

FACULDADE DOM BOSCO
NAILOR GROSSEL

**DA COMPETÊNCIA DO AUDITOR-FISCAL DO
TRABALHO RECONHECER O VÍNCULO DE EMPREGO**

CURITIBA
2009

NAILOR GROSSEL

**DA COMPETÊNCIA DO AUDITOR-FISCAL DO
TRABALHO RECONHECER O VÍNCULO DE EMPREGO**

Trabalho de Monografia apresentado como requisito para conclusão do Curso de Direito, da Faculdade Dom Bosco.

Orientação jurídica: Prof. Carlos Henrique de Oliveira Mendonça.

Orientação metodológica: Prof^a. Karime Smaka Barbosa Rodrigues.

CURITIBA

2009

Termo de Aprovação

Nailor Grossel

DA COMPETÊNCIA DO AUDITOR-FISCAL DO TRABALHO RECONHECER O VÍNCULO DE EMPREGO

Este trabalho foi apresentado em Curitiba, no dia 21 de setembro de 2009, como requisito parcial para a conclusão do curso de Direito, na Faculdade Dom Bosco, sendo aprovado pela seguinte banca examinadora:

Professor orientador: _____
Carlos Henrique de Oliveira Mendonça

Professora convidada: _____
Denise Cristina Brzezinski Mansur

Professor convidado: _____
Zeno Simm

RESUMO

O Auditor-Fiscal do Trabalho, no exercício da atividade de polícia administrativa que lhe foi conferida, depara-se com diversas modalidades de contrato de trabalho utilizadas com intuito de elidir-se da aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis Trabalhistas. Ao constatar esta irregularidade e exigir o registro dos empregados, por vezes o Poder Judiciário tem concedido ao empregador liminar em mandado de segurança ou anulado os autos de infração sob o argumento de incompetência daquela autoridade, afirmando que a apreciação acerca do registro é exclusiva da Justiça Trabalhista. Esta pesquisa busca responder a esta questão: o Auditor-Fiscal do Trabalho possui ou não competência para reconhecer o vínculo de emprego e exigir o cumprimento da legislação quanto ao seu registro? Para tanto, os estudos voltaram-se ao campo constitucional e administrativo, a fim de entender a divisão de funções (poderes), de forma a explicar a efetiva competência de cada órgão, o Jurisdicional e o Administrativo. Dentre as atividades administrativas foi imprescindível compreender o significado, os princípios que o envolvem e o alcance do poder de polícia, com ênfase para as características da autoexecutoriedade e da coercibilidade. Além disto, fundamental é o estudo acerca da tutela do empregado realizada pelo Direito do Trabalho, com a compreensão dos princípios da proteção, da imperatividade das normas de proteção ao trabalho e da primazia da realidade sobre a forma. Estes princípios norteadores encontram-se diretamente ligados ao registro e anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social, assim como às questões de nulidade de determinados atos e contratos. A compreensão da separação de funções de atividades Estatais, do poder de polícia e da tutela que envolve o trabalhador empregado, determinou o resultado ao problema estudado. Nesta pesquisa foi adotado o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento comparativo.

Palavras-chave: trabalho, vínculo de emprego, reconhecimento, competência.

ABSTRACT

The Labor Department Fiscal Auditor, performing the activity of administrative police which was granted to him, comes across various types of work contracts used with the purpose of omitting the use of the rules contained in the Consolidation of the Job Laws. After reporting this irregularity and requested the employee's employment records, sometimes the Judiciary Power has granted the employee by written order of protection or annulled the violation acts under the argument of incompetence of that authority, confirming that the assessment regarding the registration belongs exclusively to the Justice of Labor. This study answers this inquiry: The Labor Department Fiscal Auditor may or may not possess competence to recognize the employment bond and request the fulfillment of the legislation pertaining to its registration. For such, the studies returned to the constitutional and administrative area, for the purpose of understanding the division of duties (powers), in the form of explaining the competence effectiveness of each person, the Jurisdiction and the Administrative. Among the administrative activities was essential to understand the meaning, principles that involve him and the range of the power of the police, with emphasis to the characteristics of the enforceability and coercivity. Further, fundamental is the study about the protection of the employee accomplished by the Labor Law with the understanding of the protection principles, the importance of the protection rules of work and the preference of the reality regarding the form. These guiding principles are found directly attached to the registration and noted on the Work Identity Document and Social Security Card, as well as on the nullification questions of certain acts and contracts. The understanding of the division of State activity duties, the power of police and the protection that involves the employed worker, concluded the results of the problem that was studied. In this research we adopted the method of deductive approach and the method of comparative procedure.

Key words: work, employment bond, recognition, competence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	12
2.1	DA COMPETÊNCIA PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO	12
2.1.1	Da competência da Justiça do Trabalho	12
2.1.2	Da competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho	14
2.2	DAS FUNÇÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO E DA AUDITORIA-FISCAL DO TRABALHO	18
2.2.1	Da função jurisdicional da Justiça do Trabalho	18
2.2.2	Da função administrativa da Auditoria-Fiscal do Trabalho	19
2.2.2.1	Do poder de polícia	21
2.2.2.2	Das características do poder de polícia	32
2.2.2.3	Dos requisitos de validade dos atos de polícia administrativa	39
2.2.2.4	Da autotutela e do controle judicial sobre o poder de polícia	44
2.3	DOS CONTRATOS DE TRABALHO E DE EMPREGO	46
2.3.1	Dos princípios relacionados à tutela da relação empregatícia	48
2.3.1.1	Do princípio da proteção	48
2.3.1.2	Da imperatividade das normas de proteção ao trabalho	50
2.3.1.3	Do princípio da primazia da realidade – o contrato-realidade	54
2.3.2	Do desvirtuamento e da fraude no contrato de trabalho – nulidade absoluta	57
2.4	DAS CONSEQÜÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DECORRENTE DE CONTRATO NULO	61
2.4.1	Das conseqüências judiciais – o reconhecimento pela Justiça do Trabalho	61
2.4.2	Das conseqüências administrativas – o reconhecimento pelo Auditor-Fiscal do Trabalho	62
2.5	DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS	65
2.5.1	Dos julgamentos pela competência exclusiva da Justiça do Trabalho	65
2.5.2	Dos julgamentos favoráveis à competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho	68

3	METODOLOGIA DA PESQUISA.....	72
3.1	DELINEAMENTO DA PESQUISA.....	72
3.2	ÁREA DE ABRANGÊNCIA	73
4	ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS.....	74
4.1	DA COMPETÊNCIA CONJUNTA PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO	74
4.2	DO EXERCÍCIO INDEPENDENTE E HARMÔNICO DAS FUNÇÕES.....	80
4.3	DO CONTRATO DE EMPREGO, PRINCÍPIOS E PODER DE POLÍCIA.....	91
4.4	DA NULIDADE DOS CONTRATOS DISSIMULADORES	95
4.5	DAS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO.....	96
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
	REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

O Auditor-Fiscal do Trabalho está incumbido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) da fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, conforme seu artigo 626.

Dentre estas normas que tutelam o empregado encontra-se uma que é fundamental e dela decorrem naturalmente todos os demais direitos garantidos pela legislação, tais como: irredutibilidade de salário, férias, gratificação natalina, repouso semanal remunerado, fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS), previdência social, etc. Trata-se do registro e anotação do mesmo em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), conforme notícia Caio Franco Santos (2004).

Ocorre que, no exercício da função fiscalizadora, o Auditor-Fiscal do Trabalho depara-se com situações fáticas nas quais há a relação de emprego entre os trabalhadores e os tomadores dos serviços; porém, formalmente, aquela relação jurídica é apresentada por meio de contratos de trabalho autônomo, trabalho cooperado, trabalho terceirizado, trabalho temporário ou estágio, enfim, meios fraudulentos com propósito de sonegar os direitos trabalhistas quase em sua totalidade (CAIO FRANCO SANTOS, 2004).

Nestes casos, a autoridade fiscalizadora exige o registro em CTPS, para que toda a gama de direitos garantida legalmente pela CLT e legislação esparsa passe a integrar o patrimônio do empregado, sem que o mesmo necessite recorrer à Justiça do Trabalho, funcionando, inclusive, como elemento inibidor do número de ações intentadas perante aquela Justiça Especializada. De se lembrar que esta exigência incide sobre a totalidade de empregados encontrados em situação irregular e não apenas sobre um indivíduo ou grupo de indivíduos que, sentindo-se prejudicados e sem representar a totalidade dos mesmos, reclamam perante o Judiciário. É o chamado “poder-dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento das normas de proteção ao trabalho” (GARCIA, 2007, p. 7).

Nem sempre a orientação e notificação do agente fiscal são cumpridas, haja vista que muitos destes contratos são conjecturados e formalizados exatamente com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT. Neste momento, preventivamente, o empregador pode ingressar com mandado de segurança, visando liminarmente afastar a exigência da fiscalização, alegando abuso de poder e incompetência do agente para a desconsideração do vínculo

formal apresentado e reconhecimento do vínculo de emprego, assim como para afastar a possibilidade de autuação (fato que se manifesta pela quantidade de decisões judiciais sobre este tema).

Se, por ventura, o Auditor-Fiscal do Trabalho já tenha lavrado o auto de infração, alguns ingressam com ação anulatória, com os mesmos argumentos acima citados, afirmando que a competência para o julgamento acerca do reconhecimento da relação de emprego é exclusiva da Justiça do Trabalho, conforme prevê expressamente o art. 114, inciso I, da Constituição Federal (CF).

Conforme salienta Garcia (2007, p. 7) “a questão que se coloca refere-se à legalidade e à constitucionalidade dessa conduta do mencionado agente estatal, quando o vínculo de emprego é objeto da controvérsia”; ou seja, afinal, o Auditor-Fiscal do Trabalho diante do caso concreto e da primazia da realidade, possui competência para descaracterizar contrato de trabalho que considerar nulo e autuar o empregador pela falta de registro ou este ato invade a competência da Justiça do Trabalho?

Para buscar resposta ao problema suscitado a pesquisa iniciou-se no segundo semestre de 2008 e foi concluída neste primeiro semestre de 2009. Haja vista o tema tratar de Direito do Trabalho e de Direito Administrativo, envolvendo aspectos constitucionais, como a todo ramo de Direito, foram pesquisados autores constitucionalistas e administrativistas para definir a divisão de funções (poderes) do Judiciário e do Executivo, especialmente da Justiça do Trabalho e da Auditoria-Fiscal do Trabalho. Com base nesta doutrina, procurou-se a resposta para as atribuições de competência da Justiça do Trabalho e para as atribuições de competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho. Para esta, alguns doutrinadores do Direito do Trabalho foram fundamentais para conferir a função, a competência e os limites do poder de polícia administrativa a ela conferida.

Aliás, o estudo acerca do poder de polícia administrativa foi fundamental para encontrar respostas ao questionamento acima proferido.

De outro vértice, o estudo e pesquisa do Direito do Trabalho no que tange aos princípios protetores da relação empregatícia, especialmente quanto à formação deste vínculo, e dos efeitos e conseqüências da aplicação do art. 9º da CLT (nulidade de atos que tenham por objetivo desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da CLT) foram decisivos para ratificar o resultado encontrado.

A pesquisa dos julgamentos realizados pelos Tribunais concedeu a oportunidade de vislumbrar o posicionamento e entendimento dos mesmos diante da problemática levantada. A partir destes foi possível pesquisar e estudar acerca dos fundamentos utilizados para declarar a competência exclusiva da Justiça do Trabalho no que tange ao reconhecimento do vínculo de emprego, assim como nos julgamentos favoráveis à competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho.

Destarte, a pesquisa teve por objetivo principal analisar se o Auditor-Fiscal do Trabalho possui competência para reconhecer o vínculo de emprego, notificar o empregador para a anotação do registro em CTPS e autuá-lo pela irregularidade constatada, quando se deparar com contratos formais que tenham por intuito desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos celetistas.

E dentre os objetivos específicos da pesquisa, elegeu-se:

- Diferenciar a competência constitucional e legal da Justiça do Trabalho, da competência dos Auditores-Fiscais do Trabalho, no que tange ao reconhecimento do vínculo empregatício;
- Descrever acerca da função reparadora da Justiça do Trabalho e da função preventiva e repressiva dos Auditores-Fiscais do Trabalho;
- Demonstrar as diversas modalidades de relações de trabalho, dentre elas a de emprego e descrever acerca dos princípios norteadores e da nulidade absoluta dos contratos efetuados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os direitos garantidos aos empregados pela CLT;
- Demonstrar a possibilidade de autuação e exigência de anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos trabalhadores contratados sob a égide de contratos ilícitos, nulos;
- Distinguir os efeitos do reconhecimento do vínculo de emprego pelo Auditor-Fiscal do Trabalho daqueles determinados pela Justiça Trabalhista; e,
- Concluir pela competência dos Auditores-Fiscais do Trabalho em descaracterizar os contratos ilícitos, absolutamente nulos, reconhecendo o vínculo empregatício.

As sentenças desfavoráveis à competência dos Auditores-Fiscais do Trabalho reconhecer o vínculo de emprego, desconsiderando contrato dissimulador, trazem certo desânimo e frustração à categoria, haja vista que a ação fiscal demanda muito

serviço e tempo de pesquisa para embasamento da autuação. Tais fatos, por vezes, acabam por desestimular a ação desses profissionais em outros casos de fraude à legislação trabalhista, de forma que o trabalhador e toda a sociedade acabam sendo prejudicados.

O resultado desta pesquisa pode reavivar o ânimo dos Auditores-Fiscais do Trabalho, reafirmando a correção das ações tomadas e fortalecê-las no enfrentamento daquelas irregularidades. Pode servir de base para o conhecimento acadêmico atual, gerador de futuros advogados, juízes, empregadores e auditores-fiscais, que, por certo, enfrentarão esta questão. Por fim, e mais importante, pode subsidiar o Judiciário e seus membros para que se chegue a um entendimento pacífico, no sentido de determinar, de forma absoluta, se o Auditor-Fiscal do Trabalho é ou não competente para desconsiderar qualquer contrato de trabalho, a que título for, para reconhecer o vínculo empregatício e exigir a anotação em CTPS.

O trabalhador constitui-se na parte mais frágil da relação com o capital, é considerado hipossuficiente. O resultado desta pesquisa contribuirá para o fortalecimento da tutela do trabalhador pelo Estado, preservando o efetivo equilíbrio e harmonia que deve prevalecer entre empregador e obreiro ou determinando a busca de novos mecanismos ou instrumentos de proteção.

O presente trabalho está dividido em cinco capítulos a saber: Introdução, Fundamentação Teórica, Metodologia da Pesquisa, Análise e Discussão dos Resultados e, por fim, as Considerações Finais.

No capítulo 2 o leitor encontrará a Fundamentação Teórica, ou seja, o que foi pesquisado, demonstrando o posicionamento dos juristas e doutrinadores acerca do assunto e dos institutos jurídicos relacionados ao problema levantado.

Na Metodologia da Pesquisa encontrar-se-ão os métodos de abordagem e de procedimentos que foram seguidos para a elaboração e realização da presente pesquisa.

O capítulo reservado à Análise e Discussão dos Resultados demonstra de maneira detalhada os resultados obtidos do estudo, alinhando-os aos atores envolvidos na problemática levantada, quais sejam: a Justiça do Trabalho e a Auditoria-Fiscal do Trabalho, especialmente no que tange à competência atribuída legalmente a cada um destes órgãos. Este capítulo procura responder e atender aos objetivos específicos acima elencados.

Por fim, nas Considerações Finais encontra-se a resposta ao problema formulado, que é fruto das conclusões advindas das pesquisas e estudos realizados.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DA COMPETÊNCIA PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A análise da competência constitucional e legal, no que tange ao reconhecimento do vínculo empregatício por parte da Justiça do Trabalho e por parte do Auditor-Fiscal do Trabalho é tarefa que se faz necessária para tentar desvendar se há ou não invasão de competência, que determine o destino de eventual auto de infração lavrado em decorrência de contrato simulado. Ou seja, em relação ao Auditor-Fiscal do Trabalho, “a questão que se coloca refere-se à legalidade e à constitucionalidade dessa conduta do mencionado agente estatal, quando o vínculo de emprego é o objeto da controvérsia” (GARCIA, 2007, p. 7).

2.1.1 Da competência da Justiça do Trabalho

A competência da Justiça do Trabalho está constitucionalmente estabelecida no artigo 114 e, no caso sob estudo, que trata do vínculo de emprego, mais precisamente em seus incisos I e VII, *in verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

Em verdade, a Emenda Constitucional nº. 45/2004 “substituiu a expressão ‘relação de emprego’ (que corresponde ao trabalho subordinado) pela expressão relação de trabalho (que corresponde a qualquer relação que envolva trabalho), trazendo para a competência da Justiça do Trabalho a relação civil do trabalhador” (CARRION, 2007, p. 494).

Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 25) a correlação entre sociedade e direito:

[...] está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Referidos autores complementam, no entanto, que “a existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para eliminar os conflitos que podem surgir entre elas” (2006, p. 26). Por vezes, o conflito surge e não é solucionado pacificamente entre os interessados, de forma que surge um litígio ou uma lide, que “na concepção mais clássica (Carnelutti), corresponde a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (WIKIPEDIA, 2009).

Conforme Ernane Fidelis dos Santos, “neste momento é que o Estado vem a ser chamado, para cumprir seu dever e compor o litígio, aplicando o que julga ser de direito ao caso em controvérsia” (2006, p. 7). Esta atribuição do Estado, conforme comenta o referido autor, possui caráter substitutivo, ou seja, já que não é dado o direito absoluto da autotutela, salvo exceções legais, o Estado interfere fazendo a composição forçada, se as partes não entrarem em acordo perante o Judiciário.

O artigo 643 da CLT prevê a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os dissídios oriundos das relações entre empregados e empregadores, assim como de trabalhadores avulsos e seus respectivos tomadores de serviço.

De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira dissídio é a “denominação comum às controvérsias individuais ou coletivas submetidas à Justiça do Trabalho” (1986, p. 599). Ou seja, na Justiça do Trabalho as controvérsias levadas à sua apreciação assumem a denominação de dissídios, que podem ser individuais ou coletivos.

Conforme Carrion (2007, p. 494):

O dissídio individual tem por objeto os direitos e obrigações individuais de um ou vários empregados determinados e seu empregador, resultantes do

vínculo de emprego, e de um ou vários trabalhadores em face de seus contratantes, resultantes da relação de trabalho.

Na mesma linha, Silva (2007, p. 580) afirma que: “*Dissídio individual* é o que se funda no contrato individual de trabalho; os interesses nele envolvidos são concretos de um ou alguns e a sentença que o resolve tem eficácia apenas entre as partes da relação jurídica processual”.

E “os *dissídios coletivos* têm por objeto os direitos trabalhistas de uma categoria profissional, considerada como grupo (art. 856 e segs.)” (CARRION, 2007, p. 494). Acrescenta-se ainda que:

O *dissídio coletivo* visa a estabelecer normas e condições de trabalho; envolve interesse genérico e abstrato da categoria de trabalhadores; a sentença que o resolve tem por objetivo fixar essas normas e condições e sua eficácia se estende a todos os membros da categoria indistintamente. (SILVA, 2007, p. 580).

De se salientar que, apesar do Judiciário ter por competência processar e julgar os dissídios existentes, não pode agir por impulso próprio neste sentido, já que uma das características da jurisdição é a inércia, ligada ao princípio da ação (ou demanda), ou seja, cabe ao autor (interessado) provocar o Judiciário a agir (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 63-64).

Para finalizar, importante destacar a definição de jurisdição pregada por Ernane Fidélis dos Santos (2006, p. 9):

Estabelecidas, assim, as finalidades específicas da atividade de Estado, no exercício da jurisdição, podemos defini-la como o poder-dever do Estado de compor litígios, de dar efetivação ao que já se considera direito, devidamente acertado, e de prestar cautela aos processos em andamento ou a se instaurarem, para que não percam sua finalidade prática.

2.1.2 Da competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho

A inspeção do trabalho passou a merecer atenção especial a partir do aparecimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conforme informa Teixeira Filho (2005, p.1296):

Aceita a fundação da OIT e adotada na conferência preliminar da paz, no Tratado de Versailles, estabelecia-se no n. 9 do art. 427 que 'cada Estado deverá organizar um serviço de inspeção que compreenderá mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos para a proteção dos trabalhadores'.

No Brasil, o marco inaugural da inspeção do trabalho ocorreu com o Decreto nº 1.313, de 17/01/1891, instituindo e obrigando a fiscalização de "todos os estabelecimentos fabris em que trabalhassem menores", aos quais estabelecia normas tutelares (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 1297). Referido autor lembra que a competência legislativa acerca de Direito do Trabalho, naquela época, conforme Constituição Federal de 1891, era dos Estados, por isso o Decreto nº 1.313, de 1891, teve vigência territorial restrita ao Distrito Federal, à época, o Rio de Janeiro, capital da República. Em 1926, com a reforma constitucional, a competência legislativa sobre Direito do Trabalho passou à União, o que viabilizou uma produção de normas protetivas ao trabalho de âmbito federal.

Em 1931, com o Decreto nº 19.671-A, conforme informa Teixeira Filho (2005, p. 1297):

[...] foi organizado o Departamento Nacional do Trabalho, com o 'objetivo de promover medidas de previdência social e melhorar as condições de trabalho'. Na área específica de fiscalização do trabalho, o DNT foi incumbido de cuidar da 'organização, higiene, segurança e inspeção do trabalho'.

A Convenção nº 81 da OIT, que trata da Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 24, de 29 de maio de 1956, cujo depósito de ratificação ocorreu em 25 de abril de 1957. Promulgada pelo Decreto n.º 41.721, de 25 de junho de 1957 (Diário Oficial da União - DOU de 28/06/57) foi denunciada através do Decreto n.º 68.796, de 23/06/71 e revigorada através do Decreto n.º 95.461, de 11/12/87 (DOU de 14/12/87).

Referida Convenção estipula a competência da Inspeção do Trabalho em seu art. 3º e 27, *in verbis*:

Art. 3º

1. O sistema de inspeção de trabalho será encarregado:

a) de assegurar a aplicação das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão, tais como as disposições relativas à duração do trabalho, aos salários, à segurança, à higiene e ao bem-estar, ao emprego das crianças e dos

adolescentes e a outras matérias conexas, na medida em que os inspetores são encarregados de assegurar a aplicação das ditas disposições;

b) de fornecer informações e conselhos técnicos aos empregadores e trabalhadores sobre os meios mais eficazes de observar as disposições legais;

c) de levar ao conhecimento da autoridade competente as deficiências ou os abusos que não estão especificamente compreendidos nas disposições legais existentes.

[...]

Art. 27

Na presente Convenção a expressão "disposições legais" compreende, além da legislação, as sentenças arbitrais e os contratos coletivos que têm força de lei, e cuja aplicação os inspetores de trabalho estão encarregados de assegurar.

O Decreto nº 55.841, de 15/03/1965, aprovou o Regulamento da Inspeção do Trabalho, revogado pelo Decreto nº. 4.552 de 27/12/2002, que disciplinou novo Regulamento, informando em seu artigo 18:

Art. 18. Compete aos Auditores-Fiscais do Trabalho, em todo o território nacional:

I - verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à saúde no trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego, em especial:

a) os registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), visando à redução dos índices de informalidade;

b) [...]

XVIII - lavrar autos de infração por inobservância de disposições legais;

[...]

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) expressamente determina em seu artigo 626 que: “Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho e Emprego, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.”

E, no exercício da “fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho”, salvo nos casos de necessidade de dupla visita ou de procedimento especial, “a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração”, conforme determina o *caput* do artigo 628 da CLT.

O artigo 11 e seus incisos I e II da Lei nº. 10.593, de 06/12/2002, determinam expressamente ao Auditor-Fiscal do Trabalho a atribuição de assegurar o cumprimento das disposições de proteção ao trabalho, verificando o registro em CTPS, com vistas à redução da informalidade:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;
[...].

Normas hierarquicamente inferiores também levam à conclusão da competência dos Auditores-Fiscais do Trabalho, outrora denominados de Agentes da Inspeção do Trabalho, em reconhecer o vínculo de emprego e autuar os empregadores que mascaram a relação empregatícia com outra modalidade de contrato, seja formal ou não; a exemplo da Portaria MTb nº. 925, de 28/09/1995, que “dispõe sobre fiscalização do trabalho na empresa tomadora de serviço de sociedade cooperativa”:

Art.1º - O Agente da Inspeção do Trabalho, quando da fiscalização na empresa tomadora de serviços de sociedade cooperativa, no meio urbano ou rural, procederá ao levantamento físico, objetivando detectar a existência dos requisitos da relação de emprego entre a empresa tomadora e os cooperados, nos termos do art. 3º da CLT.

§ 1º - Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, ensejará a lavratura de Auto de Infração.

Igualmente, a Instrução Normativa MTb nº. 3, de 01/09/1997, que “dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário”, determina ao Auditor-Fiscal do Trabalho que, presentes os requisitos da relação empregatícia entre contratante ou tomador dos serviços e o trabalhador, lavre o competente auto de infração pela caracterização do vínculo empregatício, desconsiderando o contrato formalmente apresentado.

De se lembrar que a competência do Auditor-Fiscal do Trabalho, encarregado da inspeção do trabalho, decorre de previsão constitucional e legal. A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 21, inciso XXIV e 22, inciso I:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Paula *apud* Teixeira Filho (2005, p. 1300) apregoa que:

Ora, a fiscalização do trabalho está na Constituição como uma das competências da União (art. 21, XXIV), competência esta que a lei definiu ser atividade institucional do Ministério do Trabalho (Lei n. 8.028, art. 19, VII, alínea “a”). É, ademais, como já vimos, uma atividade destinada a manter ou restabelecer o equilíbrio do contrato, nas relações de trabalho, e, portanto, essencial à realização da justiça social.

2.2 DAS FUNÇÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO E DA AUDITORIA-FISCAL DO TRABALHO

2.2.1 Da função jurisdicional da Justiça do Trabalho

Não só a Justiça do Trabalho, mas todo o Poder Judiciário tem por escopo principal a função pacificadora, por meio da jurisdição, conforme ensina Grinover, Cintra e Dinamarco (2006, p. 30):

Pelo que já foi dito, compreende-se que o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O *poder estatal*, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões. No estudo da *jurisdição*, será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a *capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

Mello (2007, p. 36) descrevendo sobre a função jurisdicional assevera que:

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que envolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Silva (2007, p. 108), ao discorrer sobre as funções do poder ensina que “a *função jurisdicional* tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse”.

De se lembrar que esta função jurisdicional, de dizer o direito, obedece ao princípio da ação, assim definido por Grinover, Cintra e Dinamarco (2006, p. 63-64):

Princípio da ação, ou da *demand*a, indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Como veremos, denomina-se *ação* o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdicionais, visando a satisfação de uma pretensão. A jurisdição é inerte e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *Nemo iudex sine actore*.

O constitucionalista Silva (2007, p. 554-555) afirma que a distinção entre jurisdição e legislação não possui maiores mistérios, porém, a distinção entre jurisdição e administração é mais complicada, seguindo em seu texto:

Mais difícil é estremar a *jurisdição* da *administração*. Vários critérios têm sido propostos para estabelecer a distinção. Os processualistas preocupam-se com o assunto. Chiovenda, por exemplo, concebe a jurisdição como uma atividade secundária, ou coordenada, no sentido de que ela substitui a vontade ou a inteligência de alguém, cuja atividade seria primária, enquanto o administrador exerce atividade primária, ou originária, no sentido de que a desenvolve no seu próprio interesse. O juiz julga a respeito de outrem e em razão da vontade da lei concernente a outrem. A administração decide a respeito da própria atividade. Outros, como Cristofolini e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, chegam à conclusão de que não há, realmente, distinção entre jurisdição e administração. Existem, na verdade, apenas *duas funções do Estado*, que são a *legislação* e a *aplicação da lei*, e esta se desdobra em *administração* e *jurisdição*. Em verdade, o problema continuaria, pois, se a administração e jurisdição constituem espécies do mesmo gênero *aplicação da lei*, se são espécies diferentes dessa função única, qual o critério distintivo das duas espécies? O próprio Cristofolini tentou resolver o problema. Diz que a distinção entre ambas não repousa tanto sobre uma base lógica quanto sobre uma base histórica e política, e conclui que a administração é atividade do Estado dirigida à consecução de suas funções mediante a substituição daquele interesse que o Estado considera seu, ao passo que a jurisdição é a atividade do Estado orientada para o fim de assegurar a substituição do interesse coletivo, a composição das lides mediante o estabelecimento de ordens concretas dirigidas aos titulares dos interesses em luta, o que, no fundo, é o mesmo que disse Chiovenda.

2.2.2 Da função administrativa da Auditoria-Fiscal do Trabalho

Conforme comentário de Carrion (2007, p. 484), a fiscalização do trabalho age paralelamente ao Poder Judiciário, em âmbito administrativo, visando o cumprimento da legislação trabalhista por parte dos empregadores.

Nesta mesma linha de raciocínio Machado *apud* Reis (2007) afirma que:

A Inspeção do Trabalho é uma atividade estatal, desempenhada por agentes de poderes especiais para exercerem atividades preventivas ou repressivas, com vistas à garantir a efetiva obediência às normas trabalhistas e, por conseqüência, a melhoria da condição social do trabalhador.

Da mesma maneira ensina Teixeira Filho (2005, p. 1308), afirmando que “as funções da inspeção do trabalho são *repressivas* em relação à afronta à lei, *orientadoras* das partes e *aprimradoras* do sistema, respectivamente”. Concluindo o referido autor, no parágrafo seguinte, que, “tão importante quanto a atribuição repressiva, é a de aconselhamento técnico, orientação e apoio, a que está obrigado o agente da inspeção”.

Enquanto agentes integrantes do Poder Executivo, a Auditoria-Fiscal do Trabalho exerce função administrativa, que nas palavras de Mello (2007, p. 36):

[...] é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*.

Meirelles (2007, p. 61) afirma que “a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa)”. Silva (2007, 108) vai além, ao ensinar que:

A *função executiva* resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*.¹

Por função administrativa, Justen Filho (2006, p. 30) assim entende:

¹ O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus *órgãos* que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os *órgãos* do Estado são *supremos* (constitucionais) ou *dependentes* (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina *governo* ou *órgãos governamentais*. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública, considerados de natureza administrativa. Enquanto os primeiros constituem objeto do Direito Constitucional, os segundos são

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional. (Grifo do autor).

Este mesmo autor (2007, p. 34-35) indica que há vários tipos de função administrativa, dentre as quais, sem exaurir o tema, identifica três delas: a conformadora ou ordenadora, a prestacional² e a regulatória³. O que interessa ao presente estudo, precipuamente, é a função conformadora ou ordenadora, assim definida:

A função conformadora é o conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover sua execução concreta visando a conformar, dentro de certos limites, liberdades e direitos individuais, como meio de produzir a harmonia social. A função administrativa conformadora traduz-se, de modo especial, no instituto do poder de polícia. (JUSTEN FILHO, 2007, P. 34).

Com um pensamento pouco além, Ameglio *apud* Teixeira Filho (2005, p. 1309) enfatiza que, no que tange à função administrativa da fiscalização do trabalho, a partir do momento em que exerce seu papel preventivo, atua como coadjuvante “na diminuição da conflitividade social, evitando, assim, sobrecarregar a justiça especializada”.

2.2.2.1 Do poder de polícia

Meirelles (2007, p. 133) conceitua poder de polícia como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Este mesmo autor explicita melhor, da seguinte maneira:

regidos pelas normas do Direito Administrativo. E aí se acha o cerne da diferenciação entre os dois ramos do Direito. (SILVA, 2007, p. 107).

² “A função administrativa prestacional é composta dos poderes para promover a satisfação concreta de necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais. Traduz-se, em especial, no instituto do serviço público” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 34).

³ “A função administrativa regulatória é integrada pelos poderes para disciplinar a conduta individual e coletiva, visando especialmente a promover a modificação do comportamento das pessoas, por meio de incentivos ou desincentivos. [...] A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado tenta influenciar a sociedade civil à assunção de encargos de interesse coletivo e à adoção de condutas reputadas conformes a certos valores” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 35).

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. (MEIRELLES, 2007, P. 133).

Ensina, ainda, à p. 135, que o poder de polícia encontra sua razão no “interesse social” e seu fundamento “na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública” e que:

A cada restrição de direito individual – expressa ou implícita em norma legal – corresponde equivalente *poder de polícia administrativa* à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida. Isto porque esse poder se embasa, como já vimos, no interesse superior da coletividade em relação ao direito do indivíduo que a compõe. (MEIRELLES, 2007, p. 135).

Ao fazer a introdução acerca do poder de polícia, termo que julga não adequado, por relembrar uma época pretérita do “Estado de Polícia”, anterior ao “Estado de Direito”, Mello (2007, p. 788) ensina que:

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

Assevera que o ordenamento jurídico, por vezes, impõe determinadas ações ou vedações de forma precisa, para evitar que a atividade individual seja danosa aos demais da coletividade. Noutras ocasiões, “a determinação depende de um exame concreto”, já que a extensão da liberdade individual não foi “delimitada legalmente em termos de tipificação aferível segundo um critério objetivo, rígido, inconfutável”, abrindo margem à discricionariedade da Administração, que pode-deve analisar, segundo os limites e fins da lei, a conformidade de comportamento dos administrados (MELLO, 2007, p. 790).

Conclui, quando ao poder de polícia e em face do ordenamento jurídico que impõe limitações à liberdade e à propriedade, que resta “à Administração o poder-dever de assegurar-lhe o respeito, fiscalizando sua observância e impedindo-lhe a transgressão” (MELLO, 2007, p. 790).

Este poder de polícia administrativa encontra seu fundamento na “supremacia geral”, qual seja, “a supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos da Administração”, que exerce sua “autoridade – nos limites destas mesmas leis – *indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis*” (MELLO, 2007, p. 793).

Por fim, referido autor, após ampla exposição, delinea a sua definição de polícia administrativa:

[...] como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. (MELLO, 2007, p. 807).

Justen Filho (2006, p. 393) assim define o poder de polícia administrativa: **“é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”** (grifo do autor).

Pormenorizando esta definição, afirma que o poder de polícia administrativa não se trata de uma atividade positiva prestada pelo Estado, mas de uma atividade negativa, esclarecendo que:

A atividade de poder de polícia não apresenta cunho prestacional e tem natureza essencialmente preventiva e repressiva. O Estado não desenvolve uma atividade consistente em satisfazer necessidades individuais, mas busca evitar que a fruição das liberdades e dos direitos privados produza lesões a direitos, interesses e bens alheios, públicos ou privados. Em vez de fornecer o meio de satisfazer uma necessidade, a atividade de poder de polícia conforma o exercício individual ou coletivo das liberdades para permitir a satisfação de necessidades alheias. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 393-394).

O poder de polícia pode ser caracterizado como positivo ou negativo, já que “depende apenas do ângulo através do qual se encara a questão. Com efeito, tanto faz dizer que através dele a Administração evita um dano, quanto que por seu intermédio ela constrói uma utilidade pública” (MELLO, 2007, p. 800). Nesta segunda perspectiva, a atividade de polícia, segundo o referido autor, teria de ser considerada positiva. Explica, no entanto, que na maioria dos casos o poder de polícia se manifesta no sentido negativo, ou seja, “através dele o Poder Público, de

regra, não pretende uma atuação do particular, pretende *uma abstenção*. Por meio dele normalmente não se exige nunca um *facere*, mas um *non facere*” (MELLO, 2007, P. 800).

Ao definir que o poder de polícia administrativa serve “para a realização de direitos fundamentais e da democracia” determina a finalidade, o fundamento do mesmo, qual seja: a ordem pública, o bem comum ou o interesse público; embora critique a utilização desses termos ou “cláusulas abstratas”, considerando “que propiciam a utilização do aparato estatal para fins que satisfazem antes o interesse do governante do que os direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 394).

Determina o autor, que a atividade de poder de polícia “traduz a concepção de que a convivência social acarreta a necessidade de limitação dos direitos individuais, de modo a evitar que a máxima liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 394). Nesta linha de raciocínio, defende que os direitos individuais também se subordinam ao princípio da proporcionalidade, tal qual o próprio poder de polícia:

O poder de polícia, numa democracia republicana encontra seu fundamento constitucional na *funcionalização* dos direitos e garantias individuais e sociais. Nenhuma atuação individual ou coletiva se legitima quando ultrapassa os limites da satisfação razoável dos interesses e se transforma em via de lesão ao próximo.

[...]

A aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos e garantias individuais resulta na *funcionalização* deles. Os direitos e garantias individuais não são um fim em si mesmo, mas um instrumento de realização conjunta e harmônica de fins comuns aos diversos indivíduos e às instituições sociais. Não se admite o exercício *abusivo* dos direitos e garantias individuais e coletivos. O abuso de direito consiste na ofensa ao princípio da proporcionalidade e se verifica quando um sujeito se vale de faculdades a si reservadas de modo excessivo ou inadequado, o que prejudica a outrem. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 395-396).

A administrativista Di Pietro (2009, p. 114) também informa que o condicionamento do exercício do direito pelos cidadãos (tensão entre “a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual”), visando o bem-estar coletivo, é efetuado pela Administração por meio do poder de polícia:

O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência **condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo**, e ela o faz usando de seu poder de polícia. (Grifo do autor).

Cavalcanti *apud* Di Pietro (2009, p. 114) afirma que o poder de polícia:

... 'constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos'. E acrescenta que se trata de 'limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem'.

E complementa a autora que “o **fundamento** do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados” (DI PIETRO, 2009, p. 115; grifo da autora).

Gasparini (2005, p. 123) afirma que se pode conceituar esta atribuição do poder de polícia “como sendo *a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social.*” Informa, ainda, que:

O fundamento da atribuição de polícia administrativa está centrado num *vinculo geral*, existente entre a Administração Pública e os administrados, que autoriza o condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público ou social. Alguns autores chamam-no de *supremacia geral* da Administração pública em relação aos administrados. (GASPARINI, 2005, p. 123-124).

Cretella Júnior *apud* Di Pietro (2009, p. 115) comenta que na Idade Média o poder de polícia servia ao príncipe para manter a “boa ordem da sociedade civil”, sendo que a “boa ordem moral e religiosa” era de competência da autoridade eclesiástica. E, nesta evolução histórica, passando pelo período do liberalismo, afirma que “a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a **ordem pública**. A polícia administrativa era essencialmente uma **polícia de segurança**” (DI PIETRO, 2009, p. 116; grifo da autora).

A partir do momento em que o Estado transforma-se em intervencionista, o campo da segurança é ultrapassado e “passa a estender-se também à **ordem econômica e social**” (DI PIETRO, 2009, p. 116; grifo da autora). Assim, antes do início do século XX, já se falava em uma polícia geral, responsável pela segurança pública, e em polícias especiais responsáveis pelo poder de polícia nos mais diversos setores que envolvem os particulares.

Quanto à evolução histórica do poder de polícia, conclui a autora:

O crescimento do poder de polícia deu-se em dois sentidos:

1. de um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de **ordem pública**, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem **econômica e social**, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras;
2. de outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vista em assegurar o bem comum, com base no princípio da função social da propriedade. (DI PIETRO, 2009, p. 116; grifo da autora).

De qualquer sorte, conclui que não importa tratar-se de obrigação positiva ou negativa, “a pessoa que cumpre está sofrendo uma **limitação em sua liberdade, em benefício do interesse público**” (DI PIETRO, 2009, p. 116; grifo da autora). Ou seja, o fundamento do poder de polícia está no interesse público, na preservação da ordem pública.

Por fim, informa o conceito clássico e o conceito moderno de poder de polícia:

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a **atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança**.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro o poder de polícia é a **atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público**. (DI PIETRO, 2009, p. 116-117; grifo da autora).

Por conta do conceito de poder de polícia estampado no art. 78 do CTN, Mello *apud* Di Pietro (2009, p. 117-118) o biparte em dois aspectos:

1. em sentido amplo, corresponde à ‘atividade estatal de condicionar a liberdade e propriedade ajustando-as aos interesses coletivos’; abrangendo atos do Legislativo e do Executivo;
2. em sentido restrito, abrange ‘as intervenções quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais’; compreende apenas atos do Poder Executivo.

De igual forma Gasparini (2005, p. 126) ensina que:

A expressão 'atribuição de polícia' pode ser tomada tanto em *sentido amplo* como em *sentido estrito*. Em sentido amplo, abrange, além dos atos do Executivo, os do Legislativo. Em sentido estrito, alcança somente os atos do Executivo. Para indicar esse sentido, o estrito, costuma-se dizer: *atribuição de polícia administrativa*, ou, simplesmente, *polícia administrativa*. Para indicar aquele, o amplo, diz-se *Poder de Polícia*.

Este poder de polícia estatal incide sobre duas áreas de atuação: a administrativa e a judiciária. A diferenciação entre elas não é absoluta, já que a polícia administrativa, embora possua um caráter nitidamente preventivo, no sentido de impedir que o comportamento individual cause prejuízos ao interesse coletivo social, também possui caráter repressivo. Lazzarini *apud* Di Pietro (2009, p. 118) afirma que:

..., a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age. (Grifo da autora).

Para Gasparini (2005, p. 127) a polícia administrativa e a polícia judiciária não se confundem, já que “a polícia administrativa é essencialmente *preventiva*, embora algumas vezes seus agentes ajam repressivamente, [...]. A polícia judiciária é notadamente *repressiva*”. Diferencia, ainda, uma da outra pelo seu objeto:

O objeto da polícia administrativa é a *propriedade* e a *liberdade*, enquanto o da polícia judiciária é a *pessoa*, na medida em que lhe cabe apurar as infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º, da CF). A polícia administrativa predispõe-se a impedir ou paralisar atividades *anti-sociais*; a polícia judiciária preordena-se a descobrir e conduzir ao Judiciário os infratores da ordem jurídica penal (art. 144, § 4º, da CF). Por último, a polícia administrativa *rege-se por normas administrativas*; a judiciária, por normas processuais penais. (GASPARINI, 2005, p. 127; itálico do autor).

Os meios de atuação estatal para desempenho do poder de polícia em sentido amplo, que compreende a função legislativa e executiva, dividem-se em dois segmentos: a) os atos normativos, com a lei envolvendo o processo legislativo, além dos decretos, portarias, instruções normativas e demais normas baixadas pelo Executivo e que limitam o exercício de direitos e atividades individuais; b) as medidas preventivas, que compreendem as fiscalizações, vistorias, autorizações, licenças, notificações, entre outras, visando “adequar o comportamento individual à

lei”; e as medidas repressivas, que compreendem “dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas”, entre outras, “com a finalidade de **coagir** o infrator a cumprir a lei”. Trata da aplicação da lei ao caso concreto. (DI PIETRO, 2009, p. 119; grifo da autora).

O artigo 626 da CLT atribui claramente o poder de polícia administrativa aos Auditores-Fiscais do Trabalho, agentes públicos do Ministério do Trabalho e Emprego, ao determinar que “incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho e Emprego, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho”. De se lembrar, ainda, que o artigo 11, inciso I, da Lei nº. 10.593/2002, dispõe expressamente que “os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo território nacional: I – o cumprimento de disposições legais e regulamentares, [...], no âmbito das relações de trabalho e de emprego.”

A Constituição Federal garante uma série de direitos aos indivíduos: à vida, à liberdade, à propriedade, ao trabalho, entre outros, todos visando o bem comum, todos de interesse social. Porém, esses direitos, para que possam ser assegurados de maneira coletiva, sem ferir os direitos de outros ou da coletividade, não são incondicionais, “esses direitos não são passíveis de fruição absoluta por parte dos seus destinatários” (BASTOS, 2000, p. 148-149). O limite imposto pela Lei é fiscalizado de modo a exercer coerção aos particulares agirem em conformidade com os ditames daquela.

Teixeira Filho, ao atualizar texto de autoria de Maranhão (2005, p. 239-240) ensina que “no Brasil sempre vigorou a doutrina econômica capitalista”, baseada na “*propriedade privada dos bens de produção, na livre iniciativa e na livre concorrência*”, porém, afirma que esses direitos não são absolutos:

Há limitações que devem ser observadas pela legislação do meio ambiente, pelos direitos da comunidade e do consumidor e pelos direitos do trabalhador. O Direito do Trabalho não considera o trabalhador um mero *insumo econômico*. Por natureza, ele é uma pessoa humana, com direitos, aspirações e potencialidades, que precisam ser expressas e realizadas através de seu labor.

Expõe, ainda, que o novo Código Civil continua a consagrar o direito à propriedade e à liberdade de contratar; porém, temperou-os com determinados ingredientes com vistas a frear os excessos do individualismo, dosando-os com

enfoque inovador “à ética e à justiça dos contratos na medida em que expressamente conforma a vontade dos contratantes” aos parâmetros dos artigos 421 e 422 do Código Civil. Estes dispositivos determinaram uma aproximação do Direito Civil ao Direito do Trabalho, na medida em que buscam “equilibrar as partes diante de suas desigualdades na avença” (TEIXEIRA FILHO, atualizando artigo de autoria de MARANHÃO, 2005, p. 240).

Bom lembrar que referidos artigos do Código Civil (421 e 422) tratam da função social do contrato e dos princípios de probidade e boa-fé que lhe são aplicáveis.

Da mesma maneira, interessante observar que o art. 186 do Código Civil define o que é ato ilícito e o art. 187 equipara ao ato ilícito aquele praticado em manifesto excesso imposto pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O ilícito trabalhista, portanto, pode retratar-se pela mera infração à lei, assim como pelo excesso no exercício de um direito. Para evitar e controlar este excesso o Estado age por meio de seu Poder de Polícia:

O ordenamento jurídico confere aos administrados uma série de direitos relacionados com o uso, gozo e disposição da propriedade e com o exercício da liberdade, a exemplo do que está consignado nos incisos IV, XIII, XV e XXII do art. 5º da Constituição da República. O exercício desses direitos, apesar disso, não é ilimitado. Ao contrário, deve ser compatível com o bem-estar social ou com o próprio interesse do Poder Público, não podendo, assim, constituir obstáculo à realização dos objetivos do Estado ou da sociedade. Este condicionamento da liberdade e da propriedade dos administrados aos interesses públicos e sociais é alcançado pela *atribuição de polícia administrativa*, ou, como é comumente designado, *poder de polícia*. (GASPARINI, 2005, p. 123).

Num primeiro momento, esta atividade restritiva é efetuada pelo próprio Legislativo, sob o ordenamento da Constituição Federal, expedindo leis. A essa atividade inicial atribui-se o nome de poder de polícia, pela qual se traçam os contornos para a fruição normal de um direito. Via de regra, essas limitações são remetidas pela Constituição Federal como atribuições legais, ou seja, às leis cabe esse papel regulador e limitador. Há ocasiões em que a própria lei remete esse poder limitador ao Executivo, que o faz por meio de atos administrativos: Decretos, Portarias, etc.

Segundo Bastos (2000, p. 151):

O poder de polícia desenvolve-se no âmbito do Legislativo e é disciplinado pelo direito constitucional. A Administração não exerce nenhum poder. Toda sua atividade é sublegal; não comporta, por conseguinte, a amplitude que o termo 'poder' indica. Alguns autores preferem a expressão 'polícia administrativa' para designar essa atividade, quando no âmbito do Poder Executivo.

Na realidade o Poder é um só e emana do povo. O que se tem é a divisão de funções estatais para o exercício do Poder em três áreas distintas: legislativa, executiva e judiciária. Bastos (2000, p. 152) afirma que “o Poder estatal manifesta-se através da validade e eficácia do seu ordenamento jurídico. Sem poder não haverá ordem jurídica válida e eficaz (Kelsen)”.

O princípio da divisão de funções (poderes) “talvez seja justamente o que a Constituição tenha de mais caro, inclusive historicamente, por ser a garantia básica do cidadão contra o exercício arbitrário do poder pela autoridade pública” (BESTER, 2005, p. 299). Esta separação visa, basicamente, proteger os direitos fundamentais do cidadão contra eventual autoritarismo, contra a prepotência do Estado, limitando o poder público e garantindo o exercício da democracia.

Silva (2007, p. 109) ensina que a separação de poderes não comporta uma rigidez, já que os poderes e suas funções devem ser independentes, mas harmônicos:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, [...], enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmônica dos poderes*.

Informa, ainda que “a *independência dos poderes* significa: (a) [...]; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; [...]” (SILVA, 2007, p. 110).

E, no que tange à harmonia, ensina com propriedade que:

A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são

absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2007, p. 110).

Fato é que a separação de funções não é rígida, segundo Bester (p. 303-304), existem exceções, “que são conhecidas como funções atípicas que um poder exerce ao lado de sua função típica. [...] de modo que não assiste razão aos que afirmam que nossa separação dos poderes é rígida.”

Nascimento (2005-A, p. 75) ensina que, dentre as funções do Direito do Trabalho, está a:

[...] função tutelar do trabalhador, protegendo-o diante do poder econômico, para que não seja por este absorvido; tutela que se faz mediante leis que o Estado elabora ou poderes reconhecidos aos sindicatos restritivos da autonomia individual.

Adiante, descreve acerca das relações entre a Constituição e outras normas:

As relações entre as leis constitucionais e as demais no ordenamento jurídico brasileiro são definidas segundo o princípio tutelar, de modo que os seus dispositivos correspondam a direitos mínimos assegurados, inderrogáveis por outras normas, salvo quando a própria Constituição o autorizar, como faz com os salários, que são irredutíveis, permitindo, no entanto, acordo ou convenção coletiva para reduzi-los. (NASCIMENTO, 2005-A, p. 91-92).

No exercício desta função tutelar, cabe ao Auditor-Fiscal do Trabalho interpretar o ordenamento jurídico vigente, analisar o caso concreto encontrado durante a fiscalização, efetuar seu julgamento e decisão administrativos, para então, quando couber, autuar o empregador e exigir o registro em CTPS daqueles trabalhadores contratados de modo fraudulento, com intuito de impedir a aplicação dos preceitos da CLT àqueles empregados. Nascimento (2005-A, p. 637) ensina que: “em se tratando de irregularidades sanáveis, o inspetor deverá dar um prazo para que o empregador tome as providências necessárias, mas, sendo insanável a infração (ex.: falta de registro de empregados), autuará a empresa, [...]”.

Teixeira Filho (2005, p. 1300-1301) ao descrever acerca do papel da inspeção do trabalho relata:

A inspeção do trabalho é atividade da maior importância, já que o Estado, por seu intermédio, assegura o cumprimento das leis de proteção ao

trabalhador. Eficácia da lei e ação fiscalizadora são componentes que guardam entre si estreita relação de causalidade, objetivando garantir a realização do direito perante seu destinatário: o empregado. [...]

José Alves de Paula, ex-Diretor de Inspeção e das Relações de Trabalho do MTPS, fez acurado exame sobre o papel do Estado nas relações de trabalho no Brasil e precisou com absoluta exatidão que 'o problema é saber se, no caso da fiscalização do trabalho, temos uma atividade secundária e descartável, ou um serviço essencial, que o Estado, modernizando-se, deve incrementar e melhorar.

[...]

O papel da fiscalização cresce de importância quando sabemos que o brasileiro não alcançou ainda aquele estágio de cultura cívica que o faça ter especial respeito pela ordem jurídica e pelo respeito da lei. Ainda há muito cidadão e muito empresário supondo que burlar a lei, em vez de delito, é uma demonstração de superioridade ou de inteligência. Estes brasileiros que só não avançam o sinal se o guarda estiver presente, ou só obedecem à lei se tiverem certeza de que estão sendo observados pela autoridade repressora, são o tormento da cidadania e da paz social. E é para estes que deve dirigir-se o agente da inspeção do trabalho, munido de paciência e firmeza, para ensinar, para compor os conflitos e para reprimir'.

2.2.2.2 Das características do poder de polícia

Dentre outras características, Di Pietro (2009, p. 119) afirma: “Costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a **discricionariedade**, a **autoexecutoriedade** e a **coercibilidade**, além do fato de corresponder a uma atividade negativa”⁴ (grifo da autora).

A discricionariedade está presente na maior parte dos atos administrativos investidos de poder de polícia, já que o legislador não consegue prever todas as hipóteses para sua atuação, de forma que existe certa discricionariedade para decidir o melhor momento de agir, o meio mais adequado e eficaz, assim como a penalidade a ser imposta, diante das previstas na legislação. Ou seja, há uma discricionariedade vinculada à lei. No entanto, há casos em que o poder de polícia é vinculado, sendo exemplo mais comum a licença, já que, neste caso, “a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará; é o que

⁴ “Outro atributo que alguns autores apontam para o **poder de polícia** é o fato de ser uma atividade **negativa**, distinguindo-se, sob este aspecto, do serviço público, que seria uma atividade **positiva**. Neste, a Administração Pública exerce, ela mesma, uma **atividade material** que vai trazer um benefício, uma utilidade, aos cidadãos: por exemplo, ela executa os serviços de energia elétrica, de distribuição de água e gás, de transportes etc.; na atividade de polícia, a Administração apenas impede a prática, pelos particulares, de determinados atos contrários ao interesse público; ela impõe limites à conduta individual” (DI PIETRO, 2009, p. 121; grifo da autora).

ocorre na licença para dirigir veículos automotores, para exercer determinadas profissões, para construir” (DI PIETRO, 2009, p. 119).

O poder de polícia está subordinado ao princípio da legalidade, cuja lei pode produzir competência vinculada ou discricionária, sendo usual esta última, conforme Justen Filho (2006, p. 400), que reforça a tese acima descrita, afirmando que:

Portanto, é incorreto qualificar o poder de polícia como um ‘poder discricionário’. Em primeiro lugar, porque não existe essa categoria de ‘poder discricionário’. Há competências administrativas disciplinadas por lei, as quais podem contemplar margem de discricionariedade. Depois, as competências de poder de polícia envolvem tanto disciplina discricionária como vinculada. O poder de polícia é integrado não apenas por competências discricionárias. Há inúmeras atribuições que são reguladas de modo vinculado pela lei. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 400-401).

Com efeito, há “impossibilidade material de a lei exaurir a disciplina das limitações às liberdades, uma vez que o tema depende das circunstâncias de cada caso”, assim como surgem “situações imprevistas, não contempladas expressamente na lei” de forma que defende Justen Filho (2006, p. 401):

[...] A ausência de previsão legislativa expressa não significa que o direito não regule a situação existente, nem significa impossibilidade de exercício do poder de polícia. O poder de polícia compreende competências extraídas tanto expressa como implicitamente das leis. Manifestações inovadoras de liberdades podem ser reguladas pela Administração Pública em vista dos princípios jurídicos fundamentais.

Quanto à segunda característica, a auto-executoriedade, Di Pietro (2009, p. 120) discorre:

A **autoexecutoriedade** (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao poder judiciário. (Grifo da autora).

Há autores que dividem a auto-executoriedade em duas: “a **exigibilidade** (*privilège du préalable*) e a **executoriedade** (*privilège d’action d’office*)” (DI PIETRO, 2009, p. 120. Grifo da autora). A exigibilidade, característica de todas as medidas de polícia, trata da possibilidade da Administração tomar decisões executórias, de modo a exigir ações positivas ou negativas dos administrados, sem que para isto necessite de ordem ou autorização judicial. “A decisão administrativa impõe-se ao particular

ainda contra a sua concordância; se este quiser se opor, terá que ir a juízo” (DI PIETRO, 2009, p. 120). Já a executoriedade “consiste na faculdade que tem a Administração, quando já tomou decisão executória, de realizar **diretamente** a execução forçada, usando, se for o caso, da força pública para obrigar o administrado a cumprir a decisão” (DI PIETRO, 2009, p. 120). Como bem observa a referida autora, esta executoriedade não constitui característica de todas as medidas de polícia, mas apenas quando há previsão legal, respeitando-se o direito à ampla defesa e ao contraditório, e nos casos urgentes, que impõe uma ação administrativa imediata, sob pena de prejuízo ao interesse público, o que dispensa procedimento especial pela própria urgência iminente. De qualquer sorte, a Administração deve agir, nestes casos, moderada e proporcionalmente no emprego da força, sem qualquer arbitrariedade, sob pena de responder pelos danos causados e sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos servidores envolvidos, seja civil, penal ou administrativa.

Para Gasparini (2005, p. 130) a auto-executoriedade e a proporcionalidade não seriam atributos do ato de polícia, já que “a executoriedade existe em outros atos administrativos, e a Administração Pública deve atuar com razoabilidade. Portanto, a auto-executoriedade e a proporcionalidade não qualificam o ato de polícia”. De qualquer sorte, referido autor assim comenta acerca da auto-executoriedade:

A Administração Pública pode promover, por seus próprios meios, humanos e materiais, a submissão do administrado às determinações editadas, para vê-lo conformado à legislação a que deve obediência, sem necessidade de recorrer a qualquer outro poder, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA, 93:188). [...] A exigir-se prévia autorização judicial, assentou o Tribunal de Justiça de São Paulo, seria negar o ‘próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem que ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio’, citado por Régis Fernandes de Oliveira.” (GASPARINI, 2005, p. 130).

No que tange ao recurso às vias judiciais para o exercício da atividade de polícia administrativa, Mello (2007, p. 804) expõe posicionamento de Louis Rolland:

Com muito acerto, Rolland observa que a polícia judiciária não reprime: ajuda o Poder Judiciário a promover a repressão. Além disso, ressalta, a polícia administrativa, sobre prevenir – através de regulamentos e de interdições -, também reprime, empregando força para assegurar o acatamento de suas ordens, independentemente de recurso às vias judiciais

(Louis Rolland, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Daloz, 1947, p. 397).

E, ele mesmo, de maneira categórica ensina:

As medidas de polícia administrativa freqüentemente são autoexecutórias: isto é, pode a Administração Pública promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias. (MELLO, 2007, p. 811).

Da mesma maneira entende Meirelles (2009, p. 164), afirmando que “a *auto-executoriedade* consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”. E critica a própria Administração e alguns posicionamentos do Poder Judiciário, nos seguintes termos:

Os autores mais modernos não se cansam de apontar esse atributo nos atos administrativos que o possuem. Entretanto, as nossas Administrações se mostram tímidas na sua utilização e a nossa Justiça, nem sempre atualizada com o Direito Público, em pronunciamentos felizmente raros, tem pretendido condicionar a execução de atos tipicamente *auto-executórios* a prévia apreciação judicial. Mas, em contraposição a esses julgados esporádicos e errôneos, firma-se cada vez mais a jurisprudência na boa doutrina, reconhecendo à Administração – especialmente quanto aos atos de polícia – o poder de executar direta e imediatamente seus atos imperativos, independentemente de pedido cominatório ou mandado judicial.

[...]

Realmente, não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública.

[...]

Além do mais, aberraria do nosso sistema político, de independência e harmonia dos Poderes, submeter o Executivo à tutela do Judiciário, em exames prévios dos atos que os órgãos administrativos desejassem executar. (MEIRELLES, 2009, p. 164-165).

E conclui que:

Ao particular que se sentir ameaçado ou lesado pela execução do ato administrativo é que caberá pedir proteção judicial para obstar à atividade da Administração contrária aos seus interesses, ou para haver da Fazenda Pública os eventuais prejuízos que tenha injustamente suportado. (MEIRELLES, 2009, p. 166).

No âmbito do Direito do Trabalho, ao afirmar que “as normas do Direito do Trabalho são de interesse social, imperativas e inafastáveis pelas partes”, Carrion (2007, p. 70) ensina que “os órgãos administrativos (fiscalização etc.) ou sindicais não dependem da iniciativa do particular prejudicado para aplicar as sanções (multas etc.) ou para ajuizar as ações cabíveis no interesse coletivo”.

Por sua vez “a **coercibilidade** é indissociável da autoexecutoriedade. O ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva” (DI PIETRO, 2009, p. 121). Estreitamente ligado ao atributo da imperatividade dos atos administrativos, pelo qual estes “se impõe a terceiros, independente de sua concordância” (DI PIETRO, 2009, p. 200), também denominado de poder extroverso, “que permite ao Poder Público editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as, unilateralmente, em obrigações” (ALESSI *apud* DI PIETRO, 2009, p. 200).

A coação ou coerção administrativa trata de exercício natural no campo do poder de polícia:

[...], pois os interesses coletivos defendidos freqüentemente não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia, respeitadas, evidentemente, entretanto, as garantias individuais do cidadão constitucionalmente estabelecidas. (MELLO, 2007, p. 812).

Meirelles (2009, p. 163) ao discorrer acerca da imperatividade dos atos administrativos assim leciona:

A *imperatividade* é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles (*v.g.*, os atos enunciativos, os negociais) o dispensam, por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização. Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa (atos normativos, ordinatórios, punitivos) nascem sempre com imperatividade, ou seja, com a força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos *auto-executórios*) ou pelo Judiciário (atos *não auto-executórios*).

Como meio de coerção ao cumprimento do comando legal, a Administração utiliza-se de sanções, dentre outros mecanismos. “As sanções que tornam efetivas as medidas de polícia são impostas ou fixadas em lei. São, essencialmente, a *multa*

(pagamento em dinheiro), a *interdição* (de atividade), a *demolição* [...], a *destruição* [...], a *inutilização* [...], e o *embargo* (de obra)” (GASPARINI, 2005, p. 132).

No que tange às sanções administrativas, Justen Filho (2006, p. 405) afirma que:

[...] o poder de polícia não possui natureza sancionatória. Muito pelo contrário, o poder de polícia apresenta cunho preventivo, sendo orientado a prevenir uma lesão a direitos e a valores tutelados juridicamente. Mas o poder de polícia também se traduz na implementação de providências materiais destinadas a evitar a consumação da irregularidade ou a continuidade de situação antijurídica.

Assim, conforme referido autor, “a sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia”, ou seja:

A atividade de poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o poder-dever de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 405).

Embora a citação a seguir trate da intervenção no domínio econômico, analisada constitucionalmente, Silva (2007, p. 808) assim se manifesta acerca da fiscalização:

A *fiscalização*, como toda fiscalização, pressupõe o poder de regulamentação, pois ela visa precisamente controlar o cumprimento das determinações daquele e, em sendo o caso, apurar responsabilidades e aplicar penalidades cabíveis. Não fora assim o poder de fiscalização não teria objeto.

Como o exercício do poder de polícia se consubstancia por meio de atos administrativos, a ele também se deve indicar o atributo da presunção de legitimidade e veracidade:

A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A **presunção de veracidade** diz respeito aos **fatos**; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública. (DI PIETRO, 2009, p. 197-198; grifo da autora).

A presunção de legitimidade dos atos administrativos decorre do princípio da legalidade da Administração Pública, expresso no art. 37 da Constituição Federal, o qual “informa toda a atuação governamental” (MEIRELLES, 2009, p. 161), ou seja, presume-se que a Administração Pública age de acordo com a lei, até prova em contrário. “Já a *presunção de veracidade*, inerente à de *legitimidade*, refere-se aos *atos* alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário” (MEIRELLES, 2009. P. 161).

Alguns efeitos jurídicos se extraem da presunção de veracidade, quais sejam:

1. enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido; [...]. Para suspender a eficácia do ato administrativo, o interessado pode ir a juízo ou usar de recursos administrativos, desde que estes tenham efeito suspensivo;
2. o Judiciário não pode apreciar *ex officio* a validade do ato; sabe-se que, em relação ao ato jurídico de direito privado, o artigo 168 do CC determina que as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e devem ser **pronunciadas pelo juiz**, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos; o mesmo não ocorre em relação ao ato administrativo, cuja nulidade só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido da pessoa interessada.
3. A **presunção de veracidade** inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a presunção de **legitimidade** produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade se argüida pela parte. (DI PIETRO, 2009, p. 199; grifo da autora).

A presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos “responde a exigências de celeridade e segurança” da Administração Pública, conforme ensina Meirelles (2007, p. 161):

Além disso, a *presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos* responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. [...]
Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou

ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.⁵

2.2.2.3 Dos requisitos de validade dos atos de polícia administrativa

Di Pietro (2009, p. 122) ensina que:

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à **competência** e à **forma**, aos **fins** e mesmo com relação aos **motivos** ou ao **objeto**; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei. (Grifo da autora).

O ato de polícia administrativa “deve observar, para sua validade, os requisitos (competência, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa) comuns a todos os atos dessa espécie, mais a proporcionalidade” (GASPARINI, 2005, p. 129).

Em consonância com os autores acima, Meirelles (2009, p. 143) ensina categoricamente que:

As condições de validade do ato de polícia são as mesmas do ato administrativo comum, ou seja, a competência, a finalidade e a forma, acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração.

No que respeita à competência para a realização dos atos públicos em geral, assim como para o poder de polícia, “agente público competente é o que recebe da lei o devido dever-poder para o desempenho de suas funções” (GASPARINI, 2005, p. 61). Por se tratar de poder-dever, “a competência não é exercida à livre discricção do agente público” (GASPARINI, 2005, p. 62). Segundo este autor, a competência é

⁵ “Desde que se completa o procedimento formativo, o ato adquire existência legal, tornando-se eficaz e vinculativo para a Administração que o expediu, porque traduz manifestação de vontade administrativa em forma regular. A partir da conclusão do procedimento formativo a Administração está diante de um ato eficaz, isto é, apto a produzir seus efeitos finais, enquanto não for revogado. Mas, embora *eficaz*, pode o ato administrativo não ser *execúvel*, por lhe faltar a verificação de uma condição suspensiva, ou a chegada de um termo ou, ainda, a prática de um ato complementar (aprovação, visto, homologação, julgamento do recurso de ofício etc.) necessário ao início de sua execução ou operatividade”. (MEIRELLES, 2007. p. 162).

obrigatória, intransferível (embora possa ser delegada e avocada, nos limites da lei), irrenunciável, imodificável e imprescritível.

Nas palavras de Meirelles (2007, p. 154), reforçando o acima exposto:

Entende-se por *competência administrativa* o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

Quanto à forma, pode ter duas concepções:

1. uma concepção **restrita**, que considera forma como a **exteriorização do ato**, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;
2. uma concepção **ampla**, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato. (DI PIETRO, 2009, p. 207; grifo da autora).

Forma, portanto, “é o revestimento do ato administrativo. É o modo pelo qual o ato aparece, revela sua existência. É necessária à validade do ato.” (GASPARINI, 2005, p. 63).

Exceto em casos de urgência, de irrelevância ou de transitoriedade da manifestação da vontade pela Administração Pública, o ato administrativo “nas demais hipóteses é de rigor o ato *escrito em forma legal*, sem o que se exporá à invalidade” (MEIRELLES, 2007, p. 156).

Di Pietro (2009, p. 209) fornece os conceitos de finalidade, objeto e motivo, e esclarece possíveis confusões entre os mesmos:

Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.

Enquanto o **objeto** é o efeito jurídico **imediato** que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito **mediato**.

Distingue-se do **motivo**, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição.

Tanto **motivo** como **finalidade** contribuem para a formação da **vontade** da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade). (Grifo da autora).

A finalidade jamais pode se afastar do interesse público no exercício do poder de polícia:

Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em **desvio de poder** e acarretará a nulidade do ato com todas as conseqüências nas esferas civil, penal e administrativa. (DI PIETRO, 2009, p. 122).

Nesta mesma linha de raciocínio, Gasparini (2005, p. 63) entende que finalidade:

É o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para um fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade. Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo. O ato administrativo desinformado de um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado é nulo por desvio de finalidade (passa-se de uma finalidade de interesse público para uma finalidade de interesse privado, a exemplo do ato de desapropriação praticado para prejudicar o proprietário).

Não é outro o ensinamento de Meirelles (2009, p. 155), que entende que a finalidade do ato administrativo é “o objetivo de interesse público a atingir”. Acrescenta o autor que:

Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos hão de dirigir sempre e sempre para um *fim público*, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo.

O motivo “é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Consubstancia situações do mundo real que devem ser levadas em consideração para o agir da Administração Pública competente” (GASPARINI, 2005, p. 64-65).

A obrigatoriedade do motivo para a validade de qualquer ato administrativo determinou a origem da teoria dos motivos determinantes, pela qual “só é válido o ato se os motivos enunciados efetivamente aconteceram. Desse modo, a menção de

motivos falsos ou inexistentes vicia irremediavelmente o ato praticado, mesmo que não exigidos por lei” (GASPARINI, 2005, p. 65).

Segundo Meirelles (2007, p. 156) motivo “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”, o qual pode vir expresso em lei (vinculado) ou deixado a critério do administrador (discricionário). Não se deve confundir motivo com motivação, já que esta é “a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e fundamentos jurídicos do ato (cf. art. 50, *caput*, da Lei 9.784/99)” (MEIRELLES, 2007, p. 156). Ou seja, a motivação é a exposição, é a maneira pela qual se informa o motivo que levou o administrador à realização do respectivo ato.

O princípio de direito administrativo da proporcionalidade dos meios aos fins informa que a Administração, no exercício do poder de polícia “não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem estar social” (DI PIETRO, 2009, p. 122). Este princípio limita o objeto, o meio de ação de que dispõe a Administração, mesmo quando várias sejam as possibilidades legais.

A proporcionalidade “consiste no uso adequado da coação. Assim, entre a medida adotada e o desejo da lei, há de existir essa proporcionalidade, sob pena de vício de nulidade do ato de polícia e de responsabilidade de seu autor” (GASPARINI, 2005, p. 129).

Fleiner *apud* Gasparini (2007, p. 129) afirma que a “autoridade administrativa não pode empregar meio de coação mais severo do que seja necessário para conseguir o fim proposto”.

Justen Filho (2006, p. 393) inclui na própria definição de poder de polícia a sua submissão aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, segundo os quais:

O princípio da legalidade assegura a todos que somente a lei crie deveres de agir e de abster-se. A atividade de poder de polícia administrativa não apresenta natureza inovativa, mas meramente regulamentar. As limitações constantes das leis são tornadas concretas por meio da atividade administrativa de poder de polícia.

[...]

Isso não afasta a possibilidade de a lei adotar disciplina discricionária, atribuindo à Administração Pública a faculdade de especificar a solução mais adequada, em vista das circunstâncias concretas.

[...]

Como toda a competência estatal de limitação de direitos, o poder de polícia é norteado de modo essencial pelo princípio da proporcionalidade.

Isso significa que qualquer limitação, prevista em lei ou em ato administrativo, somente será válida se

(a) adequada,

(b) necessária e

(c) compatível com os valores consagrados na Constituição e nas leis.

Adequação significa um vínculo de causalidade lógica entre a providência limitativa adotada e o fim concreto que a justifica.

A necessidade impõe a adoção da providência dotada de menor potencial de restritividade possível dentre as diversas que se revelam como adequadas.

A compatibilidade com a Constituição impede a consagração de providências restritivas que suprimam ou ofendam valores ou direitos fundamentais, consagrados como intangíveis. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 394-395).

A atribuição do poder de polícia é demarcada por dois vetores: 1) o interesse público; e 2) os direitos fundamentais reconhecidos aos administrados. Segundo Gasparini (2005, p. 128):

É na conciliação da necessidade de limitar ou restringir o desfrute da liberdade individual e da propriedade particular com os direitos fundamentais, reconhecidos a favor dos administrados, que se encontram os limites dessa atribuição. Assim, mesmo que a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os mencionados direitos. Qualquer abuso é passível de controle judicial (RDA, 117:273).

Meirelles (2009, p. 143) leciona que “sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida”. O autor afirma que a proporcionalidade deve ser aferida entre o benefício social que se tem em vista e a restrição imposta ao administrado ou, ainda, entre a infração cometida e a sanção punitiva a ser aplicada. Conclui que “o poder de polícia autoriza limitações, restrições, condicionamentos; nunca supressão total do direito individual ou da propriedade particular, o que só poderá ser feito através de desapropriação” (MEIRELLES, 2007, p. 143).

Os fins não justificam os meios, de forma que “a *legalidade dos meios* empregados pela Administração é o último requisito para a validade do ato de polícia” (MEIRELLES, 2007, p. 143). A utilização de meios ilegais, mesmo que o fim desejado seja de interesse público, lícito e legal, vicia o ato administrativo, impondo sua nulidade. Referido autor lembra, ainda, que os meios empregados, além de legítimos, devem ser moderados e “compatíveis com a urgência e a necessidade da

medida adotada”, sendo que “só a resistência do particular a ordens e proibições legais legitima o emprego moderado da força pública para removê-la, como último recurso contra o capricho do administrado ao poder de polícia da Administração.” (MEIRELLES, 2007, P. 143).

2.2.2.4 Da autotutela e do controle judicial sobre o poder de polícia

Os atos inerentes ao poder de polícia não são diferentes dos demais atos administrativos e também estão submetidos, não só ao princípio da autotutela, como ao controle judicial. A autotutela decorre do princípio da legalidade, à qual o próprio Estado está sujeito, de forma que também lhe cabe o controle da legalidade de seus atos. Assim, “pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2009, p. 69).

Conforme informa Gasparini (2005, p. 18), no que respeita à autotutela, “a Administração Pública está obrigada a policiar, em relação ao mérito e à legalidade, os atos administrativos que pratica”. Meirelles *apud* Gasparini (2007, p. 18) afirma que:

A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes a atividade do Poder Público desgarra-se da lei, divorcia-se da moral, ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal.

Duas súmulas do Supremo Tribunal Federal consagram este poder de autotutela da Administração:

Pela de nº 346, ‘a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos’; e pela de nº 473, ‘a Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial’. (DI PIETRO, 2009, p. 69).

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura o direito de ação, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, para apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Portanto, em qualquer hipótese pela qual o administrado sinta-se lesado pelos atos resultantes do poder de polícia administrativa, por ato abusivo ou ilegal, lhe é assegurado o direito de recorrer ao Judiciário.

Di Pietro (2009, p. 217), no que tange ao controle que o Poder Judiciário exerce sobre os atos administrativos, assevera que:

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.** (Grifo da autora).

A atividade de polícia, discricionária ou vinculada:

... é atividade que se submete à lei, consoante já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao acentuar que o poder de polícia não é arbitrário ou caprichoso e está sujeito às regras legais ou regulamentares, dentro de cujos limites se exercita (RDA, 111:297). [...] Desse modo, sempre que houver abuso no exercício dessa atividade, cabe o controle judicial (RDA, 117:273) e eventual responsabilização patrimonial da Administração Pública. (GASPARINI, 2005, p. 127).

Como todo ato administrativo, os atos de polícia administrativa “submetem-se aos controles vigentes (administrativo e judicial) a que se subsumem os atos e comportamentos da Administração Pública em geral” (GASPARINI, 2005, p. 132-133).

Não é outro, também, o entendimento de Mello (2007, p. 812-813), observando que “ao se indicar a possibilidade jurídica de a Administração obter compulsória obediência aos seus ditames de polícia, supôs-se, evidentemente, a atuação regular desta, e não o uso desmedido ou, de qualquer modo, afrontoso à legalidade”. E é por esta razão que considera óbvio:

[...] que em todas as hipóteses os particulares podem sempre recorrer ao Poder Judiciário para sustar as providências administrativas que tenham fundado receio de vir a sofrer em desconformidade com a lei ou para obter as reparações devidas quando, da atuação ilegal da Administração, venham

a sofrer danos causados a pretexto do exercício do poder de polícia. (MELLO, 2007, p. 812).

2.3 DOS CONTRATOS DE TRABALHO E DE EMPREGO

Existem diversos tipos de relação contratual de trabalho, todos perfeitamente válidos e legais, desde que obedecidos seus requisitos. Dentre eles, pode-se destacar: o trabalho subordinado, com vínculo de emprego, o trabalho sob regime de estágio, o autônomo, o eventual, o avulso, o cooperado, o temporário (Lei nº 6.019/74) e o terceirizado.

O artigo 41 da CLT determina que “em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho”. Referido registro deve ser anotado na CTPS do trabalhador no prazo de 48 horas, conforme determina o art. 29 da CLT.

Porém, muitas vezes, com intuito de reduzir custos operacionais ou mesmo em conluio com o empregado, para reduzir as contribuições fiscais deste, os empregadores acabam por se utilizar de trabalhadores empregados sob a égide de contratos diversos do de emprego. Serson (1995, p. 451) informa que:

Na Justiça do Trabalho, são múltiplas as questões em que a empresa reclamada nega o vínculo de emprego, ora dizendo que o reclamante era autônomo, ora afirmando que era avulso ou eventual. Por sua vez, a fiscalização do trabalho tem exigido o registro de pessoas consideradas pela empresa como não-empregados, resultando em autuação a inexistência do registro.

Dentre os contratos mais comuns, utilizados fraudulentamente em substituição ao de emprego, estão os de estágio, de autônomo, de cooperado, de terceirização e os de trabalhador temporário (Lei nº 6.019/74). Apesar destes dois últimos, terceirização e temporário, preservarem alguns direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ambos são prejudiciais aos direitos dos empregados, sendo mais precário o contrato de trabalho temporário, regido pela Lei nº 6.019/74 (CAIO FRANCO SANTOS, 2004).

A relação de trabalho diz respeito a todo e qualquer tipo de trabalho realizado, seja autônomo, avulso, cooperado, etc. É o gênero, do qual a relação de emprego é espécie. Maranhão (2005, p. 232) afirma que “a expressão ‘contrato de trabalho’ designa um gênero muito amplo, que compreende todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra”.

Já a relação de emprego é a relação de trabalho estipulada de acordo com os artigos 2º e 3º da CLT, nos quais determinam quem são considerados empregadores e empregados, respectivamente, concluindo-se que a relação de emprego requer cinco requisitos básicos: prestado por pessoa física; trabalho não eventual; trabalho subordinado; mediante salário; e trabalho pessoal. Maranhão (2005, p. 241) ensina que o:

[...] contrato de trabalho *strictu sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.

O novo Código Civil contempla as duas hipóteses de relações do trabalho, que podem ser “*autônomas* (prestação de serviço) como *subordinadas*, estas correspondendo ao *vínculo de emprego*” (TEIXEIRA FILHO, em atualização de artigo de MARANHÃO, 2005, p. 240). Referidas hipóteses encontram-se descritas nos artigos 593 e 594 do Código Civil, sendo que o artigo 593 determina o caráter supletivo do Código Civil em relação aos vínculos regidos pela legislação trabalhista ou lei especial:

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

2.3.1 Dos princípios relacionados à tutela da relação empregatícia

2.3.1.1 Do princípio da proteção

Este princípio orienta o Direito do Trabalho, de forma que busca um propósito de igualdade entre as partes contratantes, estabelecendo “um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”, conforme afirma Plá Rodriguez:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 83).

Delgado (2006, p. 197-198), ao descrever acerca do princípio da proteção ensina que:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente da relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio da proteção tem por fundamento o próprio surgimento do Direito do Trabalho:

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração, inclusive, mais abusivas e iníquas. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 85).

Vianna (2005, p. 34) descrevendo sobre os antecedentes históricos do Direito do Trabalho informa que no final do século XVIII, com a revolução política e industrial, a igualdade e a liberdade apareciam como conceitos abstratos, dando ênfase para a autonomia da vontade das partes. Pela autonomia da vontade, “permitiam que se instituísse uma nova forma de escravidão, com o crescimento das forças dos privilegiados da fortuna e a servidão e a opressão dos mais débeis”. Este liberalismo exacerbado determinou o início de uma nova era social, na qual “passava o Estado a exercer sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como

orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo, que era, em suma, o próprio interesse estatal” (VIANNA, 2005, p. 38).

Assim, teve início o Estado intervencionista:

Tomou corpo a doutrina intervencionista. Em nome da solidariedade substitui-se a igualdade pura pela igualdade jurídica, como regra de direito que impõe o interesse geral sobre o particular sem que, entretanto, se anule o indivíduo. (VIANNA, 2005, p. 39).

Da mesma maneira Nascimento (2005, p. 30) dispõe que o intervencionismo determinou a obediência de um regramento mínimo:

Despojado de suas exteriorizações extremadas e anti-humanas, o intervencionismo é considerado também como uma forma de realização do bem-estar e da melhoria das condições de trabalho. É humanista o intervencionismo para a proteção jurídica e econômica do trabalhador por meio de leis destinadas a estabelecer um regulamento mínimo sobre as suas condições de trabalho, a serem respeitadas pelo patrão, e de medidas econômicas voltadas para a melhoria de sua condição social.

Este mesmo intervencionismo determinou a heteroproteção do trabalhador:

[...] significando a convicção de que ao Estado cabia promover a sua defesa, passando a adotar uma postura intervencionista como meio de dispensar ao segmento social mais fraco uma base de sustentação jurídica em seu benefício e que evidentemente traria como consequência a diminuição dos poderes que até então eram reconhecidos ao empregador para, sem limitações e segundo as conveniências da produção, dispor do trabalho humano. (NASCIMENTO, 2005, p. 140).

A concepção heterotutelar do Direito do Trabalho vislumbra-se, desde a sua origem, com a atuação do Estado por intermédio da fiscalização do trabalho e da mediação dos conflitos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com a solução jurisdicional dos litígios, a cargo da Justiça Especializada do Trabalho e permanece nos dias atuais com o “movimento de integração dos direitos fundamentais do trabalhador nas Constituições dos países” e a elaboração de “leis trabalhistas codificadas ou não em todos os países” (NASCIMENTO, 2005, p. 141).

O Direito do Trabalho regulamenta o contrato de trabalho com vínculo de emprego. De La Cueva *apud* Maranhão (2005, p. 251-252) esclarece que:

Tem o direito do trabalho como finalidade primeira proteger a saúde e a vida do trabalhador e garantir-lhe um nível de vida compatível com a dignidade

humana. E, se este é seu propósito, é natural que, estando condicionada à realização desse objetivo pelo conteúdo da relação de trabalho, tivesse a lei o cuidado de fixá-lo de modo imperativo.

Complementa Maranhão (2005, p. 252) que “a lei contém um ‘contrato mínimo de trabalho’, para usarmos a expressão feliz de *De la Cueva*. E este contrato mínimo se impõe à vontade das partes na estipulação de cada contrato individual”.

Embora Plá Rodriguez (2000, p. 61 e 107) descreva este princípio apenas pelo vértice da interpretação da norma, afirmando que se concretiza em três idéias a saber: “a) *in dubio, pro operário*; b) regra da aplicação da norma mais favorável; e c) regra da condição mais benéfica”, inegável que esta proteção também se vislumbra em três níveis distintos dentro da organização Estatal:

Assim, no contexto trabalhista brasileiro, três níveis distintos e com objetos imediatos diferenciados se apresentam, representando o Estado, para a defesa dos direitos do trabalhador: um na esfera administrativa, por meio da inspeção ou da fiscalização do trabalho, outro pelo Ministério Público do Trabalho e o terceiro no âmbito da Justiça do Trabalho no julgamento de uma lide. (REIS, 2007).

Carrion (2007, p. 21) ratifica este entendimento ao afirmar que o “Direito do Trabalho é o conjunto de princípios e normas que regulam as relações entre empregados e empregadores e de ambos com o Estado, para efeitos de proteção e tutela do trabalho (Perez Botija)” e, mais adiante, ao consubstanciar que “os direitos do trabalhador estão protegidos em dois níveis distintos: a inspeção ou fiscalização do trabalho, de natureza administrativa, e a proteção judicial, através dos tribunais da Justiça do Trabalho” (CARRION, 2007, p. 484).

2.3.1.2 Da imperatividade das normas de proteção ao trabalho

Maranhão (2005, p. 252) dentre outros juristas, afirma que “as normas de proteção ao trabalho são imperativas, de ordem pública” e complementa que é daí que decorre “a nulidade do ato jurídico que as contrarie”.

Esta imperatividade não guarda mera relação com a imperatividade das normas jurídicas, afinal, “todas elas são imperativas enquanto contêm um mandamento” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 148). Referido autor assevera que a

questão da imperatividade decorre da divisão existente do Direito Romano entre *jus cogens* e *jus dispositivum*⁶. O Direito do Trabalho iniciou-se como *jus dispositivum*, prevendo o Código Napoleônico o princípio da autonomia da vontade, porém, devido a injustiça e desigualdade social decorrentes dessa pretensa autonomia, determinou a intervenção Estatal, para garantir um mínimo de direitos aos trabalhadores, transformando-se em *jus cogens*.

Portanto, as normas que regulam o Direito do Trabalho são essencialmente imperativas, ou seja, devem ser obedecidas quando os fatos se encontrarem em sua hipótese de incidência, independente da vontade das partes. Assim dispõe Delgado (2006, p. 201) ao descrever acerca do princípio da imperatividade das normas trabalhistas:

Informa tal princípio que prevalece no segmento juslaborativo o domínio de regras jurídicas imediatamente obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. Nesse quadro raros são os exemplos de regras dispositivas no texto da CLT, prevalecendo uma quase unanimidade de preceitos imperativos no corpo daquele diploma legal.

Para este princípio prevalece a *restrição* à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego.

De La Cueva *apud* Plá Rodriguez (2000, p. 149) profere o seguinte ensinamento acerca do assunto:

O Direito do Trabalho, como direito imperativo e garantia constitucional, ao regular as relações entre o capital e o trabalho, se dirige, por um lado, a cada patrão e a cada trabalhador, por ocasião do estabelecimento das relações e, por outro, ao Estado, enquanto o obriga a zelar para que as relações se constituam na forma dos princípios contidos na lei e nas normas que a suprem, e sejam por elas governados.

Sem este caráter imperativo manifesto nessa dupla direção da norma, não seria o Direito do Trabalho um mínimo de garantias, nem preencheria sua função; pois se a idéia de garantia, seja individual ou social, faz referência àquelas normas cuja observância se considera essencial para a realização da justiça, deixá-las subordinadas à vontade de trabalhadores e patrões equivale a destruir seu conceito, como princípio de cuja observância é o Estado o encarregado.

⁶ “O *jus cogens* é integrado por normas que devem ser cumpridas qualquer que seja a vontade das partes. O *jus dispositivum* é constituído pelas normas que se devem cumprir só quando as partes não tenham estabelecido outra coisa” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 148).

Para que determinadas normas jurídicas não passem para a categoria de meros “preceitos morais ou convencionalismos sociais” é que “o Estado dá a certas normas caráter imperativo e as impõe empregando eventualmente a coação. Nenhum sistema jurídico subsistiria se não se baseasse nesse poder” (FERRARI *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 149). E continua, afirmando que:

As regras de Direito do Trabalho têm, em geral, caráter imperativo e irrenunciável. O Estado dá a certas normas caráter imperativo e concede um poder de vigência inderrogável pelas partes, em virtude de diferentes razões. No caso das leis do trabalho, a imperatividade se baseia no interesse e na necessidade de organizar a economia, de preservar a espécie e, em outros casos, na necessidade de proteger os economicamente débeis. (FERRARI *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 149).

A maior parte das regras que compõem o ordenamento jurídico que envolve o Direito do Trabalho constitui-se em “preceitos de ordem pública”. Süssekind (2005, p. 200-201), critica a posição fechada adotada por De la Cueva, afirmando que há sim, uma prevalência de normas de caráter forçoso (de ordem pública), mas também há espaço para “regras de índole dispositiva, às quais corresponde o campo onde tem eficácia o ajuste decorrente da autonomia da vontade entre as partes contratantes” (SÜSSEKIND, 2005, p. 201).

Continua, o referido autor, a seguir:

A finalidade das regras de ordem pública do Direito do Trabalho consiste em evitar o abuso da autonomia da vontade, fazendo com que os indivíduos dela desfrutem na medida em que o seu uso seja compatível com o interesse social. E à legislação de proteção ao trabalho interessa a conservação da relação de emprego, desde que observadas as normas impostas pela ordem pública. Por isso mesmo, a nulidade de uma cláusula não deve determinar a nulidade do contrato, nem impor a terminação da relação de trabalho, se esta puder ser preservada. (SÜSSEKIND, 2005, p. 203).

Em eventual consideração de nulidade absoluta de um contrato, diferente do Direito Comum, no Direito do Trabalho “o vazio que normalmente deixa a nulidade é preenchido, automaticamente, na maioria dos casos, pelas normas estabelecidas a respeito” (KROTOSCHIN *apud* SÜSSEKIND, 2005, p. 203).

Não é o outro o entendimento de Nascimento (2005, p. 565):

Não se descuidou do problema Manuel Carlos Palomeque Lopez, que, partindo do princípio da conservação do negócio jurídico como reflexo da autonomia privada e compreendendo-o como regra de hermenêutica para

os contratos de trabalho, sustenta a nulidade das cláusulas contrárias às normas imperativas ou proibitivas e a sua substituição automática pelas disposições destas que se integram no contrato no lugar das cláusulas nulas.

Destarte, no Direito do Trabalho “existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação, valorizando-a como expressão da própria personalidade humana” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 151).

A imperatividade das normas de proteção ao trabalho está intimamente ligada ao caráter de ordem pública do Direito do Trabalho, tese defendida por vários autores. Esta noção de ordem pública das normas é assim definida por Beviláqua *apud* Plá Rodriguez: “leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelece os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito” (2000, p. 152). Para Moraes *apud* Plá Rodriguez (2000, p. 152-153):

Ordem pública significa o que não pode ser derogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral. Sempre, em todos os tempos, uma certa porção de atos humanos foram tidos como necessários e obrigatórios para esse *desideratum*.

Na disciplina de Direito do Trabalho Caldera *apud* Plá Rodriguez (2000, p. 153) enumera como uma das características deste ramo “o caráter imperativo de suas disposições, que as vincula diretamente à ordem pública e claramente as faz prevalecer sobre as estipulações contratuais”. E conclui que: “ao dizer que as leis do trabalho são de ordem pública, ou que têm caráter imperativo, diz-se que elas têm caráter de irrenunciabilidade”.

No que tange à irrenunciabilidade, a mesma pode ser decorrência explícita ou implícita da própria norma:

A forma explícita é a mais simples: ocorre quando se estipula expressamente o caráter inderrogável ou de ordem pública da norma. Não se requerem a respeito termos sacramentais, já que igual significado tem uma expressa proibição de renúncia, ou a declaração de nulidade de todo acordo tendente a estabelecer solução diferente da estipulada pelo legislador.

[...]

Entretanto, acrescenta o mesmo Deveali que outras vezes a irrenunciabilidade resulta da *ratio legis*, ainda que sem necessidade de uma

indicação explícita ou implícita contida no texto. Às vezes, ‘a proibição de derrogá-las em prejuízo dos trabalhadores se identifica com a *ratio legis*, posto que as mesmas razões que justificam a norma impõem seu caráter inderrogável’. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 170).

Olea e Casas *apud* Plá Rodriguez (2000, p. 172) observam que “é preciso partir da presunção geral de que, em princípio, todas as normas trabalhistas são, em bloco, de direito necessário e presididas pelo princípio da irrenunciabilidade”.

2.3.1.3 Do princípio da primazia da realidade – o contrato-realidade

Por este princípio entende-se que “em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 339).

Por princípio da primazia da realidade deve-se entender que os fatos são mais importantes e prevalecem sobre os documentos formais apresentados, os quais podem forjar uma determinada situação de direito. Sússekind (2005, p. 145) conceitua este princípio “em razão do qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade”.

Delgado faz uma exposição com viés mais acentuado, afirmando que este princípio, também denominado de princípio da primazia da realidade sobre a forma ou princípio do contrato realidade, “amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002)”. E afirma, categoricamente a possibilidade de descaracterização de um contrato civil que mascara uma relação de emprego:

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação dos serviços. O princípio do *contrato realidade* autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com

personalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação). (DELGADO, 2006, p. 208).

A expressão contrato-realidade foi cunhada por Mario de La Cueva, que, de início, deu um sentido com um viés pouco diferente à concepção conhecida atualmente, mas que, em seu fundo, atribui mesmo significado. Afirma que há necessidade de distinguir o contrato da efetiva relação de trabalho; ou seja, a aplicação do Direito do Trabalho somente se aperfeiçoa a partir da efetiva prestação de trabalho, independente da existência de um contrato firmado, “em outras palavras, a prestação do serviço é a hipótese ou pressuposto necessário para a aplicação do Direito do Trabalho” (DE LA CUEVA *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 340).

E conclui afirmando que:

A existência de uma relação de trabalho depende, em conseqüência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque, como diz *Scelle*, a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.

Em razão do exposto é que o contrato foi denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta e não aquele acordo que determina sua existência. (DE LA CUEVA *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p.340).

De La Cueva informa que a idéia de contrato-realidade foi utilizada pela primeira vez pelo Ministro da Suprema Corte de Justiça do México, Dr. Alfredo Iñárritu, que assim concluiu seu voto para julgamento da lide, no item 4º:

O contrato de trabalho, em sua acepção de relação de trabalho, é um contrato-realidade, posto que existe nas condições reais de prestação dos serviços, independentemente do que tenha sido pactuado, com a limitação, que não é demais mencionar, de que essas condições não poderão reduzir os privilégios que se contenham na lei, na convenção ou no contrato coletivo. (IÑARRITU *apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 341).

Discorrendo sobre as causas que podem levar a este desajuste entre a realidade e os documentos formais, Plá Rodriguez (2000, p. 352) cita quatro diferentes procedências, das quais a primeira interessa ao presente trabalho:

1) resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação. É muito difícil conceber casos de simulação absoluta na qual se pretenda apresentar um contrato de trabalho, quando na realidade não exista nada. Ao contrário, o mais freqüente é o caso de simulações relativas, nas quais se dissimula o contrato real, substituindo-o ficticiamente por um contrato diverso. [...]

Dentre os fundamentos do princípio da primazia da realidade encontram-se a exigência de boa-fé, a dignidade da atividade humana, a desigualdade das partes e a interpretação racional da vontade das partes. Aplicar o princípio da realidade sobre um contrato dissimulado, que tenha por objetivo esconder a verdade e “impedir o cumprimento de obrigações legais ou de obter um proveito ilícito” significa “render tributo ao princípio da boa-fé, que inspira e sustenta toda a ordem jurídica, como uma exigência indispensável da própria idéia de justiça” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 360).

A desigualdade entre as partes contratantes deu origem ao próprio Direito do Trabalho, e é esta situação fática que fundamenta o princípio da primazia da realidade, afinal, “apesar desses mecanismos que se destinam a equilibrar as forças, para fins da elaboração de normas gerais, na prática a possibilidade de abusos em nível individual e no plano da aplicação subsiste” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 361-362). A intenção racional da vontade das partes não é exclusiva do Direito do Trabalho, já que se vincula com idéias tradicionais de interpretação dos contratos em geral. “Nessa matéria, o que ocorre é que os fatos revelam a vontade real das partes, já que se o contrato se cumpre de determinada maneira é porque as duas partes consentem nisso” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 362).

Süssekind (2005, p. 230) descrevendo acerca da fraude à lei no Direito do Trabalho ensina que se deve atender ao princípio da primazia da realidade:

Ocorrendo simulação em relação atinente à relação de trabalho, ou a uma de suas condições, as normas jurídicas correspondentes deverão ser aplicadas em face da verdadeira natureza da relação ajustada ou da condição realmente estipulada.

2.3.2 Do desvirtuamento e da fraude no contrato de trabalho – nulidade absoluta

Süssekind (2005, p. 226) sintetiza de forma brilhante o comportamento social e econômico existente no mundo do trabalho:

[...] Em toda comunidade, durante a história da civilização, apareceram, como surgirão sempre, pessoas que procuram fraudar o sistema jurídico em vigor, seja pelo uso malicioso e abusivo do direito de que são titulares, seja pela simulação de atos jurídicos, tendente a desvirtuar ou impedir a aplicação da lei pertinente, seja, enfim, por qualquer outra forma que a má-fé dos homens é capaz de arquitetar. Por isto mesmo, inúmeros são os atos praticados por alguns empregadores inescrupulosos visando a impedir a aplicação dos preceitos de ordem pública consagrados pelas leis de proteção ao trabalho. E, em alguns casos, os próprios trabalhadores, premidos pela coação econômica ou pelo poder hierárquico do respectivo empregador, ou, ainda, pelo desconhecimento da legislação aplicável, participam do ajuste estipulado em fraude à lei.

A fraude às leis de proteção ao trabalho pode ocorrer de duas maneiras:

[...]: a) de *ato unilateral* do empregador, ao usar maliciosamente de um direito, com objetivo de impedir ou desvirtuar a aplicação de preceito jurídico de proteção ao seu empregado; b) de *ato bilateral*, em virtude do qual empregador e empregado simulam a existência de falsa relação jurídica entre ambos, a fim de ser ocultada a natureza do ato realmente ajustado. Na primeira hipótese – *da simulação* – o próprio empregado concorda em disfarçar, maliciosamente, a verdadeira relação estipulada, seja por ignorância ou por vício de consentimento oriundo de presumível coação. (SÜSSEKIND, 2005, p. 227).

Na Consolidação das Leis do Trabalho, de modo geral o artigo 9º determina que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

A simulação bilateral, ou seja, quando o empregado participa com intenção de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, não pode ser alegada em juízo em eventual litígio de um contra outro ou contra terceiros (MARANHÃO, 2005, p. 250). No entanto, “nos contratos de trabalho, quando há simulação, o empregado dela não participa porque é coagido à simulação, sempre praticada contra seus interesses. E esta coação é presumida *juris et de jure*, em face do art. 9º da CLT” (TEIXEIRA FILHO, em atualização de artigo de MARANHÃO, 2005, p. 250).

Em comentário ao artigo 9º da CLT Carrion (2007, p. 70) assim dispõe: “*Atos nulos*. Distingue-se o ato nulo do anulável. O primeiro não produz efeitos, dispensa

declaração judicial, não pode ser suprido pelo juiz, embora a pedido de todos os interessados”.

Conforme preceito do parágrafo único do art. 8º da CLT “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. O Código Civil estabelece quanto à validade e/ou nulidade dos atos e negócios jurídicos:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

[...]

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

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

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

[...]

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

O artigo 166 do Código Civil, que determina os casos de nulidade do ato jurídico em geral também é aplicado para o contrato de trabalho, aplicando-se o art. 9º da CLT quando o contrato é “concluído com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar as normas de proteção ao trabalho” (MARANHÃO, 2005, p. 252).

Também o civilista Nader informa que “as regras sobre os negócios jurídicos possuem pertinência com todo o Direito Privado, daí os preceitos, a seguir expostos, alcançarem ainda os atos de comércio e os praticados no âmbito do Direito do Trabalho” (2007, p. 531). Adiante, explicando acerca da disposição do inciso VI do art. 166 do Código Civil, que determina a nulidade de negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa, dispõe que:

Tal conseqüência é necessária e ao mesmo tempo lógica. Se a lei imperativa visa ao interesse social e se é vedado às pessoas a sobreposição de seus interesses às normas de ordem pública, é intuitivo que o ato negocial contrário à lei imperativa seja fulminado por nulidade absoluta. (NADER, 2007, p. 534).

Segundo Sússekind (2005, p. 229-230), a regra que prevalece no Direito do Trabalho é a da nulidade absoluta, salvo prescrição legal específica:

Salvo quando diversamente dispuser a prescrição legal específica, a regra que prevalece no Direito do Trabalho é a da nulidade absoluta do ato

anormal praticado com o intuito de evitar a aplicação das normas jurídicas de proteção ao trabalho. Sempre que possível, desde que da lei não resulte solução diversa, a relação de emprego deve prosseguir como se o referido ato não tivesse sido praticado; em caso contrário, deve ser reparado, nos limites da lei trabalhista, o dano oriundo do ato malicioso.

Apenas quando “prevalece o interesse privado, individual, a nulidade será *relativa*. Sua declaração dependerá, pois, do exercício pelo empregado de ação judicial” (MARANHÃO, 2005, p. 252).

Ou seja, se houver interesse público, como é o caso do registro (anotação em CTPS), eventual nulidade detectada será absoluta, mas se prevalecer apenas interesse individual, será relativa:

A nulidade pode ser, ainda, *absoluta* ou *relativa*. Nulidade relativa (anulabilidade) ocorre quando são feridas, no contrato de emprego, normas de proteção ao trabalho concernentes a interesses estritamente individuais, privatísticos. Caso típico é o da alteração do critério ajustado de pagamento de salário, em prejuízo ao empregado.

[...]

Note-se que se um ato empresarial afrontar norma protetiva de vantagem obreira que tenha projeção e interesse públicos, este ato será absolutamente nulo, *independentemente de prova de ter causado real prejuízo ao trabalhador* (assinatura de CTPS, por exemplo). Contudo, se o ato afrontar norma protetiva de interesse obreiro estritamente individual (tipo de salário, por exemplo), a *nulidade do ato dependerá de evidência de efetivo prejuízo ao trabalhador* – não sendo, assim, absolutamente nulo. (DELGADO, 2006, p. 512).

A partir do momento em que o artigo 9º da CLT determina que todo ato praticado com intuito de elidir-se da aplicação de suas diretrizes, por meio de ardil, é nulo de pleno direito, proíbe qualquer contratação dessa natureza em substituição à relação efetiva de emprego.

Esses contratos dissimuladores da relação de emprego são nulos de pleno direito; estão eivados de nulidade absoluta produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a celebração do negócio jurídico. Assim o é, porque o vício encontrado atinge a validade da norma, o vício atinge a própria criação do negócio jurídico, o negócio jurídico nasce morto. Não há nada que possa ser feito para regularizar, para sanar a situação, senão descaracterizá-lo e fazer outro contrato, com outra natureza: a de emprego (CAIO FRANCO SANTOS, 2004).

Reale (2003, p. 207) ensina que atos nulos “são atos que carecem de validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os

compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação de exigências que a lei declara essenciais”. E complementa, ainda:

[...] atos nulos estão eivados de nulidade absoluta, enquanto que os anuláveis padecem de nulidade relativa. O certo é que os segundos podem ser sanados ou ratificados, através de processos que variam segundo a natureza da matéria disciplinada. (REALE, 2003, p. 207).

Maranhão (2005, p. 252) afirma que “o contrato de trabalho é nulo nos mesmos casos de nulidade do ato jurídico em geral [...], ou quando concluído com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar as normas de proteção ao trabalho (art. 9º da Consolidação)”.

Quando o Auditor-Fiscal do Trabalho encontra referida situação, na qual o contrato de trabalho celebrado é absolutamente nulo e os pressupostos da relação empregatícia estão presentes, cabe a ele, pelo poder de polícia, autuar o tomador dos serviços pela contratação de empregados sem o registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente e exigir a devida anotação em CTPS (GARCIA, 2007, p. 9). Tal atitude encontra respaldo legal no artigo 626 da CLT, que dispõe: “Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.”

Note-se que este procedimento é um ato administrativo, sujeito ao controle jurisdicional, ou seja: se o empregador julgar estar agindo dentro do ordenamento jurídico, pode ingressar na Justiça e pleitear a nulidade do auto de infração, demonstrando a legalidade da contratação (GARCIA, 2007, p. 8)

Garcia (2007, p. 9), ao descrever acerca da “relação de emprego controvertida e limites de atuação da fiscalização do trabalho em face da jurisdição”, afirma que “a inspeção federal do trabalho tem por incumbência orientar a respeito do cumprimento da legislação trabalhista, regularizar as condutas passíveis de correção e sancionar as violações das normas de proteção do trabalho”.

2.4 DAS CONSEQÜÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DECORRENTE DE CONTRATO NULO

O reconhecimento do vínculo empregatício provoca algumas conseqüências distintas para o empregador, dependendo do âmbito de atuação de cada Poder, Executivo ou Judiciário.

2.4.1 Das conseqüências judiciais – o reconhecimento pela Justiça do Trabalho

No âmbito do Poder Judiciário, o reconhecimento do vínculo empregatício tem o condão de obrigar, de condenar o empregador a realizar o registro e anotar o mesmo em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, assim como pagar salários ou diferenças salariais em atraso, sob pena de execução forçada. Ou seja, gera direito subjetivo do empregado executar os direitos pleiteados e deferidos na decisão judicial (REIS, 2007).

O mesmo entendimento adota o ilustre Procurador do Trabalho Garcia (2007, p. 9):

Somente o Poder Judiciário, por meio de processo judicial, é que pode condenar o empregador a anotar a CTPS do empregado, assim como lhe pagar salários em atraso, sob pena de execução (no caso, de obrigação de fazer e por quantia certa). Aliás, a própria multa administrativa, decorrente de atuação por infração de normas de proteção do trabalho (CLT, art. 635), caso não seja paga pelo infrator, deverá ser objeto de cobrança judicial (atualmente perante a Justiça do Trabalho, conforme art. 114, inciso VII, da CF/88), após inscrição na Dívida Ativa da União (CLT, art. 642).

Assim, o exercício do poder de polícia exercido pelo Auditor-Fiscal do Trabalho não tem a amplitude de obrigar a anotação do registro em CTPS e tampouco de forçar o pagamento de salários ou mesmo da própria multa imposta ao empregador. Obrigar alguém a cumprir determinado dever é tarefa exclusiva do Poder Judiciário, de forma que a ação fiscal e sancionatória não chega a este estágio, conforme afirma Garcia (2007, p. 9): “Essa atividade sancionatória não significa, no entanto, a existência de poder para obrigar a empresa fiscalizada a atender o comando da norma trabalhista.”

Süssekind (2005, p. 230-231) informa acerca das conseqüências jurídicas derivadas de diversos atos fraudulentos, dentre eles alguns relacionados com a relação de emprego:

A jurisprudência trabalhista tem procurado reprimir os atos unilaterais ou bilaterais praticados em fraude ao sistema legal de proteção ao trabalhador, orientando-se, de um modo geral, de conformidade com as regras acima enunciadas. Assim, por exemplo: a) [...]; c) a utilização do *estágio do estudante* ou da *bolsa de estudos* para encobrir relação de emprego, seja porque se exige do estagiário ou bolsista a execução de tarefas que extravasam a relação simulada e que, pelo modo de executá-las, configuram autêntico contrato de trabalho, seja porque o trabalhador permanece na empresa, após o término do estágio ou da bolsa, prestando serviços com subordinação ao poder de comando do verdadeiro empregador; d) a simulação de *credenciamento* de médicos e dentistas, para a prestação de serviços normais na instituição, com o mesmo regime de trabalho dos profissionais contratados como empregados; e) a simulação de um *contrato de sociedade, de empreitada* e a terceirização de atividade para ocultar uma relação de emprego realmente configurada, é igualmente nula de pleno direito, impondo a aplicação das normas jurídicas que regem o contrato de fato existente, que é o de trabalho juridicamente subordinado ao poder de comando dos empresários.

2.4.2 Das conseqüências administrativas – o reconhecimento pelo Auditor-Fiscal do Trabalho

Já no âmbito do Poder Executivo, o reconhecimento do vínculo empregatício e a descaracterização de um contrato pelo Auditor-Fiscal do Trabalho determinam a notificação ao empregador no sentido de regularizar o registro dos empregados e a autuação pela irregularidade cometida. Assim, as conseqüências são meramente administrativas, ou seja, limitam-se a notificar para regularizar, sem, no entanto, obrigar o empregador a realizar o registro e a anotação em CTPS. O único meio de coerção e intimidação utilizado é a sanção que pode vir a ser aplicada, no caso do auto de infração lavrado ser considerado procedente após análise, com a instauração do devido processo administrativo legal. Este procedimento administrativo, tanto da caracterização do vínculo empregatício como da autuação, não gera qualquer direito ao empregado, já que neste caso a relação jurídica que se estabelece é do administrado (empregador) com a Administração Pública (REIS, 2007).

Ao discorrer acerca do caráter educativo da Auditoria-Fiscal do Trabalho, Teixeira Filho (2005, p. 1308) ensina que, na hipótese do empregador utilizar de expedientes escusos para desvincular-se da configuração do vínculo empregatício, ou ainda, na ocorrência de fraude, resistência ou embaraço, a autuação pode ocorrer de imediato:

Essa preocupação educativa cederá quando ficar constatado, já na primeira visita, que o empregador recorreu a expedientes obnulativos à configuração do próprio vínculo de emprego (ausência de anotação na CTPS), ou o inspetor encontrar fraude, resistência ou embaraço à própria ação fiscal, porque aí a malícia é evidente e a autuação, por consequência, deve ser feita desde logo.

Garcia (2007, p. 9) afirma que “a inspeção federal do trabalho tem por incumbência orientar a respeito do cumprimento da legislação trabalhista, regularizar as condutas passíveis de correção e sancionar as violações das normas de proteção do trabalho.”

No entanto, “concluindo o fiscal pela existência de violação de preceito legal, deverá lavrar o auto de infração, em duplicata, nos termos dos modelos e instruções expedidos” (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 1310).

No que tange à sanção, Meirelles (2007, p. 142) dispõe que “o poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não tivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente”.

Meirelles (2007), continua à p. 142:

Estas sanções, em virtude do princípio da *auto-executoriedade* do ato de polícia, são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos compatíveis com as exigências do interesse público. O que se requer é a *legalidade da sanção* e sua *proporcionalidade* à infração ou ao dano que a atividade causa à coletividade ou ao próprio Estado. As sanções do poder de polícia são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crimes, sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, como previstos na norma legal.

Justen Filho (2006, p. 405), acerca da sanção, ensina que:

A sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia. A atividade de poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o poder-dever de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente. Portanto, a criação de deveres administrativos não é manifestação necessária do poder de polícia, mas a apuração da ocorrência do ilícito e o

sancionamento daí derivado correspondem ao exercício da competência de polícia administrativa.

Descrevendo acerca das finalidades das sanções administrativas, Mello (2007, p. 818) ensina que as mesmas têm por intuito “desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias”. Completa, a seguir, que a sanção imposta a uma infração administrativa⁷ pretende, não só “despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade” (MELLO, 2007, p. 819). Ratifica, ainda, que a finalidade do Direito está justamente no bem-estar social, disciplinando e organizando o convívio de todos em busca do sucesso do todo social.

E, no que tange à autuação e aplicação da penalidade, há não só um poder, mas um dever de sancionar quando a situação irregular é identificada, portanto, há um poder-dever de sancionar:

Registre-se, por último, que, uma vez identificada a ocorrência da infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato. A doutrina brasileira, mesmo em obras gerais, costuma enfatizar tal fato em relação ao dever disciplinar, invocando o art. 320 do Código Penal, que tipifica a figura da condescendência criminosa, mas o dever de sancionar tanto existe em relação às infrações internas quanto em relação às infrações externas. (MELLO, 2007, p. 833).

Ao descrever acerca da “relação de emprego controvertida e limites de atuação da fiscalização do trabalho em face da jurisdição”, Garcia (2007, p. 9) conclui:

[...] pela possibilidade da Fiscalização do Trabalho lavrar auto de infração quando constatar, no caso em concreto, a existência de vínculo de emprego não devidamente formalizado, ainda que isso não seja reconhecido pelo empregador, que poderá discutir a questão nas esferas administrativa e judicial.

Nos trabalhos realizados por ocasião da 1ª. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, em 23/11/2007, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, em conjunto com o Tribunal Superior do Trabalho – TST, a Escola Nacional de Formação e

⁷ “*Infração administrativa* é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para a qual se prevê sanção cuja imposição é *decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada* nesta esfera” (MELLO, 2007, p. 817).

Aperfeiçoamento de Magistrados – ENAMAT e apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistrados do Trabalho – CONEMATRA, foram aprovados diversos Enunciados que possuem relação direta com a atividade dos Auditores-Fiscais do Trabalho, dentre eles os de nº. 56 e 57, que são determinantes:

56. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. Os auditores do trabalho têm por missão funcional a análise dos fatos apurados em diligências de fiscalização, o que não pode excluir o reconhecimento fático da relação de emprego, garantindo-se ao empregador o acesso às vias judicial e/ou administrativa, para fins de reversão da autuação ou multa imposta.

57. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS CONTRATOS CIVIS. Constatando a ocorrência de contratos civis com o objetivo de afastar ou impedir a aplicação da legislação trabalhista, o auditor-fiscal do trabalho desconsidera o pacto nulo e reconhece a relação de emprego. Nesse caso, o auditor-fiscal não declara, com definitividade, a existência da relação, mas sim constata e aponta a irregularidade administrativa, tendo como consequência a autuação e posterior multa à empresa infringente.

2.5 DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Relevante, para situar a polêmica acerca do problema relatado, é verificar como está o entendimento dos Tribunais acerca do assunto e quais os argumentos utilizados por quem defende um ou outro ponto de vista.

2.5.1 Dos julgamentos pela competência exclusiva da Justiça do Trabalho

No julgamento do Agravo de Petição em Execução Fiscal, entendeu a 2ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo – 2ª. Região, que o Auditor-Fiscal do Trabalho não possui competência para dizer se o trabalhador é empregado ou não, já que esta competência é exclusiva da Justiça do Trabalho, conforme art. 114 da CF, conforme segue:

EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA AO EMPREGADOR. DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO TRABALHISTA. Quem tem competência para dizer se o trabalhador é empregado ou não é a Justiça do Trabalho, por força do artigo 114 da Constituição. O auditor fiscal do

trabalho não pode dizer se o trabalhador é empregado, principalmente pelo fato de que isso exige prova dos requisitos do contrato de trabalho, o que só pode ser feito na Justiça do Trabalho. Logo, não poderia ser aplicada a multa. Agravo de Petição em Execução Fiscal - Processo nº. 00983-2005-501-02-00-3. Acórdão nº 20060426203 – 2ª. T. Agravante: União Federal (Fazenda Nacional). Agravado: Biogalenica Química Farmacêutica Ltda. Relator: Sérgio Pinto Martins. Revisor: Rosa Maria Zuccaro. Julgamento: 06 jun. 2006.

O auto de infração em controvérsia trata da desconsideração de relação trabalhista formalmente apresentada como de trabalho temporário (Lei nº. 6.019/74), e reconhecimento do vínculo com o tomador dos serviços. O Exmo. Desembargador Sérgio Pinto Martins, relator do acórdão acima, utilizou por fundamento a seguinte tese:

[...] o auditor fiscal do trabalho não pode dizer se o trabalhador é empregado, principalmente pelo fato de que isso exige prova dos requisitos do contrato de trabalho, o que só pode ser feito na Justiça do Trabalho. Logo, não poderia ser aplicada a multa.

Adiante, asseverou, ainda que:

[...] a questão deveria ser analisada em processo trabalhista, mediante prova do descumprimento das condições previstas na Lei n.º 6.019/74 para a contratação de trabalhadores temporários. Se a Justiça do Trabalho disser que o trabalhador é empregado, aí sim se justifica a aplicação da multa prevista no artigo 41 da CLT, depois evidentemente do trânsito em julgado da sentença.

Ou seja, referido acórdão, aprovado por unanimidade, afirma basicamente que o Auditor-Fiscal do Trabalho não possui competência para avaliar as provas levantadas durante a ação fiscal que determinam a relação de emprego. Que isto só é possível pela Justiça do Trabalho, de forma que a aplicação da multa pela ausência de registro somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado de reconhecimento judicial da relação empregatícia.

No julgamento do Recurso Ordinário, em janeiro/2007, interposto por Sercom s/a com intuito de anular auto de infração lavrado em decorrência de Auditor-Fiscal do Trabalho ter encontrado 1.876 trabalhadores em atividade na empresa, considerados formalmente pela tomadora dos serviços como cooperados, a relatora, Exma. Desembargadora Maria Aparecida Duenhas, assim elaborou a ementa do acórdão, aprovado por unanimidade de votos:

FISCAL DO TRABALHO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. LIMITES. USURPAÇÃO DE ATIVIDADE JURISDICIONAL. Se os auditores fiscais do trabalho têm por atribuição assegurar, em todo o território nacional, o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações de trabalho e de emprego - e esta atribuição obedece ao princípio da legalidade - daí, entretanto, não se infere que possuam competência para lavrar autos de infração assentados em declaração de existência de contrato de emprego, derivada unicamente de sua apreciação da situação fática subjacente. A transmutação da natureza jurídica dos diversos tipos de contrato que envolvem a prestação de trabalho - como os prestação ou locação de serviços, de empreitada e outros, inclusive o que decorre de associação cooperativa - em contratos individuais de trabalho, depende de declaração expressa, que se constitui em atividade jurisdicional, exclusiva do Poder Judiciário. Recurso Ordinário provido, para se conceder a segurança. Recurso Ordinário - Processo nº. 01096-2006-017-02-00-8. Acórdão nº 20070036823 – 11ª. T. Recorrente: Sercom s/a. Recorrido: União Federal (Fazenda Nacional). Relator: Maria Aparecida Duenhas. Revisor: Orlando Apuene Bertão. Julgamento: 31 jan. 2007.

O referido acórdão utilizou por fundamento, basicamente o que segue:

Poder-se-ia referendar a ação do inspetor se se tratasse de trabalhadores mantidos sem qualquer espécie de contrato, por vinculação meramente fática, ou informal. Mas não era esse o caso, já que os trabalhadores – todos eles, sem exceção – vinculavam-se, como associados, à Cooperativa de Trabalho Cooperdata, dela recebendo os seus haveres, mediante rateio. A conclusão do Sr. Fiscal, portanto, demandou que se transmudasse a natureza do vínculo jurídico existente entre as partes envolvidas e, neste aspecto, envolveu evidente atividade jurisdicional, afeta exclusivamente ao Poder Judiciário, e, no caso específico, às Varas do Trabalho, mediante provocação dos próprios empregados ou de seu Sindicato, ou ainda, no caso dos autos, da Procuradoria Regional do Trabalho, mediante a instauração de inquérito civil público, instrumento apropriado à apuração dos fatos, e, se fosse o caso, da competente Ação Civil Pública.

Em julho de 2007, a mesma 11ª. Turma do TRT/2ª.R., tendo por relatora, igualmente, a Exma. Desembargadora Maria Aparecida Duenhas, aprovou o acórdão nº. 20070580850, no Recurso Ordinário – Processo no. 01803-2006-018-02-00-2, por recorrente o Banco Nossa Caixa S/A e recorrida a União Federal, no qual concedeu a segurança no sentido de determinar que a recorrida abstenha-se de exigir o cumprimento da ordem emanada do Auto de Infração, bem como da cobrança da respectiva multa, originada da constatação fiscal de estágio desvirtuado. Os fundamentos utilizados no acórdão foram os mesmos daquele anteriormente citado. Desta vez, porém, o referido acórdão foi aprovado apenas por maioria de votos e não por unanimidade.

Acórdãos recentes do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo continuam a defender a idéia da incompetência do Auditor-Fiscal do Trabalho em reconhecer o

vínculo de emprego, descaracterizando contratos formais mantidos pelos tomadores dos serviços com seus trabalhadores, a exemplo do seguinte, aprovado por maioria de votos:

As atribuições dos auditores fiscais do trabalho para assegurarem o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações de trabalho e emprego, não lhes outorgam competência para apreciação de existência ou não de relação empregatícia, competência esta, exclusiva da Justiça do Trabalho, cuja apreciação envolve vários tipos de prestação de trabalho, como autônomo, empreitada, cooperado, etc. Nulidade do auto de infração. Recurso Ordinário provido, para se conceder a segurança.” Agravo de Petição em Execução Fiscal - Processo nº. 01294-2006-434-02-00-0. Acórdão nº 20080086610 – 12ª. T. Agravante: Instituto de Ultra Sonografia do ABC Ltda. Agravado: União Federal (Fazenda Nacional). Relatora: Sonia Maria Prince Franzini. Revisor: Marcelo Freire Gonçalves. Julgamento: 04 abr. 2008.

2.5.2 Dos julgamentos favoráveis à competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho

No Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região – TRT/SP encontram-se, também, acórdãos com julgamento favorável à competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho reconhecer o vínculo e autuar o tomador dos serviços, descaracterizando qualquer outra modalidade de contrato formal, quando se conclui pela utilização fraudulenta ou desvirtuada do mesmo, mascarando verdadeira relação empregatícia.

Nesta linha de raciocínio, pode-se citar o seguinte acórdão, aprovado por unanimidade:

Legalidade de Auto de Infração: Age no cumprimento de seu dever legal, amparado pelos artigos 21, XXIV da CF/88, 626 da CLT, 11 da Lei 10.593 de 06/12/2002 e artigo 1º da Portaria GM/MTM nº925 de 28/09/1995, o auditor fiscal que diante de mão de obra dita cooperada procede a verificações, inclusive requisitando preenchimento de questionários, para constatar a ocorrência ou não de fraude que visa mascarar verdadeiras relações empregatícias. Recurso Ordinário - Processo nº. 01635.2005.434.02.00-6. Acórdão nº 20060659879 – 12ª. T. Recorrente: Hospital e Maternidade Bartira S/A. Agravado: União Federal. Relatora: Maria José Bighetti Ordoño Rebello. Julgamento: 24 ago. 2006.

A Desembargadora responsável pelo relato deste acórdão utilizou por fundamento a seguinte tese:

A legalidade do procedimento do auditor fiscal é incontestada, eis que previsto desde a lei maior até a sua descrição detalhada em portaria :

[...]

Portanto o auto de infração atacado resultou de ação lícita do Auditor Fiscal, eis que entre suas atribuições está a de verificar se a mão de obra encontrada na empresa está ou não registrada e em não o sendo verificar por quais motivos.

Mesmo que a recorrente utilize mão de obra proveniente de cooperativa, cabe à fiscalização proceder a verificações para apurar se não está diante de relações empregatícias mascaradas por outra denominação.

[...]

A fraude é patente. De um lado uma cooperativa que não atende a sua própria concepção e de outro a empresa atuando em desrespeito a proteção trabalhista da mão de obra que executa as tarefas indispensáveis para a atividade fim.

A prevalência do princípio do contrato-realidade repudia tal comportamento destinado exclusivamente a mascarar a autêntica relação de emprego na tentativa de colocar o empregado à margem da proteção legal e reduzir os custos operacionais.

Por todas estas razões não há qualquer motivo para anular o auto de infração atacado e reformar a minuciosa e perfeita sentença do primeiro grau.

Final de 2007, a 11ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª. Região proferiu o acórdão abaixo, no qual afirma que a competência administrativa do Auditor-Fiscal do Trabalho quanto ao cumprimento das normas de proteção ao trabalho, no que tange ao registro de empregados, não encontra óbice na competência da Justiça do Trabalho:

RECURSO ORDINÁRIO. MULTA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. A competência da Justiça do Trabalho não exclui a atribuição administrativa do Ministério do Trabalho de fiscalizar o cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Recurso Ordinário - Processo nº. 01336.2005.040.02.0.00. Acórdão nº 20071078376 – 11ª. T. Recorrentes/Recorridos: 1 – Sim Serviço Ibirapuera de Medicina S/C Ltda; 2 - União Federal. Relator: Carlos Francisco Berardo. Julgamento: 04 dez. 2007.

No presente caso, a autuada alegou que os sujeitos indicados no auto de infração não eram empregados, mas autônomos e/ou cooperados, estando ausentes os requisitos da relação empregatícia. Por fundamento do referido acórdão, o Exmo. Desembargador ratificou a sentença de primeira instância e, por conseguinte, a competência do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de seus agentes fiscais, de reconhecer o vínculo de emprego, mesmo que apresentado formalmente sob outra modalidade, autuando o infrator:

Correta a r. sentença que ao examinar a matéria estabeleceu que "... a competência jurisdicional exercida pela Justiça do Trabalho não exclui as atribuições administrativas do Ministério do Trabalho e Emprego, posto serem as autoridades do Ministério do Trabalho competentes nos termos

dos artigos 626 e 628 da CLT, para fiscalizar o cumprimento das normas de proteção ao trabalho e lavrar auto de infração em caso de violação de preceito legal, sob pena de responsabilidade administrativa”.

No Tribunal Regional do Trabalho – 9ª. R., o acórdão da 1ª. Turma, afirmou que o Auditor-Fiscal do Trabalho não possui apenas o poder de autuar quando verifica o desvirtuamento de contratos com intuito de mascarar relações empregatícias, mas possui o dever de fazê-lo:

Por imposição legal, o Auditor-Fiscal de Trabalho tem o poder-dever de lavrar auto de infração sempre que se defrontar com violação a preceito legal trabalhista, sob pena, até mesmo, de responsabilidade administrativa (art. 628, da CLT). A ação fiscalizadora do Estado, no exercício do Poder de Polícia, decorre da preocupação do legislador em resguardar os direitos sociais assegurados por lei, de ordem pública. Ao Auditor-Fiscal não cabe determinar à empresa que promova o registro do empregado ou mesmo o pagamento de verbas salariais certamente devidas. Todavia, dentro de sua competência funcional, deparando-se com ilícito afrontando normas de proteção ao trabalho, a ele cumpre lavrar o devido auto de infração. Assim, ao constatar que os contratos de trabalho temporários não cumpriam os requisitos previstos na Lei nº 6.019/74, e lavrar o correspondente auto de infração, motivando-o, atuou no estrito cumprimento de seu dever. Sentença que se mantém, na parte que confirmou a validade do auto de infração, do procedimento administrativo e da multa aplicada à empresa, por violação ao disposto no art. 41, da CLT. TRT-PR-96008-2006-006-09-00-6-ACO-17039-2007 - 1A. TURMA - Relator: BENEDITO XAVIER DA SILVA - Publicado no DJPR em 29-06-2007.

Não é outra a posição tomada no acórdão proferido e aprovado pela 3ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho –3ª R (TRT/MG):

FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO QUANDO CONSTATADOS OS ELEMENTOS FÁTICOS - O art. 628 da CLT, inserto no Capítulo intitulado "Da Fiscalização, Da Autuação e Da Imposição de Multas", é de clareza solar ao dispor que "a toda verificação em que o Auditor Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração." Soma-se a isto o disposto no art. 9.º da CLT, localizado na Introdução da Consolidação (portanto verdadeira norma geral de Direito do Trabalho), prevendo a nulidade de pleno direito dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos seus preceitos. Ora, a nulidade pleno jure é exatamente aquela que se opera de imediato, sem qualquer necessidade de pronunciamento prévio do Judiciário, que, quando analisar eventual demanda respectiva, proferirá decisão declaratória, nunca constituindo a partir daí a existência ou não de vínculo de emprego (do contrário não se poderia cogitar de efeitos retroativos, inclusive com anotação da CTPS e determinação de recolhimentos previdenciários). Portanto, chega-se à conclusão de que a previsão do art. 39/CLT é exclusivamente destinada à hipótese em que o próprio empregado apresentou reclamação ao Ministério do Trabalho (nos termos do art. 36/CLT) e, caso o empregador alegue inexistência de relação de emprego, o processo será remetido à Justiça do Trabalho, seguindo

como um dissídio individual comum, tendo como reclamante o empregado. Na hipótese de o fiscal do trabalho, por dever de ofício, comparecer ao local de trabalho e verificar a existência de relação de emprego, não se poderia cogitar de envio do processo administrativo à Justiça do Trabalho, pois que ausente estaria o seu autor, elemento sem o qual a ação é inexistente. Nem se pode imaginar, ainda, que o fiscal do trabalho teria legitimidade anômala, verdadeira substituição processual, sem qualquer autorização em lei para tanto, para pleitear em Juízo direito alheio eminentemente individual. A jurisprudência reconhece até mesmo ao fiscal do INSS tal prerrogativa, razão pela qual retirá-la do fiscal do trabalho seria um contra-senso, reduzindo demasiadamente o seu campo de atuação, afastando-se do escopo principal do instituto da fiscalização trabalhista que é justamente fazer cumprir as normas de proteção ao trabalho. Processo : 00465-2005-047-03-00-0 RO - Data de Publicação : 17/09/2005 - Órgão Julgador : Terceira Turma – TRT/3ª R. - Juiz Relator : Juíza Convocada Maria Cristina D. Caixeta - Juiz Revisor : Des. Maria Lucia Cardoso Magalhães.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

3.1 DELINEAMENTO DA PESQUISA

A presente monografia trata de pesquisa teórica, que se utilizou dos seguintes instrumentos: a) pesquisa bibliográfica: nas mais diversas obras literárias de Direito, especialmente constitucional, administrativo, civil e trabalhista, inclusive publicações em revistas e periódicos especializados; b) pesquisa documental: legislação e jurisprudência, utilizando-se, inclusive, da internet.

Adotou-se o método de abordagem dedutivo neste trabalho, partindo do estudo e análise da divisão de funções entre os Poderes da União, Judiciário e Executivo, para então determinar as atribuições da Justiça do Trabalho e da Auditoria-Fiscal do Trabalho e, por fim, concluir pela competência ou não da Auditoria-Fiscal do Trabalho reconhecer o vínculo de emprego. O referencial teórico versa sobre os aspectos que envolvem o tema desenvolvido, tendo por marco teórico os autores: José Afonso da Silva, Gisela Maria Bester, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Censo Antonio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, Valentin Carrion, Arnaldo Süssekind, João de Lima Teixeira Filho, Segadas Vianna, e Délio Maranhão. Dentre os autores que tratam especificamente do tema estudado, cita-se os Procuradores do Trabalho: Gustavo Felipe Barbosa Garcia e José Pedro Reis, além do Auditor-Fiscal do Trabalho Caio Franco Santos.

As informações coletadas foram analisadas pelo método de procedimento comparativo, verificando-se as diferenças entre as atribuições da Justiça do Trabalho e da Auditoria-Fiscal do Trabalho, no que tange ao reconhecimento do vínculo de emprego, de forma a deduzir fundamentadamente, pelo estudo das teses e argumentos gerais distintos, qual a melhor resposta ao problema formulado: o Auditor-Fiscal do Trabalho possui competência para reconhecer o vínculo de emprego em situações nas quais encontra contratos dissimuladores, que têm por intuito elidir a aplicação das leis trabalhistas?

3.2 ÁREA DE ABRANGÊNCIA

A presente pesquisa alcança os ramos do Direito Constitucional, Administrativo, Civil e do Trabalho, já que procura distinguir as funções (poderes) administrativas e jurisdicionais; estudar o instituto do poder de polícia, suas características, princípios e limites; entender a tutela estabelecida ao trabalhador empregado e alguns princípios norteadores da mesma; assim como verificar o alcance e a incidência de nulidade nos contratos de trabalho de natureza civil.

O estudo e resultado acerca do tema apresentado podem determinar a segurança dos magistrados e balizar o rumo de novas decisões por eles tomadas, as quais implicam diretamente no trabalho realizado pelos Auditores-Fiscais do Trabalho, assim como no caráter autoexecutório e coercitivo do poder de polícia por eles desempenhado.

De outro vértice, a adoção das conclusões desta pesquisa nas decisões judiciais vindouras pode determinar a pacificação acerca do assunto, gerando jurisprudência; assim como pode servir de exemplo para que outros empregadores que tiverem intenção de burlar a legislação trabalhista sintam-se desestimulados à realização de contratos dissimuladores. Tal medida, inevitavelmente beneficiará diretamente os empregados eventualmente envolvidos, assim como a diminuição do número de ações individuais intentadas perante a Justiça do Trabalho.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

4.1 DA COMPETÊNCIA CONJUNTA PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO

O artigo 114 da Constituição Federal, já em seu inciso I, destaca que é competência da Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação do trabalho envolvendo os trabalhadores e os mais diversos contratantes, abrangendo, inclusive, os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta, seja da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Dentre as relações de trabalho – o gênero – encontram-se as relações de emprego. Destarte, é inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para o reconhecimento do vínculo de emprego entre empregador e empregado, seja com a existência de um contrato dissimulador ou não.

Deve-se destacar, no entanto, que trata de competência constitucional para processar e julgar as ações, ou seja, deve-se ater aos dois verbos existentes – processar e julgar – assim como o objeto dos mesmos, qual seja: as ações.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal é claro ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Portanto, o trabalhador que se julgar prejudicado pela ausência de registro, haja vista o empregador deixar, simplesmente, de anotar sua CTPS, ou utilizar-se de meios fraudulentos para desvincular-se do vínculo empregatício, pode levar o caso para apreciação do Poder Judiciário, por meio de uma ação. Em última análise, com a existência de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, conforme ensina Carnelutti, nasce uma lide ou um dissídio, assim denominado o litígio no âmbito do Direito do Trabalho. Este dissídio não pode ser satisfeito pela autotutela, já que a legislação determinou ao Estado o poder-dever de compor o litígio, em nítido caráter substitutivo, o que se inicia com o ingresso de uma ação perante o Poder Judiciário.

A ação, nas palavras de Ernane Fidélis dos Santos “é o direito do particular de solicitar prestação jurisdicional” (2006, p. 45). De se atentar que se trata de um direito subjetivo, que pode ou não ser exercido pelo particular, no caso em tela, pelo trabalhador.

Este direito de ação nos leva a um princípio fundamental, qual seja, ao princípio da ação (ou demanda), segundo o qual o Poder Judiciário não pode agir por conta própria, de ofício, já que cabe ao interessado provocá-lo a agir, por meio da ação. Portanto, o Poder Judiciário somente aprecia litígios acerca do reconhecimento do vínculo empregatício quando instado, por meio da ação, a fazê-lo, ocasião em que exerce sua exclusiva competência jurisdicional: processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, dentre outras. Afinal “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” (art. 2º CPC), assim como o processo “começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (art. 242, CPC).

Processo, conforme ensina Ernane Fidélis dos Santos (2006, p. 24) é “a soma dos atos que objetivam a composição do litígio, ou a efetivação do direito já acertado, ou o acautelamento de um processo principal”. No presente estudo, o que interessa é a primeira parte deste conceito, ou seja, o processo definido como “a soma dos atos que objetivam a composição do litígio”. Assim, processar é realizar todos os atos necessários que têm por intuito entregar a jurisdição, compor o conflito e dar efetividade ao direito das partes envolvidas.

Julgar uma ação é o ato de decidir, é o ato de dizer o direito num caso concreto levado à sua apreciação, cuja competência é de monopólio estatal, por meio do Poder Judiciário. Trata de um poder que, por decorrência, também é um dever. O poder-dever de dizer o direito num caso concreto, solucionar uma lide. A atividade jurisdicional do Estado é toda atividade vinculada a uma lide, a um litígio ou dissídio que foi levado a juízo por meio da ação.

Uma característica importante da jurisdição é a definitividade, que diz respeito ao acerto em definitivo do dissídio, da relação controvertida. Esta definitividade da decisão ocorre com a coisa julgada ou o trânsito em julgado, que se consubstancia quando não houver mais recurso que possa ser interposto, seja pela simples inexistência de previsão legal para tanto ou pela inércia da parte em ingressar com o mesmo no prazo legal.

A Auditoria-Fiscal do Trabalho exerce atividade de polícia administrativa, comumente denominada de poder de polícia, embora este último termo sofra críticas de alguns autores, a exemplo de Mello (2007, p. 788), por entender que relembra uma época pretérita do “Estado de Polícia”, anterior ao atual estágio em que se vive, de “Estado de Direito”.

Direito é lei e ordem, que garante a convivência social ordenada. O velho brocardo jurídico afirma *ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde está a sociedade está o Direito e vice-versa. O Direito existe como fato ou fenômeno social para e pela sociedade (REALE, 2003, p. 1-3). Ou seja, a vida em sociedade importa em limitar os direitos individuais em prol do bem comum, em prol de uma convivência coletiva pacífica e harmoniosa, o que deveria se conseguir com o ordenamento jurídico.

Porém, nem sempre a legislação, por si só, convence os atores sociais ao seu cumprimento. Exatamente por isso há a possibilidade de ocorrer controvérsias, litígios ou dissídios, que são levados ao Estado para a prestação da atividade jurisdicional.

No entanto, em casos determinados, a legislação confere à Administração Pública o poder de polícia administrativa, dotado de mecanismos que visam frear e conter eventuais abusos no exercício do direito individual. Bastos (2000, p. 151), afirma que no Poder Executivo, poder de polícia ou polícia administrativa:

[...] ganha o seguinte sentido: trata-se de levar a cabo aquela mesma tarefa de tornar plenamente fruíveis pelos cidadãos os direitos fundamentais. A Administração, ao fiscalizar, ao exigir o cumprimento das leis, está exercendo a atividade de polícia. Nesse mister pode a Administração baixar atos normativos fixando critérios dentro dos quais o exercício do direito é legítimo. Mesmo assim, a Administração não estará restringindo direitos, mas tão-somente, traçando balizamentos já implícitos ou embutidos na própria lei, que lhe conferia essa prerrogativa.

Este poder de polícia opera, inclusive, como coadjuvante na atividade jurisdicional do Estado, já que, ao agir de modo coercitivo, no intuito de que o indivíduo cumpra com o ordenamento jurídico vigente, evita ou diminui a quantidade de ações ingressadas, contribuindo para não sobrecarregar a Justiça.

O poder de polícia administrativa, que envolve “a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos” (MELLO, 2007, p. 792), comporta dois sentidos, um amplo e um restrito. O sentido amplo envolve tanto a atividade legislativa quanto a executiva. Já no sentido estrito envolve apenas as atividades do Poder Executivo, quer com a elaboração de Decretos e Regulamentos, de cunho geral e abstrato, quer com ações concretas e específicas diretamente relacionadas com os administrados. Para este trabalho interessa esse poder de polícia relacionado com ações concretas e específicas, por meio da fiscalização do trabalho.

A atribuição do poder de polícia à Auditoria-Fiscal do Trabalho, no que tange à fiscalização da legislação trabalhista, está verticalmente alinhada com a Constituição Federal, já que em seu art. 21, inciso XXIV, determina que compete à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho e em seu art. 22, inciso I, dispõe que compete privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho.

A Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, determina que cada Estado-membro deve possuir um sistema de inspeção do trabalho que será encarregado de assegurar o cumprimento da legislação tutelar ao trabalho, que compreende, inclusive, eventuais sentenças arbitrais e contratos coletivos (art. 1º, 3º e 27).

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho, determina, no *caput* do artigo 626, que incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho e Emprego, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

A Lei nº 10.593, de 06/12/2002, ao dispor sobre a organização da Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, elencou uma série de atribuições, dentre as quais se destacam os incisos I e II, que tratam, respectivamente, de assegurar em todo território nacional o cumprimento de disposições legais e regulamentares, no âmbito das relações de trabalho e de emprego e a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade.

A Lei nº 7.855, de 24/10/1989, instituiu o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e determinou como princípio norteador as ações que visam assegurar o reconhecimento do vínculo empregatício e os direitos dele decorrentes:

Art. 7º Fica instituído o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do trabalho, destinado a promover e desenvolver as atividade de inspeção das normas de proteção, segurança e medicina do trabalho.
§ 1º O Ministro de Estado do Trabalho estabelecerá os princípios norteadores do Programa que terá como objetivo principal assegurar o reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador e os direitos dele decorrentes e, para maior eficiência em sua operacionalização, fará observar o critério de rodízios dos agentes de Inspeção do Trabalho na forma prevista no Regulamento da Inspeção do Trabalho.

Além destes dispositivos legais, outras normas hierarquicamente inferiores contemplam esta atribuição de assegurar o cumprimento das normas de proteção ao

trabalho ao Auditor-Fiscal do Trabalho, dentre as quais pode se destacar o Decreto nº 4.552, de 27/12/2002, que aprovou o novo Regulamento de Inspeção do Trabalho (art. 18), Portaria MTb nº 925, de 28/09/1995 (art. 1º), e a Instrução Normativa nº 3, de 01/09/1997.

Todas estas normas evidenciam o caráter de poder de polícia de que está investida a Auditoria-Fiscal do Trabalho, a qual, por isto, possui amplos poderes para fazer cumprir as normas que compreendem a legislação trabalhista, dentre elas, o reconhecimento do vínculo de emprego. Afinal, é do cumprimento desta regra básica que decorre todos os demais direitos e garantias elencados no ordenamento jurídico obreiro.

Esta competência decorre da atividade de polícia administrativa, em ações fiscais planejadas ou derivadas de denúncia, envolvendo uma relação jurídica entre o empregador (administrado), a quem cabe cumprir a lei, e a Administração Pública, a quem cabe exercer a verificação e a coerção, dentro dos limites legais, para o cumprimento da legislação trabalhista.

Não há como retirar desta competência o reconhecimento do vínculo empregatício e as ações que visam a coerção do particular para o cumprimento da legislação, afinal, o artigo 626 da CLT incumbe aos Auditores-Fiscais do Trabalho a fiscalização do fiel, note-se, do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Se o reconhecimento do vínculo empregatício, quando existentes os seus pressupostos, é a porta de entrada para todos os demais direitos e garantias do empregado, inegável a competência dos Auditores-Fiscais do Trabalho em efetuar este reconhecimento e exigir coercitivamente o seu cumprimento pelo empregador.

De se notar, no entanto, que diferente de uma ação judicial, na qual se estabelece uma relação triangular – autor (reclamante), juiz e réu (reclamado) – no exercício do poder de polícia pela Auditoria-Fiscal do Trabalho estabelece-se uma relação bilateral simples, entre o administrado e a Administração Pública.

Desta simples constatação já se pode afirmar categoricamente que as ações de reconhecimento do vínculo de emprego efetivadas na seara judicial e administrativa coexistem, ou seja, a competência para o reconhecimento do vínculo empregatício é conjunta, desde que respeitados cada qual a sua função (jurisdicional e administrativa). Ou seja, a Auditoria-Fiscal do Trabalho não tem por competência processar e julgar ações oriundas de relações de trabalho, já que estas são derivadas e decorrem do princípio da inércia (ou do dispositivo), entendidas

como o chamamento do Estado pelo indivíduo para prestar a atividade jurisdicional, mesmo quando decorram do pleito pelo reconhecimento do vínculo empregatício. Esta função é exclusiva da Justiça Trabalhista. No entanto, no exercício do poder de polícia, a Auditoria-Fiscal do Trabalho tem por competência exigir o fiel cumprimento das normas de proteção do trabalho, iniciando com o reconhecimento do vínculo de emprego, do qual decorre todos os demais direitos e garantias.

De se notar que esta atividade de polícia administrativa prescinde de uma ação intentada pelo obreiro perante a Justiça em face do empregador; e, na eventual hipótese de existência dessa ação individual, a Auditoria-Fiscal do Trabalho não fará o processamento e julgamento desta ação, mas a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho por parte do empregador em relação a todos os trabalhadores em atividade. Aliás, a fiscalização, via de regra, sequer tomará ciência do teor desta reclamatória trabalhista.

Haja vista a atividade do poder de polícia administrativa decorrer da exigência do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, mesmo quando se exige o registro derivado do reconhecimento dos seus pressupostos, não se pode concluir pela invasão de competência na seara judicial. Observe-se que, neste ato, em momento algum o Auditor-Fiscal do Trabalho processa ou julga uma ação intentada pelo obreiro com este objetivo.

Ratificando este entendimento, ao comentar o artigo 626 da CLT, Carrion (2007, p. 484) dispõe que:

A fiscalização do trabalho visa, administrativamente, o cumprimento da legislação laboral, paralelamente à atuação judiciária, que ao compor os litígios é como a mão comprida do legislador (longa manu, na expressão de Bindo Galli). Os direitos do trabalhador estão protegidos em dois níveis distintos: a inspeção ou fiscalização do trabalho, de natureza administrativa, e a proteção judicial através dos tribunais da Justiça do Trabalho.

Da mesma maneira conclui Reis (2007) em artigo sobre a relação de emprego controvertida e limites de atuação da fiscalização do trabalho em face da jurisdição:

O direito à tutela jurisdicional, não obstante, não afasta o poder-dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento das normas de proteção ao trabalho (CLT, art. 626).

Mesmo sendo o fato – no caso, a própria existência de contrato de trabalho – objeto de controvérsia entre a Administração Pública e o particular, aquela pode e tem o dever de aplicar, no âmbito administrativo, as normas pertinentes.

4.2 DO EXERCÍCIO INDEPENDENTE E HARMÔNICO DAS FUNÇÕES

Vários julgados anularam autos de infração lavrados por Auditores-Fiscais do Trabalho no que tange à ausência de registro dos empregados, quando o empregador dissimulava contrato de trabalho diverso da relação empregatícia, sob argumento de invasão ou usurpação de competência jurisdicional.

Afirmam referidos julgados, em síntese, que apesar do Auditor-Fiscal do Trabalho ter por atribuição assegurar, em todo território nacional, o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações de trabalho e emprego, não podem declarar a existência de relação de emprego derivada única e exclusivamente de sua apreciação fática. Aduzem que a apreciação de provas e a declaração de nulidade de contratos, de forma que transmutem a natureza jurídica do mesmo, depende exclusivamente da apreciação pelo Poder Judiciário.

Reis (2007), ao descrever sobre o assunto, afirma:

Dizer-se que, não reconhecendo o atuado a relação de emprego, a fiscalização não teria competência para a lavratura de auto de infração seria, com a devida vênia, confundir os conceitos de jurisdição e de administração.

Destarte, é importante a tarefa de distinguir o que vem a ser a função jurisdicional e a função administrativa, considerando, de qualquer sorte, o ensinamento dos mestres de que o poder Estatal é um só e o mesmo se divide em três funções predominantes, mas não absolutas, quais sejam: legislativa, administrativa e judicial:

[...] O que há, portanto, não é separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais *precípua*s entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível. (MEIRELLES, 2009, p. 62).

Haja vista a função legislativa não se tratar de objeto da controvérsia, o presente estudo também declinará de sua apreciação, limitando-se às funções de jurisdição e de administração.

A função jurisdicional, nas palavras de Grinover, Cintra e Dinamarco (2006, p. 30) diferencia-se das demais funções Estatais pela sua finalidade pacificadora. Ou seja, o Estado chama para si a atribuição de dizer o direito no caso concreto, em

eventual controvérsia de interesses (dissídio), na qual há a resistência de uma das partes quanto à pretensão da outra, proibindo a autotutela. Assim, trazendo para si o poder-dever de entregar a jurisdição, entende estar proporcionando a paz social entre as partes envolvidas no conflito.

Ninguém pode exercer a justiça, a aplicação do direito ao caso concreto, pelas próprias mãos (autotutela), já que é crime o exercício arbitrário das próprias razões. Isto é competência do Estado, pela função jurisdicional.

Como já descrito anteriormente, esta função somente entra em atividade quando e se o indivíduo, que se considera prejudicado, ingressa com a respectiva ação, já que a jurisdição possui como uma de suas características a inércia, conforme disposto no art. 2º do CPC.

Portanto, a função jurisdicional tem por intuito compor o litígio apenas entre as partes que exerceram o direito de ação, levando o caso concreto à sua apreciação. “Isto é o que se chama *função jurisdicional* ou simplesmente *jurisdição*, que se realiza por meio de um *processo judicial*, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides” (SILVA, 2007, p. 553).

Para o presente estudo, no que tange ao reconhecimento do vínculo de emprego, à função jurisdicional está reservada a competência de processar e julgar as ações oriundas da relação do trabalho, ou seja, os dissídios que envolvem este direito, em trâmite perante a Justiça Trabalhista.

O jurista e constitucionalista Silva (2007, p. 554-555) afirma que a tarefa de distinguir jurisdição de administração é mais difícil que distinguir jurisdição de legislação. Referido jurista, afirma que Cristofolini e Luiz Eulalio de Bueno Vidigal chegam a afirmar que, em verdade, existem apenas duas funções Estatais: a legislação e a aplicação da lei, sendo que esta última se subdividiria em administração e jurisdição. Afirma que a administração e a jurisdição são espécies do mesmo gênero, qual seja: a aplicação da lei. A administração mediante atividades que substituem o interesse social pelo interesse do próprio Estado, considerando seu aquele interesse; e a jurisdição mediante atividades nas quais substituem os titulares dos interesses em luta, compondo as controvérsias e emanando ordens que visam à solução pacífica da controvérsia.

A Auditoria-Fiscal do Trabalho visa, mediante atividade administrativa e paralela à função jurisdicional, o cumprimento da legislação do trabalho (CARRION,

2007, p. 484), tendo por princípio norteador o objetivo principal de assegurar o reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador e os direitos dele decorrentes (§ 1º do art. 7º da Lei nº 7.855/89).

Machado *apud* Reis (2007) afirma que os Auditores-Fiscais do Trabalho exercem atividade administrativa preventiva e repressiva, com poderes especiais, no intuito de garantir o efetivo e fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Conforme ensinamento de Justen Filho (2007, p. 30) a função administrativa se reveste de um conjunto de poderes jurídicos que visam a satisfação de interesses sociais essenciais, que dizem respeito a direitos fundamentais, exigindo uma organização estável, permanente e sob regime jurídico infralegal, cujos atos submetem-se a controle jurisdicional. Reporta-se, ainda, ao fato da função administrativa dividir-se em tipos, dos quais é relevante para o trabalho em tela a função que denomina de conformadora ou ordenadora, a qual se traduz, “de modo especial, no instituto do poder de polícia”.

Como já descrito, não há margens a dúvidas de que a Auditoria-Fiscal do Trabalho exerce atividade administrativa de polícia. O que vem a ser esta atividade de polícia administrativa, quais suas características e amplitude? Importante desvendar este instituto para a compreensão do alcance das atividades dos Auditores-Fiscais do Trabalho, especialmente no que tange ao reconhecimento do vínculo de emprego.

Vários são os conceitos perseguidos pelos juristas acerca do poder de polícia, com maior ou menor adição de valores, dos quais, pode-se sintetizar no seguinte: “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 2009, p. 117).

Há uma convergência de manifestações dos juristas que aponta a indicação do fundamento do poder de polícia na ordem pública, no interesse social e no bem comum, baseado no princípio da primazia do interesse público sobre o particular. E é com base neste fundamento que se determina a supremacia da Administração sobre os administrados. Nenhum direito exercido individual ou coletivamente pode ultrapassar a barreira dos direitos e garantias do outro, de modo a lesionar o próximo; é nesta ação conformadora e funcional que se encontra o exercício do poder de polícia administrativa.

Por conta desta limitação ao exercício de direitos individuais, o poder de polícia é comumente denominado como uma atividade negativa, de cunho

eminentemente preventivo e repressivo. Atividade negativa por não trazer nenhuma prestação de serviço público concreta, com benefícios diretos à sociedade, como o é, *v.g.*, a prestação de serviços públicos de saúde e de educação.

Ao estabelecer os mais variados tipos de contratos de trabalho e seus pressupostos, o Estado, por meio da legislação, limitou o exercício do direito de contratação de trabalhadores. Ou seja, no caso da relação de emprego, preenchidos os pressupostos legais, não pode o administrado utilizar-se de outra modalidade de contrato de trabalho. Há uma limitação legal no exercício do direito individual de contratação, que visa o bem comum, que visa a tutela do trabalhador empregado, cujo reconhecimento abre as portas de uma série de direitos e garantias individuais inexistentes em outras modalidades de relação de trabalho.

O artigo 626 da CLT, ao determinar a atribuição aos Auditores-Fiscais fiscalizar o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, investiu-lhes do poder de polícia administrativa, pela qual a Administração Pública pode utilizar-se de meios coercitivos para impelir o administrado a conformar-se com o preceito legal.

Importante destacar as características do poder de polícia administrativa, as quais acabam por explicar detalhadamente este instituto.

Os diversos autores informam diversas características ao poder de polícia. Todas se aplicam à atividade de polícia administrativa realizada pela Auditoria-Fiscal do Trabalho. Dentre as características próprias do poder de polícia se encontram a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

A discricionariedade, vinculada aos limites legais, está presente na maior parte dos atos investidos do poder de polícia, haja vista que o legislador nem sempre pode prever todas as hipóteses de atuação. Assim, a discricionariedade se manifesta na decisão de como e quando agir, quais os meios mais adequados, qual a penalidade a ser imposta dentre as previstas em lei, se for o caso. Porém, como já descrito, esta discricionariedade é vinculada aos limites legais. Em algumas outras hipóteses, mais raras, o poder de polícia é vinculado à lei, que determina exatamente o ato que deve ser prestado pelo Estado na ocorrência de determinada hipótese, *v.g.* a concessão de alvará ou de licença para dirigir automóveis.

Na polícia administrativa trabalhista a discricionariedade verifica-se no planejamento das ações fiscais, que determinam quais os segmentos de atividade e quais as empresas a serem fiscalizadas, assim como os meios a serem empregados para o exercício da fiscalização.

Para Di Pietro (2009, p. 120) a autoexecutoriedade subdivide-se em duas características: a exigibilidade e a executoriedade. Todas as medidas de polícia administrativa teriam a característica de exigibilidade, mas apenas as com previsão legal expressa teriam a característica de executoriedade.

A exigibilidade é característica segundo a qual a Administração pode exigir ações positivas ou negativas dos administrados, sem que para isto precise recorrer ao Judiciário para obter ordem ou autorização legal. Esta exigência se impõe ao administrado, mesmo sem a sua concordância, de forma que, opondo-se à ordem, este deve ir a juízo para que aprecie suas razões. A executoriedade é característica pela qual a própria Administração, de imediato, pode realizar a execução forçada da ordem/decisão administrativa, utilizando-se, se for o caso, de força pública. Para tanto, deve existir expressa autorização legal neste sentido.

No caso do reconhecimento do vínculo de emprego, a Auditoria-Fiscal do Trabalho está investida do poder de polícia com característica meramente de exigibilidade, pela qual a exigência do registro e anotação da CTPS do obreiro pelo empregador ou tomador dos serviços, quando verificados os pressupostos da relação empregatícia, prescinde de ordem, autorização ou reconhecimento prévio do vínculo empregatício pelo Judiciário. De se lembrar que esta exigibilidade nasce do fato de que as normas de Direito do Trabalho são de ordem pública, portanto imperativas e inafastáveis pelas partes.

Não possui, no entanto, a característica de executoriedade, já que em ação fiscal não pode o Auditor-Fiscal do Trabalho promover a execução forçada, realizando ele mesmo o registro e a anotação da CTPS do obreiro, mesmo a contragosto do administrado. Garcia (2007, p. 9) explica que:

[...] mesmo verificada a existência de relação de emprego, a autoridade administrativa não poderá obrigar o empregador a efetuar o registro de empregado e anotar a CTPS, eis que impor essa conduta a alguém é diverso da lavratura de auto de infração (CLT, art. 628).

A terceira característica própria do poder de polícia trata da coercibilidade, intimamente ligada ao atributo da imperatividade dos atos administrativos, segundo o qual estes atos são impostos à execução por terceiros, independente da concordância dos mesmos. A imperatividade não está presente nos atos meramente enunciativos ou negociais, mas está presente em todos os atos que consubstanciam

um ordem administrativa. É o caso do Direito do Trabalho, já que, preenchidos os pressupostos da relação empregatícia, é obrigatório o registro e anotação da CTPS do obreiro pelo empregador (art. 29 e 41 da CLT). Há que se lembrar que a incidência da legislação comum é residual, conforme determina o artigo 593 do Código Civil: “a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo”.

Como meio de coerção, a Administração pode utilizar-se de sanções, sendo a mais comum delas a multa, que se trata de penalidade pecuniária. Este é o meio coercitivo utilizado pela Auditoria-Fiscal do Trabalho que visa à exigência do cumprimento da legislação trabalhista. É o caso que se verifica na ausência de registro e anotação em CTPS de obreiros, quando se encontram de fato a existência dos pressupostos caracterizadores desta relação. A penalidade pela ausência de registro de empregado está prevista no artigo 47 da CLT.

O poder de polícia se materializa por meio de atos administrativos, de forma que os atributos da presunção da legitimidade e da veracidade também lhe são aplicados.

A presunção de legitimidade dos atos administrativos, inclusive daqueles investidos de poder de polícia, informa que, até que se prove o contrário os mesmos foram lavrados em conformidade com a lei. Já a presunção de veracidade informa que os fatos relatados e alegados pela Administração presumem-se verdadeiros. Esta presunção, tanto de legitimidade quanto de veracidade, é relativa, ou seja, admitem prova em contrário, cujo ônus é do administrado, ou seja, há uma inversão do ônus da prova àquele que invoca a invalidade do ato administrativo.

Assim, em eventual lavratura de auto de infração, que verse sobre a ausência de registro de empregados por parte do tomador dos serviços, seja pela simples negativa em registrar ou pela utilização de contratos dissimuladores, deve-se considerar este ato legítimo e verdadeiro. Qualquer alegação de invalidade do mesmo, seja na seara administrativa ou judicial, determinará a produção de prova em contrário por conta do autuado, ou seja, a prova da inexistência do vínculo de emprego ou de alguma outra nulidade na formação do referido ato administrativo.

As medidas de polícia obedecem aos mesmos requisitos de validade de todo ato administrativo, no que tange à competência, forma, fins, motivos e objeto, além da proporcionalidade da sanção e legalidade dos meios utilizados pela Administração.

A lei atribuiu aos Auditores-Fiscais do Trabalho a competência privativa de fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, os quais possuem o poder-dever de lavrar o respectivo auto de infração quanto concluírem pela existência de violação de preceito legal (art. 11 da Lei nº 10.593/92 e artigos 626 e 628 da CLT).

No exercício do poder de polícia trabalhista, de regra, as ações fiscais iniciam-se junto ao estabelecimento empregador com a verificação física e entrevista dos trabalhadores em atividade. Conforme art. 12, item 2, da Convenção nº 81 da OIT, julgando que possa prejudicar a eficiência da fiscalização, o Auditor-Fiscal não é obrigado a identificar-se apresentando sua credencial neste primeiro contato. Tal regra é lógica, afinal, apresentando-se e identificando-se antecipadamente perante empregador que possua empregados sem registro ou outras irregularidades passíveis de serem camufladas, permite que se ordene a fuga dos empregados sem registro ou com outras irregularidades. Tal regra é ratificada pelo artigo 12 do Decreto nº 4.552, de 27/12/2002, ressaltando em seu parágrafo único que a exibição dos documentos somente é exigível após a exibição da credencial.

O empregador poderá utilizar-se de controle único e centralizado, à exceção do registro de empregados, registro de horário de trabalho e do Livro de Inspeção do Trabalho, os quais devem permanecer no estabelecimento para pronta exibição ao Auditor-Fiscal do Trabalho (art. 3º da Portaria MTPS/GM nº 3.626, de 13/11/1991).

Para os documentos passíveis de controle único e centralizado, assim como para as empresas com até dez empregados, microempresas ou de pequeno porte, a fiscalização deve notificar para apresentação no prazo de dois a oito dias, salvo constatado infração por falta de registro de empregado e sua anotação em CTPS, assim como na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização (art. 55, § 1º, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006; art. 6º, da Lei nº 7.855, de 24/10/89; e art. 3º, § 1º, da Portaria MTPS/GM nº 3.626, de 13/11/1991).

A notificação é realizada por meio de anotação no Livro de Inspeção do Trabalho e/ou pela emissão de Notificação para Apresentação de Documentos – NAD, assinalando ao empregador, como já descrito, o prazo de dois a oito dias para apresentação dos documentos.

Com as ressalvas do art. 628 da CLT – norma nova ou primeira inspeção de estabelecimento recém inaugurado e hipótese de instauração de procedimento

especial – a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração. É o que os juristas denominam de poder-dever.

O auto de infração possui modelo próprio, aprovado pela Portaria GM/MTb nº 178, de 26/03/1998. Portanto, a forma do auto de infração deve obedecer à lavratura por escrito e em modelo oficial.

A finalidade da Auditoria-Fiscal do Trabalho é exatamente cumprir com a atribuição que lhe foi atribuída pelo artigo 626 da CLT: fiscalizar o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Ou seja, o exercício da polícia administrativa trabalhista visa não só o mero cumprimento, mas o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, dentre elas, a principal, a porta de entrada de todos os direitos trabalhistas, o registro dos empregados. Por ser de ordem pública, a fiscalização do fiel cumprimento destas normas é o objetivo de interesse público a atingir.

A fiscalização trabalhista atua em ações planejadas e/ou por denúncia. Nestas ações é que se encontra a discricionariedade da polícia administrativa trabalhista, determinando qual ou quais os segmentos a serem fiscalizados, assim como os meios e modo mais adequados para a realização das mesmas. De qualquer sorte, o planejamento leva em consideração os segmentos considerados mais problemáticos e ou contemplados por metas de fiscalização e arrecadação de FGTS, as diversas denúncias recebidas de trabalhadores, sindicatos ou outras entidades, além de requisições de fiscalização realizadas pelo Ministério Público, por exemplo. Estes são os motivos que levam a Auditoria-Fiscal do Trabalho a agir, no intuito de conformar o eventual infrator às normas legais.

Na lavratura do auto de infração, o motivo é exatamente o descumprimento de norma legal. No caso do registro de empregados, ocorre a lavratura do auto de infração quando o Auditor-Fiscal verifica a existência dos seus pressupostos, sem que o empregador tenha realizado o devido registro. Para a lavratura do auto de infração, neste caso, não importa o motivo alegado pelo empregador, já que a norma celetista é de ordem pública e se empregado é o trabalhador – preenche os requisitos legais para tanto –, não há outro contrato que possa ser estabelecido entre ambos. A utilização de contrato dissimulador caracteriza fraude ou desvirtuamento dos preceitos legais e a irregularidade é passível de sanção.

O objeto do ato de polícia administrativa trabalhista é a coerção do empregador infrator ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Haja vista o poder-dever do Auditor-Fiscal lavrar o auto de infração no caso de descumprimento da norma legal, o efeito jurídico que nasce deste ato, é uma relação processual, com direito à ampla defesa e ao contraditório. Ao final desta relação processual, se o administrado convencer de que não descumpriu a legislação, o auto de infração é considerado improcedente e o procedimento administrativo arquivado. No entanto, considerado procedente o auto de infração, reconhecendo a existência de fato da irregularidade praticada pelo empregador, a penalidade é imposta.

A CLT e legislação esparsa de proteção ao trabalho previram multas variáveis assim como multas de valor fixo pelo descumprimento de suas normas. No que tange ao registro dos empregados, que é o que interessa ao trabalho, atualmente a penalidade é fixa no valor de R\$ 402,53 (378,2847 UFIR) por empregado em situação irregular, dobrado na reincidência, conforme art. 47 da CLT e Portaria MTb/GM nº 290, de 11/04/1997. Assim, embora os valores das penalidades estejam defasados, já que a UFIR está congelada desde o exercício de 2000, a própria lei, representando esta a expressão da vontade da sociedade, considerou proporcional o valor da sanção acima descrita, computando o número de empregados em situação irregular e a dobra em eventual reincidência.

A legalidade é requisito de todo ato administrativo, havendo, inclusive, presunção de legalidade dos mesmos por princípio. Assim, a eventual ilegalidade do ato administrativo e do ato resultante da atividade de polícia administrativa, deve ser comprovada pelo interessado ou verificada pela própria Administração, pela autotutela, para que possa ser considerado inválido.

Preenchidos os requisitos legais acima especificados, os atos resultantes da atividade de polícia administrativa trabalhista estão aptos a produzirem seus efeitos.

Como qualquer outro ato administrativo, o auto de infração lavrado será submetido à autotutela, para efeitos de análise de mérito e de legalidade dos mesmos.

Convém ressaltar que até o momento da lavratura do auto de infração, não há processo, mas apenas o exercício de atos do poder de polícia administrativa, os quais, até aquela data não são regidos pelo princípio da ampla defesa e do contraditório. Lógico que o Auditor-Fiscal, no ato de fiscalização, ao verificar alguma

irregularidade, dentre elas a relativa à ausência de registro de empregados, deve questionar o empregador acerca da mesma, verificando e analisando os argumentos apresentados para, enfim, concluir ou não pela violação de preceito legal.

Assim, com a lavratura do auto de infração, sua entrega ao empregador com notificação para apresentação de defesa em dez dias, inicia-se o processo administrativo de apuração da irregularidade trabalhista. Com a ciência da peça acusatória da irregularidade – o auto de infração – pelo empregador, a relação jurídica processual se estabelece entre o Estado e o administrado. Nesta relação processual impera o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, autuado o empregador, pode ele apresentar defesa à infração denunciada, exercendo seu direito; assim como, pode restar inerte, sem apresentar qualquer argumento de defesa.

Em ambos os casos o processo passará por uma análise realizada por um Auditor-Fiscal do Trabalho diverso do autuante, que verificará se o fato descrito no auto de infração, efetivamente, caracteriza uma irregularidade administrativa trabalhista e se foram respeitados os requisitos legais para a formação da autuação; assim como analisará os argumentos e provas produzidas pelo empregador em sua defesa, no caso do empregador ter exercido esta faculdade.

Esta análise, devidamente fundamentada e motivada, determinará a procedência ou não do auto de infração, servindo de base para a decisão da autoridade competente e a aplicação da penalidade devida, se for o caso.

Aplicada a penalidade e notificado o empregador para recolhê-la em dez dias, pode quitá-la neste prazo com redução de 50%, desde que renuncie ao recurso. No entanto, se quiser recorrer, pode fazê-lo no mesmo prazo, preparando-o com o depósito integral da multa, sem o que o recurso não terá seguimento (art. 636 da CLT).

Apresentado o recurso, tempestivamente e com o devido depósito da multa, o processo é encaminhado a outro Auditor-Fiscal para apresentar contra-razões aos argumentos apresentados pelo empregador, ocasião em que o auto de infração é submetido a nova análise de seus elementos formais e de mérito, com sugestão de provimento ou não do recurso. Este processo é encaminhado à instância administrativa superior para que decida, com base no recurso e nas contra-razões, pela manutenção da decisão recorrida ou não. Antes da decisão pela autoridade administrativa de instância superior, o processo passa por novo analista, Auditor-

Fiscal do Trabalho, que analisará o recurso e as contra-razões, sugerindo acatar um ou outro, conforme o caso.

Com esta decisão, o processo administrativo trabalhista tem seu fim, o que se denomina de decisão definitiva, já que não há outros recursos possíveis na esfera administrativa.

Portanto, o auto de infração, fruto do exercício da polícia administrativa, é constantemente submetido ao princípio da autotutela, de forma que, existindo alguma irregularidade legal, formal ou de mérito, a própria Administração pode e deve anular ou revogá-lo, não sendo possível seu saneamento.

De igual forma, também os atos inerentes ao poder de polícia administrativa trabalhista estão submetidos ao controle judicial, já que a lei não pode excluir qualquer lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

Assim, julgando que não cometeu qualquer irregularidade, o empregador pode ingressar com ação judicial visando impedir a lavratura do auto de infração, o que ocorre pela via do mandado de segurança, ou questionar sua validade, caso o Auditor-Fiscal do Trabalho já o tenha lavrado, com ação de anulação do mesmo.

No âmbito do exercício da polícia administrativa trabalhista, no caso da exigência de registro de empregados e possível lavratura de auto de infração, por vezes, o Poder Judiciário tem concedido liminarmente a segurança aos empregadores, sob o argumento de que a Auditoria-Fiscal do Trabalho é incompetente para reconhecer o vínculo empregatício. Tal tese não se sustenta, conforme foi verificado e estudado anteriormente.

Assim, diante da competência do Auditor-Fiscal do Trabalho reconhecer administrativamente o vínculo de emprego entre o trabalhador e seu legítimo empregador, pode exigir do mesmo o registro do empregado e anotação em CTPS, com intuito do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, sob pena de autuação pela irregularidade constatada. Se este exercício é constitucional, legal e regular, é incabível servir de base para a concessão da segurança.

Neste caso, apenas irregularidades na condução da fiscalização ou equívoco na conclusão realizada pela fiscalização acerca da existência do vínculo empregatício, poderiam ser invocados perante o Judiciário para evitar a lavratura de auto de infração. Ou seja, caso o Auditor-Fiscal do Trabalho conduza a fiscalização dentro dos parâmetros legais, observando todos os requisitos para formação dos

atos administrativos, qualquer discussão judicial somente pode versar sobre a questão de mérito do reconhecimento administrativo do vínculo empregatício. No entanto, este assunto, parece não ser passível de apreciação pela via mandamental, já que necessita de ampla instrução e procedimento probatório, de vez que o ato administrativo goza da presunção de legalidade e veracidade, o que deve ser rebatido irrefutavelmente pelo administrado.

Destarte, se os argumentos do empregador versarem exclusivamente sobre a inexistência do vínculo de emprego, apenas a ação de anulação do auto de infração lavrado é possível, na qual possui o ônus de provar a inexistência deste vínculo, rebatendo a presunção de veracidade dos fatos narrados naquele instrumento.

Portanto, salvo a inexistência de requisitos legais para a formação do auto de infração, assim como aos demais atos administrativos a ele vinculados, qualquer discussão sobre sua validade ingressa, inevitavelmente, no mérito da existência ou não do vínculo de emprego; no mérito quanto à conclusão acertada ou equivocada do Auditor-Fiscal do Trabalho no que tange à existência da relação empregatícia.

Pode-se dizer que as sentenças judiciais que declaram incompetente o Auditor-Fiscal do Trabalho para reconhecer o vínculo de emprego e exigir o registro e sua anotação em CTPS usurpam, retiram uma competência legal e constitucional, baseada no exercício do poder de polícia administrativa trabalhista. Lembrando que esta tem por intuito limitar e conformar os atos dos particulares em benefício do interesse público, fiscalizando e exigindo o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

4.3 DO CONTRATO DE EMPREGO, PRINCÍPIOS E PODER DE POLÍCIA

Como verificado no capítulo 2.3 o contrato de trabalho é um grande gênero, do qual existem diversas espécies ou modalidades, cada qual com sua natureza jurídica e peculiaridades. Dentre estas modalidades pode-se citar o trabalho autônomo, cooperado, eventual, avulso, de estágio, voluntário e o de emprego, no qual também se incluem o trabalho terceirizado e o temporário, cujos direitos são precarizados ou reduzidos em relação àquele.

A modalidade que recebe atenção especial do Estado, no interesse social, é o contrato de trabalho de emprego, que é tutelado, basicamente, pela Consolidação das Leis do Trabalho e algumas leis esparsas, a exemplo do direito à gratificação natalina e do vale-transporte, além da convenção ou acordo coletivo de trabalho que lhe seja aplicável. De lembrar, inclusive, que vários direitos dos empregados ocupam o patamar constitucional, elencados no artigo 7º.

Exatamente por conta desta tutela especial, que o Código Civil declarou seu caráter supletivo à regulação da prestação de serviços, apenas quando a mesma não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial (art. 593).

Portanto, preenchendo os requisitos formadores da relação empregatícia, constantes do art. 3º da CLT, quais sejam: trabalho não eventual, pessoalidade, subordinação e onerosidade, salvo existência efetiva de estágio (exceção legal), a relação jurídica que deve ser estabelecida é a empregatícia. Esta é uma norma de ordem pública, de obediência compulsória, ou seja, preenchidos os requisitos, não há como se utilizar de outra espécie ou modalidade de contrato com intuito de afastar a incidência das normas que tutelam o empregado. Qualquer ato praticado neste sentido é nulo de pleno direito, a teor do artigo 9º da CLT.

Alguns empregadores, em eventual terceirização ilícita, alegam que a irregularidade de ausência de registro inexistente, já que os trabalhadores estavam registrados perante a empresa terceirizada. Tal tese não se sustenta, já que a obrigação de realizar o registro é intransferível, ela é estritamente do empregador, que não a cumprindo, deve ser punido. Admitir tal tese seria o mesmo que, comparativamente, considerar legal que um motorista se utilize da Carteira Nacional de Habilitação do carona, contratado pelo mesmo para submeter-se aos testes necessários à obtenção da licença (CAIO FRANCO SANTOS, 2007).

No intuito de fazer com que o empregador cumpra com este dever de ordem pública, a Auditoria-Fiscal do Trabalho fiscaliza e exige o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, autuando aqueles empregadores que negligenciam na obediência à lei ou, intencionalmente, burlam a sua incidência.

Esta atividade de polícia administrativa trabalhista encontra amparo nos princípios específicos do Direito do Trabalho, principalmente naqueles que tutelam a relação empregatícia em si, quais sejam: da proteção, da imperatividade e da primazia da realidade.

Baseando-se na hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, detentor do capital, o princípio da proteção informa a busca de um equilíbrio entre os contratantes, determinando um amparo, uma tutela especial ao trabalhador.

Neste plano, além das normas trabalhistas serem consideradas de ordem pública, imperativas, o Estado previu três níveis representativos que buscam a defesa e o cumprimento das mesmas: a Auditoria-Fiscal do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho. É exatamente na atuação conjunta que se verifica a independência e a harmonia no exercício das funções de cada órgão.

Por certo a Justiça do Trabalho não exercita o poder de polícia administrativa trabalhista, já que de sua alçada é processar e julgar as ações que lhe são levadas à apreciação. Se a polícia administrativa é exercitada pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, cujos poderes encontram limite até a exigência do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, sancionando os infratores, é lógico que a competência para o reconhecimento do vínculo de emprego e a exigência do registro e anotação em CTPS trata de atribuição legal da fiscalização.

Retirar do Auditor-Fiscal do Trabalho esta competência é deixar no vácuo esta proteção delineada pelo ordenamento jurídico ao trabalhador empregado. É ferir de morte este princípio de proteção ao empregado, já que a fiscalização corresponde a um dos instrumentos que formam esta teia.

O princípio da imperatividade informa que as normas de proteção ao trabalho do empregado são de ordem pública, imperativas, ou seja, de cumprimento compulsório quando nela se enquadrarem. Deste princípio é que decorre o dispositivo do art. 9º da CLT: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Ora, se as normas de proteção ao trabalho do empregado são imperativas e a Auditoria-Fiscal do Trabalho tem por atribuição fiscalizar o fiel cumprimento das mesmas, não há como negar a competência da fiscalização verificar a existência dos pressupostos da relação empregatícia e, em decorrência, reconhecer o vínculo de emprego e exigir a aplicação da legislação trabalhista, que é imperativa.

O mesmo ocorre quando o empregador se socorre de mecanismos diversos de contratação com intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista, cujos instrumentos contratuais são nulos de pleno direito, a teor do art. 9º da CLT. Afinal, pelo princípio da imperatividade, verificada a hipótese

de incidência da legislação trabalhista, ela deve ser aplicada independente da vontade das partes. É exatamente aí que o Estado age, por meio da Auditoria-Fiscal do Trabalho, para coibir abusos dos empregadores e exigir a conformação ao fiel cumprimento da legislação.

Retirar do Auditor-Fiscal do Trabalho esta competência é deixar no vácuo o princípio da imperatividade das normas de proteção ao trabalho. É ferir de morte este princípio, já que a fiscalização compõe um dos mecanismos de que dispõe o Estado para tornar a norma efetivamente imperativa.

Outro princípio que determina a atuação da Auditoria-Fiscal do Trabalho em casos de contratos dissimuladores da efetiva relação empregatícia é o da primazia da realidade. Este princípio informa que a situação fática se sobrepõe a qualquer documento ou acordo.

Assim, somados aos princípios da proteção e da imperatividade das normas de proteção ao trabalho, se a realidade encontrada é a relação empregatícia, por exemplo, qualquer outro contrato ou acordo firmado com o empregado, de outra natureza, não pode prevalecer.

Este princípio reforça a nulidade dos atos praticados com intuito de impedir, desvirtuar ou fraudar a aplicação dos preceitos da legislação trabalhista, já que a situação fática deve prevalecer nestes casos.

Assim, com base no princípio da realidade sobre a forma, a Auditoria-Fiscal do Trabalho tem competência para reconhecer o vínculo de emprego quando encontrada esta situação fática, desconsiderando qualquer contrato de outra natureza que lhe seja apresentado.

Mesmo sendo nulo o contrato que assim se apresenta, nos termos do art. 9º da CLT, não se trata do Auditor-Fiscal do Trabalho declarar sua nulidade, mas de ignorá-lo, já que a situação fática apresenta realidade distinta que, pelo princípio em estudo, determina a aplicação compulsória da legislação trabalhista neste caso.

Qualquer decisão judicial que declare a incompetência do Auditor-Fiscal do Trabalho reconhecer o vínculo de emprego fere, portanto, os três princípios acima descritos (da proteção, da imperatividade e da primazia da realidade), assim como a independência e harmonia entre as funções (poderes) do Estado.

4.4 DA NULIDADE DOS CONTRATOS DISSIMULADORES

Uma relação de emprego mascarada por um contrato com natureza jurídica diversa afronta aos princípios da proteção, da imperatividade e da primazia da realidade sobre a forma, sendo nulo de pleno direito, cuja nulidade é absoluta, já que se trata de interesse público. É o que determina o art. 9º da CLT.

E nulo, o contrato não produz qualquer efeito, é como se o mesmo não existisse. Carrion (2007, p. 70) informa que o ato nulo dispensa declaração judicial neste sentido. Assim, ao considerar nulo um contrato desta natureza, depois de verificar a existência dos pressupostos caracterizadores da relação empregatícia, o Auditor-Fiscal do Trabalho não está fazendo uma declaração de nulidade com efeitos judiciais – pois isto não é de sua competência – mas está simplesmente ignorando-o como instrumento apto a produzir efeitos jurídicos.

Referida citação de nulidade do contrato no auto de infração lavrado, a teor do art. 9º da CLT, e a descaracterização do mesmo, com reconhecimento do vínculo empregatício, decorre, como já descrito, dos princípios da proteção, da imperatividade, da primazia da realidade sobre a forma e da atividade de polícia administrativa que tem por finalidade conformar o particular ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Portanto, a constatação de nulidade de um contrato que tenha esta finalidade dissimuladora por um Auditor-Fiscal do Trabalho não invade a seara judicial, já que a nulidade absoluta dispensa declaração judicial neste sentido.

Os empregadores, por vezes, argumentam que o contrato dissimulador possui natureza civil, de forma que refoge à competência dos Auditores-Fiscais do Trabalho a sua apreciação. Sem razão, pois a Lei nº 10.593, de 06/12/2002, em seu art. 11, inciso I, atribuiu ao Auditor-Fiscal do Trabalho o dever de assegurar “o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego”. Portanto, mesmo os contratos de trabalho de natureza civil estão na alçada de análise e verificação pela fiscalização do trabalho.

E o artigo 166, inciso VI, do Código Civil determina a nulidade de qualquer negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa. É o caso da legislação do trabalho, que é de ordem pública. Assim, presentes as hipóteses de incidência da

legislação trabalhista, qualquer ato que importe em impedir sua aplicação caracteriza fraude e, por conseguinte, sua nulidade.

Em reforço, o inciso VII do mesmo art. 166 do Código Civil determina a nulidade do negócio jurídico que a lei taxativamente declarar nulo. Ora, o contrato dissimulador da relação empregatícia é um ato praticado com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da legislação trabalhista, que encontra taxativa declaração de nulidade no art. 9º da CLT.

Destarte, inegável que a desconsideração do contrato dissimulador da relação empregatícia pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, diante da evidente nulidade do mesmo, não engendra usurpação de competência jurisdicional.

Nulo o contrato, diante da verificação dos pressupostos caracterizadores da relação de emprego, incide sobre os trabalhadores todas as regras da CLT e legislação esparsa de proteção ao trabalhador empregado, iniciando com o registro e anotação em CTPS.

No ramo do Direito Civil, normalmente a nulidade determina efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da celebração do negócio jurídico, de forma que as partes envolvidas devem retornar ao *status quo ante*, ou seja, ao estado em que se encontravam antes da realização do negócio. Porém, no Direito do Trabalho tal fato é impossível, já que não há como restituir a força de trabalho despendida ao tomador dos serviços.

Por isso, os efeitos da nulidade absoluta de um contrato de trabalho determinam o reconhecimento do vínculo de emprego desde o início da prestação dos serviços ao tomador e a incidência integral das normas de proteção ao trabalho do empregado.

4.5 DAS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A declaração judicial de nulidade de um contrato dissimulador determina o reconhecimento do vínculo de emprego para com o tomador dos serviços e gera, ao empregado, um direito subjetivo de ver cumprida a referida decisão, de forma que, se o empregador não o fizer espontaneamente, terá execução forçada em respectiva ação.

Esta execução forçada é competência exclusiva da Justiça do Trabalho. No âmbito administrativo não cabe ao Auditor-Fiscal do Trabalho obrigar o empregador a realizar o registro dos empregados e sua correspondente anotação em CTPS, apesar de poder se utilizar de meios coercitivos para tanto, como o auto de infração que pode, após ampla defesa e contraditório analisados em processo administrativo, resultar na aplicação de penalidade.

Além disto, o reconhecimento judicial da relação empregatícia gera, após o trânsito em julgado, a definitividade da decisão, ou seja, a coisa julgada.

Já o reconhecimento do vínculo de emprego de trabalhadores contratados mediante contrato dissimulador, qualquer que seja, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, importa na exigência administrativa de registro dos empregados e anotação em CTPS desde o início da prestação dos serviços, com a respectiva autuação pela irregularidade constatada.

O Auditor-Fiscal do Trabalho, no exercício da atividade de polícia administrativa, pode exigir o registro dos empregados e a anotação em CTPS pelo empregador, nestes termos; porém, repete-se, não possui competência legal para obrigar o administrado a fazê-lo, esta é uma competência exclusiva da Justiça do Trabalho, se houver ação com este pleito.

Assim, um contrato dissimulador, eivado de nulidade absoluta, pode gerar efeitos administrativos, com processo de apuração da irregularidade e posterior aplicação de penalidade, caso confirmada a mesma após o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo empregador.

Este caráter repressivo da fiscalização é dotado, ele mesmo, de um elemento educativo, por meio da penalidade pecuniária. Porém, independente disto, cabe ao Auditor-Fiscal do Trabalho o dever de orientar e estimular o saneamento da irregularidade, se possível.

Perante a polícia administrativa trabalhista o empregador pode deixar de cumprir com a exigência a ele imposta, sendo que a Auditoria-Fiscal nada pode fazer além de lavrar o respectivo auto de infração, como medida de coerção ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Num caso destes, pode o Ministério Público do Trabalho, em ação civil pública ingressar com ação judicial visando obter decisão que obrigue o empregador ao cumprimento da lei.

De ressaltar, ainda, mesmo que o empregador tenha apresentado defesa ao auto de infração lavrado, pendente de análise e decisão administrativa quanto à sua

procedência, não impede a lavratura de outros autos de infração pela mesma irregularidade em ações fiscais posteriores. Afinal, o empregador é exatamente aquele que assume os riscos de seu empreendimento (art. 2º da CLT), de sorte que ao resolver continuar à margem da lei, apesar de ciente da exigência de registro dos empregados pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, submete-se à reiterada ação fiscal, conforme previsto no art. 26 do Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo Decreto nº 4.552, de 27/12/2002.

Alguns autos de infração são anulados judicialmente e/ou evitada a sua lavratura, por meio de mandado de segurança, sob o argumento de que a Auditoria-Fiscal do Trabalho não pode autuar novamente pela mesma irregularidade, em ações fiscais posteriores, se houver processo administrativo de auto de infração pendente de decisão definitiva. A prevalecer esta tese, se está dando uma carta de alforria ao empregador para continuar desrespeitando a legislação até que ocorra o julgamento administrativo definitivo da questão, o que pode levar anos. A prevalência desta tese é tão absurda quanto, por exemplo, dar o direito a um homicida continuar matando até que seu processo tenha julgamento definitivo ou que um motorista possa continuar estacionando na contra-mão ou desrespeitando sinal vermelho até que seja decidido em instância final a defesa e recurso por ele apresentados.

De se atentar que, nestes casos de utilização de contrato dissimulador da relação empregatícia, se o primeiro auto de infração for administrativamente considerado improcedente por uma questão de mérito que valide o tipo de contratação realizada pelo administrado e a situação continuar inalterada, todos os demais autos de infração lavrados posteriormente serão considerados improcedentes.

Portanto, inconcebível esta tese levantada por alguns empregadores reticentes no cumprimento do dever legal e que foram e continuam sendo, ocasionalmente, aceitas pelo Judiciário.

Como se viu, as conseqüências são meramente administrativas, numa relação jurídica estabelecida entre o Estado e o administrado, deixando de envolver diretamente o empregado. A este, a lavratura do auto de infração ou a exigência do registro pela fiscalização ao tomador dos serviços não gera qualquer direito subjetivo, mas mero indício de prova ou elemento de convicção em eventual ação cognitiva neste sentido que venha a trazer para apreciação do Judiciário.

Se a consequência dos atos de polícia administrativa trabalhista que reconhece o vínculo de emprego, desprezando os efeitos de contrato dissimulador, é meramente administrativa, por lógico tais atos não ingressam na seara do Poder Judiciário, não havendo que se falar em invasão ou usurpação de competência.

Além disto, a lavratura do auto de infração determina a abertura de um processo administrativo que segue um determinado procedimento, no qual há uma decisão administrativa definitiva; porém, ela somente é definitiva perante a Administração, já que todos os atos administrativos, inclusive os decorrentes da atividade de polícia administrativa, estão submetidos ao controle jurisdicional. Portanto, não se pode falar em coisa julgada quando se comenta acerca dos processos administrativos e muito menos quando o Auditor-Fiscal do Trabalho, convicto de uma irregularidade, lavra o competente auto de infração.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que a Auditoria-Fiscal do Trabalho possui competência para reconhecer o vínculo de emprego, notificar o empregador para efetuar o registro e proceder à anotação do mesmo na CTPS do empregado, além de autuá-lo pela irregularidade constatada, quando se deparar com contratos formais que tenham por intuito desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos celetistas.

Esta tese encontra sólido amparo constitucional na divisão das funções (poderes) do Estado, que devem agir de modo independente e harmônico, já que o poder em si é uno.

A competência jurisdicional para o processamento e julgamento de ações demandadas pelos obreiros não se confunde com a competência administrativa da Auditoria-Fiscal do Trabalho. Esta detém o poder de polícia administrativa para fiscalizar os empregadores e exigir o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, dentre elas a mais importante, o registro, do qual decorre o reconhecimento dos demais direitos e garantias ao empregado.

O poder de polícia administrativa trabalhista é amplo e possui características que embasam o poder-dever de desconsiderar atos fraudulentos no intuito de elidir a incidência das normas de proteção ao trabalho e diminuir custos trabalhistas e tributários.

Dentre estas características se sobressai a da autoexecutoriedade, pela qual a exigência do cumprimento da legislação pelo administrado (empregador) independe de autorização judicial. Portanto, equivocados alguns julgamentos que consideram que somente após o Judiciário reconhecer o vínculo de emprego é que seria possível a autuação do empregador que se utiliza de contratos dissimuladores.

A outra característica importante da atividade de polícia administrativa trabalhista é a coercibilidade, pela qual o Estado pode utilizar-se de meios coercitivos ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho. No caso sob estudo trata da penalidade pecuniária. Aliás, sem esta ferramenta a inspeção do trabalho não teria qualquer eficácia em suas ações.

Destarte, se a Auditoria-Fiscal do Trabalho é detentora do poder de polícia administrativa, possui competência para desconsiderar contrato de trabalho dissimulador e exigir o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Assim, qualquer pleito judicial em sentido contrário deveria ser rechaçado liminarmente.

Qualquer decisão que declare a incompetência da Auditoria-Fiscal do Trabalho efetuar o reconhecimento do vínculo de emprego usurpa a atribuição legal e constitucional que lhe foi conferida.

A análise judicial quanto às exigências fiscais de registro de empregados, derivadas da constatação de contratos dissimuladores da relação empregatícia, assim como de autos de infração lavrados devido à este tipo de irregularidade, somente é possível no que tange à legalidade dessas exigências e aspectos formais da constituição destes atos administrativos: competência, forma, fins, motivos e objeto, além da proporcionalidade da sanção e legalidade dos meios utilizados pela Administração. Afora isto, qualquer discussão judicial deve ingressar no mérito da existência ou não do vínculo de emprego, do acerto ou desacerto da conclusão realizada pela Auditoria-Fiscal do Trabalho.

Algumas decisões judiciais parecem entender que somente o Judiciário tem a competência de interpretar o ordenamento jurídico. Para que a Auditoria-Fiscal do Trabalho possa fiscalizar o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, nos termos do art. 626 da CLT, é imprescindível que realize uma interpretação efetiva do ordenamento jurídico, utilizando-se adequadamente das regras hermenêuticas. Afinal, somente a partir desta interpretação é que o Auditor-Fiscal poderá concluir pela existência ou não de qualquer irregularidade, exercer seu poder de polícia administrativa e autuar nos casos de infração (art. 628 da CLT).

Decidir é ato resultante de um julgamento. O artigo 8º da CLT é expresso ao dispor que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho decidirão, na falta de disposição legal ou contratual, conforme o caso, utilizando-se das fontes que cita. Portanto, a atividade de decidir e, por conseqüência, julgar, também é atribuída às autoridades administrativas. O que diferenciam são os efeitos destas decisões. As administrativas não produzem coisa julgada e estão sujeitas ao controle jurisdicional, ao contrário das decisões oriundas do Poder Judiciário, que, após o trânsito em julgado adquirem o *status* de coisa julgada. Portanto, decidir, julgar ou concluir pela existência de vínculo de emprego também é uma atividade intelectual legalmente atribuída às autoridades administrativas. Aliás, este privilégio de pensar, interpretar o direito e decidir o *modus operandi* individual não é só um direito ou faculdade de toda a sociedade, mas uma obrigação, já que a conduta à margem da lei acarreta conseqüências administrativas, civis, penais, tributárias, entre outras. Ao Judiciário é

dados, no entanto, a função jurisdicional, ou seja, a função de dizer o direito em última instância. É dele a palavra final, se for invocado para manifestar-se.

Assim, os atos derivados da polícia administrativa trabalhista refletem um exercício de interpretar a legislação e fazer a subsunção da mesma aos fatos encontrados, concluindo pela regularidade ou não da situação fática e atuando quando for o caso. Estes atos, como qualquer outro ato administrativo, sujeitam-se ao princípio da autotutela e ao controle jurisdicional.

Baseado no princípio da proteção do trabalhador, o hipossuficiente na relação capital – trabalho, o Estado propicia a tutela do empregado não apenas com a elaboração do arcabouço jurídico-legal, mas dispõe de estruturas materiais para que a legislação trabalhista seja efetivamente cumprida. Neste mister atribuiu à Auditoria Fiscal do Trabalho a competência de fiscalizar o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho e ao Judiciário o de processar e julgar as ações levadas à sua apreciação; além de atribuir ao Ministério Público do Trabalho importante função de tutela aos direitos trabalhistas perante a sociedade e de tutela ao cumprimento de direitos indisponíveis. A independência e harmonia entre as funções atribuídas a cada órgão determinam a eficácia no fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Os princípios da imperatividade das normas de proteção ao trabalho e da primazia da realidade sobre a forma complementam e ratificam a competência da Auditoria-Fiscal do Trabalho reconhecer o vínculo de emprego e desconsiderar contratos dissimuladores. Afinal, derivados destes princípios a legislação é taxativa ao declarar nulos de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista (art. 9º da CLT). Por se tratar de nulidade absoluta, a mesma dispensa declaração judicial neste sentido, de forma que o contrato eivado com este vício não produz qualquer efeito.

Alguns julgamentos fazem jogos de palavra, tentando diferenciar reconhecimento do vínculo empregatício de verificação dos pressupostos do vínculo de emprego. Querem fazer crer que o reconhecimento do vínculo empregatício é atribuição exclusiva da Justiça do Trabalho, sendo que a Auditoria-Fiscal do Trabalho apenas efetua a verificação dos pressupostos legais do vínculo de emprego e exige o registro, atuando o infrator. Ora, o nome que se dá a este ato é irrelevante, afinal o Auditor-Fiscal somente pode atuar pela irregularidade se concluir pela existência da mesma; ou seja, se reconhecer que há uma efetiva

relação de emprego mascarada por um contrato de natureza diversa, o que ocorre com a verificação física do trabalhador em atividade e entrevista com o mesmo, analisando e decidindo pela existência ou não dos pressupostos caracterizadores da referida relação.

Portanto, ao que parece, a Auditoria-Fiscal do Trabalho é competente para reconhecer o vínculo de emprego, inclusive quando o empregador se utiliza de contrato dissimulador, cujo ato não invade a competência da Justiça do Trabalho.

De qualquer sorte, interessante observar que esta é uma conclusão do autor, fruto do trabalho de pesquisa realizado durante meses, mas que sofre, como qualquer outro trabalho, das interferências sócio-culturais em que o mesmo está envolvido.

Além disto, seja para ratificar ou retificar o resultado, a pesquisa não se encontra esgotada, de sorte que a mesma pode ser aprimorada ou até mesmo criticada com outra conclusão. Para isto recomenda-se aos leitores a continuidade da pesquisa, já que somente o estudo e o debate acerca do assunto consolidarão, quiçá, uma posição pacífica sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. v. 1. São Paulo: Manole, 2005.

BRASIL. **Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957**. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº 11, 12, 13, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 set. 2008.

_____. **Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002**. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 set. 2008.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 fev. 2008.

_____. **Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 fev. 2008.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 set. 2008.

_____. **Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002**. Dispõe sobre a reestruturação [...] e sobre a organização da carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e da Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 set. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Agravo de Petição em Execução Fiscal nº. 01294-2006-434-02-00-0**. Acórdão nº 20080086610 – 12ª. Turma. Agravante: Instituto de Ultra Sonografia do ABC Ltda. Agravado: União Federal (Fazenda Nacional). Relatora: Sonia Maria Prince Franzini. São Paulo, 04 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 1 out. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Agravo de Petição em Execução Fiscal nº. 00983-2005-501-02-00-3**. Acórdão nº 20060426203 – 2ª. Turma. Agravante: União Federal. Agravado: Biogalenica Química Farmacêutica Ltda. Relator: Sérgio Pinto Martins. São Paulo, 6 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 1 out. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Recurso Ordinário nº. 01096-2006-017-02-00-8**. Acórdão nº 20070036823 – 11ª. Turma. Recorrente: Sercom s/a. Recorrido: União Federal (Fazenda Nacional). Relator: Maria Aparecida Duenhas. São Paulo, 31 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 1 out. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Recurso Ordinário nº. 01635.2005.434.02.00-6**. Acórdão nº 20060659879 – 12ª. Turma. Recorrente: Hospital e Maternidade Bartira S/A. Agravado: União Federal. Relatora: Maria José Bighetti Ordoño Rebello. São Paulo, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 1 out. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Recurso Ordinário nº. 01336.2005.040.02.0.00**. Acórdão nº 20071078376 – 11ª. Turma. Recorrentes/Recorridos: 1 – Sim Serviço Ibirapuera de Medicina S/C Ltda; 2 - União Federal. Relator: Carlos Francisco Berardo. São Paulo, 04 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 1 out. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Recurso Ordinário nº. 00465-2005-047-03-00-0**. 3ª. Turma. Recorrente: Eleutério Trevisan. Recorrido: União Federal. Relatora: Juíza Convocada

Maria Cristina D. Caixeta. Belo Horizonte, 17 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://as1.mg.trt.gov.br/consultaunificada/consultaProcessual.do>>. Acesso em: 5 nov. 2007.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). **Recurso Ordinário nº. 96008-2006-006-09-00-6**. Acórdão nº. 17039-2007 – 1ª. Turma. Relator: Benedito Xavier da Silva. Curitiba, 29 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/>>. Acesso em: 1 ago. 2007.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Relação de emprego controvertida e limites de atuação da fiscalização do trabalho em face da jurisdição. **RDT – Revista do Direito Trabalhista**, Brasília, ano 13, nº 9, p. 7-9, 30 set. 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho. IN: SÜSSEKIND, Arnaldo; *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. I. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. I. Rio de Janeiro: Forense 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. História e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005-A.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

1ª. JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: 2007: São Paulo. **Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho 23/11/2007**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em: 25 out 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, José Pedro. **A verificação da existência do vínculo de emprego pela Inspeção do Trabalho não se confunde com a competência exclusiva da Justiça laboral de reconhecer judicialmente este vínculo – A inconstitucionalidade da Emenda Três**. Cuiabá, 01 dez. 2007.

Disponível em <<http://www.prt23.mpt.gov.br/texto/artigos/poderpoliciaauditor.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2009.

SANTOS, Caio Franco. Legitimidade da Inspeção do Trabalho para Reconhecer Terceirização Ilícita. **REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO**. Rio Grande do Sul, ed. 2, ago. 2004. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 26 fev. 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1: processo de conhecimento. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SERSON, José. **Curso de Rotinas Trabalhistas**. 36. ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53, de 19/11/2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Princípios de Direito do Trabalho. IN: SÜSSEKIND, Arnaldo; *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. I. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Indisponibilidade e Flexibilização de Direitos Trabalhistas. IN: SÜSSEKIND, Arnaldo; *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. I. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Inspeção do Trabalho. IN: SÜSSEKIND, Arnaldo; *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. II. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

VIANNA, Segadas. Antecedentes Históricos. IN: SÜSSEKIND, Arnaldo; *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. I. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

WIKIPÉDIA. A Enciclopédia Livre. Permite a pesquisa livre dos mais diversos verbetes e conteúdos. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Lide>>. Acesso em: 26 mar. 2009.