

# OS TRABALHADORES “MALDITOS” E A JURISPRUDÊNCIA DO TST: A (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA DE EMPREGADOS DO MERCADO DO SEXO\*

Fabio Túlio Correia Ribeiro\*\*

## 1 – INTRODUÇÃO

Usualmente se diz que o Direito açambarca todas as esferas da vida social, de modo que nenhuma relação constituída no âmbito da comunidade pode, em rigor, estar fora de seu alcance e regulação. Não pretendo aqui, dados os limites deste trabalho, ressuscitar toda a discussão sobre as lacunas do Direito ou sua incompletude, assuntos por demais complexos e vastos para serem debatidos nesta oportunidade. Cuido apenas de mencionar aquilo que julgo ser um vácuo eloquente de nosso ordenamento jurídico, cujos reflexos alcançam a doutrina e a jurisprudência nacionais. Ou melhor dizendo, se não se configura exatamente como um vácuo, trata-se mais propriamente de um tratamento não satisfatório da questão que trago à consideração, porque defasado relativamente aos costumes e às práticas sociais contemporâneas.

Refiro-me, sem mais ambages, ao imenso contingente de trabalhadores do mercado do sexo, os quais, pelas mais diversas razões, de índole vária – seja moral, seja religiosa, seja cultural –, encontram-se, entre nós, afastados ou excluídos da proteção jurídica do Direito do Trabalho.

Não pretendo descortinar os motivos últimos que justificam essa situação de anomia em nossa legislação e suas consequências na jurisprudência e na doutrina, mas desde logo invoco a velha e sábia formulação de Gadmer, para quem nós, os seres humanos, somos contextuais e essencialmente mutáveis, características que estão inscritas em nossa natureza, seja lá o que se entenda por natureza profunda do homem. Por isso, por sermos seres que coexistem,

---

\* Trabalho apresentado à EJUD20 para a certificação final do VII Curso Intensivo de Formação Continuada de Magistrados, em setembro de 2014.

\*\* *Desembargador Federal do Trabalho; presidente do TRT da 20ª Região (SE).*

habitamos um mundo de significados e valores, de modo que não nos podemos considerar na conta de observadores assépticos, neutros, que miram o mundo a partir de uma perspectiva isenta. Somos, diria eu, autorreferentes, e tudo o que tocamos carrega a marca de nossa própria identidade.

Exatamente pela circunstância acima citada é que me parece acertada a afirmação de Alejandro Nieto, para quem é refutável o argumento da ausência de contaminação pessoal do jurista pelo universo que o cerca, inclusive pelos seus interesses e pelas suas expectativas, haja vista que ele, o jurista, por força mesmo dos atributos de sua função, não se limita a entender o texto legal – como retoricamente se diz nos mais variados palcos onde se atua, com boa ou má-fé –, senão que tende a manipular o texto de acordo com a sua personalidade e situação<sup>1</sup>.

Desde logo, ponto que não poderia ser diferente, uma vez que a eliminação da subjetividade do julgador no momento de proferir a sua decisão é um mito, simplesmente porque não é possível esperar de alguém – em nenhuma circunstância – que se desvista de sua condição de sujeito moral, de sujeito racional na hora de proferir julgamento, seja qual for o caráter de tal avaliação, se jurídica, se ética, ou se ético-jurídica: o homem não existe no vazio.

Insisto na argumentação, não obstante a sua marcante obviedade, tão somente para firmar posição e recusar posturas que insistem em pipocar, quando em vez, aqui e ali, por alguns dogmáticos que continuam a acreditar numa espécie de infalibilidade do sistema, que teria sempre uma resposta incontestável e objetiva para os vários problemas humanos, resposta essa, aliás, que geralmente ou quase sempre coincide com sua própria visão de mundo<sup>2</sup>.

A justiça parece que foi expulsa do Direito, e por ser um termo ou valor cujo conteúdo ninguém propriamente soube esclarecer, apesar do esforço inaudito de brilhantes mentes ao longo dos séculos, contentamo-nos em justificar as decisões judiciais não primordialmente por sua intrínseca justeza ou acerto, senão mais tecnicamente por sua subsunção a alguma norma do sistema ou

---

1 NIETO, Alejandro. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Trotta, 2003. p. 38.

2 Chamo o profissional que assim se expressa de *jurista dogmático*. Ele acredita na infalibilidade do sistema, na sua incondicional propensão a resolver os assuntos humanos a partir de uma perspectiva legalista. Para ele, jurista dogmático, o Direito confunde-se, quase sempre, com a lei, ou seja, com a norma jurídica *stricto sensu*. Portanto, ele não casa para constituir família e viver em ambiente de amor fraterno com sua mulher e filhos; antes, casa-se para cumprir o disposto no Capítulo I, do Subtítulo I, do Título I, do Livro IV do Código Civil. De igual modo, ele não faz sexo com sua parceira (ou parceiro) para realizar um desejo voraz de posse, dando e recebendo prazer, consumando, assim, uma das mais viscerais funções humanas; ao revés, pratica sexo para cumprir o débito conjugal, previsto no inciso II do art. 1.566 do Código Civil.

a algum precedente. O resultado disso é que ao juiz justo seguiu-se o justo técnico, de modo que é comum ver pessoas debaterem suas preferências entre um e outro (*eu prefiro o juiz A, porque ele é muito justo* – diz alguém. Logo, outro pondera: *Ah, já eu prefiro o juiz B, porque ele é muito técnico*). Ocorre, todavia, que justiça sem técnica pode gerar arbitrariedade, o que ninguém deseja, ao passo que técnica sem justiça certamente conduz a decisão, que nada mais é do que estelionato formal<sup>3</sup>. Logo, compatibilizar justiça e técnica, garantindo não apenas segurança jurídica às partes de uma relação processual, mas igualmente a legitimidade da decisão proferida, é um desafio para todos os que se aventuram no foro.

Neste pequeno estudo pretendo debater a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST sobre a proteção trabalhista dos operários do sexo, isto é, busco referir, ainda que em rápidas pinceladas e sem a pretensão do esgotamento – mormente porque venho refletindo sobre o tema há algum tempo e tenho a intenção de elaborar um trabalho de maior envergadura doutrinária em ocasião futura, dando continuidade ao objeto de minha pesquisa acadêmica no âmbito do estudo da proteção da intimidade e da privacidade do trabalhador –, o tipo de garantia, se é que existe alguma, que a jurisprudência pátria confere àquele profissional, homem ou mulher, que usa o seu corpo para dar prazer sensual e que cobra por isso.

Que fique claro que não trato de todos aqueles profissionais do sexo que exploram o corpo como atividade sua, sem vinculação a qualquer outra pessoa. Esclarecendo, não discuto a questão do operário do sexo que vive autonomamente de seu trabalho. Abordo o caso daquele que, seja em que atividade for, permite que outrem lucre com o seu obrar, o que é bastante comum, haja vista, *verbi gratia*, os filmes pornográficos, as casas de massagens, as boates que oferecem garotas de programa, os clubes de sexo, as casas que disponibilizam acompanhantes, etc.

## 2 – O COMÉRCIO DO SEXO COMO ATIVIDADE SOCIALMENTE CONSENTIDA

É para mim um dado evidente que o comércio do sexo constitui atividade socialmente aceita desde sempre. Apesar dos pruridos morais de uma ou

---

3 O professor Alejandro Nieto chama a atenção para a impossibilidade de se levar a sério a invocação de neutralidade formulada por quantos juristas, apontando que se trata apenas de um reflexo subconsciente para elisão de responsabilidade. E registra o fato de que, em 1927, a Associação de Professores Alemães de Direito Público – cuja a mais respeitada instituição acadêmica do mundo, naquela época – teve de suportar, em silêncio, o vitupério de Eric Kaufmann, para quem “la ciencia jurídica meramente técnica es una prostituta a disposición de todos y para todos”. In: NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007. p. 60.

outra parcela da população, parece-me que a realidade cotidiana demonstra, a mancheias, que um número cada vez mais expressivo de pessoas vale-se do pagamento para conseguir sexo, o que faz multiplicar os agentes econômicos desejosos de lucrar com isso, confirmando a velha e conhecida máxima dos economistas, segundo a qual sempre haverá oferta onde existe demanda.

Tal circunstância é poderosa na análise que faço do problema apresentado, na medida em que o Direito é feito para a vida, e não esta para aquele. De logo, refugo o argumento *ad terrorem*, de acordo com o qual há uma série de fenômenos ou fatos que igualmente vicejam na sociedade e que nem por isso podem ser tidos na conta de normais, como, por exemplo, o consumo de drogas ou o tráfico de entorpecentes ou o assassinato. Primeiro, não é exato dizer que esses fatos ou fenômenos têm aceitação social como o tem – e na medida em que o tem – o comércio do sexo, conforme mostrarei adiante. O argumento peca porque confunde frequência ou ocorrência com aceitação. A frequência diz com um fato da ordem do *ser*, já a aceitação indica uma consideração de ordem normativa.

Cada época e cada cultura têm sua própria visão do que é justo e legítimo, daí a evolução do Direito, que passa a admitir como legal o que antes não o era e/ou a considerar ilegal o que antes era lícito, o que constitui um rematado truísmo, o qual, contudo, muitas vezes se faz necessário repetir. Em outras palavras, vivemos numa época, mas a época também vive em nós.

Entrementes, meu ponto é outro, singelamente: o que fazer naquelas situações em que alguém tem o seu trabalho – no caso, trabalho sexual – explorado por outrem, que lucra com isso?

O comércio do sexo é socialmente aceito (se é aceitável é discussão que não me proponho travar), digo eu, porque é o que os fatos do cotidiano nos jogam no rosto. Importantes órgãos de imprensa veiculam propaganda em que o sexo pago é oferecido sem tergiversação. Na internet, por exemplo, há páginas de órgãos respeitáveis e destacados que disponibilizam conteúdo erótico ou mesmo pornográfico. Como não pretendo fazer uma lista completa deles, indico, a título meramente exemplificativo, o UOL, que oferece um *link* para o *Uol Privê*<sup>4</sup>.

---

4 Ali são oferecidos os mais diversos produtos eróticos, com a seguinte advertência: “UOL Privê é o melhor do conteúdo adulto, com total segurança e privacidade. Aqui você não precisa se preocupar com vírus ou programas indesejados. Seus dados pessoais e bancários serão mantidos em total sigilo, mesmo nas cobranças no seu cartão e/ou conta-corrente. Ninguém saberá que você assina conteúdo adulto. Será nosso segredo!”.

Os livros e as revistas eróticos e pornográficos são vendidos à luz do dia nas diversas bancas e livrarias espalhadas pelo país e podem ser comprados por qualquer um. Os classificados dos jornais anunciam serviços de agências de acompanhantes, bastando que o freguês disque o número indicado para, a partir de um catálogo previamente apresentado, escolher um parceiro gordo ou magro, alto ou baixo, branco ou negro, que beije ou que não beije, que se preste ou que não se preste a práticas sexuais alternativas, que pernoite ou que permaneça apenas por algumas horas, que seja homem, mulher ou travesti, etc. Fechado o negócio, a empresa encaminha para o cliente o profissional com o perfil escolhido. Um contrato de compra de serviços, pois.

Há mais, porém. Na televisão, pululam os filmes eróticos e pornográficos, que podem ser assistidos nas madrugadas, livremente. O *Canal Brasil* (55) apresenta, conforme noticia seu *site* oficial na rede mundial de computadores, nas noites de quartas e quintas-feiras, por exemplo, uma programação adulta, a partir das 24h15min, intitulada *Como Era Gostoso*<sup>5</sup>. Os exemplos abundam.

De acordo com notícia veiculada no *site Estadão*, o mercado erótico (as mais diversas atividades de fabricação de bens, entre produtos e filmes, e prestação de serviços) fatura no Brasil R\$ 26 bilhões e gera 125 mil empregos diretos e indiretos<sup>6</sup>. É evidente que não estou confundindo o comércio de itens para o sexo com o sexo propriamente dito; não quero misturar o serviço que o motel presta com a atividade da pessoa que, no motel, vende prazer, instrumentalizando o seu corpo. O que insisto em apontar é que a comercialização do sexo, em seus diversos níveis, é, e sempre foi, amplamente aceita.

Se assim é, o trabalhador do mercado do sexo – entendendo-se nessa conta, por agora, apenas aquele que, sendo adulto e capaz, resolve-se por vender seu corpo, gerando lucro para outrem e sendo remunerado por isso – merece proteção do Direito do Trabalho?

Particularmente, penso que sim, e essa resposta me é razoavelmente manifesta, embora exista certo silêncio em torno do tema, que não conta com

---

5 No referido canal, em horários mais adiantados, chega a passar filme não propriamente erótico, mas de sexo explícito mesmo. Ali, por exemplo, já se transmitiu aquele que é apontado como o primeiro do gênero no Brasil, *Oh! Rebuteteio*, do diretor Cláudio Cunha, de 1984, em cuja ficha técnica é dito que se trata de um filme do gênero *nacional*, o que é uma óbvia concessão ao eufemismo, na medida em que não existe tal gênero.

6 Disponível em: <<http://pme.estadao.com.br/noticias/noticias,oportunidade-de-negocios-mercado-erotico-cresce-e-ja-movimenta-r-26-bilhoes-no-pais,1589,0.htm>>. Acesso em: 30 set. 2014. Há um interessante depoimento de um diretor de empresa do ramo, que diz: “Nossa principal atividade era o mercado de DVD adulto, mas, com a pirataria, esse segmento entrou em decadência”, conta o diretor comercial da empresa, André Luiz.

uma formulação teórica muito consequente, o que acaba por se refletir na jurisprudência, de algum modo dúbio.

É o caso de chamar a atenção para o projeto de lei de autoria do então deputado Fernando Gabeira, PL nº 98/03, que tramitou no Congresso Nacional, o qual, por seu art. 1º, tornaria exigível o pagamento por serviços sexuais prestados, bem como, por seu art. 2º, revogaria os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal, que tratam, respectivamente, dos crimes de favorecimento da prostituição, manutenção de casa de prostituição e tráfico de mulheres.

Em 2010, o deputado João Campos apresentou parecer contrário à aprovação do projeto, o qual, no seu entender, feria pactos internacionais subscritos pelo Brasil, sobrevivendo o arquivamento, por força do que dispõe o art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no dia 31 de janeiro de 2011<sup>7</sup>.

Curioso notar que o profissional autônomo que trabalha com prostituição, por sua vez, é contribuinte obrigatório da Previdência Social, nos termos da Lei nº 8.212/91 (letra *h* do inciso V do art. 12), recolhendo-a sob o código 1007 (contribuinte individual). Com isso, pode reivindicar direitos assistenciais como auxílio-doença, salário-maternidade, aposentadoria por tempo de contribuição, entre outros, desde que efetivamente recolha a parcela de 20% sobre o salário mínimo mensal.

Dá-se, porém, um paradoxo: fica-se na situação em que o profissional que trabalha por conta própria tem a garantia previdenciária, sendo um contribuinte obrigatório, enquanto aquele outro, cujo trabalho é explorado por alguém, não tem a referida cobertura e, nas situações de vida em que sobrevém impossibilidade de trabalhar, estará totalmente desprotegido.

### 3 – ALGUMAS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em 5 de setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua Terceira Turma, entendeu por desprover agravo de instrumento que pretendia destrancar recurso de revista interposto pela reclamada. Ali discutia-se a existência de vínculo de emprego afirmada em decisão de Regional entre uma jovem e uma empresa. Eis a ementa do acórdão:

“AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR

---

7 Em 2012, o deputado Jean Wyllys apresentou novo projeto na tentativa de regulamentar a profissão, PL n 4.211/2012, que ficou conhecido como Projeto Gabriela Leite. Anteriormente já houvera o projeto do deputado Eduardo Valverde, que acabou por retirá-lo da pauta. Essas idas e vindas, no entanto, mostram que o assunto é polêmico e carece de uma regulamentação mais clara e, a meu juízo, mais liberal.

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. 3. VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. DECISÃO RECORRIDA EM CONSONÂNCIA COM AS SÚMULAS NS. 126 E 296 DO TST. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANUTENÇÃO. Inviável o provimento do agravo, porquanto o Relator decidiu em consonância com o entendimento desta Corte Superior, firmado por intermédio das Súmulas ns. 126 e 296 do TST. Ilesos os dispositivos tidos como violados, bem como superada a divergência jurisprudencial colacionada. Assim, a decisão agravada foi proferida em estrita observância aos arts. 896, § 5º, da CLT e 557, *caput*, do CPC, razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Mantém-se, pois, a decisão agravada. Agravo desprovido.” (TST-Ag-AIRR-248100-78.2008.5.02.0086, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de publicação: DEJT 14.09.2012)

Como se tratava de agravo, o TST não adentrou na matéria de fundo para afirmar ou para negar a formação de vínculo de emprego nas circunstâncias descritas na causa. Houve um óbice processual: a não demonstração de divergência jurisprudencial, pela parte interessada – a empresa, no caso –, que permitisse o destrancamento do recurso na origem, impedindo, então, a análise meritória da controvérsia.

O que se pode apontar, neste passo, é que um dos argumentos da recorrente era precisamente a circunstância de que explorava atividade ilícita, defendendo-se, conseqüentemente, com a invocação de sua torpeza. Para ela, o vínculo não poderia ser reconhecido, mormente tendo em mira a função que fora declarada na inicial pela reclamante. Deu-se que o Regional, ao negar seguimento ao recurso proposto pela ré, pontuou que, nada obstante a exploração de prostituição seja crime, a prostituição, em si, não é. Por conseguinte, reconhecida a relação de emprego como foi, que se apurasse o crime correspondente – em tese, lenocínio, previsto no art. 229 do Código Penal – na esfera competente.

Está claro que a Corte Superior, neste julgado, não referendou nem refutou a tese de que é possível declarar o vínculo entre a profissional do sexo e a casa de prostituição. Restou assentado:

“Acrescente-se às razões expendidas que o Tribunal Regional, levando em consideração a revelia da reclamada consubstanciada na primeira instância de julgamento e todo o arcabouço probatório constante dos autos, consignou que houve a formação do vínculo empregatício, sendo devidas as verbas pleiteadas na petição inicial. Assim, não há como se analisar a alegação de ocorrência de atividade ilícita (OJ nº 199/

## DOCTRINA

SBDI-I/TST e art. 267, VI, do CPC) sem que, para isso, haja necessário revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta instância extraordinária de jurisdição, conforme o teor da Súmula nº 126/TST.”

Já em 8 de fevereiro de 2012, o TST, ainda por sua Terceira Turma, entendeu por prover o recurso de revista interposto pela reclamada e reverter o julgamento da Corte Regional. Na hipótese, cuidava-se de uma casa de jogos de azar e o colegiado *a quo* negara o vínculo de emprego por ser ilícita a atividade, mas deferira uma indenização compensatória pelos serviços prestados pelos autores da ação. A decisão da Corte Superior Trabalhista entendeu que existiu julgamento *extra petita*. Eis sua ementa:

“RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. CONTRATO DE TRABALHO. CASA DE JOGOS DE AZAR. OBJETO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS. PARCELA NÃO COMPREENDIDA NAS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. *In casu*, restou incontroverso que o autor, em sua exordial, pleiteou apenas o reconhecimento do vínculo empregatício, bem como as verbas decorrentes da relação de emprego, vínculo que não pode ser juridicamente reconhecido, tendo em vista a ilicitude do empreendimento. Não formulou qualquer pedido sucessivo acerca de indenização a ser paga a título de ‘restituição do equivalente’ pelos serviços prestados aos reclamados. Nesse contexto, incorreu o Tribunal Regional em julgamento *extra petita* e, conseqüentemente, em violação dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC. Recurso conhecido e provido, no particular.” (TST-RR-257000-17.2007.5.15.0153, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de publicação: DEJT 24.02.2012)

Neste caso, não se discutia a formação ou não de vínculo, tendo em vista a atividade do comércio sexual, todavia, o *leitmotiv* da decisão regional foi precisamente o argumento de que, se a atividade é ilícita, a relação de emprego não pode ser reconhecida. O eminente Desembargador-Relator do processo no Regional valeu-se do ensejo para reiterar uma antiga e usual distinção que vem sendo feita na doutrina e na jurisprudência e que concerne ao tema ora versado. Pontuou ele didaticamente:

“O saudoso Valentin Carrion, acerca de atividade ilegal, pontua que os contratos exigem para a sua validade, além da capacidade do agente e forma especial, se prevista, que seu objeto não seja ilícito nem impossível. A doutrina e a jurisprudência assim também o enten-



## DOCTRINA

dem, e deixam de reconhecer quaisquer direitos ao empregado; alguns reconhecem a remuneração, sem entrar no enriquecimento ilícito do empregador, grande delinquente. Assim, protege-se este em detrimento do empregado, pequeno delinquente, uma infeliz vítima do desemprego ou do subemprego frequentemente; é o caso da cozinheira de casa de lenocínio, beneficiando o proprietário; o arrecadador do ‘jogo de bicho’ com referência a quem banca, etc. 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 seu comércio carnal subordinada à proprietária da casa de tolerância são exemplo da primeira atividade; a arrumadeira ou o garçom da mesma casa são exemplo das segundas. Estas últimas atividades teriam a proteção laboral; a primeira não (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 284).

Dessas lições, podemos dizer que os efeitos da nulidade do contrato de trabalho decorrente de labor em atividade ilícita, dependem do grau da ilicitude, pois há determinadas atividades que, mesmo sendo consideradas juridicamente ilícitas, são toleradas pela sociedade e até mesmo pelo Poder Público. Tome-se a título de exemplo, até recentemente, os bingos, ou ainda o jogo do bicho. Assim, poderíamos fazer a seguinte classificação, de acordo com o grau de ilicitude do ‘negócio’ e a margem de tolerância da sociedade, tendo por padrão o conceito médio do homem comum:

a) atividade ilícita (absolutamente ilícita) – não há que se falar em contrato de trabalho, ou direito à remuneração – seria o trabalho em atividades criminosas, por exemplo: tráfico, contrabando, roubo, etc. Efeito *ex tunc* das nulidades. É caso de polícia;

b) atividade ilícita (relativamente ilícita) – não se reconhece o contrato de trabalho, pela ilicitude do objeto, mas, sim, o direito à contraprestação (salário), a se evitar o enriquecimento do infrator maior. Por exemplo, trabalho em atividade de jogo do bicho. Efeito *ex nunc* das nulidades; e

c) atividade ilícita (relativamente ilícita) – mas fazendo-se a abstração da finalidade do empreendimento, verifica-se a atividade do prestador de serviços, se ela, por si só, for lícita, teria assegurado todos os direitos trabalhistas, ou uma indenização substitutiva, a fim de compensar integralmente o labor prestado. Seria o exemplo do arrecadador

## DOCTRINA

ou motorista que atua no segmento do jogo do bicho, ou o garçom numa casa de lenocínio. Efeito *ex nunc* das nulidades.

Os fundamentos para um tratamento diferenciado em relação à atividade ilícita (relativamente) seriam:

Princípio da irretroatividade das nulidades, segundo o qual no contrato de trabalho os efeitos se produzem até o momento em que for declarada pela autoridade competente – efeito *ex nunc*; art. 177 do CC/02 (art. 152 do CC/1916).

Princípio do enriquecimento sem causa, segundo o qual o contraventor estaria locupletando ilicitamente do trabalho humano, caso pudesse sem ônus dispor livremente do trabalho de outrem.

Impossibilidade de restituição das partes à situação anterior *status quo ante*, pois o trabalho é infungível, emanado da personalidade e da força de alguém; uma vez prestado não pode ser devolvido ao agente, com o que é impossível restituí-lo ao trabalhador, não sendo justo deixá-lo sem a devida reparação.

Portanto, mesmo em se tratando de trabalho prestado em atividade relativamente ilícita, assegura-se direito trabalhista ao prestador do serviço: mísero contraventor, aplicando-se o princípio da proteção ao hipossuficiente, sobretudo levando-se em conta a realidade social do país, na qual a tônica tem sido o desemprego, o subemprego ou a precarização do trabalho, afinal, os fundamentos da República brasileira e da ordem econômica são a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a existência digna e a justiça social (arts. 1º e 170 da CF). Cujos princípios devem permear as relações de trabalho.”

De sua parte, o TST reiterou sua jurisprudência, consubstanciada na OJ nº 199 da SDI-1<sup>8</sup>, e reformou a decisão em brevíssimas pinceladas. Ponderou o eminente Ministro-Relator, literalmente:

“Reconheço a preocupação social dos eminentes julgadores da Corte Regional. O TST, todavia, optou pela nulidade da contratação em casos que tais, como denota a OJ-SBDI1-TST-199, considerando, por certo, que a contravenção não é praticada apenas pelo explorador do jogo,

---

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

## DOCTRINA

mas por todos os que concorrem para sua efetivação. É o que evidenciam as disposições do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (arts. 50 e seguintes).”

É de se destacar que a matéria discutida não era a prostituição ou a exploração de atividade sexual, pois os autores da ação laboraram na atividade do jogo ilegal, e, em suas considerações, lamentavelmente, a Corte Regional não chegou a debater em qual das categorias a atividade do profissional do sexo enquadrar-se-ia, como fez à guisa de exemplificação (se absolutamente ilícita ou se relativamente ilícita – e, nesse último caso, em qual de suas variantes). Conseqüentemente, mais uma vez, a matéria não chegou a ser enfrentada.

Em decisão recente, datado de 19 de março de 2014, novamente a egrégia Terceira Turma do TST tangenciou a matéria. Deu-se em julgamento de agravo de instrumento assim ementado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA Nº 126/TST. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Presentes os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego e sendo lícita a específica atividade do trabalhador (serviços de garçom e limpeza), mantém-se o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, ainda que o empreendimento do empregador (casa de jogos) configure atividade contravencional (art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/1941). Apenas se a atividade específica do trabalhador fosse também contravencional é que se negaria validade ao respectivo contrato em vista da nulidade de seu objeto. Dessa maneira, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.”

O Regional, ao julgar o recurso ordinário interposto pela parte sucumbente e insatisfeita com o reconhecimento do vínculo, acabou por reiterar a doutrina, aqui já destacada, segundo a qual o reconhecimento do vínculo está na dependência de ser a atividade do trabalhador lícita, ainda que a exploração econômica da empresa não o seja. Portanto, nenhuma novidade na questão, salvo pela citação que se faz de uma decisão relatada pela então Ministra do TST Rosa Weber, que hoje integra o Pretório Excelso. No RR-132485-58.2007.5.06.0023 (data de julgamento: 09.06.2010, 3ª T., data de publicação do acórdão: DEJT 28.06.2010), ponderou S. Excelência:

“De outra parte, despiciendo questionar acerca dos objetivos empresariais buscados pelo ‘suposto’ empregador, se lícitos ou não.

## DOUTRINA

Importa, isto sim, indagar tão só quanto à licitude da prestação objeto da obrigação afeta ao trabalhador. Para exemplificar, não existe nenhum óbice à configuração do contrato de trabalho entre o proprietário da casa de prostituição e a faxineira que, nessa qualidade, preste serviços no local. *Todavia, por ilícita a atividade concernente à mulher que lá se prostitua, inviável o reconhecimento da relação de emprego entre os 'supostos' contratantes.*” (destaquei)

Note-se que, já agora, embora a matéria não fosse objeto específico do recurso apreciado e não se possa dizer que o tribunal enfrentou-a, o fato é que, em *obiter dictum*, pontuou que não seria possível o reconhecimento do vínculo de emprego entre a prostituta e a casa de prostituição. Mas isso, a meu pensamento, ainda não encerra o debate, dado que a questão vai mais longe. É que não admitida a formação da relação empregatícia, qual das seguintes soluções seria a adequada: a) declaração de nulidade da relação havida entre as partes, por ilicitude do objeto, com efeitos *ex tunc* e consequente inexibibilidade de qualquer direito pelo trabalhador?; b) declaração de nulidade da relação havida entre as partes, por ilicitude do objeto, com efeitos *ex nunc* e reconhecimento de alguns direitos trabalhistas em favor do trabalhador?; c) declaração de ilicitude da relação jurídica havida entre as partes, por ilicitude do objeto, com efeitos *ex nunc* e reconhecimento apenas do direito de o trabalhador receber uma indenização por serviços prestados, a ser arbitrada pelo julgador, evitando-se o enriquecimento sem causa do contratante?; d) declaração de nulidade da relação havida entre as partes, por ilicitude do objeto, com efeito *ex nunc* e reconhecimento de que o trabalhador tem direito ao salário ajustado, apenas?; e e) outra solução que parecesse mais consequente e conforme ao atual estágio do ordenamento jurídico pátrio?

Finalmente, registro o julgamento do TST, desta feita por sua Sétima Turma, datado de 28 de agosto de 2013, no qual se discutia a formação de vínculo de emprego entre uma mulher e uma casa de jogo, na qual, inclusive, prestavam-se serviços de prostituição, nos quais, aliás, a reclamante também estava envolvida. O Regional, apreciando a demanda, reconheceu o vínculo, mas somente o fez porque distinguiu a atividade prestada pela reclamante como auxiliar de gerência daquela relativa ao meretrício. A Corte viu aí uma relação ambígua, sendo uma parte lícita – a de gerência – e uma ilícita – a de prostituição. A primeira legal, a segunda ilegal. Para mim, *data venia*, a leitura do acórdão regional sugere certa dificuldade, perplexidade mesmo, que o Judiciário tem de confrontar o assunto, de resto, realmente árduo. Eis o que nele se contém:

## DOCTRINA

“Acima de tudo, a lide *sub examine* clama pela aplicação da lei, através de seus multívocos instrumentos, à busca de solução justa e pacificadora das chagas abertas pelo conflito.

Afinal, cabe ao juízo o manejo da lei de forma a ‘(...) atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’ (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Que nos oferta o caso concreto?

Já se observou, alhures, o aliciamento da reclamante ao meretrício através de sua arregimentação como ‘empregada’ do estabelecimento.

É fato denunciado pela prova falada (fls. 43-44) que a autora, efetivamente, intervinha nas atividades aceitáveis da casa noturna, servindo fregueses por detrás do balcão e ainda auxiliando no gerenciamento do estabelecimento.

Ditas atividades, lícitas, embora imbricadas com a prática da prostituição, compunham as condições ou cláusulas do pacto celebrado entre as partes.

Houve, pois, um *vinculum juris* entre a autora e a ré, marcado por cláusulas revestidas de legalidade e uma condição ilegal.

*Nemo turpitudinem suam audire potest*, diz venusto brocardo jurídico quiritário, sendo vedado à ré opor no feito a ilicitude de sua atividade como fato desconstitutivo de direitos da autora, não podendo ainda se socorrer da ilegalidade por ela mesma imposta como meio de se forrar à aplicação mais equilibrada da lei.

A melhor solução para o *casus belli* nos é ofertada, portanto, pelo criterioso manuseio do instrumento legal emergente do art. 153 da Lei Civil (art. 8º da CLT), no qual se estabelece que ‘a nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável’.

E o estuário tracejado pela mais respeitável doutrina não conduz a outro caminho.

Pothier, citado por Caio Mário da Silva Pereira (In: *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 37), formulou 14 notáveis regras de interpretação dos contratos, dentre as quais se destaca a décima terceira:

## DOCTRINA

‘Interpreta-se a cláusula contra aquele contratante, em razão de cuja má-fé, ou culpa, ou obscuridade, ambiguidade ou outro vício se origina.’

Se a suplicante foi contratada pela requerida para a prestação de serviços na ‘boate’, dentre os quais a prática de meretrício, em sendo nula, por ilegal, a cláusula impositiva desta condição, não se pode negar validade aos aspectos lícitos do exercício da atividade da autora, sob pena de se favorecer quem vulnerou a lei e se valeu de forma torpe da necessidade alheia em detrimento de quem, em busca de subsistência, submeteu-se ao constrangimento de figurar como membro de tal submundo.

Transcendendo-se, portanto, a cláusula nula, ilegal, relativa ao exercício da prostituição, há que se declarar o vínculo de emprego, no que se refere ao aspecto da atividade da autora conformado à lei: auxiliar de gerência.

Fica, portanto, reconhecida a relação empregatícia havida entre as partes, vencida pelo acervo probatório a peremptória negativa da peça de resistência.”

De seu turno, analisando o recurso interposto contra essa decisão, o TST entendeu que não restou violada a OJ nº 199, uma vez que o Regional reconheceu a atividade de auxiliar de gerenciamento, não referendando a de prostituição, nada obstante a casa explorasse o jogo do bicho. Tal abordagem não permitiu ao Tribunal, então, afirmar aquela que parece, enfim, ser a jurisprudência mais ou menos assente, na direção de que o vínculo de emprego não se forma. Eis a ementa do julgado:

“RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. VÍNCULO DE EMPREGO. EXERCÍCIO DE OUTRAS ATIVIDADES. RECONHECIMENTO DA RECLAMADA DE CONTRATO DE TRABALHO COM OBJETO LÍCITO. VENDA DE PRODUTOS LÍCITOS PELA RECLAMANTE. SITUAÇÃO INEXISTENTE NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 199 DA SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TST. CONFIGURAÇÃO. EFEITOS. O Tribunal Pleno desta Corte Superior, reunido no dia 07.12.06, julgou o incidente de uniformização jurisprudencial (IUJ) suscitado nos autos do Processo TST-E-RR-621145/2000, tendo decidido manter o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 199 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no sentido de que não há contrato de trabalho em face da prestação de serviços em jogo

do bicho, ante a ilicitude do objeto. Assim, o descostume de observar a norma que cuida da contravenção penal do jogo do bicho não nos autoriza a reconhecer, daí em diante, os efeitos de uma relação jurídica que, em verdade, ainda se mantém ilícita ante o ordenamento jurídico vigente. Todavia, com suporte na teoria trabalhista das nulidades, reconhece-se o contrato de trabalho de profissional que, ainda que preste serviço em local destinado à atividade ilícita, não atue exclusivamente no elemento do tipo penal, ou seja, jogos de azar, em decorrência de ter a reclamada reconhecido que a reclamante também se ativava na venda de produtos lícitos, enquadrado como serviço público de telecomunicação (Lei nº 9.472/97), venda de créditos para telefonia celular por meio de máquinas de recargas em favor de operadoras de telefonia celular, atividade que, de forma alguma, se confunde com aquela que era exercida em momentos distintos e alternados. Entendimento diverso implicaria favorecimento ao enriquecimento ilícito do reclamado, além de afronta ao princípio consubstanciado no aforismo *utile per inutile vitiari non debet*. No presente caso, os efeitos da globalização e da diversificação das atividades empresariais fizeram com que a reclamada atuasse em ramos lícitos de comércio, nos quais, inclusive, se ativou a reclamante. Dessa forma, não se vislumbra a possibilidade de dissonância da decisão recorrida com os termos da Orientação Jurisprudencial nº 199 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, exato por não descortinar aquela orientação as mesmas situações específicas dos presentes autos, em especial o exercício de funções pela reclamante em contrato de trabalho com objeto lícito.” (TST-RR-779-33.2012.5.06.0004, Relator Ministro Vieira de Melo Filho, Data de publicação: DEJT 06.09.2013)

Deixei assentado que a decisão pareceu-me dúbia porque, na realidade, o que a reclamante auxiliava a gerenciar, finalmente, era uma casa de jogo do bicho (atividade ilegal) que explorava, também, a prostituição (ilegal da mesma forma). É verdade que havia a venda de produtos lícitos (recargas de cartões de celular, etc.), no entanto, muitas vezes, e não digo que fosse o caso, essas atividades são feitas simplesmente para encobrir a autêntica natureza do negócio, emprestando-lhe ares de normalidade.

Fica a impressão, muitas vezes, de que o Judiciário, dada a dificuldade de que tem para lidar com o tema, acaba, por vias transversas, em exercício hermenêutico heterodoxo, reconhecendo o vínculo de emprego, mas evitando tocar precisamente o ponto nodal dele, que permanece cristalizado, um tabu. É o que se extrai, respeitosamente, da decisão do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em acórdão de novembro de 2000, assim ementado:

“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*.” (RO 1125/00, Relatora Juíza Rosemary de Oliveira Pires, data de publicação: DJMG 18.11.00)<sup>9</sup>

Na hipótese, dissociar a atividade de dançarina de casa de prostituição da atividade propriamente de prostituição é apenas, penso, um simulacro de argumento, haja vista que, por óbvio, a dança é somente um estímulo à freguesia, pois que integra o jogo de sedução que a profissional faz para atrair o seu cliente, estimulando-o a ceder aos seus encantos. A dança, como em todos os tempos e entre todos os povos, sempre foi – evidentemente que não só isso, mas também isso – um artifício de fascínio feminino (ou masculino) no jogo dos encontros, amorosos ou negociais.

#### 4 – CONCLUSÃO

A jurisprudência parece indicar a impossibilidade da formação de relação empregatícia entre o profissional do sexo e a pessoa que explora tal ramo de atividade, haja vista a circunstância de que a exploração da prostituição, entre nós, constitui figura tipificada no Código Penal.

Como quer que seja, considerando que o mercado do sexo e de sua exploração comercial por terceiros que não apenas a pessoa que se propõe a dar prazer sensual com o seu corpo são amplamente aceitos no contexto social, penso que deveríamos dar um passo adiante, senão para garantir aos respectivos profissionais a integral proteção da legislação trabalhista, pelo menos para lhe oportunizar os principais direitos trabalhistas, inclusive assinatura da CTPS, o que se harmoniza com o princípio que veda o enriquecimento sem causa do explorador da atividade econômica e se consubstancia em mínima salvaguarda

---

9 No mesmo sentido, decisão do TRT da 4ª Região no RO 0115600-04.1999.5.04.0023, Relator Desembargador Luis Alberto de Vargas, data de publicação: DJRS 05.05.02.



## DOCTRINA

aos direitos da dignidade humana do trabalhador. A não ser assim, por encima da expropriação, o opróbrio.

É certo que não se está a propor uma equiparação em tudo e por tudo do profissional do sexo com um trabalhador de atividade, assim dita, plenamente lícita. Por exemplo, se se tratar de uma profissional varoa que engravida, teria ela direito à estabilidade no emprego? Penso que não, porque não se reconheceriam efeitos futuros, com preservação do vínculo. E se ela adquirisse uma doença grave, sexualmente transmissível, isso seria equiparável a acidente do trabalho? Penso que sim, pelo menos para efeitos previdenciários e para o fim de receber as indenizações por dano moral e material, conforme o caso, se o explorador da atividade agiu com dolo ou culpa, o que apenas o exame do caso particular permitirá aferir.

A solução que proporia, a princípio, é aquela que, declarando a nulidade da relação havida entre as partes, por ilicitude do objeto, com efeitos *ex nunc*, admite o serviço prestado e condena o “empregador” a pagar ao profissional os direitos de uma relação trabalhista convencional, ressaltando-se a continuidade do vínculo e as parcelas estritamente rescisórias.

Fica lançado o debate.