legalmente autorizadas. Com relação a tais casos, Lorenzetti (2008, p.109) afirma que:

Se apenas parte das tarefas executadas tiverem fim ilícito e não for possível separá-las das demais atividades, que não padecem do mesmo vício, devem prevalecer estas últimas, e as verbas decorrentes do pacto laboral devem beneficiar o trabalhador, uma vez que, em face de sua condição, no curso da relação laboral, não lhe é dado escolher o tipo de serviço que vai realizar ao longo da sua jornada.

Em consonância com tal posicionamento, tem-se os seguintes julgados:

RELAÇÃO DE EMPREGO. LOJA LOTÉRICA. JOGO DE BICHO. Os empregados que trabalham nas lojas lotéricas sob indisfarçável subordinação, vendendo bilhetes de loteria, telesena, toto-bola e, também, apostas de jogo de bicho, não podem ser alijados do amparo legal. A situação é por demais conhecida da doutrina e jurisprudência pátria, causando sempre inquietação a atividade primária e simples que exercem os simples vendedores balconistas, não se podendo deixar tal atividade desguarnecida de qualquer proteção legal, jurídica. Social e previdenciária em benefício dos patrões que, a par de prática de contravenção, se escudam no próprio ato ilícito para se furtarem às obrigações trabalhistas, sociais e fiscais”. (TRT 3ª Região, RO 01667-2001-004-03-00, Ac. 3ª T., 19.6.2002, Relª Juíza Maria Lúcia Cardoso Magalhães. DJE 16.7.2002)

VÍNCULO DE EMPREGO. CASA LOTÉRICA. JOGO DO BICHO. Ainda que o autor, no desempenho de suas atividades em prol da ré, tenha executado tarefas ligadas ao jogo do bicho, de forma paralela às atividades lotéricas da demandada e legalmente autorizadas, não há falar-se na aplicação da OJ 199 da SDI-I do TST, eis que, conforme se evidenciou, a atividade preponderante da ré ligava-se a outras formas de apostas lícitas. Logo, é de ser reconhecido o vínculo empregatício entre as partes, não podendo a ré escudar-se na existência do ato ilícito para se furtar às suas obrigações trabalhistas. (TRT 3ª Região, RO 00986-2009-038-03-00-0, Turma Recursal de Juiz de Fora, Rel. Heriberto de Castro. DJE 16.12.2009)

Outrossim, no que tange ao trabalho prestado em atividade ilícita e seus efeitos, imperioso destacar o entendimento trazido por Lorenzetti (2008, p.115):

Tratando-se de atividade vedada em caráter absoluto, se exercida, haverá labor ilícito, propriamente dito, aplicando-se, nesse caso, o disposto no art. 883 e parágrafo único do Código Civil. Assim, o empregado não terá direito à reparação alguma pelo labor prestado e, se postular em juízo verbas trabalhistas, o valor correspondente às parcelas que eventualmente não tenham sido pagas ao obreiro deverá ser revertido em prol de estabelecimento de beneficência escolhido pelo juiz.

Destarte, segundo o referido posicionamento, nas situações em que o trabalhador contribui para uma atividade ilícita, o mesmo não terá direito à reparação pelo esforço despendido. Por outro lado, para não contemplar o tomador de serviços, aquele que promoveu o ilícito, cominando as consequências apenas ao obreiro, o autor citado defende a aplicação do parágrafo único do artigo 883 do Código Civil. Sendo assim, nenhuma das partes se beneficiaria com a ilicitude.

4.2 Trabalho Indiretamente Vinculado ao Objeto Ilícito

Importante analisar também as situações em que, embora o tomador de serviço desempenhe uma atividade ilícita, o trabalho prestado pelo obreiro não se encontra diretamente ligado a ela, como é o caso da faxineira da casa de tolerância, do servente da clínica de aborto, dos garçons e cozinheiras que trabalham em restaurante que serve de fachada para um cassino, entre outros. Conforme abordado anteriormente, o entendimento que vem prevalecendo atualmente é no sentido de inicialmente verificar-se o serviço efetivamente prestado pelo trabalhador, independentemente da atividade do empregador, lícita ou ilícita, para a partir daí conferir ou não efeitos a tal relação.

Não havendo associação direta entre o serviço prestado e o ilícito, sendo o trabalho, em si, lícito, a idoneidade do objeto estará configurada e os efeitos trabalhistas serão assegurados ao trabalhador. O objeto do empreendimento é ilícito, no entanto o trabalho do obreiro conserva-se em um âmbito apartado. Sobre o tema, Delgado (2008, p.503) explica:

A regra geral de negativa plena de efeitos jurídicos ao trabalho ilícito não esmorece a pesquisa em torno de algumas possibilidades concretas de atenuação do preceito geral anunciado. Duas alternativas destoantes da regra geral têm sido apontadas pela doutrina (...) A segunda alternativa consistiria na nítida dissociação entre o labor prestado e o núcleo da atividade ilícita. Para esta tese, se os serviços prestados não estiverem diretamente entrosados com o núcleo da atividade ilícita, não serão tidos como ilícitos, para fins trabalhistas (exemplo: servente em prostíbulo).

Carrion (2002, p.268), por sua vez, aduz o seguinte:

Há quem distinga a atividade ilícita, por si mesma, daquelas outras que não o seriam se se fizesse abstração da finalidade do empreendimento a que se destina. A prostituta que exerce o comércio carnal subordinada à proprietária da casa de tolerância é exemplo da primeira atividade; a arrumadeira ou o garçom da mesma casa é exemplo das segundas. Estas últimas atividades teriam a proteção laboral.

Posicionamento contrário, defendido por Lamarca *apud* Barros (2011, p.195), entende que:

qualquer que seja o trabalho posto em prática conscientemente pelo empregado, se se destina ao preenchimento de fins ilícitos ou delituosos da empresa, deve ser declarado nulo de pleno direito. A arrumadeira de uma casa de tolerância não atrai a clientela; no entanto, é conscientemente responsável pelo bom aviamento do estabelecimento (...) Ninguém seria capaz de declarar lícito o trabalho de tais pessoas.

Oportuna se faz a transcrição de algumas decisões que reconhecem os direitos trabalhistas daqueles que desempenham trabalho não ligado à atividade ilícita desenvolvida pelo tomador de serviços, vejamos:

EMENTA: CONTRATO DE TRABALHO. COPEIRA EM DANCETERIA. Comprovado o desempenho da função de copeira em casa noturna que explora a prostituição, é reconhecido o vínculo de emprego entre as partes, cabendo o retorno dos autos à origem para julgamento dos demais pedidos formulados na inicial. (TRT – 4ª Região - RO 0127966-69.1997.5.04.0371. Rel. Maria Helena Mallmann. DJ 06/07/2000)

VÍNCULO DE EMPREGO. TRABALHO DESENVOLVIDO EM CASA DE PROSTITUIÇÃO. RECONHECIMENTO. DISTINÇÃO ENTRE TRABALHO ILÍCITO E TRABALHO PRESTADO EM ATIVIDADE ILÍCITA. Impõe-se distinguir o trabalho ilícito por sua própria natureza, do trabalho desenvolvido em atividade ilícita, que, isoladamente considerado, pode ser plenamente legítimo e tutelado pelo Direito do Trabalho como é o caso dos autos em que a reclamante exercia as funções de cozinheira e encarregada da limpeza em estabelecimento destinado à exploração da prostituição. (TRT/SC – RO 7071/1988 – Rel.: Juiz João Barbosa. DJ 02/02/1999)

RELAÇÃO DE EMPREGO. Deve ser reconhecido o vínculo empregatício da autora, exercente da função de faxineira, porque a atividade por ela praticada não se insere naquelas desenvolvidas pela reclamada (casa de massagens eróticas), que foram consideradas ilícitas pelo juízo a quo, e que serviram de fundamento para denegação da relação de emprego. (TRT – 7ª Região - RO 0188500-2920025070012. Rel. Laís Maria Rossas Freire. DJ 26/08/2003)

VÍNCULO DE EMPREGO. Garçom em estabelecimento que explora máquinas caça níquel. Contrato de trabalho lícito, uma vez que a atividade exercida pelo reclamante não é ilícita, não estando intimamente relacionada ao núcleo da atividade ilícita existente no local. (TRT – 4ª Região – RO 0067000-51.2009.5.04.0006 – Rel.: João Pedro Silvestrin. DJ 11/11/2010)

A ementa a seguir transcrita reconhece o vínculo empregatício entre a dançarina, a qual também exercia a prostituição, e a casa de prostituição:

DANÇARINA DE CASA DE PROSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Restando provado que a autora laborava no estabelecimento patronal como dançarina, sendo revelados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em tal função, não se tem possível afastar os efeitos jurídicos de tal contratação empregatícia, conforme pretende o reclamado, em decorrência de ter a reclamante também exercido a prostituição, atividade esta que de forma alguma se confunde com aquela, e, pelo que restou provado, era exercida em momentos distintos. Entendimento diverso implicaria favorecimento ao enriquecimento ilícito do reclamado, além de afronta ao princípio consubstanciado no aforismo *utile per inutile vitiari non debet*. Importa ressaltar a observação ministerial de que a exploração de prostituição, pelo reclamado, agrava-se pelo fato de que "restou comprovado o desrespeito a direitos individuais indisponíveis assegurados constitucionalmente (contratação de dançarinas, menores de 18 anos), o que atrai a atuação deste MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, através da Coordenadoria de Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Indisponíveis CODIN."- Procuradora Júnia Soares Nader (grifou-se). (TRT- 3ª Região - RO-1125/00 - 5ª T. - Rel. Juíza Rosemary de Oliveira Pires - Publ. MG. 18.11.00)

Contrapondo-se ao posicionamento exposto no julgado citado anteriormente, tem-se o seguinte aresto:

ATIVIDADE ILÍCITA CONFESSADA. REMUNERAÇÃO CALCULADA SOBRE VENDA DE BEBIDAS EM BOATE DE -PROGRAMAS-. IRRELEVÂNCIA. Confessada atividade ilícita de divulgação de casa de -PROGRAMAS-, de inspeção de horários de -MENINAS DE PROGRAMA- e de recepção de -CLIENTES- dos quartos, o fato de a remuneração da

mesma ser calculada como comissão sobre venda de bebidas não afasta a impossibilidade jurídica do vínculo empregatício pretendido, por ilicitude do objeto. (TRT – 24ª Região – RO 1141/2003 – Rel.: Juiz Tomás Bawden de Castro Silva – Julg. 31/03/2004)

Com relação ao tema, Miranda *apud* Barros (2011, p.195) considera que:

não é nulo qualquer contrato de trabalho se feito a hospedaria, qualquer que seja, e ocorre que o hospedeiro explora lenocínio ou contrabando, sem que o trabalho consista em atração da freguesia ou em ocultação ou cumplicidade.

Barros (2011, p.195) por sua vez, entende que “o trabalho da dançarina em uma casa de tolerância, onde também exerce a prostituição, sem dúvida é uma atração da freguesia, portanto, não vemos como admitir a licitude do objeto, nessa situação”. Destarte, para aqueles que concordam com tal posicionamento, também é considerado ilícito o trabalho que consiste na atração da freguesia, ocultação ou cumplicidade relacionada à atividade ilícita do empreendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou fazer uma análise sobre os efeitos do contrato de trabalho que tem por objeto um “fazer” ligado à atividade ilícita desenvolvida pelo tomador de serviços. Para tanto, discutiu-se os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência referentes ao tema e, diante das informações obtidas, averiguou-se que para uma apreciação justa é preciso examinar o caso para que seja aplicada a norma cabível, podendo o contrato de trabalho surtir todos os seus efeitos ou nenhum deles.

A par das considerações expostas no desenvolvimento deste trabalho, verifica-se que o entendimento dominante é no sentido de que, para conferir validade ao contrato trabalhista e os efeitos a ele inerentes, deve-se analisar o trabalho efetivamente prestado, independentemente da atividade desenvolvida pelo empregador, seja ela lícita ou não. Dessa forma, é imperioso distinguir as situações em que a atividade desenvolvida pelo obreiro está diretamente relacionada ao ilícito, daquela em que tal ligação não existe.

Com relação ao trabalho desenvolvido em atividade proibida, ou seja, aquele prestado sem observância de certas restrições estabelecidas pela lei, sem haver, contudo, qualquer ilicitude na atividade desenvolvida, não existem maiores questionamentos sobre os efeitos do contrato de trabalho. Nessas situações, o contrato gera certos efeitos, prevalecendo o direito do trabalhador.

Por outro lado, nos casos em que o labor prestado pelo obreiro é diretamente ligado à atividade ilícita do empregador, é majoritariamente bem aceito o entendimento que defende não haver possibilidade de conferir validade a tal pacto laborativo, nem mesmo o pagamento de verbas “trabalhistas” porventura devidas, tendo em vista que, nesses casos, o trabalho prestado, em si, constitui um ilícito penal. Desta forma, em tais circunstâncias, nenhum dos princípios norteadores deve ser aplicado, tratando-se de um contrato nulo, ineficaz e sem consequências jurídicas, sendo esta uma forma de coibir o ingresso dos trabalhadores na criminalidade ou na colaboração com esta.

Apesar dos argumentos relevantes trazidos por aqueles que defendem o reconhecimento do liame empregatício entre o apontador de jogo do bicho e o bicheiro, é compreensível que nem nestes casos o ordenamento jurídico deve oferecer amparo a tais relações, tendo em vista que tal atividade, apesar de sua ineficaz repressão, constitui uma

contravenção penal, não podendo as normas de Direito do Trabalho se sobrepor às normas de ordem pública, ainda mais para beneficiar alguém que infringiu a legislação vigente.

O Tribunal Superior do Trabalho, apesar de não ter encerrado as discussões sobre o assunto, através da Orientação Jurisprudencial nº 199 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, já solidificou o entendimento considerando nulo o contrato de trabalho que possui como objeto o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho. Posicionamento contrário a este poderia servir de embasamento para o reconhecimento de efeitos de pactos trabalhistas que envolvem outras atividades também ilícitas.

Uma abordagem trazida neste trabalho, a qual visa a punir não apenas aquele que executou tarefas diretamente ligadas à atividade ilícita, mas também o tomador de tais serviços, defende que o empregado não terá direito à reparação alguma pelo trabalho prestado. Caso venha este postular em juízo verbas trabalhistas, o valor referente a tais parcelas eventualmente devidas ao obreiro deverá ser revertido em proveito de estabelecimento de beneficência eleito pelo juiz, consoante o disposto no parágrafo único do artigo 883 do Código Civil; o que se vislumbra como a melhor solução para as situações em que o trabalho é diretamente ligado à atividade ilícita, uma vez que nenhuma das partes envolvidas é beneficiada com o ilícito.

No que se refere à prestação de serviços não diretamente ligada à atividade ilícita, como são os casos da faxineira da casa de tolerância, do servente da clínica de aborto, dos garçons e cozinheiras que trabalham em restaurante que serve de fachada para um cassino, dentre outros, sobressai o entendimento que defende que, em tais hipóteses, em virtude de o trabalho em si considerado ser lícito, o contrato de trabalho deve ser considerado válido e, portanto, devidas ao obreiro todas as verbas a que faz jus em decorrência dos serviços prestados.

Em tais situações, embora o empreendimento seja ilícito, o serviço realizado pelo obreiro permanece em um âmbito separado, tendo em vista que o trabalho do mesmo poderia ser efetuado em qualquer outro estabelecimento lícito, sem que sua atuação fosse modificada, devendo prevalecer, em tais casos, os princípios da conservação, da eficácia máxima do contrato e do não enriquecimento ilícito do agente que desenvolve atividade criminosa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARRETO, Gláucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1-05-1943. Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 4-01-2002. Código Civil. Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 4.657, de 4-09-1942. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 5.859, de 11-12-1972. Lei do Empregado Doméstico Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 5.889, de 8-06-1973. Lei do Trabalho Rural. Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 6.019, de 3-01-1974. Lei do Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas. Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 3.688, de 3-10-1941. Lei das Contravenções Penais. Vade Mecum Saraiva – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CECATO, Maria Áurea e MAIA, Marcela. **Considerações acerca da aplicação da teoria das nulidades contratuais no direito do trabalho**. Disponível em: <http://en.scientificcommons.org/1839567>. Acesso em 20 março 2011 .

DANTAS, Adriano Mesquita. **O jogo do bicho e o Direito do Trabalho. Há relação de emprego entre o bicheiro e o cambista?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1725, 22 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11070>>. Acesso em: 25 abril 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito Penal Econômico: A Pessoa Coletiva como Agente de Crimes e Sujeitos de Penas**. Curitiba: Juruá, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3 .

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, v.1. 4.ed. São Paulo: Saraiva.

GOMES, Orlando e GOTTSSHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção sinopses jurídicas; v.1)

LORENZETTI, Ari Pedro. **As Nulidades no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

MADALENA, Cristina Magrin. **O Jogo do Bicho como Objeto do Contrato de Trabalho – Da Validade e Efeitos**. Disponível em:
http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos_revistas/85.pdf, Acesso em: 20 março 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **As Condições de Validade do Contrato de Trabalho**. Disponível em:
http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=113817> Acesso em: 25 abril 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Augusto Pires de. **A Impossibilidade de Reconhecimento do Contrato de Trabalho na Exploração de Atividades Ilícitas: os Jogos de Azar e o Jogo do Bicho**. Disponível em: <<http://www.amatra6.com.br>> Acesso em 20 março 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1.

SAADO, Eduardo Gabriel. **Curso de direito processual do trabalho**.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

_____. **Curso de direito processual do trabalho**. 5.ed. São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Bruno Martins. **Reconhecimento de direitos trabalhistas nas atividades ilícitas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2674, 27 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17696>>. Acesso em: 25 abril 2011.

TETI, Daniel Vieira. **Efeitos do contrato de trabalho proibido e do contrato de trabalho e do contrato de trabalho ilícito**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31131&seo=1>>. Acesso em: 27 maio 2011.