

# Considerações acerca da aplicação teoria das nulidades contratuais no direito do trabalho

*Maria Áurea Cecato\* e Marcela Maia\**

**RESUMO:** A inexistência de legislação específica acerca do tratamento a ser conferido aos contratos de trabalho cujo objeto é ilícito, que carecem de forma apropriada e, em alguns casos, da capacidade do agente trabalhador, ocasiona divergência nas decisões jurisprudenciais quanto à convalidação ou desconsideração dos aludidos contratos enquanto atos jurídicos. Partindo dessas premissas, o presente artigo tem por objetivo tecer considerações sobre a teoria das nulidades do direito civil e sua aplicação ou não ao direito do trabalho.

**Palavras-chave:** Contrato de trabalho. Objeto ilícito. Incapacidade jurídica do trabalhador. Lacuna da lei.

## 1 - Introdução

Os negócios jurídicos, para serem válidos, necessitam apresentar certos requisitos essenciais, cuja previsão encontra-se inserida no art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

No âmbito do direito civil, ausente uma das referidas exigências, eivado de nulidade se encontra o negócio. No cenário do direito do trabalho, a situação ora demonstrada não se apresenta com a definição e estabilidade verificadas no âmbito civilista. Com efeito, em certas circunstâncias, o contrato laboral, mesmo apresentando vício que, segundo os princípios do direito comum, deveria culminar na nulidade absoluta do mesmo, pode ser convalidado como se todos os requisitos nele estivessem presentes.

A questão não é, no entanto, pacífica. Com efeito, uma parte da doutrina e da jurisprudência mantém posição tradicional e outra caminha no sentido de adotar postura que mais condizente com as peculiaridades da relação de emprego.

A justificativa apresentada pelos que defendem a ferida “maleabilidade”, consiste na relevância do objeto principal do acordo – o trabalho – e na

---

\* Dra. em Direito do Trabalho pela Universidade de Paris II – França e Professora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

\* Aluna do Programa de Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

impossibilidade de retorno ao *status a quo*. Os que mantêm a posição clássica pautam-se na impossibilidade de ratificar situação que não existiu, ou seja, ato que sequer produziu efeitos na seara jurídica.

A divergência de opiniões existente acerca do tema sob análise instigou a elaboração do presente artigo.

## 2 - Da formalização dos negócios jurídicos

Para se chegar ao cerne da questão em apreço, impende ressaltar os requisitos indispensáveis à formalização dos contratos, tanto civis quanto laborais. Cumpre, igualmente, destacar que contratos são verdadeiros negócios jurídicos na medida em que são “atos, onde há o intuito negocial” (RODRIGUES, 2000, 162), razão pela qual, para sua validade, mister se faz a observância dos retro mencionados requisitos necessários à validade dos negócios jurídicos, determinados pelo artigo 104 do Código Civil<sup>1</sup>.

A relevância da capacidade do agente repousa no fato de que, para a perfeição do ato jurídico, imprescindível é a vontade das partes. Ora, esta só deve ser juridicamente considerada quando manifestada por quem é capaz de efetivar de *per si* atos da vida civil, haja vista o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual o disposto no contrato faz lei entre as partes. A primeira condição, portanto, para que a manifestação da vontade não seja eivada de vício é de que o agente que a manifesta seja capaz.

A licitude do objeto é requisito necessário para que o direito possa considerar o negócio como jurídico e dispensar proteção aos negociantes. De fato, não são concedidos, no cenário do direito civil, amparo legal aos atos considerados ilícitos, ou seja, que não apresentam idoneidade na sua realização. Com tal exigência, o princípio da ética pelo qual o direito deve se pautar garante que o direito não poderia se prestar a convalidar atos viciados na essência de seus objetos.

Por fim, no que tange à forma, a grande maioria dos negócios jurídicos é elaborada por escrito<sup>2</sup> e observando determinadas formalidades, cuja desobediência pode eivar de nulidade o negócio firmado.

Na seara do Direito do Trabalho, podem ser destacados exemplos de contratos laborais que apresentam tais vícios. De fato, em contrato formalizado com menor, destaca-se

---

<sup>1</sup> Segundo lição de Sílvio Rodrigues, na obra citada, “distinguem-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 são os que podem ou não figurar no negócio, sem que a sua presença se faça indispensável para que o ato se configure, como, por exemplo, a condição, o modo, ou o termo.”

<sup>2</sup> Diga-se, por oportuno, o contrato escrito não é a regra no direito do trabalho.

a ausência da capacidade de uma das partes; no pacto firmado entre dono de banca de “jogo de azar” e um empregado, ausente está o objeto lícito; em contratação de servidor público, sem ter havido aprovação em concurso público, verifica-se a inobservância da formalidade exigida pelo artº 37 da Carta Constitucional, em seu inciso II.

### 3 - Da teoria das nulidades contratuais no direito do trabalho

O contrato de trabalho, não obstante apresente os mesmos requisitos legais que os contratos civis, obedece a ideologia distinta quanto à declaração de nulidade e às conseqüências que do ato podem advir. Tal singularidade repousa na proeminência do objeto do contrato de trabalho - o labor - bem como na impossibilidade de se retorno ao *status quo ante*, como estabelece a legislação civil. Assim, diferentemente da teoria civilista, que pugna pela supressão do ato nulo do mundo jurídico, impondo retroação ao estado anteriormente vivenciado, a teoria laboralista tende a observar a irretroação da nulidade decretada. Assim, os efeitos declarados são, em regra, *ex nunc*.

A dessemelhança, atrelada a determinadas particularidades do direito do trabalho e, especificamente, ao contrato laboral, ver-se-á a seguir.

Primeiramente, cumpre observar que uma vez realizado o serviço contratado, não há como restituir a força de trabalho dispensada pelo trabalhador na consecução do mister, não sendo possível, dessa forma, alcançar a situação *a quo*.

Por segundo, a observância da lei civilista ocasionaria enriquecimento ilícito do empregador, eis que já se beneficiou do serviço prestado. Se o enriquecimento ilícito é combatido pelo direito, uma razão a mais tem o direito do trabalho para fazê-lo, pois que a ele cabe reduzir o desequilíbrio que normalmente existe entre as partes da relação jurídica que regulamenta. Não é, assim, plausível a negação apriorística dos direitos a serem exercidos pelo trabalhador, em virtude de declaração de nulidade do contrato de trabalho, já que a obrigação foi por ele satisfeita, tendo que ser respaldada pelo Estado.

Permite-se fazer algumas citações doutrinárias que se posicionam pela impossibilidade de retroação dos efeitos da nulidade do pacto laboral.

Por ser de trato sucessivo, tanto a nulidade quanto a anulabilidade somente se fazem sentir no contrato de trabalho *ex nunc*, como acontece com a simples resolução, do momento do seu pronunciamento para o futuro, sendo válidos os atos praticados no passado. Quer baseado no enriquecimento ilícito, com empobrecimento alheio, quer baseado na existência da relação de trabalho independente do contrato, o fato é que os efeitos da nulidade não são *ex tunc*, desde o início do contrato. Falha aqui o cânone usual *quod nullum est, nullum effectm producit*, porque é de todo impossível fazer as prestações e as contraprestações voltarem ao *status quo ante* da sua execução. (MORAES e MORAES, 2000, 320-321).

[...] a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador, como pondera De La Cueva, ao criticar a opinião de Hueck-Nipperdey. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual **trabalho feito é salário ganho**. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a **irretroatividade das nulidades**. O contrato produz efeito até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, dessa forma, um dos princípios cardiais da teoria civilista das nulidades. A distinção entre ato nulo e ato anulável, se permanece para alguns, não subsiste em relação a este contrato. (GOMES e GOTTSCHALK, 2000, 114)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, tem-se por oportuna a afirmação de Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2000, 115), que se transcreve abaixo:

[...] o princípio, segundo o qual, o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo, em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição [...].

Releva, igualmente, registrar o pensamento de Plínio Gonçalves (1993, 52), segundo o qual não se deve falar em ato nulo antes de decisão judicial que assim o determine:

[...] um ato só pode ser dito nulo, após o pronunciamento de sua nulidade por sentença judicial. Em outras palavras, só se pode falar em ato nulo, depois de ser ele invalidado pelo juiz. Antes de ser pronunciado nulo, teríamos apenas ato defeituoso, viciado. A nulidade seria espécie de penalidade imposta a atos defeituosos.

Parece igualmente relevante citar MASCARO (2003, 507), que inclui o estudo da irretroatividade da nulidade contratual no direito do trabalho em suas “técnicas de conservação do contrato”. Segundo ele, “não é de boa técnica afastar os esquemas que já foram traçados, de modo que também em nossa disciplina a nulidade deve incluir a análise dos mesmos problemas – agente, objeto lícito, forma legal – **à luz de uma ideologia nova** (grifo nosso).

No entendimento da doutrina supracitada, um contrato laboral consagra todos os seus efeitos até a sentença transitada em julgado pugnando pela sua nulidade.

Neste contexto, ressalte-se que, embora a regra seja a irretroatividade dos efeitos da nulidade contratual, há importantes manifestações da doutrina, bem como

da jurisprudência<sup>3</sup>, que defendem que os efeitos emergidos da declaração de nulidade de um contrato de trabalho dependem do vício que originou tal situação. Assim, há situações em que os efeitos do contrato de trabalho devem ser respaldados pelo direito, como se, no pacto, nenhum defeito houvesse; em outras devem ser estabelecidas de forma parcial e, em outras ainda, nenhum efeito pode ser produzido, como se observa abaixo, onde se permite utilizar a subdivisão elaborada por Maurício G. Delgado (2002, 496 e ss.), pela propriedade com que classifica a questão.

### **3.1 - Da admissão *in totum* da tese laboral.**

A total inobservância da lei civilista ocorre quando o defeito que vicia o contrato de trabalho é de cunho particular, ou seja, não afeta a sociedade. Cita-se para efeito elucidativo a relação empregatícia firmada entre empregador e empregado menor de 16 (dezesesseis) anos. Ora, o artigo 7º, inc. XXXIII da CF e o artigo 403 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT vedam, expressamente, o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, neste caso a partir dos 14 (catorze) anos.

Outro exemplo consubstancia-se na existência de defeito quanto à forma que se encontra prescrita em lei. Sabe-se que os contratos de trabalho formalizados com atletas devem ser escritos, uma vez que constituem forma especial de contratação. Entrementes, a não observação da forma, no caso, não deve comprometer a validade do contrato permitindo-se outros meios de prova da existência deste.

Observe-se que nos exemplos acima grafados - ausência de capacidade do empregado ou de formalidade contratual - não se deve cogitar da elisão da validade do contrato de trabalho. Todos os efeitos naturais oriundos deste último devem ser observados, como se estivessem presentes todos os requisitos de validade, eis que o serviço foi concretizado. Leve-se em conta que, anulando-se o ato jurídico, o único prejudicado seria o empregado, situação que não pode ser acobertada pelo Direito, primordialmente quando se pretende promover ou preservar direitos fundamentais como a subsistência familiar, a moradia, a educação e a saúde, buscando a garantia da dignidade do trabalhador.

### **3.2 - Da admissão restrita da tese laboral**

Por outro lado, há situações em que a segurança dos direitos particulares não pode se sobrepor aos interesses públicos, de tal sorte que o contrato de trabalho não pode ser ratificado *in totum*. De acordo com Delgado “o tipo de defeito emergente do

---

<sup>3</sup> EMENTA: CONTRATO DE TRAVALHO NULO OU INEXISTENTE - RELAÇÃO DE EMPREGO - TRABALHO PRESTADO - CONTRAPRESTAÇÃO - A inexistência ou nulidade que reconhece a nulidade do contrato laboral não faz desaparecer a relação de emprego subjacente. Sentença que reconhece a nulidade é de caráter constitutivo. Em conseqüência, tem o empregado o direito de perceber a contraprestação pelo lapso temporal de tempo em que o trabalho foi prestado.

ato jurídico e o bem jurídico afrontado por esse defeito são aspectos que tendem a ensejar uma gradação relativa no que toca à aplicação dessa teoria especial de nulidades.” ( 2002, 497). Assim, quanto mais intenso for o vínculo entre o defeito do ato e o interesse público, tanto maior será a restrição que sofrerá a aplicação da teoria das nulidades ao Direito do Trabalho.

Para corroborar o que acima se afirma, pode-se trazer à baila o exemplo servidor público que entra para o quadro do funcionalismo público sem a realização de concurso. Neste caso, todas as verbas salariais são garantidas, bem como o FGTS, em virtude do disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/90. Considera-se, para a garantia das referidas verbas, que o trabalho foi prestado, a energia foi despendida. Não são, porém, asseguradas as verbas rescisórias, uma vez que o pacto se encerra, não por dispensa sem justa causa, mas pela declaração de nulidade, ou seja, pelo seu expurgo do mundo jurídico.

### 3.3 - Da inadmissibilidade da tese laboral

Circunstâncias há em que o defeito que vicia o contrato laboral não se restringe às partes, mas fere igualmente interesses públicos, e de tal forma que se torna inviável a admissão de qualquer efeito proveniente do pacto de trabalho.

Geralmente, na questão em apreço, o vício se encontra ligado ao objeto do contrato: o trabalho que o empregado se propôs realizar é *contra legem*, sendo tipificado como ilícito penal. Pode-se citar o exemplo da prestação de serviços realizada para o tráfico de drogas, a qual não pode ser convalidada, eis que o cerne do pacto apresenta indiscutível prejuízo para toda a sociedade. *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 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. Aliás, observe-se que aqui não se deveria nem mesmo usar termos ou expressões tais que relação jurídica de emprego, empregador e empregado, eis que tais figuras são, necessariamente, ligadas a atos lícitos.

Conquanto a extinção da obrigação de pagamento pelas tarefas já realizadas possa parecer injusta, em razão da energia já despendida pelo trabalhador, deve-se compreender que esta é forma de coibir o ingresso no mundo do crime e a colaboração com o mesmo.

Entrementes, é de bom tom registrar que tal posicionamento não é pacífico. A observância do caso concreto é imprescindível para a decretação do efeito *ex tunc* à declaração de nulidade de um contrato laboral, razão pela qual é de singular proeminência a referência aos princípios gerais de direito, à analogia e à equidade.

## 4 - Da ilicitude do contrato de trabalho

Poder-se dizer que a discussão acerca da convalidação ou não do contrato de trabalho que apresenta objeto ilícito não é pacífica. Alimentaram o debate, o fato do aplicador do direito encontrar-se, freqüentemente, entre a observância das diretrizes normativas e a realidade dos casos que deve julgar. Nesse contexto, assumem relevância ímpar os mecanismos de integração do Direito.

Duas circunstâncias distintas podem engendrar soluções igualmente diversas, segundo o vínculo do prestador de serviços com a atividade ilícita do prestador, como se observa a seguir.

### 4.1 - Trabalho diretamente vinculado ao objeto ilícito

O contrato de trabalho que tem como fim a realização de labor vinculado ao cerne da atividade ilícita encontra dificuldade para ser reconhecido. De fato, a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência nacional, defendem a nulidade da relação jurídica. Entretanto, emerge discussão acerca da natureza da ilicitude: faz-se distinção entre atividade considerada crime e aquela tida como contravenção. Senão, vejamos.

A infração penal pode ser definida como lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. O Direito Penal apresenta relevância ímpar na questão, eis que é incumbido de velar pelos mais preciosos bens ligados à dignidade humana admitidos na seara jurídica: o indivíduo em si, sua liberdade e sua vida. Este gênero - infrações penais -, é seccionado em duas espécies: crime e contravenção. Aquele é vislumbrado quando o bem jurídico protegido é lesionado, este quando se detecta ameaça de lesão ao bem jurídico.

Assim, dependendo da investida contra o bem jurídico, que pode ser exercida segundo uma das formas acima referidas, há discussões acerca da aplicabilidade ou não da teoria laboral das nulidades contratuais quando vislumbrado labor efetivado em cenário marcado pela repressão penal.

#### 4.1.1 - Objeto principal considerado crime

Uma vez considerado o objeto do contrato de trabalho como crime, devidamente previsto na legislação penal, o ato jurídico é declarado nulo. De fato, tem-se, nesse caso, efetiva lesão ao bem jurídico protegido pelo direito penal, uma vez que o trabalho compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele. De Page, citado por MARANHÃO e alli (1997, 257), observa, no sentido do que se tenta expor:

[...] em toda legislação, existem disposições essenciais que se prendem aos próprios princípios da organização social e de sua estabilidade: *são as leis de ordem pública*. De outra parte, toda civilização comporta um conjunto de regras

de ordem moral, constituídas de um conjunto de hábitos e tradições, formando corpo com a mentalidade de um povo, e suficientemente gerais para independerem de qualquer religião ou seita determinada: é o que se chama de *bons costumes*. Violar umas ou outras...é tornar o ato *nulo*, de uma maneira absoluta.

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).

Com fim apenas explicativo, aponta-se a completa impossibilidade da Justiça do Trabalho corroborar com o tráfico de drogas, concedendo direitos laborais àquele que trabalha para o traficante como revendedor<sup>4</sup> da droga. Neste caso, como nos demais cujo cerne do labor traduz-se em crime, o próprio obreiro será responsabilizado criminalmente pela atividade, não havendo meios de se falar em existência de liame trabalhista.

#### **4.1.2 - Objeto principal considerado contravenção**

A seara das infrações penais que podem ser definidas como contravenções penais, não são dotadas do rigorismo conferido às situações diretamente ligadas a atividades criminosas, no sentido estrito da expressão. As infrações classificadas como contravenções, na realidade, causam perigo à segurança e à ordem jurídica, mas não ferem os bens jurídicos de maneira direta. Esta é a conclusão que se pode depreender do ensinamento de Deodato, segundo quem:

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.(DEODATO, 2003, 30).

---

<sup>4</sup> Lei nº 6.368/79. Art.12 - Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Certo é que há, entretanto, violações que põem em perigo os fins que o Estado persegue apenas indiretamente, por reflexo, mas não podem ser colocadas 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 mácula ético-jurídica. Aí se insere a contra-ordenação ou contravenção. (DEODATO, 2003, 35).

É nesse contexto que se fundamenta a discussão acerca do reconhecimento ou não do vínculo empregatício quando a atividade laboral se encontra vinculada à ação considerada contravenção penal.

Nos Tribunais Regionais do Trabalho a jurisprudência se apresenta divergente, como se pode observar com a leitura das ementas reproduzidas a seguir, a título exemplificativo. Destaque-se, entretanto, a tendência a configurar a existência dos direitos trabalhistas, mesmo quando se entende que o objeto do contrato é ilícito (especificamente nos casos de jogo do bicho). Pesam nesse entendimento, seja o fato de não ser a contravenção *in casu* reprimida pelos poderes públicos, seja pelo enriquecimento ilícito do tomador de serviços, verdadeiro contraventor, a quem a nulidade do negócio jurídico desobriga de dívidas tanto trabalhistas quanto de tributárias e previdenciárias, seja ainda, em atenção ao princípio do direito segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

EMENTA: JOGO DO BICHO - VÍNCULO DE EMPREGO - RECONHECIMENTO. Apesar de ser contravenção penal a atividade desempenhada pela reclamada - jogo do bicho - não se pode reputá-la como ilícita por não sofrer repressão do poder público. Daí reconhecer-se preenchidos os pressupostos da existência do contrato de trabalho no caso em tela. Destarte, patente o liame empregatício, é de se determinar o retorno dos autos à instância superior para apreciação das demais questões meritórias. (RO 01272/1997. Decisão do TRT da 21ª Região. Relator: Juiz PEDRO RICARDO FILHO. Publicado no DOE/RN 9.354 em 01.10.98)

EMENTA: ONTRATO DE TRABALHO - JOGO DE BICHO - OBJETO ILÍCITO - NULIDADE. Definido por lei como contravenção penal a atividade do "jogo do bicho", não tem objeto lícito. O contrato de trabalho realizado sob essa pecha é considerado nulo. Todavia os efeitos dessa nulidade não atingem o contrato cujas obrigações devem ser observadas como se válido fosse, do contrário estaria-se (sic) a promover o enriquecimento sem causa de empregador que, utilizando-se do ilícito, locupletou-se com a força de trabalho do empregado. (RO 02020/1996. Decisão do TRT da 21ª Região. Relator: Juiz WALDECI GOMES CONFESSOR. Publicado no DOE/RN nº 9.129 em 01.11.97).

EMENTA: JOGO DO BICHO. ILICITUDE DO OBJETO. Deve ser afastada a ilicitude do objeto, em relação ao contrato de trabalho envolvendo 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 por 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.)

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. JOGO DO BICHO. 1. 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. 2. Hipocrisia reputar ilícito o objeto do contrato de trabalho envolvendo arrecadador de apostas de jogo de bicho se se cuida de prática notoriamente consentida pela sociedade e o Estado explora inúmeras formas de concursos de prognóstico, inclusive como medida de fomento às atividades desportivas. Ademais, se nulidade houvesse, decretar-se-ia com efeito “ex nunc”. 3. Recurso conhecido e desprovido. (RR 556028/99. Decisão da 1ª Turma do TST. Rel. Min. ORESTES DALAZEN. Publicado no DJ de 03.03.00. Pág. 98)

Registre-se, por oportuno, que o Tribunal Superior do Trabalho, solidificou entendimento de inexistência do vínculo laboral em 20 de Novembro de 2000, através da Orientação Jurisprudencial nº 199 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – *Jogo do Bicho. Contrato de trabalho. Nulidade, Objeto Ilícito. Arts. 82 e 145 do Código Civil*. Mas a orientação não foi, destaque-se, capaz de elidir a discussão acerca da matéria, eis que os Tribunais Regionais continuam a proferir decisões com entendimento contrário ao observado pelo TST. Senão vejamos:

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. Decisão da 3ª Turma do TRT 6ª Região. Rel. Juíza VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO. Publicado no DOE em 16/01/2003.)

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. JOGO DO BICHO. Não obstante a ilicitude de atividade desenvolvida pela Reclamante, tolerada pelos usos e costumes de nossa sociedade, esta prestou serviços permanentes remunerados e sob dependência da Empresa-ré. A despeito dessas considerações, é a autora empregada, dentro do contrato-realidade, não podendo, pois, a Empregadora beneficiar-se da própria torpeza. Recurso de Revista reclamada conhecido e desprovido. (RR 419252/98. Decisão da 1ª Turma do TST. Rel. Min. WAGNER PIMENTA. Publicado no DJ de 24.11.00)

Parece que se pode entender, com efeito, que o fato da legislação brasileira considerar o jogo do bicho como contravenção penal, não deve resultar em fator

impeditivo ao deferimento das reparações de natureza trabalhista. Claro é que todo ato ilícito, mesmo contraventor, deve ser repudiado pelo direito. Mas, no caso específico, é preciso que este último, em sua constante reconstrução, encontre solução que não prejudique o trabalhador, evitando premiar o empregador que, nesse caso, utiliza o trabalho humano para enriquecer ilicitamente. É preciso convir que, não sendo possível restituir a energia despendida pelo trabalhador no trabalho já realizado, deve o empregador arcar com as obrigações decorrentes do ajuste. Assim deve ser, mesmo que este último não possa ser considerado negócio jurídico, já que lhe falta a licitude do objeto.

Leve-se ainda em conta a máxima jurídica de que ninguém pode se valer da própria torpeza em benefício próprio (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). É o que ocorre se se penaliza o prestador de serviços, parte mais fraca da relação, e justamente aquele que não obtém qualquer lucro com a realização da contravenção. Indiretamente, a anulação *in totum* do ato resulta no cancelamento da atividade ilícita.

#### 4.2 - Trabalho indiretamente vinculado ao objeto ilícito

Circunstância que merece, igualmente, ser analisada, verifica-se quando, não obstante haja a atividade ilícita, o labor do obreiro não se encontra diretamente a ela interligada. Existe forte tendência no sentido de se aceitar a validade do liame contratual, uma vez que o labor, *de per si*, não ameaça nem lesiona bem jurídico. Este é o fundamento concedido por aqueles que defendem a validade do contrato de trabalho. Permite-se transcrever alguns posicionamentos a respeito.

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 destinam. 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. (Carrion, 1999, 283).

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 enunciado. 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. (DELGADO, 2003, 496).

Estima-se que, nestes casos, o trabalhador não realiza tarefa que atente contra a ordem social ou os bons costumes, já que sua atividade não é ligada, senão indiretamente, à finalidade do empreendimento. Assim, o direito privado deve prevalecer sobre o público, assegurando-se a aplicação plena da Teoria Laboral das Nulidades Contratuais.

Aqui, ainda, o objeto do empreendimento é considerado ilícito, mas o envolvimento do trabalhador, conquanto trabalhe ele para o mesmo fim, permanece em esfera isolada. Pode-se afirmar, nesse caso, que seu labor poderia ser exercido para qualquer outro estabelecimento lícito, sem que em nada fosse modificada a sua atividade. É esta a razão pela qual não pode o direito deixar de ampará-lo.

#### 4.3 - Do não conhecimento, pelo empregado, da atividade ilícita

Por fim, urge ressaltar, a situação em que a realização de atividade ilícita pelo empregador é desconhecida pelo obreiro.

É de conhecimento da parte da sociedade que tem maior acesso à informação que muitos empreendimentos, sobretudo nos setores do comércio e de serviços, consistem em mecanismos escusos, geralmente de lavagem de dinheiro. Cite-se, como exemplo, o caso de vendedora de uma dessas casas comerciais: como poderia ela ter ciência de que o negócio é ilegal, eis que tal informação é mantida no mais absoluto sigilo?

Nesse caso, não pode ser o empregado prejudicado. Foge aos parâmetros da razoabilidade entender que este deve ser penalizado por ato ilícito do empregador e para o qual só concorria por ignorância da real situação.

Claro que deve ocorrer diferentemente se ele tinha ciência do verdadeiro objetivo do empreendimento. Nesse sentido, alguns posicionamentos adotados na doutrina nacional estão abaixo citados:

Se a nulidade, entretanto, decorre da ilicitude do objeto do contrato, a menos que o empregado tenha agido de boa-fé, ignorando o fim a que se destinava a prestação de trabalho, já não poderá reclamar o pagamento do serviço prestado: *nemo de improbitate sua consequitur actionem.*(MARANHÃO, 1997, 257).

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 enunciado. Duas alternativas destoantes da regra geral têm sido apontadas pela doutrina: a primeira, consistente na situação comprovada de desconhecimento pelo trabalhador do fim ilícito a que servia a prestação laboral perpetrada.(DELGADO, 2003, 496).

A justiça se mostra como a tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida. Partindo desse pressuposto, seria romper com os limites do justo a responsabilização do empregado que se mantém inerte à circunstância *contra legem* em que se encontra inserido.

Portanto, comprovada a circunstância de desconhecimento da atividade ilícita, assegurada deverá estar a validade de todos os efeitos tipicamente decorrentes da formalização de contrato de trabalho.

## 5 - Conclusão

A teoria das nulidades no direito do trabalho não tem ainda feitura acabada. A doutrina é praticamente unânime em entender que a teoria civilista não pode ser totalmente aplicada ao contrato laboral, mas reconhece que continua sendo seu alicerce.

Inobstante existam enunciados que se refiram ao tema ora analisado, ainda não existe legislação específica que o aborde com clareza, legando ao aplicador da lei a possibilidade de utilizar os princípios gerais do direito, a analogia e, primordialmente, a eqüidade, a fim de alcançar solução plausível. A discussão permanece no sentido de estabelecer em que circunstâncias a teoria trabalhista das nulidades contratuais deve ser amplamente observada, e quando é necessária a aplicação de ressalvas. Tal divergência apresenta como conseqüência prática a existência de alguns julgados destoantes, conferindo a obreiros, em situações semelhantes, um rol de resultados diversos, inclusive, às vezes, a negativa de direitos.

Conquanto o direito não deva abrigar atos jurídicos defeituosos, não se pode buscar a justiça sem levar em conta a realidade nacional, no que tange ao cenário social e, especialmente, ao mercado de trabalho: não há, na prática, alternativa entre concretizar ou não determinado labor. O pensamento de Marx, de domínio comum, segundo o qual os homens fazem sua própria história, mas não sob circunstâncias de sua escolha, espelha com distinção o que ora se defende.

Destarte, não se pode punir o empregado – justamente aquele que o direito do trabalho deve proteger – por situação na qual foi inserido pelo empregador, o único que tem poder de decisão na escolha do empreendimento.

Fato é que há contratos que não devem ser convalidados por afrontarem de maneira direta e intensa a ordem social e os costumes. Contudo, há labores, assim como situações nas quais o prestador de serviços é inserido que, ainda que não admitidos pela lei civil, devem ser convalidados.

O direito trabalhista brasileiro, para dirimir os conflitos de maneira justa, necessita construir teoria definitiva no que respeita à nulidade, assim como carece de lei que aborde o tema de forma categórica e precisa. Mister se faz que a realidade nacional seja levada em conta, evitando-se, de vez por todas, que os verdadeiros fraudadores se beneficiem dos atos ilícitos por eles próprios praticados.

## Referências

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.

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

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

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

MARANHÃO, Délio e alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. 13 ed. vol 1. São Paulo: LTR, 1997.

MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antônio Carlos Flores. *Introdução ao Direito do Trabalho*, 4 ed. São Paulo: LTR, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, Vol. 1.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Nulidades, Curso de Processo do Trabalho, Perguntas e Respostas sobre Assuntos Polêmicos em Opúsculo Específico (n. 7)*. São Paulo: LTR, 1997.