

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

A LICITUDE DO PAGAMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS NO
CONTEXTO DO JOGO DO BICHO

SARA MARINHO

CARUARU

2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

A LICITUDE DO PAGAMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS NO
CONTEXTO DO JOGO DO BICHO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Oton Vasconcelos Filho

SARA MARINHO

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Monografia aprovada em: ____ / ____ / ____

Orientador: Prof. Dr. Oton Vasconcelos Filho

Primeiro Avaliador: Prof. João Alfredo Beltrão Filho

Segundo Avaliador: Prof. Marco Aurélio Freire

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, essencial em minha vida, brilhante escritor do meu destino, meu guia em todos os momentos de angústia, onipresente, onipotente e onisciente. A meu pai, Ageu Marinho, que se fez atento a todas as minhas dúvidas, reforçando a minha admiração já existente há tanto tempo. À minha irmã, Danielle Marinho, essencial na minha vida em todos os momentos, a quem eu amo inexplicavelmente, e que mesmo de tão longe se fez presente. Sinto sua falta, irmã.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que estiveram presentes na minha trajetória acadêmica, principalmente meus colegas, aos quais saúdo através de Eduardo, que contribuíram com seus conselhos, ajudas e colaborações pessoais, profissionais e acadêmicas. Aos meus amigos, em especial Raquel, por ter sido tão presente nesse momento e em todos os outros durante toda a graduação. Agradeço pelas conversas adoráveis, pelo compartilhamento de sonhos e pelo incentivo que sua amizade me concede de ser sempre uma pessoa melhor a cada dia. Não a esquecerei. Sentirei saudades.

Aos meus amáveis pais, que triplicaram a paciência e compreensão especialmente nesse momento da minha vida. Sem eles, não teria conhecimento do verdadeiro significado de amor incondicional, integridade e perseverança, procurando sempre em Deus a força que, em determinados momentos, me falta. Venho dedicar e reconhecer à vocês a minha imensa gratidão e amor de sempre.

Aos meus irmãos, que muitas vezes compartilharam das minhas angústias e inseguranças sempre com uma palavra de conforto e espiritualidade.

Ao meu orientador e professor Oton Vasconcelos Filho, pelo profissionalismo e dedicação, e também pelas trocas de ideias e conversas sobre o futuro da minha tão desejada militância.

Ao meu eterno professor Luis Felipe Andrade Barbosa, pela disponibilidade inquestionável, pela desenvoltura quando eu não sabia como proceder diante de determinadas situações. Pelo exemplo de profissional apaixonado pelo que faz, sem medir esforços para ajudar a quem o procura. Minha gratidão não conseguirá ser expressa em apenas um parágrafo.

Ao meu querido e eterno noivo, Jefferson Farias, que tanto me apoiou e se mostrou ao meu lado em todos os momentos que passamos juntos. Colherá, ao meu lado, frutos de uma paixão pelo Direito do Trabalho que se iniciou na graduação.

Aos demais que não estão incluídos aqui, mas que se fazem presentes na minha vida e que trazem aprendizados valiosos.

Meu muito obrigada!

RESUMO

Esta pesquisa busca enfatizar, no âmbito das relações de trabalho advindas do jogo do bicho, a necessidade do preenchimento de omissões cometidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e a licitude do pagamento das verbas trabalhistas para os obreiros que utilizaram a sua força de trabalho na atividade em questão que é, muitas vezes, reconhecida pelo Estado e negligenciada pelos órgãos que deveriam combater o seu exercício regular. O estudo demonstra que há um cumprimento dos requisitos que qualificam uma relação apta para caracterização do vínculo empregatício. Afasta, portanto, a tese de que o contrato é nulo e atribuir efeitos *ex nunc* para que haja benefício legítimo ao empregado. Desta feita, é necessário proteger a categoria de obreiros que há tanto tempo estão imersos na clandestinidade, e não se deve estender ao trabalhador qualquer tipo de “punição”, principalmente pecuniária, tendo em vista a natureza alimentar das verbas trabalhistas. Através da utilização do método dedutivo, pesquisa qualitativa, análises de doutrinadores, estudo de sentenças e acórdãos proferidos por Juízes e Desembargadores da 6ª e demais Regiões, demonstrou uma inclinação de alguns ao reconhecimento de determinados direitos trabalhistas, protegendo a parte hipossuficiente da lide em questão, corroborando com a função social da Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Jogo do bicho; Reconhecimento de vínculo empregatício; Pagamento de verbas trabalhistas;

ABSTRACT

This research seeks to emphasize, in the context of working relations arising from the “jogo do bicho” (gambling), the need of filling out omissions committed by the Brazilian legal system and the legality of the payment of labor resources for the workers who used their workforce in such activity, which is often recognized by the State and neglected by the institutions that are supposed to fight for your regular exercise. The study demonstrates that there is a fulfillment of the requirements, which characterizes an employment relationship. Thus, these arguments disqualify the hypothesis that the contract is null and assigns *ex nunc* effect, to legitimate a benefit to the employee. Therefore, it is necessary to protect the category of workers who are in the clandestinity for so long, and no kind of "punishment", especially moneywise, should be extended to the workers, considering the labor funds' sustenance aspect. By using the deductive method, qualitative research, analysis of lecturers, study of judgments and rules delivered by Judges of the 6th and other regions, the research has shown an inclination to the recognition of certain labor rights, protecting the underprivileged ones in the dispute and corroborating with the social function of the Labor Courts.

Keywords: Labor Law; “Jogo do bicho”; Recognition of employment; Payment of labor rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. RELAÇÃO CONTRATUAL EMPREGATÍCIA E OS SEUS ELEMENTOS	10
1.1 Características da relação de emprego	10
1.2 Elementos jurídico-formais da relação de emprego	14
2. DIVERGÊNCIAS QUANTO A LICITUDE DO CONTRATO DE EMPREGO ENVOLVENDO O JOGO DO BICHO	19
2.1 As nulidades no contrato de trabalho	19
2.2 O jogo do bicho à luz da CF, do CC e do Direito Sumulado do Trabalho	21
3. REALIDADE SOCIAL: PELA LICITUDE DA CONCESSÃO DE VERBAS E DIREITOS TRABALHISTAS	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37
ARTIGOS EM MEIOS ELETRÔNICOS	38

INTRODUÇÃO

Faz-se cada vez mais presente prestações de serviços que são efetuadas na clandestinidade, desamparadas pela regulação (principalmente legislativa) do Estado.

Em contrapartida, busca-se por parte do Judiciário, a complementação de algumas lacunas deixadas pelas leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tal medida é efetivada a partir da necessidade de garantir direitos trabalhistas aos que estão desamparados e continuam à margem da informalidade.

Nesse sentido, é necessário pontuar que há uma fragilidade por parte do empregado, demonstrando também que há possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício na relação existente entre o dono da banca de apostas do jogo do bicho e o seu funcionário, quando esta obtiver os requisitos para a qualificação de uma relação de emprego, partindo do ponto de vista de que quando existente é legítima e válida, não devendo ser alvo de justificativa do não reconhecimento do vínculo o fato de que o objeto em si da prestação é ilegal.

Primeiramente, define-se os elementos fático-jurídicos constitutivos (prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação), caracterizadores das relações de trabalho e emprego, definindo o objeto de estudo juntamente com a importância, para o trabalhador, do reconhecimento desses direitos.

Após, desenvolve-se um estudo mais profundo das atividades ilícitas ligando-as com o Direito Penal, trazendo a tese que vislumbra o não reconhecimento do vínculo empregatício quando estão presentes relações ilícitas e, em seguida, apresentam-se argumentos que corroboram a defesa da tese presente neste trabalho, enfatizando a importância do reconhecimento dos direitos trabalhistas nestas atividades, em especial na atividade de Jogo do Bicho.

Procura-se, portanto, demonstrar que os elementos da não eventualidade, onerosidade, pessoalidade, alteridade e subordinação estão presentes na relação entre o “bicheiro” e o apontador do jogo, e, portanto, deixam a relação apta para se caracterizar o vínculo empregatício, embora parte da Jurisprudência entenda que atuar em atividade ilícita não configure o direito a benefícios da legislação trabalhista, já que o contrato é considerado nulo.

É preciso frisar que o reconhecimento da existência do vínculo de emprego não é uma apologia aos jogos de azar. Significa, portanto, que há de se proteger uma categoria que

no curso do contrato e especialmente no seu término fica completamente desprotegida apesar do alto índice de desenvolvimento de tal atividade, multiplicando-se em razão da grande oferta de trabalho pelas bancas de jogo do bicho.

A problemática surge diretamente do fato de que alguns Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho, nos termos dos artigos 104 e 166, inciso II do Código Civil Brasileiro, bem como a Orientação Jurisprudencial nº 199 da SBDI-1 do TST, entenderem que, em decorrência da atividade ser ilícita, não é possível atribuir efeitos trabalhistas.

Dessa forma, analisando os aspectos do contrato de trabalho, busca-se corroborar a licitude do objeto, com base também nos princípios da proteção e da primazia da realidade, bem como o princípio da autonomia da vontade, da continuidade da relação de emprego e principalmente da irretroatividade e do enriquecimento ilícito, explanando-se ainda acerca do princípio “*pecunia non olet*”, mais presente e estudado no Direito Tributário, além de todas as teorias e justificativas supracitadas.

Ao final, demonstra-se que o judiciário trabalhista não deve considerar que houve “contaminação” dessa prestação de serviços do trabalhador apenas pelo fato da ilicitude da atividade do empreendedor. Ao contrário, deve, sempre que verificados os requisitos de uma relação de emprego, reconhecer o vínculo, conferindo ao empregado todos os direitos decorrentes da legislação vigente.

Para fins de pesquisa, será utilizada a doutrina de forma inicial para o estudo da Relação de Trabalho e Emprego nas atividades ilícitas, mais especificamente o Jogo do Bicho.

Para se identificar as contradições entre os posicionamentos jurisprudenciais e até mesmo dos votos acerca do Projeto de Lei em questão, se fará referência neste sentido, bem como através de Jurisprudência acerca do assunto, tendo em vista que o posicionamento doutrinário acerca disso ainda é precário devido à novidade do assunto exposto.

Tem-se como necessária também a utilização do método dedutivo para que se analise os motivos que deram início à cada linha de pensamento doutrinária e jurisprudencial, para que se tenha um estudo mais aprofundado acerca das suas consequências.

Quanto à abordagem do tema, será usada a pesquisa qualitativa, através de pesquisa bibliográfica, consulta a doutrinas, textos, legislações, teses, artigos, periódicos, revistas, projetos de lei e precedentes judiciais, tais como decisões de Deputados e Senadores, e demais meios eletrônicos, para se ter, assim, um melhor direcionamento acerca do tema abordado, buscando-se sempre acesso a sites oficiais.

1. RELAÇÃO CONTRATUAL EMPREGATÍCIA E OS SEUS ELEMENTOS

No ordenamento jurídico brasileiro, busca-se, cada vez mais, assegurar os direitos trabalhistas daqueles que estão desprotegidos, na informalidade, aplicando os institutos do Direito do Trabalho que visam garantir a todos que exercem uma atividade laboral o mínimo necessário para a sua subsistência como cidadão, tal como a própria Constituição Federal (1988) dispõe, uma vez que são as partes mais fracas da relação entre empregador e empregado.

Nesse sentido, em razão da fragilidade do empregado, demonstra-se a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício na relação existente entre o dono da banca de apostas do jogo do bicho e o seu funcionário, partindo do ponto de vista de que as relações de trabalho existentes são legítimas e válidas, mesmo que o objeto em si da prestação não seja.

Para compreender as relações de trabalho e emprego nas atividades ilícitas, faz-se necessária a definição prévia de alguns termos técnicos, e o consequente estudo dos mesmos a fim de alcançar elementos suficientes para a compreensão do tema ora exposto.

Desta forma, a relação de emprego advém da junção de determinar elementos fático-jurídicos necessários para que seja configurada tal situação, tais sendo: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Presentes esses requisitos na relação entre o “bicheiro” e o apontador do jogo, a relação permanece apta para se caracterizar o vínculo empregatício.

1.1 Características do contrato de trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 3º¹ dispõe que empregado é toda pessoa física que vier a prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante pagamento.

¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, 1943. “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles porém captados pelo Direito, que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos *fáticos-jurídicos*).² (Grifos do autor)

Cinco são as características da relação de emprego: trabalho por pessoa física, *intuitu personae*, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

No momento em que se cita a palavra “trabalho” já direciona-se à uma prestação de labor por parte de uma pessoa natural, enquanto a palavra “serviços” pode-se dirigir à uma pessoa física bem como uma pessoa jurídica. Desta feita, a figura do trabalhador terá de ser sempre de uma pessoa natural/física.

Quando se presencia uma relação com prestação de determinado serviço por pessoa jurídica, com a ausência de pessoa natural certa para a realização de trabalho, não se pode aferir uma relação jurídica de trabalho entre as partes.

Em contrapartida a essa alegação, sabe-se que, como meio de fraude, há uma simulação de pessoa jurídica exigida por determinados empregadores para que determinado “laranja”, vulgo empregado, consiga efetivar a sua contratação. Dessa forma, ao final do contrato de trabalho que existe no plano fático, e com um possível ingresso de uma Reclamação Trabalhista, o pretense reclamado teria todos os argumentos para alegar uma prestação de serviço oriunda de pessoa física, desqualificando qualquer relação de emprego que possa existir.

Faz-se essencial, neste caso, a diligência do advogado da parte autora para, na própria petição inicial, alegar tal fato a fim de que este não configure um indeferimento na procedência da ação interposta por falta de características para a formação de uma relação contratual entre as partes do processo.

Dentro desse contexto, dispõe o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho³, no sentido de corroborar com a tese de que são nulos os atos praticados visando à desvirtuação, impedimento ou fraude a aplicação dos preceitos contidos em tal diploma.

Quanto à segunda característica, *intuitu personae*, ao contrário do que se pode pensar, um trabalho exercido por pessoa física não necessariamente induz a um trabalho com pessoalidade. Nessa perspectiva, quanto ao caráter da prestação do trabalho quanto ao trabalhador, Mauricio Godinho Delgado afirma que:

² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 300.

³ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, 1943. Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

É essencial a configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente – circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado – descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico.⁴ (Grifos do autor)

Em contrapartida, há autores⁵ que entendem, no que se refere ao caráter personalíssimo, que o mesmo deriva da disponibilização de sua força de trabalho:

O empregado coloca à disposição do empregador sua energia psicofísica e não da infungibilidade da prestação de serviços, pois é sabido que no âmbito da organização empresarial existem funções que pressupõem qualificações relativamente homogêneas, em que é normal a substituição de um trabalhador por outro, com também em um regime de revezamento.⁶

Por ter esse elemento de pessoalidade, fica claro que, no caso de morte do empregado, extingue-se o contrato, uma vez que o mesmo não se transmite a herdeiros.

Diante de tal explanação, resguarda-se, obviamente, a permissão de substituição do trabalhador de forma excepcional com o consentimento do empregador, sem que seja desqualificado o contrato de emprego por um possível afastamento do trabalhador original. Também, deve-se fazer referência às situações autorizadas em lei para tal afastamento, tais como férias ou licença maternidade.

Este elemento deve ser relativizado quanto às partes do contrato, aplicando-se apenas quanto ao obreiro, uma vez que o empregador tem a sua figura despersonalizada devido à sua sucessão trabalhista, sendo uma opção do empregado aceitar tal mudança de titularidade da outra parte do presente contrato, contando ainda com direito às reparações cabidas.⁷

Quanto à não eventualidade, para que se consiga caracterizar uma relação empregatícia necessita-se de uma determinada permanência, não se cogitando a ideia de prestações de labor esporadicamente.

De forma esclarecedora, ressalta-se a recente discussão sobre o labor das domésticas em detrimento das diaristas, que são as que têm um labor doméstico descontínuo, comparecendo até duas vezes na semana à residência de quem toma os seus serviços. A Lei nº 5.859 de 1972, indica as domésticas como sendo o trabalhador “que presta serviços de natureza contínua”. Já na Lei complementar nº 150 de 2015, a linguagem continua a mesma,

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 301.

⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Manuale di Diritto del Lavoro**. Napoli: Jovene Editore. 2003. p. 84.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: LTr. 2010. p. 239.

⁷ Conferir Artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Decreto-lei n.º 5.452, 1943.

parafrazeando da seguinte forma: domésticas são aquelas que prestam serviços de forma contínua.

A CLT trata deste elemento no seu artigo 3º quando cita “natureza não eventual a empregador”. Não há que se associar a não eventualidade com a continuidade. No caso de garçons que só trabalham aos domingos, por exemplo, ou ainda animadores de festa, que só laboram nos finais de semana, e presente todos os demais elementos fáticos-jurídicos, a CLT⁸ protege tais trabalhadores uma vez que não corrobora a teoria da descontinuidade.

Os fatos acontecidos e os fins normais da empresa em determinada relação entre prestador de serviço e o tomador desse é que definirá se o trabalho é de natureza eventual ou permanente.

Vale salientar que, diferente de muitas teses apresentadas em Ações Trabalhistas, é completamente possível se caracterizar a não eventualidade quando o obreiro apresenta uma jornada inferior à legal, até mesmo no que se refere aos dias trabalhados na semana. O que importa nesses casos de qualificação como empregado é a prestação permanente, mesmo que esta seja descontínua, dando-se como exemplo o plantio, o colhimento de safras, período de alta e baixa estação em cidades turísticas.

No caso da onerosidade, esta diz respeito à forma de retorno econômico ao obreiro pelo trabalho que foi disponibilizado em determinada relação de emprego. Esse pagamento é feito através de um conjunto salarial constituído por verbas entendidas como devidas por parte do empregador em decorrência da prestação concedida pelo empregado.

Diante desse panorama, Mauricio Godinho Delgado (2016), expõe que tal característica se faz presente através do pagamento:

No *plano objetivo*, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. Tais parcelas formam o *complexo salarial* (José Martins Catharino), constituído de distintas verbas marcadas pela mesma natureza jurídica. A CLT se refere ao elemento fático-jurídico da onerosidade, através de sua redação singela: “...mediante salário”, diz o art. 3º, *caput*, da Consolidação.⁹ (Grifos do autor)

A ausência de tal pagamento não necessariamente descaracteriza a relação empregatícia. Isso acontecerá quando o trabalhador, por opção, dispensa o pagamento de tal contraprestação, como por exemplo em trabalho voluntário, comunitário, religioso, no âmbito familiar, amoroso, amigável, estes chamados de *affectionis vel benevolentias causa*. Se tais

⁸ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, 1943.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 303.

situações não ocorrerem, constitui-se em mora o empregador, quanto ao pagamento do complexo salarial.

No plano subjetivo, observa-se a vontade de contraprestação de forma onerosa decorrente do trabalho prestado. É o chamado *animus contrahendi*, que é a intenção das partes de iniciar um vínculo empregatício de caráter oneroso.

Em se tratando de subordinação, apesar dos demais elementos explanados até o presente momento, é a subordinação que apresenta maior enfoque quando se quer entender tal prestação para que se avalie se configura ou não uma relação empregatícia, diferenciando-se, assim, de uma prestação de trabalho, uma vez que nesta apresenta autonomia por parte do trabalhador na prestação do seu serviço.

Em decorrência do princípio da primazia da realidade, Renato Corrado¹⁰(1966) já sinalizou no sentido de que, independente do meio como veio especificado o trabalho que deve ser realizado no contrato celebrado entre as partes, o que deverá ser levado em conta é a forma como o serviço foi prestado, se por meio da subordinação ou não.

A subordinação, portanto, é a necessidade de obediência, de hierarquia na posição contratual, sendo a parte trabalhadora dependente do empregador. Todas essas definições apresentadas dizem respeito ao *modus operandi* da atividade, não quanto à relação interpessoal.

1.2 Elementos jurídico-formais da relação de emprego

A relação de emprego se caracteriza quando os cinco elementos elencados acima se fazem presentes. Enquanto esta caracterização revela a existência ou não de uma relação jurídica de emprego, os elementos jurídico-formais versam sobre a validade ou não e até onde os seus efeitos jurídicos em determinada relação chegam, sendo estes elencados pelo Direito Civil: a capacidade das partes contratantes, a licitude do objeto contratado, a forma contratual defesa em lei ou por esta não proibida e a higidez na manifestação da vontade das partes, o chamado consenso válido.

Essa questão é ilustrada por Maurício Godinho Delgado, quando dispõe acerca dos elementos jurídico-formais:

¹⁰ CORRADO, Renato. *Trattato di diritto del lavoro*. Torino: UTET, 1966. v. 2, n. 111, p. 245.

Está claro, desse modo, que o fenômeno da relação de emprego somente se completa, do ponto de vista de seus efeitos jurídicos, se reunidos, no vínculo examinado, não só os elementos fático-jurídicos, como também os jurídico-formais do respectivo contrato. Verificada a reunião dos elementos fático-jurídicos, a relação de emprego existe. Entretanto, se não confirmada a presença (ou regularidade) de todos os elementos jurídico-formais do correspondente contrato, a relação de emprego pode se tornar impotente para provocar efeitos no mundo jurídico.¹¹

Desta feita, mesmo aquela pessoa natural que exerce um trabalho contendo todos os elementos fático-jurídicos explanados acima (onerosidade, pessoalidade, não eventualidade, subordinação), realizando como o seu objeto de trabalho atividade ilícita, não fará jus a recebimento de títulos trabalhistas decorrente desta relação de trabalho. Maurício Godinho Delgado, ainda, explica que “a gravidade do defeito de um dos elementos jurídico-formais do pacto é tamanha que não se autoriza qualquer respaldo jurídico à relação estabelecida entre as partes”¹².

Contudo, vale salientar a peculiar questão da contratação de uma criança ou adolescente que tenha menos de 16 anos, ou 14 anos quando aprendiz, e ainda os menores de 18 anos em atividades que apresentem risco de vida, onde, de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XXXIII¹³, serão pagas todas as parcelas cabíveis a esses, extinguindo-se, imediatamente, o vínculo que persista, vedando qualquer premiação para os empregadores e exploração para com os menores de idade, protegidos pela lei.

No caso de capacidade das partes, trata-se da aptidão para exercer ou adquirir direitos e contrair obrigações, por si ou por outrem, promovendo assim atos da vida civil no ordenamento jurídico.

Segundo o artigo 402 da CLT¹⁴, a maioria trabalhista começa aos 18 anos, podendo o indivíduo exercer certos tipos de trabalhos (presentes condições insalubres, labores noturnos) antes dessa idade, como na condição de aprendiz, aos 14 anos, ou ainda mediante autorização do representante legal.

A capacidade para o Direito Civil não necessariamente enseja na capacidade do Direito Trabalhista. Um emancipado que na esfera civil, se não tiver atingido a idade da maioria trabalhista, continua considerando-se apto apenas nas condições de exceção descritas acima.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 317.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 312.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; [...]”

¹⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, 1943. Art. 402. Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos.

Vale ressaltar que a repercussão da emancipação trabalhista não afeta normas de proteção do trabalho, levando-se em consideração o cuidado com o menor de idade, com o seu desenvolvimento, segurança, moralidade, salubridade e ainda visando ao aspecto cultural deste.

Esta capacidade do menor de idade será relativa, podendo ainda exercer alguns atos essenciais no contrato de emprego, desde que estes não o prejudiquem, tais como assinar recibos de pagamento, conforme o artigo 439, CLT¹⁵, necessitando de assistência quanto ao recebimento de indenização que lhe é devida, por exemplo no TRCT, bem como de assistência do responsável legal em uma possível propositura de ação trabalhista, conforme artigo 793 da CLT.

Em se tratando de licitude do objeto o Código Civil preceitua, no seu artigo 104, II,¹⁶ que para que o negócio jurídico tenha validade o objeto deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável. O Direito do Trabalho segue esta corrente, sendo que se o objeto do contrato de emprego for ilícito, não será possível o reconhecimento da relação empregatícia, portanto, sem repercussão de verbas indenizatórias nesta esfera. Neste âmbito, para Alice Monteiro de Barros:

O objeto do contrato de trabalho é uma atividade, é um *facere* lícito. A licitude indica uma prestação de serviço que está em consonância com a lei, com a ordem pública e com os bons costumes, independentemente de a atividade empresarial ser lícita ou ilícita. A atividade empresarial ilícita, em regra, configura delito ou contravenção penal.¹⁷ (Grifos do autor)

Frisa-se que há uma grande diferença entre a ilicitude da atividade e a irregularidade ou proibição da atividade. Na primeira, o contrato não produzirá efeitos, uma vez que apresenta um tipo legal penal, indo de encontro a uma norma que o veda. Na segunda, o contrato poderá produzir determinados efeitos, desde que não esteja ligado concomitantemente com uma atividade ilícita, sobressaindo-se o que for melhor ao trabalhador, já que este é o hipossuficiente da relação.

¹⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, 1943. “Art. 439 - É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.”

¹⁶ BRASIL. **Código Civil**, 2002. “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]”

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: LTr. 2010. p. 247.

Desta forma, se a atividade não se confundir com algum tipo legal presente no Código Penal¹⁸, conferir-se-á efeitos trabalhistas a esta prestação, sendo possível, em determinadas situações, a correção da irregularidade, ou ainda a extinção de tal trabalho no caso de vício insanável.

Neste sentido, vale discutir o artigo 593 e 606, ambos do Código Civil, que dispõem: “Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo. ”

Neste caso, fica certo que o artigo que virá a seguir, aplica-se ao caso em estudo.

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública. (Grifos nossos)¹⁹

Este artigo em tela vem para dar segurança jurídica ao trabalhador, evitando o enriquecimento ilícito do empregador que recebeu uma prestação de serviço, tendo portanto, que o indenizar, uma vez que não há a possibilidade de devolução, ao obreiro, da sua força de trabalho.

Acerca de tal assertiva, Alice Monteiro de Barros (2010) aponta ainda: “ Há, entretanto, vários autores e vertentes jurisprudenciais que, dando efeito *ex nunc* à decretação de nulidade, deferem todos os direitos trabalhistas ao menor. ”²⁰.

Tal situação ocorre no caso de trabalho proibido ou irregular, onde se presa pela proteção do empregado ou o interesse público. Desta feita, uma vez sendo considerado nulo o contrato, na esfera trabalhista e quanto a este ponto específico, a decisão gerará efeitos *ex nunc*, ficando preservados todos os direitos trabalhistas do período laborado.

Em contraponto ao que foi explanado inicialmente, porém com proximidade ao que se aborda em tal trabalho, a Lei do Contrato de Trabalho da Argentina, em seu artigo 39, considera que não será ilícito o objeto de determinada prestação que pelas leis, ordenanças

¹⁸ BRASIL. **Código Penal**, 1940.

¹⁹ BRASIL. **Código Civil**, 2002.

²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 194.

municipais ou regulamentos de polícia forem consentidos, tolerados ou regulados, mesmo que esta fira a moral e os bons costumes.²¹

No que se refere à forma prescrita ou não defesa em lei no contrato de trabalho, não é exigível, em regra, uma forma específica de celebração do mesmo, podendo ser de forma escrita ou verbal, expressa ou tácita, conforme cita o artigo 443 da CLT.

Sabe-se, entretanto, que determinadas relações necessitam de certo formalismo, como é o caso dos contratos relativos ao artista profissional, atleta profissional de futebol, por exemplo, de forma tal que deverá ser respeitada tal instrumentalização para elucidação melhor dos fatos presentes na relação em questão.

Porém, para determinados doutrinadores, como por exemplo Maurício Godinho Delgado (2016), a ausência de tal instrumentalização não exclui a repercussão dos efeitos trabalhistas no que foi combinado pelas partes. Explana, ainda: “mesmo a ausência de fiel observância à sociedade prescrita em lei não elimina por inteiro os efeitos trabalhistas do pacto estabelecido, em virtude das peculiaridades da teoria trabalhista de nulidades”²².

Já para Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015), e em conformidade com o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, quando for necessária tal exigência, deverá essa ser respeitada uma vez que o fato de o trabalhador ter exercido determinada função que exige um contrato formal de emprego, por si só, não é o suficiente, no caso de ingresso de uma Reclamação Trabalhista, para que os seus pedidos sejam julgados procedentes. Cita, ainda: “seria necessário o preenchimento dos requisitos previstos na lei. O princípio da primazia da realidade sobre a forma não tem aplicação, porquanto, nesta hipótese, a forma é imperativo da lei e, portanto, essência do ato”²³.

Porém, e explanando sobre uma visão que parece em muitos momentos utópica, deve-se levar em consideração a parte hipossuficiente do contrato de emprego em questão, onde enxerga-se razoável o reexame do conjunto dos fatos juntamente com o preenchimento dos requisitos para que haja ou não a confirmação de tal relação empregatícia.

²¹ ARGENTINA. **La Ley de Contrato de Trabajo**, 1976. “Art. 39. Se considerará ilícito el objeto cuando el mismo fuese contrario a la moral y a las buenas costumbres pero no se considerará tal si, por las leyes, las ordenanzas municipales o los reglamentos de policía se consintiera, tolerara o regulara a través de los mismos.”

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p.567.

²³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p.156.

2. DIVERGÊNCIAS QUANTO À LICITUDE DO CONTRATO DE EMPREGO ENVOLVENDO O JOGO DO BICHO

2.1 Nulidades no contrato de trabalho

As teorias existentes sobre a nulidade não são bem recepcionadas pelo Direito do Trabalho, uma vez que não são uniformes na jurisprudência nem na Doutrina.

Essas teorias esbarram no princípio da autonomia da vontade, que abre margem para que os integrantes de determinada relação contratual ou empregatícia delimitem as suas obrigações, devendo-se, entretanto, ter como limite as imposições decorrentes da ordem pública.

Diante desse panorama, e para que o negócio jurídico em questão produza efeitos, é necessário que ele obedeça determinados parâmetros impostos pelo Código Civil, em seu artigo 166, que lista de forma categórica as hipóteses em que é nulo:

Art. 166. 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;
VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Em se tratando dos tipos de nulidade, a absoluta é considerada como total e nulidade parcial é também conhecida como anulabilidade. Na teoria, o ato nulo não produz efeito e torna inválido o ato desde o começo, do momento da sua constituição. Enquanto o ato anulável, uma vez efetivado, produz todos os seus efeitos.

Na prática do Direito do Trabalho, mesmo quando o ato for sujeito a anulabilidade, e este tiver como objetivo a fraude, desvirtuamento ou ainda visar impedir a aplicação do que rege a CLT, ele será considerado nulo, conforme prega o artigo 9º da mesma Consolidação.

Diante dessa afirmação, autores²⁴ preveem que, no âmbito trabalhista, a regra sobre tal nulidade deverá ser que haverá uma irretroatividade da mesma, onde o ato nulo produz efeitos até a data da decretação da nulidade, contando, portanto, com os efeitos *ex nunc*. Esse

²⁴ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. p.521.

pensamento se dá pela necessidade de restituição da força empreendida pelo empregado, que uma vez dispendida, seja ela física ou mental, deverá ser restituída, retornando, após, ambas as partes ao estado inicial, no momento da celebração do ajuste.

Nessa perspectiva, há corrente jurisprudencial que confirma tal pensamento, inclusive com determinação de pagamento de todos os créditos trabalhistas invocando o princípio da proteção bem como o da primazia da realidade, de forma a restituir ao trabalhador as energias gastas com a prestação de serviço concedida ao empregador, de forma que não deverá ser concedido o benefício do livramento de tais obrigações, uma vez que foi este quem violou princípios constitucionais no momento do beneficiamento do trabalho.

Nesse âmbito das relações de trabalho, não há que se falar na negação plena dos efeitos jurídicos do ato em questão, gerados pela nulidade do contrato. Nulo será o ato, mas a obrigação de pagar o que é devido em razão das verbas trabalhistas não sofrerá prejuízo. O objetivo de tal pensamento é vedar o enriquecimento sem causa por parte desse empregador que recebeu uma prestação de serviço e que hipoteticamente não teria que prestar uma contraprestação de maneira pecuniária ao trabalhador, alegando a nulidade do ato.

Em se tratando de nulidade, cabe transcrever a diferenciação de atividade proibida e atividade ilícita. Na primeira, é aquele trabalho que afronta as normas de proteção trabalhista. Neste caso, a doutrina majoritária prevê que o contrato chega a produzir efeitos, sendo que, nesse caso, prevalece o interesse do trabalhador em detrimento da ordem pública. A autoridade competente deve fazer o possível para cessar tal atividade, determinando, ainda, o pagamento ao trabalhador de todos os direitos que decorrerem da atividade que foi prestada. Na segunda, o objeto do contrato de trabalho, no caso a prestação de serviço, tem natureza ilícita e o contrato não será capaz de produzir nenhum efeito porque o negócio é reprovado pelo direito, tendo como tutela a ordem pública.

Dentro do contexto deste trabalho, a atividade ilícita praticada pelo jogo do bicho esbarra no Decreto-Lei número 3.688, de 1949, a Lei de Contravenção Penal, o que denota uma impossibilidade de criação de direitos decorrentes dessa relação jurídica. Nesse caso, ambos os sujeitos são responsáveis pela sanção criminal e o fim do negócio jurídico.

Porém, apoia-se a parte da doutrina que fortalece a tese embasada no artigo 606 do Código Civil, que é aplicado às relações de trabalho que não encontram respaldo jurídico na CLT ou por lei especial. Este dispositivo estabelece pagamento de retribuição pela prestação de serviço desde que haja benefício para a outra parte, retribuição esta convertida em indenização razoável como forma de compensação, desde que o prestador de tal serviço esteja

acobertado de boa-fé. Explana, ainda, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015) que “o reconhecimento do direito aos salários (em sentido estrito) correspondentes ao trabalho prestado é uma forma de evitar o enriquecimento sem causa, pois, como o serviço já foi prestado, não há como retornar ao *status quo ante*”²⁵.

Ademais que, o jogo do bicho se tratar de prática completamente tolerada pela sociedade e autoridades competentes, e até mesmo pelo Estado, conforme trecho da decisão proferida pelo Juiz do Trabalho José César de Oliveira, quando disse que o Estado “não faz censura à sua prática, tampouco se importa com a impunidade de seus controladores, cujo enriquecimento sem causa ocorre à custa dos vendedores de aposta.”²⁶

2.2 O jogo do bicho à luz da CF, do CC e do Direito Sumulado do Trabalho

Inicialmente, no capítulo VII (Da prestação de Serviço) do Código Civil²⁷, explana-se no seu artigo 593 que a prestação de serviço que não estiver regida pelas leis trabalhistas ou de lei específica, reger-se-á, então, por tal código e capítulo.

Desta feita, e em consonância com o que foi explanado no capítulo anterior sobre contrato de emprego, passa-se a analisar as divergências dos requisitos necessários para o pagamento das verbas trabalhistas.

Expõe-se na CLT²⁸, em seu artigo 442 que o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Tal texto deixa de observar os integrantes desta relação jurídica, que, em sentido lato, atrela a subordinação do prestador de serviços e o empregador, que por sua vez tem o poder diretivo da atividade, ambos sujeitos de direito²⁹. Ainda, o texto leva a crer que o contrato corresponde à relação de emprego, quando na verdade o contrato enseja esta situação jurídica de ambas as partes.

Dentro desse contexto, os elementos necessários para que se visualize um contrato empregatício são: existência, validade e eficácia.

²⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.169.

²⁶ Cf. Decisão proferida pelo Juiz do Trabalho José César de Oliveira, perante a JCJ de Sete Lagoas, MG, no Processo número 1.997/88, publicada na obra **Direito do Trabalho Aplicado**. 1º v. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1990, p. 230-240. Coord. Alice Monteiro de Barros.

²⁷ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002.

²⁸ BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Brasília: Senado, 1943.

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p.561.

No que se refere à existência, faz-se necessário, na manifestação de vontade, o consenso entre as partes em relação a um objeto, com uma prestação de serviço de maneira subordinada e uma forma para tal.

No caso da validade, a manifestação dessa vontade citada acima deverá ser expressa ou tácita. Quanto às partes, deverão ser capazes e legítimas, sendo estas o empregado e o empregador. Esta determinação se dá com a intenção de evitar trabalho proibido, como o trabalho noturno, perigoso ou ainda insalubre aos menores de 18 anos ou ainda qualquer tipo de labor aos menores de 16 anos, a não ser que submetidos às condições de aprendiz, a partir dos 14 anos³⁰. Desta feita, dos 16 aos 18 anos, o trabalho deve se dar através de autorização do representante legal quanto a alguns atos relativos ao labor, podendo ainda, sem essa assistência, prestar trabalho e assinar recibos de pagamentos ao longo do pacto laboral, sendo que, quando completos os 18 anos, o agente se torna absolutamente capaz para fazer parte desta relação empregatícia, inclusive, por óbvio, a legitimidade para atuar numa demanda trabalhista.

Vale ressaltar que, quanto à emancipação, assim como ocorre na esfera penal, aqui também não se aproveita tal emancipação civil, uma vez que esta esfera é autônoma da Cível, devendo, no caso de não atingida a maioridade trabalhista, sujeitar-se às regras citadas no parágrafo anterior.

Quanto à licitude do objeto, este deverá ser lícito quanto à natureza dos serviços prestados em tal situação, pouco importando a licitude ou não do empreendimento³¹. Desta feita, quando envolver atividade qualificada como ilegal na esfera criminal, não haverá reconhecimento na esfera trabalhista quanto a este vínculo.

Acontece, absurdamente, que, em regra, os Magistrados deixam de conceder repercussões na esfera trabalhista mesmo quando os empregados exercem, conjuntamente com a atividade de venda de jogo do bicho, outras atividades comuns e lícitas, como vendas de cartões de créditos de celular de determinadas operadoras telefônicas. Em casos práticos, apesar da clara diferenciação de tais atividades, o processo é extinguido sem resolução do mérito com, na melhor das hipóteses, a posterior remessa ao Ministério Público para apreciação do ilícito penal.

³⁰ MARTINS, Adalberto. **O sistema das incapacidades no atual Código Civil**. Revista Synthesis. São Paulo, n.37/03, p.67;71.

³¹ GARCIA, Manuel Alonso. **Curso de Derecho del Trabajo**. Barcelona: Editorial Ariel, 1982, p.371.

Tal ação dos Magistrados vai de encontro ao explanado pelo Professor Messias Pereira Donato (1982)³². Em sua tese, defende que quando houver uma clara dissociação da atividade prestada e o núcleo da atividade ilícita, estes não diretamente ligados, não deverá ser considerada, portanto, ilícita, para fins trabalhistas. Desta forma, para o mesmo, pode ensejar o reconhecimento de efeitos trabalhistas em relação a este labor lícito prestado.

Esse objeto hipoteticamente ilícito é o que pode gerar a nulidade em contratos de trabalho. Entretanto, em determinadas situações, a boa-fé do trabalhador pode afastar esta nulidade citada acima, desde que a ilicitude da sua atividade seja desconhecida pelo mesmo³³.

Diante desse panorama, faz-se uma analogia à Súmula 386 do TST, que expõe a permissão de reconhecimento de uma relação de emprego entre policial militar e empresa privada, quando preenchido os requisitos do artigo 3º da CLT, deixando de vincular-se a aplicação de penalidade por parte do Estatuto do Policial Militar.

Nessa perspectiva, o reconhecimento de determinadas atividades ou ainda de direitos trabalhistas se dá pela necessidade de evitar o enriquecimento ilícito sem causa, uma vez que o trabalho já foi prestado e ainda porque não se consegue retomar ao estado anterior a tal prestação, o *status quo ante*.

Em acertada decisão³⁴, o TST aborda o tema em questão explanando sobre saldo de salário e ainda a obrigação de recolhimento do FGTS, obrigação do empregador, em consonância com o artigo 195, I, da Constituição Federal³⁵, que expõe:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

[...]

Entretanto, na SBDI-I do mesmo Tribunal³⁶, houve entendimento no sentido de não serem devidos tais recolhimentos de contribuições de caráter previdenciários nas hipóteses de

³² DONADO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. Saraiva, 1982, p.128.

³³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.169.

³⁴ TST, 2ª T. RR 984/2006-007-18-00.9, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 09.11.2007.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

³⁶ TST, SBDI-I, E-RR-982/2006-007-18-00.0, Rel. Mina. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, j. 12.03.2009, DJ 20.03.2009.

contratos tidos como nulos, sendo devido apenas o valor correspondente ao labor prestado, uma vez que este é irreversível e ainda devidos os depósitos do FGTS.

Vale salientar que o pagamento de horas trabalhadas, por exemplo, deve ser efetivado sem o acréscimo do adicional legal de horas extras, apenas o salário referente às horas extras efetivamente laboradas, de forma simples, sem prejuízo ao que é exposto na Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XVI³⁷.

No que se refere à contratação de servidor sem prévio concurso público, em comparativo com o tema abordado, parte da doutrina demonstra simpatia à tese de que a Administração Pública não pode alegar essa nulidade como meio para se esquivar de possíveis obrigações trabalhistas, expondo ainda que, mesmo que seja como meio de indenização, esse trabalhador deverá ser recompensado pelo labor prestado. Diante dessa obrigação, ainda seria devida a assinatura na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ratificando que o trabalhador não pode ser punido quando a irregularidade é praticada pela autoridade responsável, devendo apenas esta ser punida.

Tal pensamento foi confirmado por Súmula do TST de número 430, que explana o seguinte:

Administração pública indireta. Contratação. Ausência de concurso público. Nulidade. Ulterior privatização. Convalidação. Insubsistência do vício. Convalidam-se os efeitos do contrato de trabalho que, considerado nulo por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização.

Desta feita, e com lógica para tanto, não há que se falar em penalização, mesmo que pecuniária, ao trabalhador que exerceu como qualquer outro (incluindo todas as características pertinentes a um empregado, como subordinação, onerosidade, habitualidade) o seu trabalho tendo em vista uma nulidade onde o maior beneficiado é o agente de tal nulidade, o único premiado pela possível liberação de seus deveres trabalhistas.

A questão da forma regular ou não proibida de um contrato de trabalho facilita que os empregadores se esquivem de certas obrigações, como por exemplo as citadas acima, uma vez que o pacto de tal contrato, não sendo necessariamente solene ou consensual, pode ser pactuado de forma tácita, de modo que apenas o consenso já se faz suficiente para que confirme a sua existência.

É pacificado pela Jurisprudência que qualquer meio de prova que seja, por óbvio, juridicamente válido, como presunções e indícios, tem-se constituída a prestação de trabalho,

³⁷ TST, 3ª T. RR 921/2002-019-03-00.0 Rel. Mina. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 26.10.2007.

sendo responsável, neste momento, o tomador de tal serviço pelo dever de provar fatos em contrário, uma vez que, se alegar fato modificativo, extintivo ou impeditivo, terá o ônus invertido, conforme a Súmula de número 212 do Tribunal Superior do Trabalho, que expõe:

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Nesse panorama garantidor ao empregado, frisa-se a decisão do Juiz do Trabalho de Catende, que diz que “paralelamente, deve ser desvendado que, no Estado de Pernambuco o denominado jogo ‘do bicho’ é uma atividade comum, praticada à luz do dia, à vista de todos os cidadãos, sem oposição das autoridades administrativas e policiais”³⁸, onde não se esconde ne o titular do empreendimento, nem seus trabalhadores. Desta feita, para o Magistrado, o contraventor neste caso, é aquele que está a frente da banca, o responsável.

Para tal análise, faz-se necessária a alusão à letra de lei que tipifica tal atitude, sendo:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.³⁹ (Grifos nossos)

Inicialmente, quanto ao verbo “esclarecer” presente nesse texto, remete-se ao responsável pela banca, neste caso o contraventor, como já explanado acima, que é aquele que faz acontecer o jogo, monta a banca e fornece os recursos necessários para tanto. É, ainda, o que auferes os lucros de tal atividade, como qualquer outro empregador.

Percebe-se com clareza que o empregado não se enquadra em tais descrições tipificadas no artigo acima apresentado, uma vez que apenas presta o serviço necessário para o funcionamento da banca, recebendo ordens do bicheiro, sendo esse o seu objeto de trabalho, que não deve ser considerado ilícito, auferindo ainda um pagamento que contém todos os pressupostos de um salário, tais como habitualidade e pontualidade nessa contraprestação.

Nesse sentido, explanou o estudioso em tal matéria, Professor Francisco Gérson Marques de Lima:

³⁸ Decisão proferida pelo Juiz do Trabalho Saulo Bosco Souza de Medeiros, perante à Vara do Trabalho de Catende, Processo número 0001852-90.2010.5.06.0301, publicado em 28 de janeiro de 2011.

³⁹ BRASIL. Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Brasília: Senado, 1941.

O contrato de emprego tem por objeto a prestação de serviço, mediante salário. Igualmente, o objeto do contrato entre o arrecadador e o explorador da banca do jogo do bicho, onde a conduta do agente visa à realização do trabalho, meio de sobrevivência do trabalhador, que não é interessado intrinsecamente direto no negócio especulativo; portanto, o objeto é lícito e caracteriza-se o vínculo empregatício com a manifestação dos elementos do art. 3º, da CLT. Ilícita é a atividade do bicheiro, pois contravenção penal.⁴⁰

Quanto ao segundo trecho grifado no artigo 50 acima apresentado, que se refere ao “empregado”, percebe-se que a lei penal considera a relação empregatícia entre bicheiro e trabalhador. Desta feita, não estende ao empregado a ilegalidade da sua atividade, uma vez que o verdadeiro contraventor penal é aquele a quem este trabalhador está subordinado, sendo este o que verdadeiramente é privilegiado por tal atitude ilícita. Nesse sentido, fixa-se a necessidade de não permitir que se esvaia a obrigação trabalhista do beneficiado, neste caso, o empregador.

Desta feita, não há que se permitir que o empregado sofra uma redução total ou parcial no pagamento de suas verbas trabalhistas uma vez que a sua atitude de empregado não esbarra em prestação de serviço que é tipificada como delito, claramente exemplificado anteriormente.

⁴⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Lições de Direito Trabalhista**. São Paulo. LTr, 1992, p.37.

3. REALIDADE SOCIAL: PELA LICITUDE DA CONCESSÃO DE VERBAS E DIREITOS TRABALHISTAS

Como visto, trabalhadores que exercem sua atividade no jogo do bicho, em tese, não têm os seus direitos trabalhistas assegurados tendo em vista que há uma Orientação Jurisprudencial de número 199, da Seção Especializada em Dissídios Individuais – 1 (SDI 1) que apontou a nulidade de contratos de trabalho que tenha como objeto da atividade um ilícito penal, como neste caso entende-se, em alguns julgados proferidos por determinadas Turmas, pelo jogo do bicho.

Apesar de tal fato, a 4ª Turma do TST se posicionou parcialmente favorável à tese de concessão do pagamento de verbas de caráter trabalhista, chegando a conceder o pagamento de salários vencidos e FGTS.

Tal divergência se apresenta de forma tão presente e atual nas decisões judiciais que sentiu-se a necessidade de exame em face da Orientação exposta acima, submetendo a mesma ao Pleno como Incidente de Uniformização de Jurisprudência, com o objetivo de se decidir quanto a manutenção ou o cancelamento da OJ 199 SDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo resultado foi no sentido de manter tal Orientação, decidindo a 4ª Turma do mesmo Tribunal que não entraria no mérito da questão acima abordada.

Tal exame contou com diversos argumentos⁴¹ visando o cancelamento dessa decisão, tendo como um desses a usualidade da prática no cenário atual brasileiro, sendo:

O jogo do bicho é prática usual amplamente tolerada pelas autoridades constituídas, desfrutando do inegável beneplácito dos órgãos competentes dos três poderes da República. Atualmente, assumiu foros de comportamento regular, acintosamente presente aos olhos de tudo e de todos. A evidente circunstância de não merecer repressão policial não apenas comprova a complacência do Estado para com banqueiros e adeptos desse jogo de azar, como também deixa transparecer nitidamente que inexistente hoje condenação social.⁴²

Complementando, ainda, no sentido de que se houvesse algum tipo de nulidade efetiva no objeto da prestação, o efeito que seria imposto a tal decisão, e conseqüentemente ao

⁴¹ Votos proferidos pela Mina. Maria Cristina Peduzzi, Min. Vantuil Abdala, Min. Luciano de Castilho, Min. João Oreste Dalazen, Min. Renato de Lacerda Paiva.

⁴² Decisão proferida pelo Ministro Relator João Oreste Dalazen, perante o Tribunal Superior do Trabalho, Processo número TST-RR-271.663/96.6, juntada em 04 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1674551/recurso-de-revista-rr-2716634219965085555-271663-4219965085555/inteiro-teor-10060115>> Acesso em 09 de novembro de 2016

contrato estabelecido entre as partes, seria “*ex nunc*”, evidenciando claramente a permissão do Estado e dos próprios julgadores quando se trata dos efeitos que são concedidos à relação jurídica que ocorre entre o trabalhador e o empregador, não atingindo-se o que já foi tido como alvo de prestação de serviço mas sim, apenas o que poderia potencialmente acontecer na continuação de tal relação empregatícia.

Para o Ministro João Batista Brito Pereira, toda a movimentação decorrente da atividade prestada pelo Obreiro é visível para todos, inclusive para os agentes público que teriam obrigação de coibir tal ilícito penal. Desta feita, não se pode permitir que haja um enriquecimento do empregador decorrente da dispensa do pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado, uma vez que foi desenvolvida por este um trabalho admitido pela sociedade e autoridades competentes para coibi-la.⁴³

Nesse sentido, quando há um indeferimento no pagamento das verbas trabalhistas, entende-se que há uma transferência de culpa para o Reclamante, uma vez que, a pessoa que realmente aufere lucros e tem o poder diretivo da atividade, consegue se isentar de suas obrigações, tendo ainda respaldo no próprio ordenamento jurídico que deixa de proteger a parte hipossuficiente da relação, que termina por ser a única prejudicada diante de tal fato.

No Estado de Pernambuco, em especial nas cidades do interior, como Caruaru, Gravatá, Pesqueira, tal atividade é praticada inclusive à luz do dia, acessível para as vistas de qualquer cidadão e sem a coação ou ainda oposição das autoridades administrativas e seus policiais. E em se tratando da permissão do Estado para a execução de tal atividade, não há que se falar que se dá apenas pela omissão do mesmo, uma vez que, na maioria das vezes, esses empresários que implantam a atividade de jogo do bicho procuram regularizar-se frente aos órgãos necessários para a execução da sua atividade comercial, chegando inclusive, a ter CNPJ ou ainda CEI constando como atividade predominante do negócio o termo “92.00-3-99 - Exploração de jogos de azar e apostas não especificados anteriormente”⁴⁴, “92622 – outras atividades relacionadas ao lazer”, com natureza jurídica de Pessoa Física equiparada a Jurídica, ou ainda “serviços eletrônicos”.⁴⁵

⁴³ **CONSULTOR JURÍDICO**. “Quem atua no jogo do bicho não tem direito trabalhista.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-08/quem_atua_jogo_bicho_nao_direito_trabalhista>. Acesso em 09 de novembro de 2016

⁴⁴ Consulta ao CNPJ de número 10.474.181/0001-41, disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Comprovante.asp>. Acesso em 18 de novembro de 2016.

⁴⁵ Códigos disponíveis em <<http://www.cnae.ibge.gov.br/>> Acesso em 18 de novembro de 2016

Diante desse contexto, evidencia-se a permissão da execução da atividade pelo Estado, que auferir retorno financeiro em forma de tributo pelo empresário bicheiro, sem contudo, conferir obrigações básicas que são presentes em qualquer relação empregatícia, como por exemplo, recolhimento de FGTS, pagamento de saldo de salários, 13º, deixando, desta forma, o empregado à margem da regularidade.

Sabe-se que tributo é a prestação pecuniária compulsória, realizada através de um cumprimento obrigatório em forma de uma prestação em dinheiro, independente da vontade do sujeito passivo.⁴⁶ No caso em tela, o tributo se torna devido quando existe o fato gerador. Desta forma, o fato gerador será “auferir renda”, por exemplo, ou ainda, “prestar serviço”, onde respectivamente o bicheiro pagará tributos relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Acontece que, após a obtenção de valores decorrentes da atividade prestada, haverá automaticamente a incidência da obrigação de pagar o Imposto de Renda, não importando o meio como esta foi alcançada, sendo este por meio de atividade lícita ou ilícita.

Tal entendimento tem aplicabilidade graças ao princípio “*pecunia non olet*”, usado bastante pelos Tribunais Superiores. Tal expressão significa “o dinheiro não tem cheiro”, corroborando com o que foi dito anteriormente quanto a procedência da arrecadação da renda, deixando de lado a preocupação sobre como a mesma foi auferida.

Neste sentido, Josiane Minarde cita o valor da justiça tendo em vista o conteúdo axiológico:

Pelo princípio da *pecunia non olet* extrai-se que se observa o conteúdo axiológico do valor de justiça, direcionando a exigibilidade da exação sobre quem possui capacidade contributiva, ainda que o rendimento provenha de atividade ilícita.⁴⁷

Diante desse panorama, não há como negar que os Empregadores pagam taxas e impostos ao Estado em decorrência da sua atividade, por mais que seja considerada contravenção penal. Assim, deve existir o dever de indenizar o hipossuficiente na relação empregatícia, aquele que utilizou a sua força de trabalho, uma vez que o Estado tem por obrigação coibir de forma efetiva o exercício da atividade considerada ilegal, instalada pelo Empresário/Empregador.

Nessa perspectiva, o Juiz Saulo Bosco Souza de Medeiros proferiu decisão⁴⁸ na qual se posiciona no sentido de que o verdadeiro contraventor, o bicheiro, não deverá se eximir das

⁴⁶ MINARDE, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 2. Ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2015. p. 23

⁴⁷ MINARDE, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 2. Ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2015. p. 26

responsabilidades trabalhistas, uma vez que a tipificação do delito cometido pelo mesmo não contamina, em decorrência da ilegalidade, a relação empregatícia em questão, tendo em vista que o serviço prestado pelo empregador não é tipificado como delito, pois esta contravenção se dá pela manutenção da atividade, fornecida pelo Empresário/empregador, conforme análise anterior do artigo 50 da Lei de Contravenções Penais.⁴⁹

Na visão do que ocorre de fato nessas relações empregatícias, o trabalho prestado ocorre dia após dia, de forma pessoal, continuada, subordinada e com remuneração, como qualquer outro empregado em atividade distinta a esta analisada. Entretanto, o empresário e empregador usa a declaração de ilicitude da sua atividade para se beneficiar, visando a confirmação pelo Judiciário da clandestinidade do Reclamante com a consequente isenção de qualquer pagamento por parte do empregador.

A determinação judicial que não concede o pagamento das verbas trabalhistas aos obreiros que atuam na venda do jogo do bicho premia o empresário que aufer os lucros da atividade, tendo, portanto, benefícios advindos da sua própria torpeza em detrimento de possíveis direitos que o Obreiro venha a postular na Justiça do Trabalho.

Para Orlando Gomes, no Direito do Trabalho, a decretação de nulidade numa relação de emprego não produz efeitos retroativos a mesma, devendo-se buscar a vedação do enriquecimento ilícito do empresário, dispondo:

Porque a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente o empregador.⁵⁰

Desta feita, destaca-se a decisão através de acórdão proferido pela 3ª Turma do TST, em 2002, no processo de nº TST-RR-501.541/98.8, o qual versava sobre o reconhecimento da relação de emprego em face dos princípios da primazia da realidade e da proteção. Neste, a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi se posicionou no sentido de que seria incompatível, com base nos princípios citados acima, negar a eficácia jurídica ao contrato celebrado entre as partes em razão da ilicitude do objeto contratual. Ademais que, segundo a mesma, “no Direito do Trabalho a nulidade do contrato pode não acarretar negação plena dos efeitos jurídicos do ato. ”

⁴⁸ Decisão proferida pelo Juiz do Trabalho Saulo Bosco Souza de Medeiros, perante à Vara do Trabalho de Catende, Processo número 0001852-90.2010.5.06.0301, publicado em 28 de janeiro de 2011.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Brasília: Senado, 1941.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Vol 1. São Paulo: Forense, 1975. p. 194.

Quanto ao princípio da primazia da realidade, este visa o reconhecimento do vínculo de trabalho que houve através da prestação efetiva do serviço, existindo a subordinação independentemente de ter havido acordo estipulando tais condições entre as partes.

Neste panorama, cabe frisar ainda o princípio da indisponibilidade dos direitos do empregado, onde os mesmos, em geral, são assegurados e protegidos por lei, sendo irrenunciáveis e indisponíveis.

No que se refere ao princípio da irretroatividade, este se torna bastante importante quando se fala de efeitos produzidos por uma declaração de nulidade no contrato, devendo este ter efeito “*ex nunc*” e não “*ex tunc*”.

Acertada a Orientação Jurisprudencial nº 85 da SBDI 1 que se posiciona quanto à contratação sem concurso pela Administração Pública, dispondo que, declarada a nulidade do ato, não haverá prejuízo quanto à obrigação de pagar os salários dos dias trabalhados.

A matéria em questão foi também discutida pelo Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região em um Incidente de Uniformização de Jurisprudência⁵¹ no qual foram reconhecidos direitos advindos do pacto laboral feito pelas partes no processo, o qual transcreve-se parte dos fundamentos presentes no mesmo:

Trata-se de norma em desuso, não respeitada pela sociedade, nem aplicada pelas autoridades. O Empregador utiliza-se do trabalho do Empregado, valendo-se da tolerância do Estado, e invoca a ilicitude de seu negócio para locupletar-se da energia alheia. Nítida má-fé, a frustrar qualquer beneplácito da lei. Os contratos devem ser celebrados de boa-fé. A ausência dessa característica no comportamento de uma das partes acarreta a obrigação de arcar com perdas e danos pela lesão trazida à vítima. Ademais, pode o Magistrado, ao julgar, deixar de aplicar norma manifestadamente injusta, invocando os princípios gerais do direito e os preceitos da Constituição Federal. A nossa ordem jurídica assenta-se no princípio que veda o enriquecimento ilícito de uma das partes da relação em detrimento da outra. Não podendo o trabalhador recuperar as energias despendidas impõe-se indenizá-lo integralmente. Outrossim, a Constituição Federal assegura o respeito à cidadania, aos valores sociais do trabalho e à dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição Federal).

Nessa perspectiva, o artigo 8º da CLT preceitua que cabe ao Juiz decidir, conforme o caso, e na falta de disposições legais ou contratuais, pela jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normas gerais do direito, bem como de acordo com os usos e costumes, e ainda o direito comparado, mas sempre de forma que nenhum interesse de classe ou de particular prevaleça sobre o interesse público.

⁵¹ Decisão proferida pela Juíza do Trabalho Eneida Melo, Relatora neste incidente, perante o processo número 00598-2002-017-06-00-6

Tal disposição é suficiente para determinar à Empresa que tem como objetivo a exploração do jogo do bicho condenação às reparações trabalhistas que sejam equivalentes ao trabalho desempenhado pelo seu empregado, uma vez que presentes os requisitos do artigo 3º da CLT, presentes nos capítulos anteriores. De forma que permite ao Magistrado uma atuação de maneira a buscar a ordem democrática mais justa para determinado caso, adaptando-o com a lei, de maneira que complemente o conteúdo da norma que não abarca por completo a discussão do tema em questão.

Neste diapasão, deve o Magistrado, diante de uma lei injusta, dar prevalência à justiça, declarando-a inaplicável, caso seja necessário, ou ainda corrigindo-a. Neste caso, não caberia pedido de anulação da sentença alegando que a mesma é *contra legem*, “pois, sendo a norma jurídica portadora de valoração independente, importa descobri-la no contexto dos demais valores sociais, conduzindo, assim, a norma de direito ao seu lugar no quadro geral das valorações.”⁵²

Desta feita, o Magistrado além de técnico jurídico e mediador do processo, o é também da comunidade, uma vez que atuando no caso concreto depara-se com situações que necessita da aplicação da função axiológica do Poder Judiciário, contribuindo com a justiça através do seu papel crítico com o objetivo de servir à coletividade, visando também o equilíbrio com a segurança jurídica.

Quanto a este último aspecto, a Desembargadora Eneida Melo Correia de Araújo ressalta a importância de o Direito regular a realidade social:

O aspecto da segurança jurídica deve ser atendido pelo Magistrado. É que, a eterna dialética social, ou seja, a existência de sérios conflitos de interesses deve convencer o Magistrado de que não pode suprimi-los do contexto social. Seu papel é o de compô-los processualmente. Nesse trabalho de composição, não se pode esquecer que o direito aponta e regula a realidade social considerando, como no caso do Direito do Trabalho, os mais humildes, os desvalidos, os explorados, o que têm diariamente suas energias postas a serviço de terceiros.

A decisão judicial⁵³ proferida em 1º grau salientou que mesmo quando há uma relação de trabalho entre obreiro e a Administração Pública, a nulidade do contrato resulta em alguns efeitos jurídicos, conforme dispõe a lei nº 8.036/90⁵⁴ em seu artigo 19-A, que “é devido o

⁵² Decisão proferida pela Desembargadora Eneida Melo Correia de Araújo, perante a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, referente a Recurso Ordinário apresentado no processo de número 0001852-90.2010.5.06.0301

⁵³ Decisão proferida pelo Juiz do Trabalho Saulo Bosco Souza de Medeiros, perante à Vara do Trabalho de Catende, Processo número 0001852-90.2010.5.06.0301, publicado em 28 de janeiro de 2011.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990. **Lei que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. Brasília: Senado, 1990.

depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, parágrafo 2º, da Constituição Federal⁵⁵, quando mantido o direito ao salário. ”

Em recente decisão, a Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional aprovou no dia 09 de novembro de 2016 o projeto que visa ampliar o leque dos jogos de azar a serem legalizados no país (PLS 186/2014), com a justificativa de incentivar a retomada do crescimento econômico do país.⁵⁶ Tal decisão claramente interferiria na concessão de verbas trabalhistas aos cambistas empregados na atividade em foco.

Nessa perspectiva, salienta-se a necessidade de que o Direito seja utilizado como instrumento da justiça, desta forma, sendo dinâmico a ponto de acompanhar o desenvolvimento da sociedade e das relações sociais. Tal dinamismo esbarra nos seus operadores e aplicadores que devem se adequar a realidade social no momento em que a mesma clamar por mudanças que são necessárias para a coletividade.

Assim, há que se entender as reais consequências da negativa de tais verbas trabalhistas. Quando se nega tal pleito, não há sequer o reconhecimento desse trabalho prestado, com a dispensa da anotação na carteira, prejudicando, inclusive, na contagem de anos efetivamente trabalhados, visando uma futura aposentadoria junto ao INSS.

Além disso, há outro efeito futuro, que é a falta de recolhimento do FGTS, onde após uma dispensa sem justa causa, por exemplo, ou após 3 anos sem registro de outro empregador na sua Carteira de Trabalho (contados a partir do mês de aniversário do mesmo, podendo chegar, portanto a 3 anos e 11 meses), o reclamante não conseguirá auferir tal benefício, uma vez que o INSS apenas concede o benefício a quem apresenta recolhimento e CTPS anotada. Em contrapartida, o seu empregador foi dispensado de tal obrigação inerente a qualquer contrato de emprego pela própria Justiça do Trabalho que tem como objetivo a proteção e regulamentação das relações empregatícias.

Ainda, ocorrendo culpa recíproca no encerramento da relação empregatícia, por exemplo, ambas as partes provando a promoção da culpa de dos mesmos, o empregado deixará de receber os 50% das verbas trabalhistas devidas.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

⁵⁶ SENADO FEDERAL. **Comissão aprova projeto que legaliza bingo, cassino e jogo do bicho**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/09/comissao-aprova-projeto-que-legaliza-bingo-cassino-e-jogo-do-bicho>>. Acesso em 10 de novembro de 2016

Em síntese, o trabalhador será privado de qualquer recebimento de crédito trabalhista ao qual faz jus, como por exemplo 13^{os} proporcionais ou vencidos, saldo de salário, salário retido, aviso prévio, férias mais 1/3, sendo estas proporcionais, simples ou dobradas, FGTS mais 40%, adicional noturno, abono família, ticket alimentação, PIS e horas-extras, se for o caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal explanação demonstra claramente a necessidade de que se reexamine a questão apresentada, visando à concessão de verbas trabalhistas àqueles que apresentam todos os requisitos necessários para a configuração da relação empregatícia, mesmo quando a atividade exercida seja considerada ilegal, uma vez que essa ilegalidade deve afetar apenas àquele que é o responsável pela mesma, neste caso, o jogo do bicho.

Nesse sentido, faz-se um estudo comparativo com outras atividades que recebem uma proteção diferenciada pelo ordenamento jurídico, como é no trabalho do menor de idade, por exemplo, onde a decisão que considera o contrato nulo contará com o efeito *ex nunc*, preservando os direitos trabalhistas do período laborado para este trabalhador. Entende-se que da mesma forma deveria ser tratado o labor da pessoa que trabalha na atividade do jogo do bicho e que não mais lhe seja, na decisão, concedido efeito *ex tunc*, uma vez que dessa forma, o trabalhador fica prejudicado tendo em vista a negativa de suas verbas trabalhistas.

Ademais que, explanado a respeito da vedação do enriquecimento ilícito, demonstrou-se que há um dever de contraprestação por parte do bicheiro, tendo em vista que recebeu o trabalho do seu empregado e que não poderá fazer voltar ao *status quo ante*. Desta forma, o reconhecimento do direito ao salário, por exemplo, em determinada Reclamação Trabalhista, confirma tal entendimento da necessidade de indenizar tendo em vista o labor exercido.

Nesse sentido, demonstrou-se a extrema necessidade de revisão no ordenamento jurídico sobre o assunto explanado, uma vez que visa garantir a estes trabalhadores que se encontram desamparados na informalidade, os direitos trabalhistas inerentes a qualquer relação de labor que preencha os requisitos dispostos em lei, ademais que há uma tolerância por parte da sociedade e uma omissão por parte do Estado.

Ainda, restou evidenciado que o Estado, além da omissão quanto ao exercício da atividade, em determinados aspectos também permite o seu desempenho, tendo em vista que permitem que os Empresários bicheiros consigam regularizar-se para que se constituam como Pessoa Física equiparada a Jurídica em face de tal exercício, apesar de ser considerado como contravenção penal, recebendo, desta forma, uma prestação financeira em decorrência desses encargos atribuídos a constituição de tal natureza jurídica, corroborando com a definição do seguinte princípio Tributário: *pecunia non olet*.

Em decorrência da fragilidade que o empregado apresenta e dos princípios discorridos nesta pesquisa, deverá ser reconhecido o vínculo empregatício quando existente os requisitos caracterizadores de uma relação entre o dono da banca de apostas e o empregado, uma vez que a relação empregatícia é legítima e válida.

Destacou-se, ainda, que tal tese não visa excluir responsabilidades em outras esferas do Direito, como a Cível ou Criminal, ou ainda que o Jogo do Bicho deixe de ser considerado como Contravenção Penal, resguardando-se, apenas, ao diálogo e os efeitos de tal entendimento acerca da esfera trabalhista. Especialmente porque, para o Direito Penal, o agente de tal ilícito é o empresário, aquele que mantém em funcionamento a atividade e que oferece condições para o seu regular funcionamento, não o trabalhador.

Frisou-se, ainda, que este trabalho não contribuiu com uma apologia aos jogos de azar, tendo em vista que o seu objetivo foi de proteger a categoria citada especialmente no término do seu contrato de trabalho, uma vez que, apesar do empregado ser a parte hipossuficiente na relação com o bicheiro, tal proteção não lhe é dada pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, e tendo em vista a omissão do Direito, vislumbram-se as consequências imediatas e mediatas para o trabalhador, com a falta de reconhecimento do trabalho prestado, a dispensa da anotação do labor exercido na sua CTPS, bem como a falta de recolhimento do FGTS e a não inclusão desse período trabalhado na contagem de anos junto ao INSS, atrasando, portanto, o acesso do empregado a tal benefício e ao seu direito enquanto trabalhador.

Vislumbra-se que esse trabalho possa ajudar construções textuais futuras, e que possa iniciar ou até mesmo aprofundar o debate sobre o tema, propiciando um ponto de vista que deve ser levado em consideração por futuros pesquisadores e interessados no assunto, já que o mesmo ainda é escasso no nosso ordenamento, apesar de ser tão importante para o Direito do Trabalho e suas implicações para os empregados e empregadores.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Lei nº 20.744 DE 13 de maio de 1976. **La Ley de Contrato de Trabajo**. 1976.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: LTr, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002.
- BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Brasília: Senado, 1943.
- BRASIL. Comissão Especial Do Desenvolvimento Nacional. **Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 186**. Brasília: Senado, 2015.
- BRASIL. Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Brasília: Senado, 1941.
- BRASIL. Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990. **Lei que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. Brasília: Senado, 1990
- CORRADO, Renato. **Trattato di diritto del lavoro**. Vol 2. Torino: UTET, 1966.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DONADO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. Saraiva, 1982.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GARCIA, Manuel Alonso. **Curso de Derecho del Trabajo**. Barcelona: Editorial Ariel, 1982.
- GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Vol 1. São Paulo: Forense, 1975.
- LIMA, Francisco Gérson Marque de. **Lições de Direito Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1992
- MARTINS, Adalberto. **O sistema das incapacidades no atual Código Civil**. Revista Synthesis. São Paulo, n.37/03.
- MINARDE, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 2. Ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho. Relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. **Manuale di Diritto del Lavoro**. Napoli: Jovene Editore, 2003.

ARTIGOS EM MEIOS ELETRÔNICOS

CONGRESSO EM FOCO. “Comissão do Senado aprova legalização do jogo do bicho e de cassino”. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/comissao-libera-bicho-cassinos-e-bingos/>>. Acesso em 31 maio 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. “Quem atua no jogo do bicho não tem direito trabalhista.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-08/quem_atua_jogo_bicho_nao_direito_trabalhista>. Acesso em 09 de novembro de 2016

JUS BRASIL. TST - RECURSO DE REVISTA: RR 271663-42.1996.5.08.5555. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1674551/recurso-de-revista-rr-2716634219965085555-271663-4219965085555/inteiro-teor-10060115>. Acesso em 09 novembro 2016