

TRABALHO ILÍCITO X TRABALHO PROIBIDO

Lucélia Aparecida de Lima Ferreira*

RESUMO

O fio condutor deste trabalho é o comparativo entre o trabalho individual ilícito e o proibido, suas peculiaridades, semelhanças e diferenças. O enfoque se dará a partir da enumeração dos elementos do contrato individual de trabalho, elencando as diversas espécies de contrato, ou seja, o ilícito e o proibido, deste gênero maior. Analisar-se-á a pretensão do empregador em macular a lei em prol dos direitos do empregador, parte hipossuficiente da relação empregatícia. Todo este estudo é de suma importância, vez que tem influência sobre o mundo de todo cidadão, sendo inevitável em cada relação empregatícia que o empregado assume de um lado, e o empregador do outro. Torna-se relevante o estudo de cada aspecto para a defesa e segurança de cada parte e, conseqüentemente, para a igualdade na relação jurídica consensual e de subordinação do trabalhador frente ao empregador.

PALAVRAS-CHAVE: CONTRATO. TRABALHO. ILÍCITO. PROIBIDO. CONSEQUÊNCIAS.

* Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior

INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, é necessário ressaltar que o Direito Trabalhista nasceu como uma necessidade da sociedade capitalista a partir da Revolução Industrial (Inglaterra, século XIX), devido à imensa exploração da mão-de-obra humana. Pois, precedentes a esta época, havia os trabalhos servil e escravo, configurando a mão-de-obra livre em que havia apenas a obrigação de servos e escravos trabalharem, sem qualquer direito reservado aos mesmos.

(...) a pesquisa sobre a caracterização da relação de emprego é essencialmente uma pesquisa em torno da modernidade, uma investigação sobre elementos e dinâmicas muito próprios à contemporânea sociedade capitalista originada no Ocidente (DELGADO, 2007, p. 289).

Posteriormente, vale lembrar que a disciplina Direito do Trabalho faz uma expressa distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, na qual aquela seria o gênero, englobando todas as modalidades admissíveis de contratação de trabalho humano, quais sejam: relação de emprego, trabalho autônomo, dentre outros. E esta seria uma das modalidades específicas, uma espécie da relação de trabalho.

Este estudo acadêmico, em especial, se dedicará ao esboço específico e aprofundado da relação de emprego, muito embora já se admita atualmente que ambas as expressões se equivalham e, desta forma, acolhe-se o uso da expressão relação de trabalho como referência às específicas relações de emprego.

No contrato individual de trabalho, disciplinado pelos artigos 442 a 510 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), as partes são consideradas individualmente, logo, é um contrato bilateral formado por duas partes: empregado e empregador.

Nota-se, inicialmente, que todo e qualquer contrato de trabalho deve obedecer aos requisitos da lei civil, ou seja, aos elementos jurídico-formais que

darão validade ou não à relação de emprego, quais sejam: capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, todos elencados pelo art. 104 do Código Civil de 2002.

Capacidade é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, o que é claramente explicado pelo art. 1º do mesmo diploma jurídico: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Outro requisito de validade do negócio jurídico, ainda segundo o mesmo artigo, é o objeto lícito. E, ter objeto lícito significa que o mesmo não deve e não pode ofender a lei, ou seja, deve estar em conformidade com a moral, os bons costumes e a ordem pública.

Por outro lado, o ilícito seria tudo aquilo que objetiva a usura, o contrabando (...). Sendo ilícito o objeto, a obrigação será nula e, conseqüentemente, o ato não produzirá nenhum efeito.

Há de se destacar que, para a maioria dos contratos de trabalho, não há forma prescrita ou não defesa em lei, exceto em alguns casos em que há uma forma prescrita em lei que deve ser observada sob pena de não validade do mesmo.

Nesta relação de trabalho, o empregado pode, por livre e espontânea vontade, trabalhar e deixar de trabalhar para quem desejar e até quando não mais desejar. Logo, é um acordo de vontades, nascendo sem qualquer formalidade, inclusive, podendo ser tácito ou expresso – escrito ou verbal –, como mencionado pelo artigo 443 da CLT: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

Deste modo, o contrato de trabalho é caracterizado, quanto à sua natureza jurídica, por ser bilateral, consensual, oneroso e de prestações sucessivas. É bilateral porque, além de ser celebrado entre as partes (empregado e empregador), gera direitos e obrigações para ambas. É consensual, regra geral, pois deriva de um acordo de vontades, caracterizando-se pela ausência de qualquer tipo de forma especial prescrita em lei. Logo, para que o contrato tenha validade, basta o simples consentimento, fator decisivo na formação do negócio jurídico. E, finalmente, é oneroso, pois pressupõe o pagamento de um salário, ou seja, uma

retribuição, compensação pela força e pelo desgaste do empregado em face do empregador.

Quanto ao consentimento, deve-se atentar ao fato de que caso haja algum vício – dolo, erro, simulação, coação ou fraude –, não produzirá efeitos jurídicos, pois as partes devem ser livres para celebrarem um contrato em consonância com a lei.

A nulidade do contrato de trabalho somente abrange as cláusulas que contrariaram a legislação trabalhista e não o contrato como um todo, com exceção dos contratos celebrados entre a Administração Pública e seus servidores sem prévio concurso público, que será declarado nulo, não produzindo efeitos entre as partes.

A CLT caracteriza o contrato individual de trabalho, no artigo 442, *caput*, da seguinte forma: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego.”

De acordo com o artigo supracitado, é expresso por ser verbal ou escrito, combinado pelas partes e tácito, porque a própria relação surge sem que alguém impeça.

Além disso, afirma que é uma relação de trabalho. Este último termo como visto anteriormente, é, no sentido técnico, erroneamente utilizado pela CLT – que em certos momentos utiliza a expressão relação de emprego e em outros, relação de trabalho – uma vez que significa qualquer relação em que o objeto seja o trabalho humano; quando, na realidade, deveria ser relação de emprego, que preenche os cinco requisitos da lei trabalhista, que será estudado logo em seguida.

Do outro lado da relação, o empregado deve fidelidade ao empregador, característica essencial à relação de emprego, não podendo divulgar dados da empresa ou estabelecer uma atividade que concorra com a do patrão. Na prática destas faltas, o empregado poderá ser dispensado por justa causa.

Finalmente, para a caracterização da relação de emprego, é necessário uma análise de cada elemento e, também, o estudo de outras relações de trabalho que podem ou não caracterizar uma relação de emprego.

E, é o que se fará a seguir.

1 ELEMENTOS DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

O contrato individual de trabalho possui, basicamente, cinco elementos denominados fático-jurídicos elencados nos artigos 2º e 3º da CLT e essenciais para a verificação da existência ou não da relação de emprego:

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

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

Diante do exposto em ambos os artigos, tem-se a caracterização dos elementos do contrato individual de trabalho, como bem preceitua Carlos Eduardo Paletta Guedes (2006, p. 22) e demais autores trabalhistas:

a) Pessoa Física: o empregado deve ser uma pessoa física ou natural, descaracterizando a relação empregatícia caso seja uma pessoa jurídica. Já o empregador pode ser tanto uma pessoa física, jurídica ou mesmo uma entidade. Tal condição advém do fato de que os bens jurídicos que são tutelados pelo Direito do Trabalho, quais sejam, saúde, bem-estar, vida, dentre outros, são viáveis apenas para a pessoa física.

Neste diapasão nos ensina os autores modernos: “A pessoa jurídica não será jamais empregada, já que o conceito de empregado quer o *suor no rosto* e, evidentemente, uma pessoa jurídica não tem tal virtude” (GUEDES; MORAES; GUEDES, 2007, p. 30).

b) Não Eventualidade: o trabalho deve ser prestado de forma habitual, contínua e não esporádica, ou seja, o empregado não pode ser um trabalhador eventual mas, sim, permanente por um longo ou curto período de tempo.

c) Subordinação: o empregado deve estar subordinado ao patrão, obedecendo a todas as ordens emanadas de seu superior. Aqui, não é somente a

subordinação econômica, financeira e hierárquica, mas também e, fundamentalmente, a jurídica. Este é o mais importante de todos os elementos.

d) Onerosidade: a relação de trabalho é uma relação fundamentalmente econômica, não gratuita e, decorrendo do pagamento de salário. Corresponde, assim, a uma contrapartida pelo trabalho prestado pelo trabalhador ao empregador. Este é o elemento de menor importância na caracterização da relação de emprego e, sua ausência somente descaracteriza o contrato de trabalho se o trabalhador se privar voluntariamente do mesmo, isto é, trabalhar gratuitamente.

e) Pessoalidade: o contrato de trabalho é *intuito personae*, isto é, personalíssimo no que tange à figura do empregado, não atingindo terceiros e nem podendo ser substituído pelos mesmos. Por isso, a substituição do empregado somente pode ocorrer em casos excepcionais de curta duração e desde que pactuado entre as partes.

Tal elemento não deriva da infungibilidade da prestação de serviços, pois pode haver substituições de um trabalhador por outro ou a implantação do regime de revezamento pela empresa contratante. Assim, deriva da disposição das forças psicológicas e físicas do trabalhador para o empregador. Mas, de outro lado:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de *infungibilidade*, no que tange ao trabalhador. (...) deve ser, desse modo, *intuito 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 (DELGADO, 2007, p. 292).

Mas, mesmo assim, o jurista Maurício Godinho Delgado admite a substituição do trabalhador em determinadas situações nas quais a sua personalidade não seja suprimida, e cita como exemplo uma eventual substituição consentida e as autorizadas por lei, em que ocorre a suspensão ou a interrupção do contrato de trabalho, como no caso da licença-maternidade e das férias anuais.

O elemento acima traz consequências com a assinatura do contrato de trabalho e com sua própria dissolução, já que não é transmitido aos herdeiros em caso de morte do trabalhador. E, neste último caso, leva à sua imediata dissolução.

Enfim, caso falte algum destes cinco elementos, a relação de emprego ficará descaracterizada, formando apenas uma relação de trabalho. Portanto, caso falte o elemento não-eventualidade, por exemplo, estará caracterizado o trabalho autônomo que é uma relação de trabalho e não uma relação de emprego.

Assim, na lição de Maurício Godinho Delgado (2007, p. 306):

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.

Dai conclui-se que para a caracterização da relação de emprego, é necessária a reunião dos elementos fático-jurídicos e jurídico-formais para, então, se obter os efeitos jurídicos. Isto é, um elemento não anula o outro, eles são cumulativos, devendo existir conjuntamente.

2 TRABALHO ILÍCITO

2.1 Conceito

Contrato de trabalho ilícito é aquele que não atende aos requisitos do art. 104, CC/02 e que envolve um tipo penal legal, sendo contrário a um dos requisitos dos contratos em Direito Civil, uma vez que possui como objeto uma atividade ilícita e, como consequência, não há o reconhecimento do vínculo empregatício.

De acordo com a corrente majoritária, este tipo de trabalho é nulo de pleno direito não havendo percepção de direitos trabalhistas. A nulidade de pleno

direito tem como efeitos ser imediata e absoluta, ou seja, não gera nenhum efeito, invalidando o ato desde o seu nascimento. Sendo nulo, o contrato de trabalho não gera direitos nem obrigações entre as partes. Mas, tal nulidade deve ser vista de forma relativa e não absoluta vez que há atos que, mesmo sendo nulos produzem efeitos.

O próprio TST, através da OJ (Orientação Jurisprudencial) 199 da SDI-1 do TST decidiu pela nulidade do contrato de trabalho: “JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. ARTS. 82 E 145 DO CÓDIGO CIVIL. Inserida em 08.11.00.”

Os requisitos de validade constantes no art. 104, CC/02 já foram minuciosamente explicitados em momento anterior, já o artigo 166, CC/02 assim dispõe:

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.

Infere-se que o artigo acima repete alguns incisos já estudados pelo artigo 104, CC/02 mas com algumas novidades, como no caso de haver um contrato de trabalho em que não se obedeça a um requisito prescrito pela lei. Neste caso, como já dito, não será reconhecido o vínculo empregatício, pois o contrato é nulo.

Contrariando a OJ nº 199 do TST da SDI – 1 do TST, anteriormente citada, muitos Tribunais Regionais vêm reconhecendo os efeitos jurídicos do contrato de trabalho de trabalhador subordinado. Assim, não reconhecendo o contrato como sendo nulo de pleno direito, adotam a produção dos efeitos trabalhistas, pois, caso contrário, estariam, segundo seus entendimentos, premiando o contraventor – empregador de atividade ilícita – em prejuízo do trabalhador. Além

disso, seria impossível devolver ao trabalhador a energia gasta no serviço que prestou, já que não há como as partes retornarem ao estado *quo ante*.

Logo, a nulidade de tais contratos não acarreta a negação plena dos efeitos jurídicos do ato, obrigando o empregador a cumprir as leis trabalhistas em favor do trabalhador, que deverá receber uma indenização proporcional, equivalente à energia gasta na prestação do trabalho. Mas, por outro lado, ao reconhecerem a relação trabalhista, os tribunais estariam decidindo contrariamente aos próprios preceitos do Código Civil e no entender de Guedes (2006, p. 29):

(...) embora tolerada e arraigada em nosso tecido social, contando inclusive com a complacência de autoridades negligentes, não pode uma contravenção tornar-se fonte geradora de nenhum tipo de contrato de trabalho amparado pela lei; e ao se associar a uma atividade ilícita, não pode o prestador do serviço ver reconhecidos pela Justiça direitos iguais aos daquele trabalhador em atividade lícita.

Assim, quando um trabalhador propuser uma ação trabalhista requerendo suas verbas rescisórias e o próprio reconhecimento do vínculo empregatício, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito vez que o pedido é juridicamente impossível (artigo 267, VI, do Código de Processo Civil).

2.2 Objeto do contrato

É vedado qualquer tipo de trabalho em atividade cujo objeto é ilícito, entendendo-se como objeto ilícito tudo que é contrário à moral e aos bons costumes.

De forma geral, estabelece o Código Civil brasileiro em seus artigos 104 e 166, respectivamente:

Art. 104 – A validade do negócio jurídico requer:
II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

Art. 166 – É nulo o negócio jurídico quando:
II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

Expõe, no mesmo sentido, o conceituado Professor Carlos Eduardo Paletta Guedes (2006, p. 27) que:

Qualquer contrato deverá ter objeto lícito. Assim dispõe o Código Civil, em seu artigo 104. O contrato de trabalho deve respeitar tal mandamento, sob pena de nulidade (art. 166, II, CC). Dessa forma, não merece agasalho da lei nem do Poder Judiciário o trabalho prestado em atividade ilícita, como no jogo do bicho, no jogo de azar, no contrabando, etc. Assim posicionam-se os tribunais trabalhistas em sua maioria (Orientação Jurisprudencial nº 199, da SDI – 1 do TST).

Vale ressaltar que, em geral, toda e qualquer atividade ilícita reveste-se de uma figura delitativa ou de uma contravenção penal. Assim, a ilicitude é confundida com a própria atividade desenvolvida, isto é, tem-se a ilicitude do objeto e, por conseguinte, há a nulidade do contrato de trabalho, vez que é carente de um dos requisitos de validade dos atos jurídicos. A nulidade, nestes casos, é absoluta independentemente da provocação das partes envolvidas no caso concreto.

Ser nulo significa que o contrato não produz nenhum efeito, invalidando o ato desde o seu nascimento, pois o negócio é reprovado pela lei, protegendo os interesses da sociedade como um todo, dos bons costumes e dos valores existentes na mesma.

Enfim, atente-se para a situação a seguir, estudada por Délio Maranhão e citada por Sérgio Pinto Martins (2005, p. 137).

(...) o fato de ser ilícita a atividade do empregador não contamina o empregado, que está de boa-fé, cumprindo com suas obrigações contratuais. O mesmo ocorreria com os serviços prestados pelo pedreiro num prostíbulo, em que o seu trabalho não seria considerado ilícito, apesar de a atividade empresarial o ser. (...) se há desconhecimento de uma pessoa da ilicitude do ato, para ela o negócio jurídico é válido.

Neste sentido, se em um serviço terceirizado ou não, a pessoa desconhece a ilicitude da atividade, reconhece-se o vínculo pela boa-fé do empregado.

2.3 Atividades com objeto ilícito

2.3.1 Prostituição

Por ser uma atividade ilícita, contrária aos bons costumes, não gera, de acordo com a maioria doutrinária, vínculo empregatício, pois “(...) a ilicitude do trabalho faz nulo o contrato quando ele consiste em atração da freguesia ou em ocultação ou cumplicidade” (BARROS, 2007, p. 242).

O que destoa da seguinte decisão do TRT que reconheceu o vínculo, sob o argumento de que a empregada exercia a atividade de dançarina – que é lícita – e de prostituta em momentos distintos:

DANÇARINA DE CASA DE PROSTITUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Restando provado que a autora laborava no estabelecimento patronal como dançarina, sendo revelados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em tal função, não se tem possível afastar os efeitos jurídicos de tal contratação empregatícia, conforme pretende o reclamado, em decorrência de ter a reclamante também exercido a prostituição, atividade esta que de forma alguma se confunde com aquela, e, pelo que restou provado, era exercida em momentos distintos. Entendimento diverso implicaria favorecimento ao enriquecimento ilícito do reclamado, além de afronta ao princípio consubstanciado no aforismo *utile per inutile vitiari non debet*. Importa ressaltar a observação ministerial de que a exploração de prostituição, pelo reclamado, agrava-se pelo fato de que “restou comprovado o desrespeito a direitos individuais indisponíveis assegurados constitucionalmente (...) (TRT 3ª R. – 5ª R. – RO/1125/00 – Relª Juíza Rosemary de Oliveira Pires – DJMG 18.11.2000).

No entendimento de vários doutrinadores e, em específico, de Alice Monteiro de Barros, se o empregado ignora a(s) verdadeira(s) finalidade(s) da

empresa em que trabalha não se poderá arguir a nulidade de seu contrato de trabalho, tendo como princípio sua boa-fé.

Mas, como entendimento majoritário, entende-se que o motivo determinante, comum a ambas as partes, dever ser ilícito, como citado por Martins (2005, p. 133):

(...) empregada que mantiver contrato de trabalho com empregador que explore a prostituição, em que a primeira tivesse de manter relações sexuais com os clientes da segunda. Assim, o contrato de trabalho, aí estabelecido, seria nulo.

Assim, como bem explicitado por esse respeitável doutrinador, não se reconhe o vínculo empregatício e, conseqüentemente, o contrato de trabalho é nulo.

2.3.2 Jogo do bicho

Há duas correntes que se posicionam sobre esta atividade: a primeira diz que há vínculo empregatício, sob o fundamento de que o jogo do bicho seria “tolerado” pela Justiça brasileira, logo, seria injusto não reconhecer o vínculo empregatício. Já a segunda, majoritária, seguindo os ditames da OJ 199 do TST da SDI – 1 do TST, afirma que não há vínculo empregatício, logo, não se reconhece os direitos trabalhistas, pois tal reconhecimento levaria a uma subversão da ordem jurídica. Da mesma forma, também há divergências na Jurisprudência brasileira.

A seguir, como exemplo, tem-se uma decisão da 20ª Vara do Trabalho de Recife/PE:

NULIDADE CONTRATUAL. JOGO DO BICHO. A licitude do objeto é requisito à validade de qualquer espécie de contrato, inclusive o de trabalho. Destarte, contrato de emprego que tenha por objeto a atividade do “jogo do bicho” é nulo, face à ilicitude do objeto. Esse, aliás, o entendimento do Colendo TST sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 199, SDI-1.

Há decisões jurisprudenciais, como a do TRT/6ª Região, que reconhecem o vínculo empregatício:

RELAÇÃO DE EMPREGO DECORRENTE DE TRABALHO EM BANCA DO JOGO DO BICHO. VALIDADE. Comprovado nos autos os elementos do artigo 3º da CLT, resta configurado o liame empregatício. A circunstância de ser atividade empresarial (banca de jogo de bicho) catalogada como ilícito penal, não pode ensejar a nulidade absoluta do contrato laboral. Isso porque o jogo de bicho, embora não legalizado, é praticado às escâncaras nos Estados da Federação, contando com a tolerância e conivência dos Poderes Públicos. Milhares de trabalhadores são utilizados nessa atividade tida como ilegal, dela extraíndo seu sustento e da respectiva família. Não pode o magistrado ignorar essa realidade, tampouco declarar nula de pleno direito a relação laboral havida entre o trabalhador e o tomador dos serviços, sob pena de punir o hipossuficiente e beneficiar duplamente o verdadeiro infrator, no caso o titular da banca. Recurso Ordinário a que se dá provimento parcial.

A grande maioria dos doutrinadores brasileiros entende que o melhor posicionamento que os tribunais podem e devem manter é pelo não reconhecimento do vínculo empregatício, não contrariando, desta forma, a legislação civil e nem dando credibilidade à exploração de uma atividade ilícita.

Neste mesmo sentido ocorre com os cambistas do jogo do bicho que recolhem as apostas de jogo. Eles têm consciência de que a atividade do empregador é ilícita, desta forma, não se deve reconhecer o vínculo empregatício, não se falando em enriquecimento do empregador, pois o próprio empregado sabia que praticava uma atividade ilícita, contrária à lei e aos bons costumes de seu país.

2.3.3 Contrabando

Este termo é muito utilizado atualmente no mercado, devido à crescente comercialização de produtos nacionais e importados sem o pagamento dos devidos tributos, como uma forma de diminuir o seu preço final e, assim, aumentar o seu consumo, gerando maior lucratividade para quem o comercializa,

mesmo que ilegalmente. Para um melhor entendimento sobre o assunto, cita-se o conceito dado pelo Código Penal, a contrabando ou descaminho é:

Art. 334 – Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento direito ou imposto devido pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

Logo, o contrabando ou descaminho, é o ato de importar ou exportar mercadorias proibidas, equipando-se a ele as atividades comerciais de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras.

É uma atividade ilícita, assim, segundo a corrente majoritária, não gerará efeitos jurídicos caso o empregado demande uma ação trabalhista.

2.3.4 Pirataria

No mundo moderno, é cada vez maior a incidência da denominada pirataria. De acordo com o contemporâneo Dicionário Aurélio, o termo “pirata” significa: “(...) edição de livros, discos, fitas, etc. ou de produção de objetos, etc., fraudulenta”. É uma fraude, caracterizando-se mais uma vez um ilícito penal, em que não é possível gerar nenhum tipo de relação de emprego, mesmo que todos os cinco elementos da CLT sejam preenchidos.

O Código Penal elenca (artigo 171, ss) os tipos de fraudes e suas respectivas penas como, por exemplo, a fraude no comércio, em que se vende um produto como sendo da famosa marca “X” quando, na realidade, é de uma marca falsa “Y”, sem CNPJ.

Atualmente, há um grande número de apreensões de CDs pirateados e uma lei que não prende e não aplica pena mas, apenas, apreende as mercadorias em posse dos infratores que são colocados em liberdade minutos depois. Abaixo, como exemplo, um do acórdão do TST, processo nº 1.665/2002-002-24-00.2:

VÍNCULO DE EMPREGO – EFEITOS – ATIVIDADE ILÍCITA – RÁDIO “PIRATA”

Versam os autos sobre a possibilidade de reconhecimento de eficácia jurídica à prestação de serviços a uma rádio “pirata”.

O Recurso de Revista está fundamentado unicamente em divergência jurisprudencial, e os arestos contemplam o reconhecimento de vínculo empregatício nas atividades relacionadas ao jogo do bicho. Além de versarem hipótese fática diversa, os paradigmas estão superados pela jurisprudência nº 199/SBDI-1, na forma do artigo 896, § 4º, da CLT. (...)

O Eg. Tribunal Regional negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante, mantendo a improcedência da Reclamação Trabalhista. A despeito da evidência da prestação de serviços, negou a produção de efeitos jurídicos ao contrato de trabalho, diante da ilicitude do objeto. Consignou:

“O empreendimento econômico reclamado era uma rádio “pirata” que foi lacrada pela Polícia Federal porque não observava o código brasileiro de telecomunicações e a Lei nº 9.612/98.

Ora, se a lei expressamente prevê como crime a atividade ligada às rádios piratas, não há permitir a validade de um contrato de trabalho cujo objeto esteja ligado a ilícito penal.

Ao contrário do que sustenta o autor, a jurisprudência moderna não tem pactuado com contratos decorrentes de qualquer atividade ilícita, como é o caso em apreço. (...)

A ilicitude do objeto do contrato de trabalho o vicia em sua essência pelo que é integralmente nulo o liame de emprego proclamado pelos autos” (...)

A jurisprudência ora citada demonstra uma decisão na qual o órgão, por analogia ao jogo do bicho e, em consonância com a posição majoritária, decidiu pelo não reconhecimento do vínculo empregatício do empregador de uma rádio pirata. Mais uma vez, a decisão encontra-se pautada no ilícito penal como medida para o não reconhecimento de qualquer direito rescisório.

2.3.5 Falsificação

Como bem expõe o Dicionário Aurélio, falsificar é: “1. Imitar ou alterar com fraude. 2. Reproduzir, imitando. 3. Dar aparência enganosa a, a fim de passar por bom.”

Neste caso, o falsificador tem o objetivo de enganar a pessoa, de modo que esta se convença de que o produto que está adquirindo é verdadeiro e, na realidade, é uma imitação, não tendo as mesmas qualidades e características do verdadeiro produto. Normalmente, o produto falsificado é vendido pela metade do preço do outro (original), mas como se fosse fabricado pelo legítimo fornecedor. O vendedor alega que a empresa para qual trabalha está com uma oferta imperdível como uma forma, por exemplo, de convencer a pessoa a adquirir a mercadoria enganosamente.

Há grande dificuldade em encontrar jurisprudências a este respeito nos Tribunais do Trabalho, já que se trata de matéria de competência própria da Justiça Penal, assim, pode-se utilizar as já mencionadas jurisprudências sobre o jogo do bicho por analogia, vez que ambas constituem contravenções penais.

2.3.6 Tráfico de drogas

Na venda de drogas ou entorpecentes, a pessoa que trabalha que assim trabalha, denominada traficante, não tem direito de reclamar o vínculo trabalhista, vez que a droga, objeto de seu trabalho, é ilícita. Logo, o contrato de trabalho estabelecido nesta relação é nulo. Aqui, pode-se incluir, além do traficante, o empregado que, por acaso, venda a droga a pedido de seu patrão.

Assim, apesar de todos os cinco elementos da relação de emprego terem sido preenchidos, o empregado não tem direito a nenhuma verba trabalhista, por haver um vício do objeto de trabalho, que é ilícito, logo, contrário ao ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, caso este empregado ingresse com uma ação trabalhista, estará sujeito à prisão pela prática do crime de tráfico de drogas, estipulada pelo art. 33 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

Uma exceção ocorre com a pessoa que não trafica, mas que é usuária de drogas. Nesta situação, a possível tentativa de reconhecimento do vínculo será

anulável, por tratar-se de uma pessoa relativamente incapaz, apesar de sobre ela incidir uma pena, ainda que menor.

Abaixo, uma decisão do TST, 4ª Turma, do Relator Milton de Moura França que, ao decidir sobre o jogo do bicho, fez uma analogia com o tráfico de drogas, por serem atividades ilícitas:

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

Nesta decisão, é clara a posição do relator que afirma ser inadmissível o reconhecimento da relação de emprego quando o empregado trabalha em atividade ilícita, como jogo do bicho, passador de drogas, vendedor de pássaros silvestres, etc. Pois, o contrário vai de encontro à ordem jurídica brasileira, à moral e aos bons costumes.

2.4 Consequências jurídicas do trabalho ilícito

Como consequência jurídica de todos esses contratos de trabalho que têm um objeto jurídico ilícito, via de regra, não haverá o reconhecimento do vínculo empregatício, pois o negócio jurídico é inválido, envolvendo um tipo penal legal. Logo, o trabalhador não terá direito a receber nenhuma verba contratual, assegurada aos demais trabalhadores que exercem atividade lícita e que são regidos pela CLT.

Para uma maior credibilidade dos seguidores de tal posição, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XIII, limita a prática da atividade profissional da seguinte forma: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício resume-se a uma total subversão à ordem jurídica que, explicitamente, condena tais atividades.

Outra corrente, minoritária, defende o reconhecimento da relação de emprego tendo, o trabalhador, direito a todas as verbas rescisórias, devendo ser indenizado com o equivalente à energia gasta no dispêndio do trabalho vez que não há como as partes retornarem ao estado anterior, antes de assinarem o respectivo contrato de trabalho. Nesse mesmo diapasão se posiciona o Código Civil (artigo 182): “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizados com o equivalente”.

Ressalta-se uma exceção no caso da atividade ilícita, em que o trabalhador não tenha o conhecimento de que a atividade exercida pelo empregador é ilícita, agindo de boa-fé. Neste caso, o vínculo será reconhecido e o empregado receberá todas as verbas a que tiver direito.

Outra excepcionalidade ocorre no caso da não aplicação, por alguns TRT's, da OJ 199 da SDI-1 do TST, reconhecendo o vínculo sob a alegação de que o trabalhador não pode ser prejudicado em seus direitos em face do empregador, mesmo que este tenha exercido atividade ilícita.

Assim, em consonância com a doutrina e a jurisprudência majoritárias, não é possível o reconhecimento da relação de emprego quando o objeto do contrato de trabalho for uma atividade ilícita, sendo o mesmo nulo. Mas, o salário pago ao empregado não poderá ser devolvido, e se ainda não foi pago, não terá direito de reclamá-lo, assim como as verbas rescisórias. E, caso o empregado proponha uma ação trabalhista com o intuito de ter o reconhecimento do vínculo empregatício, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito (artigo 267, VI, CPC).

Para exemplificar tais consequências, veja o julgado abaixo do TRT 3ª Região, processo nº 00209-2002-104-03-00-0 RO, do Relator Júlio Bernardo do Carmo, de 20 de agosto de 2002:

EMENTA: JOGO DO BICHO - OBJETO ILÍCITO - CONTRATO DE TRABALHO

NULIDADE. O contrato de trabalho, além dos supostos fático-jurídicos da relação de emprego abordados pelos artigos 2o. e 3o., da CLT, requer, para sua configuração como espécie de negócio jurídico válido, a presença dos elementos jurídico-formais versados no art. 82, do Código Civil. Não sendo atendido o requisito atinente ao objeto lícito, por exercer o trabalhador a atividade de agenciador de jogo do bicho, trabalho ilícito por constituir contravenção penal, não se tem por existente a relação de emprego e o contrato de trabalho é nulo de pleno direito, tendo por consequência a negativa geral de qualquer direito trabalhista (OJ no. 199/TST). Somente seria possível atenuar referida consequência, na hipótese de não conhecer o trabalhador o fim ilícito da atividade do tomador dos serviços ou de não se inserir seu labor no contexto nuclear de tais atividades. Isso, em decorrência da teoria das nulidades do Direito do Trabalho que, como sabido, não traduz as mesmas consequências do Direito Civil na hipótese de nulidade contratual.

Deve-se atentar ainda ao fato de que o empregado, nos casos que envolvam objeto ilícito, apenas terá direito a alguma verba rescisória caso o empregador cometa alguma das faltas graves do art. 483 da CLT quando, então, aquele se recusar a praticá-las:

Art. 483- O empregado poderá considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

Destacando os assuntos que interessam a este trabalho acadêmico, tem-se que o serviço defeso em lei é uma falta grave cometida pelo empregador, quando o mesmo obriga seu empregado a executar algum tipo de serviço ilegal como, por exemplo, contrabando, tráfico de drogas, descaminho, dentre outros. Já o serviço contrário aos bons costumes, também é ato faltoso no qual o empregador obriga o empregado a efetuar serviços contrários aos bons costumes e à honra, por exemplo, quando obriga determinada garçonete de um restaurante a fazer “programas”, como prostituta, com clientes após o expediente.

3 TRABALHO PROIBIDO

3.1 Conceito

Trabalho proibido é o tipo de trabalho irregular em que o objeto é lícito, mas o agente não é capaz, havendo uma vedação legal em virtude das condições ou circunstâncias do prestador de serviços. Sua execução pode gerar efeitos por simples justiça ao trabalhador que presta o trabalho em condições expressamente vedadas em lei, sendo o objeto de proteção do legislador.

Sobre a matéria, duas correntes posicionam-se sendo que a majoritária reconhece o vínculo empregatício evitando, assim, o enriquecimento ilícito do empregador. Embora a obrigação seja nula, o contrato não o é. Logo, como é um negócio jurídico anulável gerará o vínculo empregatício, vez que não há como retornar as partes ao *status quo ante*.

A lei protege, de forma especial, não só a incapacidade do agente, mas certas peculiaridades de ordem fisiológica, segurança, salubridade, moralidade e cultura. E, é nessa mesma linha de raciocínio que se posiciona a doutrina pátria:

No caso do trabalho proibido, não há como justificar a nulidade total do pacto laboral. Ao contrário, trata-se de um ato jurídico anulável, em que prepondera o interesse privado individual (...). Nas atividades proibidas, embora o ato jurídico seja anulável, são produzidos efeitos jurídicos (MARTINS, 2005, p. 136).

Daí decorre a maior diferenciação entre o trabalho ilícito e o proibido: naquele prepondera o interesse público e, regra geral, o trabalhador não terá direito de reclamar as verbas rescisórias, visto que a nulidade do contrato de trabalho decorre da ilicitude do objeto. Já neste predomina o interesse privado, individual e o trabalhador poderá reclamar o recebimento de tais verbas rescisórias pelo serviço prestado como uma contraprestação.

3.2 Capacidade do agente

O trabalho proibido é caracterizado, como visto anteriormente, por um vício quanto à capacidade do agente que é incapaz para celebrar qualquer tipo de trabalho ou contrato jurídico, salvo nas condições permitidas pela lei. Ou seja, o empregado não possui "(...) aptidão para adquirir e contrair obrigações no ordenamento jurídico" (BARROS, 2007, p. 238). A lei impede que seja exercido o trabalho, isto é, é proibido o trabalho exercido por determinadas pessoas, em certas circunstâncias ou condições e, desde que esta proibição não decorra da moral ou dos bons costumes.

Como há um vício quanto à capacidade do agente, absoluta ou relativamente incapaz, a lei que foi criada para proteger não poderá prejudicá-lo e, conseqüentemente, os tribunais regionais, aplicando as normas sobre a matéria, majoritariamente vêm julgando pelo reconhecimento do vínculo empregatício. Veja o relatório do Excelentíssimo Juiz do Trabalho, Sr.º Adalberto Martins da 78ª JCJ/SP:

Com efeito, o trabalho proibido decorre de alguma restrição à capacidade física ou da necessidade de proteção ao trabalhador,

segundo os critérios do legislador. E, obviamente, a prestação do trabalho em condições vedadas por lei não pode acarretar prejuízo àquele que a legislação objetivou proteger.

Assim, no contrato de trabalho entre o incapaz e o empregador haverá uma nulidade relativa, gerando efeitos entre as partes contratantes, como uma forma de fazer justiça à falta de discernimento total ou relativo do incapaz. Até mesmo porque, o não reconhecimento da relação de emprego seria um ato contrário à própria Constituição Federal vigente que, expressamente, proíbe ou limita o exercício destas e de outras atividades.

Neste mesmo diapasão, Martins (2005, p. 135) afirma que:

No contrato de trabalho não há como repor as partes ao estado anterior, pois é impossível devolver a energia de trabalho ao empregado. Assim, muitas vezes o correto é o pagamento da indenização respectiva.

Neste sentido, deve ser feita uma distinção entre a lei civil e a lei trabalhista, pois aquela não revoga esta. Logo, mesmo que o trabalhador adquira maioria civil, isto não o torna capaz para fins trabalhistas, devendo ser aplicada, nestes casos, unicamente a CLT.

3.3 Atividades proibidas

3.3.1 Menor

Inicialmente, é necessário verificar que o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069/1990), em seu artigo 2º, *caput*, assim conceitua criança e adolescente: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Após esta definição, vale frisar que, tempos depois, a Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98, modificou a idade mínima permitida para ingresso do adolescente no mercado de trabalho, assim, a Constituição Federal (artigo 7°, inciso XXXIII) passou a afirmar que, quanto à capacidade das partes, tem-se: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;”

Desta forma, o menor de 16 anos de idade, mesmo que acompanhado de seus responsáveis, não pode celebrar contrato de trabalho, logo, este será nulo, por ser, o menor, absolutamente incapaz para fins de relação trabalhista. Tal condição comporta uma exceção, ou seja, desde que maior de 14 anos de idade, e representado, o menor poderá trabalhar, desde que na condição de aprendiz.

É neste mesmo sentido o artigo 428 da CLT:

Artigo 428 - Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

§ 1° - A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

O contrato de trabalho firmado pelo menor aprendiz é um tipo de contrato especial regido pela CLT, devendo ser ajustado por prazo determinado, por escrito, com anotação na CTPS, além de matrícula e frequência do mesmo na escola. Assim, é um ato solene e, caso não sejam respeitadas estas normas, será nulo.

E desta forma, não é admitido, em nenhuma hipótese, o trabalho infantil mesmo que na condição de aprendiz, ou seja, o menor de 18 anos e maior de 16 anos é relativamente incapaz e o menor de 16, absolutamente incapaz.

Para maior enriquecimento didático e curiosidade, vale lembrar que o Código Civil (art. 5º), elenca algumas exceções em que este menor poderá adquirir a maioridade antes de completar os seus 18 anos de idade. Mas, o fato de o menor passar a possuir atividade econômica própria, por exemplo, apenas o torna capaz para a vida civil e não para fins trabalhistas, pois a CLT é totalmente omissa quanto a este assunto. Conseqüentemente, a CLT, norma especial trabalhista, não pode ser revogada pelo código civil, norma geral civil.

O Excelentíssimo Juiz do Trabalho, presidente da 78ª JCJ/SP, afirma que:

Igualmente, a prestação de trabalho noturno, perigoso ou em condições insalubres, pelo menor de dezoito anos, implica o pagamento dos adicionais correspondentes, independentemente da responsabilidade administrativa ou penal do empregador.

E, em seguida, anota: “E nesta hipótese específica, entendemos perfeitamente cabível a cumulação do adicional de insalubridade com o de periculosidade, não militando em favor do empregador o disposto no § 2º do art. 193 da CLT”.

Quanto aos direitos e obrigações do menor, os artigos 439 e 440, respectivamente, assim dispõem:

Art. 439 – É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos não dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.

Art. 440 – Contra os menores de 18 (dezoito) anos não corre nenhum prazo de prescrição.

Já os artigos 404 e 405 da CLT mencionam os tipos de proibições, aplicadas ao menor, quanto à idade mínima e à moralidade. Assim:

Art. 404 – Ao menor de 18(dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas.

Art. 405 – Ao menor não será permitido o trabalho:

I – nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pela Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho.

II – em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.

§ 2º O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz da Infância e da Juventude, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral.

§ 3º Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

- a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, *dancing* e estabelecimentos análogos;
- b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;

O artigo 405 acima proíbe o trabalho que seja nocivo à moralidade, ou seja, o trabalho agressivo, prejudicial para o menor. Assim, no caso de atores e atrizes mirins, o Juiz da Infância e da Juventude deverá autorizar o trabalho dos mesmos em teatros e em empresas circenses. Nestas situações, o Ministério Público é o órgão competente para verificar se o trabalho é ou não agressivo para o menor. Mas, o próprio representante legal poderá pleitear a extinção do contrato de trabalho, caso verifique a agressividade do trabalho prestado, conforme dispõe o artigo 408, CLT: “Ao responsável legal do menor é facultado pleitear a extinção do contrato de trabalho, desde que o serviço possa acarretar para ele prejuízo de ordem física ou moral”.

Vale ressaltar que o menor possui a carga horária igual à de um adulto: 44 horas semanais e 8 horas diárias. O mesmo não vale para o trabalhador aprendiz.

Mas, e no caso do menor de 18 anos for empregado em mais de um estabelecimento? Diz o art. 414, CLT: “(...) as horas de trabalho em cada um serão totalizadas”. Isto é, este menor pode prestar serviço em mais de uma empresa e desde que estas horas sejam somadas.

Quanto à nulidade, os contratos celebrados por menores de 16 anos, absolutamente incapazes, serão válidos, pois a legislação deve ser interpretada a favor e não contrária ao menor, mas desde que preenchidos todos os requisitos para

a configuração do vínculo empregatício. Mas, o contrato firmado pelo relativamente incapaz é anulável, isto é, passível de ser anulado, e não nulo de pleno direito.

Acrescenta-se que tal negócio jurídico é passível de confirmação posteriormente para que seja convalidado. Então:

O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo (art. 173 do Código Civil). Exemplo pode ser a celebração de contrato de trabalho de menor entre 16 e 18 anos, sem a anuência dos pais. Estes podem convalidar posteriormente o ato do menor (MARTINS, 2005, p. 134).

Este negócio jurídico firmado entre o menor e a empresa, qual seja, o contrato de trabalho por tempo determinado, segundo o artigo 445 da CLT, deverá ter um prazo máximo de duração de dois anos, não podendo ser, em hipótese alguma, prorrogado por igual período: “O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451”. Este artigo assim dispõe: “O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo”. Isto é, ele permite que o contrato por tempo determinado seja prorrogado uma única vez. Mas esta prorrogação é, na realidade, 02 anos mais 02 totalizando 04 anos ou 01 ano mais 01, totalizando 02 anos? Atualmente, não há dúvidas: deve-se interpretar a duração do contrato de trabalho de acordo com o estipulado pelo artigo 445 da CLT. Segundo Martins (2005, p. 142):

Atualmente, o legislador é expresso no sentido de se observar o art. 451 da CLT. Assim, é possível prorrogar uma vez o contrato de trabalho por prazo determinado, porém, mesmo na prorrogação, o contrato de trabalho de prazo certo não poderá exceder a dois anos. É a interpretação sistemática da CLT, mediante a combinação dos arts. 445 e 451 da citada norma. Dessa forma, é possível fazer um contrato de trabalho por tempo determinado de um ano e prorrogá-lo por mais um ano.

Conclui-se, então, que a reforma constitucional objetivou uma maior proteção do trabalho adolescente, uma vez que o trabalho infantil, prestado pelo

menor de 12 anos de idade, foi banido de nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1967, mesmo que a realidade social insista em ignorar o direito.

3.3.2 Policial Militar

O Policial Militar que, nas horas vagas, presta serviços como segurança em casas noturnas, estabelecimentos comerciais, ou outros locais, está sujeito às penalidades previstas no Estatuto Militar.

A Instrução de Corregedoria nº 02 – NR. 02, de abril de 2009 – prevê em seu Capítulo III, "Da prática de segunda atividade privada de segurança e transporte clandestino", que:

Art. 27 – O militar envolvido no exercício de segunda atividade de segurança privada e transporte clandestino de pessoas ("perueiro") e coisas (veículos, mercadorias, animais e outras) deve ser enquadrado como incurso na transgressão disciplinar tipificada no inciso X do art. 13 (exercer, em caráter privado, quando no serviço ativo, diretamente ou por interposta pessoa, atividade que se desenvolva em local sujeito à atuação da Polícia Militar) do CEDM.

§ 3º Para caracterização da transgressão disciplinar tipificada no inciso X do art. 13 do CEDM, a segurança privada poderá ser exercida em estabelecimentos comerciais, bancários, financeiros, propriedades particulares ou públicas, condomínios abertos ou fechados, horizontais ou verticais, templos religiosos, escoltas armadas ou não, de qualquer natureza, ou outros, com ou sem remuneração.

§ 5º A conduta poderá caracterizar, além da transgressão disciplinar, a prática de infração penal militar descrita no art. 204 do CPM (exercício de comércio por oficial), no caso de Oficiais, ou da contravenção penal prevista no art. 47 da LCP (exercício ilegal de profissão ou atividade), no caso de Oficiais e Praças.

A OJ 167 do TST, convertida na Súmula 386 do TST, assim dispõe:

POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM EMPRESA PRIVADA. Inserida em 26.03.99 (Convertida na Súmula nº 386, DJ 20.04.2005). Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação

de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar.

Assim, através desta Súmula, o TST reconhece o vínculo empregatício entre a empresa privada e o policial militar, e em contraposição, não libera o empregado das penalidades previstas no estatuto militar. Neste mesmo sentido é a jurisprudência do C. TST:

RELAÇÃO DE EMPREGO - TRABALHO LÍCITO E TRABALHO PROIBIDO - POLICIAL MILITAR - O serviço que executa o policial militar, junto a terceiro, pode se revelar proibido, na medida em que a legislação não lhe permite outra atividade fora do regime profissional que o vincula ao Estado, mas certamente não se pode dizer que esteja a executar trabalho ilícito. A proibição pode acarretar-lhe consequências punitivas, as mais diversas, por força de deveres específicos decorrentes de regulação normativa própria da atividade policial. Mas certamente que, perante seu empregador, pessoa que se beneficiou de seu trabalho lícito e não ilícito, ressalte-se, há que prevalecer a proteção emergente das normas trabalhistas, ante o princípio do contrato-realidade. Nesse sentido pacificou-se a jurisprudência desta e. Corte, conforme Orientação Jurisprudencial nº 167 do TST (...). Recurso de revista conhecido e provido (Processo TST - RR. 435547/98 - Ac. 4ª T. - Rel. Min. Milton de Moura França - DJU 01.03.2002).

Ou seja, o serviço que o policial presta para uma empresa privada, não é ilícito, mas pode constituir-se numa transgressão disciplinar no âmbito do regulamento da corporação da qual faça parte. Isto significa dizer que, se o policial presta tais serviços durante as folgas, se há qualquer proibição ou restrição da corporação, cabe a esta estabelecer a punição. Mas, tal punição por parte da corporação não anula a responsabilidade do empregador que se beneficiou do trabalho lícito do PM devendo, segundo o Jurista Vieira de Mello, "(...) prevalecer a proteção emergente da legislação em que se regulam as relações de trabalho, em face do princípio do contrato-realidade".

Nesta mesma linha de raciocínio é a jurisprudência do TST, 1ª Turma, processo nº AIRR - 40201/2002-902-02-40.0, julgamento proferido em 03 de junho de 2009, pelo Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. POLICIAL MILITAR. SÚMULA Nº 386 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Consoante a diretriz da Súmula nº 386 do TST, preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar. Constatado que a decisão do Tribunal Regional se harmoniza com a jurisprudência pacífica desta Corte, a pretensão recursal encontra óbice no § 4º do art. 896 da CLT.

Enfim, o Policial Militar que prestar serviços para empresas privadas e tiver o vínculo empregatício reconhecido, não estará liberado das possíveis penalidades no âmbito militar, por tratar-se de uma atividade proibida, apesar de ser lícita.

3.3.3 Administração Pública

A Administração Pública, ao contratar seus servidores, pode assumir diversos tipos de contratos: estatutário, trabalhista (ou celetista) e temporário. O servidor celetista é aquele cuja relação jurídica é regida pela CLT. Já o servidor estatutário é o disciplinado por estatutos.

Aqui, se atinará ao segundo tipo, isto é, ao estatutário, cujo contrato celebrado entre ele e a Administração Pública caracteriza-se como um contrato administrativo e não como um contrato de trabalho (que é o caso do celetista), logo, não possui natureza contratual, sendo regido pelo direito público. Sendo uma relação de natureza não-contratual, não é a Justiça do Trabalho o foro competente para dirimir os conflitos que possam surgir entre o Órgão Público e os servidores estatutários.

Neste tipo de vínculo empregatício, cada ente federativo – Federal, Estadual, Municipal e Distrital – deve adotar um regime estatutário para seus servidores, assim, há uma pluralidade normativa que indicará os direitos, deveres e obrigações dos servidores e do ente administrativo, como é o caso do Estatuto dos Servidores Públicos da União, Lei 8.112/90.

Em sua doutrina, o jurista de Direito Administrativo afirma que o TJ-MG assim julgou:

A Administração Pública não pode, via decreto anulatório do concurso, desfazer nomeações de funcionários, já que em pleno exercício dos cargos, demitindo-os sem o devido processo administrativo, no qual lhes fique assegurada ampla defesa, com a garantia do devido processo legal (CARVALHO, 2007, p. 549).

Também assim se posiciona a jurisprudência do STF, 2ª Turma, Rel.^a Ministra Ellen Gracie:

Constitucional. Trabalhista. Empregada de sociedade de economia mista celetista. Readmissão com fundamento no art. 37 da CF/88. Impossibilidade. Vínculo entre a recorrente e a recorrida se deu no âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas, com normas próprias de proteção ao trabalhador em caso de dispensa imotivada. As disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido (CARVALHO, 2007, p. 671).

Por conseguinte, o artigo 37, II da Constituição Federal de 2008, proíbe a contratação de servidores que não tenham prestado concurso público, assim, é um contrato nulo, pelo fato de não estar revestido da forma prescrita em lei.

Art. 37 – (...)

II – a investidura em cargo em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Como o trabalhador não pode alegar que desconhece a lei, ele também deve saber que, para ser contratado, necessita ser submetido a concurso público. Isto anula qualquer alegação de vínculo por parte do empregado, apesar do órgão público ter a consciência de que é proibida a contratação desta forma.

Assim dispõe o incontroverso Sérgio Pinto Martins: “O TST entende que devem ser pagos apenas os salários ao empregado com incidência do FGTS”.

Sobre este assunto, há a Súmula nº 363 do TST:

CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor de hora do salário, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

De acordo com esta Súmula, o servidor ao ajuizar uma ação trabalhista, não terá direito ao reconhecimento do vínculo empregatício e nem às suas verbas contratuais, somente recebendo os valores referentes às horas trabalhadas e aos depósitos de FGTS. Pois houve a inobservância de uma forma prescrita em lei para a contratação de servidores públicos pela Administração Pública, como bem dispõe a mencionada súmula e a própria Constituição Federal de 1988 (artigo 37, II e § 2º). Assim, o reconhecimento do vínculo implicaria numa inconstitucionalidade, vez que infringiria o disposto na Lei Maior de nosso país e base de todos os demais dispositivos infraconstitucionais.

3.4 Consequências jurídicas do trabalho proibido

De acordo com o estudado até o momento, com relação ao trabalho proibido, depreende-se que, como o objeto do trabalho é lícito, via de regra, reconhece-se o vínculo existente entre o empregador e o empregado. Embora a obrigação seja nula, o contrato não o é, logo, o trabalhador poderá reclamar os salários e os direitos correspondentes aos serviços prestados ao empregador, impedindo o enriquecimento ilícito deste último. Como já mencionado, é uma atividade lícita e, portanto, gera todos os direitos ao trabalhador e sanções ao empregador.

Uma primeira exceção a esta regra é o contrato de trabalho firmado pelo menor incapaz. Este tipo de contrato será válido e, conseqüentemente, o menor terá direito a todas as verbas contratuais, pois a lei deve ser interpretada em favor do menor. Se o menor de 16 anos de idade exerce uma atividade, desde que respeitados os requisitos do art. 3º da CLT, e o empregador tem consciência deste impedimento decorrente da idade, ao ser demitido terá direito às verbas rescisórias próprias da relação de emprego. Também se procede desta forma quanto ao menor de 18 anos que exerça atividade insalubre, perigosa ou em horário noturno tendo direito, ainda, a receber os adicionais de insalubridade e periculosidade acumulados. Por conseguinte, o empregador ainda ficará sujeito a cominações na esfera criminal ou administrativa.

Uma segunda exceção é nos casos em que não há observância de alguma forma prescrita em lei como, por exemplo, quando a Administração Pública (após a Constituição Federal de 1988) contrata servidores públicos sem a prévia realização de concurso público de provas ou de provas e títulos. Neste caso, o servidor apenas receberá os salários a que tiver direito e o FTGS, conforme bem especifica a Súmula 363 do TST e a própria Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A partir desta pesquisa, conclui-se que o contrato individual de trabalho é, em um estudo da atualidade brasileira, um ramo do Direito do Trabalho disciplinado pela CLT, composto por dois polos: empregado e empregador.

Neste contrato individual de trabalho há a relação de emprego (espécie do gênero relação de trabalho) disciplinada pela CLT. A relação de trabalho envolve todos os tipos de relação de emprego além de outros tipos de contrato de trabalho, como o trabalho avulso e o trabalho autônomo. Logo, toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas o inverso é falso.

Para a caracterização desta relação de emprego e, conseqüentemente, gerar o vínculo empregatício é necessário, primeiramente, a observância dos requisitos do art. 104 do CC/02, que dizem respeito à validade do contrato de trabalho e, posteriormente, dos elementos constantes dos artigos 2º e 3º da CLT. Assim, caso não se preencha todos os requisitos fático-jurídicos, quais sejam, onerosidade, pessoalidade, subordinação, não eventualidade e pessoa física, a relação de emprego não será reconhecida. E mesmo que esses requisitos sejam preenchidos, os requisitos jurídico-formais da lei civil também têm que ser observados, ou seja, ambos são essenciais para a caracterização da relação jurídico-empregatícia.

Após a observância de todos estes requisitos essenciais, deve-se atinar ao fato de que há atividades que, por terem como fim um objeto ilícito, são passíveis de nulidade absoluta, como é o caso da prostituição, do jogo do bicho, do contrabando. Pois, de acordo com a corrente majoritária da jurisprudência e dos doutrinadores brasileiros, não há como reconhecer o vínculo empregatício de uma relação advinda da prática de uma atividade ilícita, contrária à lei e aos bons costumes do país. Mas, apesar disso, alguns TRT's vêm reconhecendo o vínculo em seus julgados, sob a hipótese de que o não reconhecimento da relação empregatícia levaria ao enriquecimento ilícito dos prestadores de serviços.

Assim, há uma grande divergência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais tendiosos, cada vez mais, para a Orientação Jurisprudencial nº 199 da SDI-1 do TST. E, apesar das divergências, não deve haver o reconhecimento do vínculo, já que o próprio trabalhador tem ciência da ilicitude da atividade – ilícito penal legal – praticada por ele e seu empregador. O reconhecimento, desta forma, é um erro gritante, pois tal decisão é contrária à própria legislação do país, por tratar-se de uma contravenção penal, isto é, crime de menor potencial ofensivo.

Entende-se, assim, que ao ser ajuizada uma ação trabalhista pelo empregado, o juiz deverá extinguir o processo sem a devida resolução do mérito (reconhecimento do vínculo empregatício), pois o objeto é juridicamente impossível, advindo de uma atividade ilícita, ou seja,, ilegal, sendo considerada uma

contravenção penal. Além disso, os trabalhadores não terão direito a nenhuma indenização por dano sofrido pela atividade praticada por ele e seu empregador.

Além dessas atividades, há outras que são proibidas por haver incapacidade do agente em assinar o contrato, apesar da atividade desenvolvida pelo mesmo ser lícita. É o que ocorre quando o agente não tem capacidade para exercer a atividade ou o contrato assinado pelas partes não preenche determinado requisito preestabelecido pela lei. Pode-se citar como exemplos, o trabalho de menores de 14 anos de idade e os servidores contratados pela Administração Pública sem previamente serem aprovados em concurso público.

Nestes tipos de trabalho, o vínculo será anulável e o empregado receberá as verbas indenizatórias a ele cabíveis, em cada situação. Desta forma, se o menor de 18 e maior de 16 anos de idade, relativamente incapaz, celebrar um contrato sem a anuência de seus pais, o negócio será anulado caso os pais não ratifiquem o ato. Mas, o menor receberá todas as verbas rescisórias, pois neste caso, a lei é interpretada em favor do mesmo.

E no caso de haver um vínculo entre o Estado e os seus servidores sem concurso público, o TST entende que a estes caberá o recebimento do salário e do FGTS apenas, pois àquele era vedada a contratação sem concurso mas, apesar disso, o servidor também tinha a ciência, teoricamente, à época, de que era necessário o prévio concurso para exercer a atividade.

Ao ser ajuizada a ação trabalhista, o juiz reconhecerá o vínculo, julgando o processo com resolução do mérito. Além do mais, não pode a lei ser interpretada, por exemplo, contrária ao menor, vez que não há como as partes voltarem ao estado anterior, devolvendo-lhes a força despendida com o trabalho.

Finalmente, conclui-se que quando o objeto do contrato de trabalho for ilícito, não gerará direito a verbas trabalhistas, pois a própria relação é ilícita. Mas, se não há ilicitude e apenas a laboração de uma atividade proibida, gerará o direito a verbas trabalhistas, pois a lei não poderá ser interpretada contrária aos direitos do empregado que já despendeu sua força física e mental em prol do empregador. E por fim, como exceção à regra, se há a contratação irregular pela Administração Pública de servidores sem a prévia realização de concurso público, em consonância

com o artigo 37, II e § 2º da Constituição Federal de 1988, haverá apenas o pagamento das verbas relativas às horas trabalhadas e ao FGTS, como também expõe a Súmula 363 do TST.

Mas o que se percebe, atualmente, é uma desvinculação dos TRT's e do próprio TST quanto à aplicação da OJ 199 da SDI-1 do TST, pois há julgados em que aqueles tribunais reconheceram o vínculo de emprego, apesar de a atividade ser ilícita, mas que o trabalhador tenha consciência da atividade desenvolvida.

Tais decisões, mesmo sendo contrárias à norma constitucional, têm por maior objetivo, segundo os tribunais que assim decidem, impedir o enriquecimento ilícito do empregador em face do trabalhador que não receberia nenhuma verba que lhe é assegurada pela lei trabalhista.

WORK ILLICIT X WORK PROIBIT

ABSTRACT

The theme of this work is the comparison between individual work and banned illicit, pointing their peculiarities, similarities and differences. The focus will be given from the list of elements of the contract of employment with the cast of several species of contract, ie the unlawful and forbidden, this major genre. Analyze will be the intention of the employer in macular law in favor of the rights of the employer, the hipossuficiente the employment relationship. The tense relationship employer / employee in the Labor Law, also tolerate the subsidiary application of civil law, as applicable, as, for example, the concept of legal business. All this study is of major importance, since it has influence on the world of every citizen, is inevitable in every relationship of employment that the employee takes a side, and another employer. Becoming relevant to the study of every aspect for the protection and safety of each

party and therefore equality in the legal and consensual subordination of the worker against the employer.

KEY WORDS: AGREEMENT. WORK. ILLICIT. PROHIBITED. CONSEQUENCES

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2007.

BRASIL. **Instrução de Corregedoria. 02. PMMG**, 2009. Disponível em: <www.universopolicial.com>. Acesso: 02 ag. 2009.

BRASIL. Portal da Justiça Federal. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (6ª Região). Processo 01246-2005-020-06-00-3. Recorrente: Antônio Januário da Silva. Recorrida: Sonho Real. Juiz Relator: Valdir Carvalho.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (14ª Região). Processo 00164.2006.031.14.00-2. Recorrente: Nelcy Barbosa Maipira. Recorrido: Cynthia Patrícia Chagas Muniz Dias e Outra. Relatora: Juíza Maria Cesarineide de Souza Lima.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). Acórdão TST-RR-1.665/2002-002-24-00.2. Recorrente: Edson Fortunato Pereira Júnior. Recorridos: Clemêncio Frutuoso Ribeiro e Cláudio Alves de Andrade. Ministra-Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). RR 765398/2001.2. Relator: Milton de Moura França. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso: 02 ag. 2009.

BRASIL. **Vade Mecum**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Volume 1 Número 2

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

GUEDES, Carlos Eduardo Paletta. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Fundamento, 2006.

GUEDES, José Antonio Cúgula; MORAES, Suzana Maria Paletta Guedes;

GUEDES, Carlos Eduardo Paletta. **Curso prático de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2007.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Pirata. In _____. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Positivo, 2007. p. 384.

MARTINS, Adalberto. O trabalho do menor e a Emenda Constitucional nº 20/98. Disponível em: <www.fig.br>. Acesso: 03 ag. 2009.

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

NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. Disponível em: <www.vemconcursos.com>. Acesso: 02 ag. 2009.

PEREIRA, Dênisson Almeida. Contrato de Trabalho (Parte I). Disponível em: <www.companhiadosconcursos.com.br>. Acesso: 02 ag. 2009.

REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Trabalho de PM em empresa pode ser proibido, mas não é ilegal. 26 nov. 2002.