

Da constitucionalidade do reconhecimento do vínculo de emprego pelo Auditor Fiscal do Trabalho

Sandra Morais de Brito Costa
AFT/SRTE/SP

Autora do Livro Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência – editora LTr/SP/Brasil
Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie

Inicialmente, devemos frisar que é sim da competência do Auditor Fiscal do Trabalho o reconhecimento do vínculo de emprego, posto que o artigo 8º da CLT c/c art. 114, VII da CF, vigente, investem a Fiscalização do Trabalho da prerrogativa de inspecionar a regularidade das relações de trabalho constituídas.

Destacamos que essa premissa assegura o alicerce maior de nosso Estado Democrático de Direito, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana, segundo o texto constitucional a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Conclui-se, então, que o Estado existe em função de todas as pessoas, e não estas em função do Estado. Aliás, de forma pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Entende-se por dignidade da pessoa a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o torna merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato degradante e desumano, garantindo as condições mínimas para uma vida saudável, propiciando e promovendo a sua participação social de forma ativa e responsável.¹

Assim, toda e qualquer ação do Estado deve ser avaliada, sob pena de ser inconstitucional e violar a dignidade humana, considerando cada pessoa paradigma da ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

Logo, a dignidade da pessoa humana, em breves linhas, deve ser vista como o direito individual protetivo (em relação ao próprio Estado ou à pessoa individualmente considerada) e como dever de receber tratamento igualitário, o que justifica um tratamento diferenciado, visando à igualdade.

Nesse diapasão afirmamos, com toda a segurança, que os princípios consagrados e expressos na Constituição somente tomam força e se coadunam harmoniosamente se alinhavados sob a ótica da dignidade humana.

Como se vê, a dignidade humana, além de ser o fundamento do Estado Democrático de Direito, orienta o operador do Direito nos diversos ramos das ciências jurídicas, visando cumprir um papel transformador, mormente pela busca de uma sociedade justa.

A dignidade perfaz o conteúdo mínimo dos direitos humanos fundamentais. Assim, ela é o núcleo fundamental de todos os direitos. Isto significa que seu sacrifício importa na violação ao valor essencial da pessoa humana.

Temos para nós que o reconhecimento do vínculo de emprego pelo Auditor Fiscal do Trabalho, assegurando sua proteção trabalhista e previdenciária, concede ao trabalhador a segurança de que o mínimo existencial disciplinado pelo artigo 7º da Constituição Federal, para que sobreviva com

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

dignidade lhe será garantido, não há como conceber que o agente público incumbido de fiscalizar as relações do trabalho constata uma violação aos direitos laborais e não possa proceder a devida autuação como garantia de um patamar mínimo civilizatório aos trabalhadores.

Deve-se ter em mente que se procura implementar a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva para o alcance de uma sociedade, efetivamente, livre, justa e solidária.²

Note que dentre os direitos fundamentais reconhecidos aos trabalhadores, o acesso ao mercado formal de trabalho tem valor existencial de enorme relevância, já que só por meio do trabalho é possível prover a si e a sua família.

Frise-se que os direitos humanos são fundamentais a todas as pessoas, e a inserção no mercado formal de trabalho faz com que as pessoas vivam mais e melhor.³

No que se refere à competência da Inspeção do Trabalho para o reconhecimento do vínculo de emprego, a fim de que se possa proceder como sucedâneo à autuação inicial, deve-se ter em mente que o Auditor Fiscal não é Magistrado, pois não julga lides e não diz o direito de forma definitiva. A função do AFT é verificar se o empregador está cumprindo a legislação trabalhista. Caso não esteja, configura-se violação aos dispositivos de proteção ao trabalho e, por isso, ele deverá ser punido. Isso não tem qualquer relação com a competência do Poder Judiciário, que é resolver dissídios individuais ou coletivos (lides), dizendo o direito de forma definitiva. Daí a palavra jurisdição (dizer o direito).

Todo operador do direito deve interpretar a norma jurídica. Cabe ao Poder Judiciário resolver lides e dizer o direito de forma definitiva e, para o seu exercício, o Magistrado, igualmente, deve interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto, segundo seu prudente critério. No entanto, o Executivo, para implementar a lei, fiscalizar seu cumprimento etc., também deve interpretá-la e, principalmente no caso da fiscalização, aplicá-la a um caso concreto – não para resolver lides (dissídios), mas para punir infratores. Não há como dizer se um empregador está descumprindo preceito de lei sem, antes, interpretá-la frente a um caso concreto.

No direito do trabalho vigoram o princípio da primazia da realidade e a regra de que os atos praticados para impedir a aplicação das normas de proteção ao trabalho são nulos de pleno direito. Tal regra está cristalina no art. 9º da CLT. O exame de cada situação fática, preventivamente, cabe ao Agente da Inspeção (art. 628 da CLT).

Com efeito, a Constituição Federal da República, em seu artigo 21, preceitua:

CF. Art. 21 – Compete à União ...
XXIV – organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo decreto-lei 5.452, de 1.º de maio de 1943, no artigo 626, afirma:

CLT. Art. 626 Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, ...a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Por outro lado, a Convenção 81 da OIT, concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, aprovada pelo decreto legislativo 24, de 29 de maio de 1956, e revigorada através do decreto 95.461, de 11/12/87. (DOU de 14/12/87), estatui:

² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, n. 8, jun./2006, p. 5.

³ SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. Secretaria Nacional dos Direitos Humanos. Disponível em www.mj.gov.br/sedh/documentos/RG2002.pdf. Acesso em junho de 2008.

C. nº 81, da OIT. Art. 3.º

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.

Por fim, a lei 7.855, de 24 de outubro de 1989, é taxativa ao dispor:

Art. 7.º Fica instituído o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho, destinado a promover e desenvolver as atividades de inspeção das normas de proteção, segurança e medicina do trabalho.

§ 1.º 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 ...

Vale, ainda, mencionar que o artigo 8.º da CLT c/c art. 114, VII da CF, investe a Inspeção do Trabalho da prerrogativa de fiscalizar a regularidade das relações de trabalho constituídas.

Assim, a alteração do artigo 114 da Constituição Federal, reconhece à Inspeção do Trabalho a fiscalização de toda e qualquer relação trabalhista:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: *(Redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004)*

(...)

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; *(Incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004) ... (grifo nosso)*

Por sua vez, o artigo 8.º da CLT dispõe:

Art. 8.º As **autoridades administrativas** e a **Justiça do Trabalho**, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. *(grifamos)*

Desta forma, com clareza solar apresenta-se a competência da Inspeção do Trabalho para o reconhecimento da relação emprego, pois cabe preventivamente a ela assegurar a aplicação da legislação trabalhista sempre que se vislumbrar relações de trabalho, nos termos do artigo 114, VII da Constituição Federal. Nesse sentido, os ensinamentos de Valentin Carrion: ⁴

"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. Os direitos do trabalhador estão protegidos em dois níveis distintos: a inspeção ou fiscalização do trabalho, de

⁴ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 466.

natureza administrativa, e a proteção judicial, através dos tribunais da Justiça do Trabalho.”

Assim, a Inspeção do Trabalho, por sua característica marcadamente preventiva, tem como atribuição principal justamente acautelar, através do exercício do poder de polícia, discriminações trabalhistas, principalmente ao se deparar com situações em que empresas, injustificadamente, deixam de cumprir sua função social, abandonando seus trabalhadores na informalidade, totalmente desprotegidas no tocante à legislação trabalhista e previdenciária.

Lembrando sempre o mandamento constitucional, petreamente erigido, de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁵, e a competência da Justiça Especializa para as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.⁶

Salientamos que a Inspeção do Trabalho, ao fiscalizar as relações de trabalho, não está conciliando, nem julgando. Ainda que, o agente da Inspeção interprete a lei e a confronte com o caso concreto – o que necessariamente deve ocorrer em qualquer atividade fiscal – para impor autuações, suas conclusões não são julgamentos, pois as autuações não produzem coisa julgada, nem fazem lei entre empregados e empregadores.

Cabe à Justiça Especializada a competência exclusiva para julgar e conciliar ações entre empregados e empregadores. Contudo, este fato não afasta a atuação da Inspeção do Trabalho, que tem caráter meramente administrativo, com funções preventiva e punitiva, enquanto a função da justiça é eminentemente reparadora. As duas competências coexistem, mesmo porque são de naturezas completamente distintas e não excludentes. A função da Inspeção do Trabalho, assim, como a de todo o sistema justralhista, é tentar evitar prejuízos ao trabalhador, cuja proteção é nosso objetivo maior, para o resguardo de sua dignidade e cidadania.

A possibilidade dos próprios agentes da Inspeção do Trabalho reconhecerem a nulidade de contratos de prestação de serviços, ou contratos afins, assenta-se num princípio basilar do direito do trabalho e em norma expressa da CLT, qual seja, primazia da realidade, segundo o qual os fatos sobrepõem os documentos.

Assim, de nada vale o contrato de prestação de serviços ou terceirização, se, no local da inspeção, é possível verificar os elementos da relação de emprego e a inexistência dos requisitos legais das contratações.

O dispositivo legal é o artigo 9.º da CLT, que estabelece:

CLT. Art. 9.º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Portanto, os contratos formalizados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a legislação trabalhista são absolutamente nulos e não geram qualquer efeito que possa ser observado pelo Agente da Inspeção do Trabalho, que não pode atribuir-lhe validade ou admitir que gere efeitos, sob pena de infringência ao artigo 628 da CLT.

Nesse sentido notícia recente do TST⁷, a saber:

⁵ CF, artigo 5º, XXXV.

⁶ CF, artigo 114, VII.

⁷ Conferir em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2491531/cabe-ao-auditor-fiscal-aplicar-multa-por-terceirizacao-irregular>, acesso em abril de 2011.

Os ministros, ao não acatarem recurso da Minasligas, entenderam que o auditor fiscal do trabalho tem a prerrogativa constitucional de lavrar auto de infração com aplicação de multa por evidência de terceirização ilícita.

No caso, após ser autuada pela fiscalização do Trabalho e não conseguir anular a multa com um recurso administrativo na Delegacia Regional do Trabalho de Minas Gerais, a Minasligas ajuizou ação na Justiça do Trabalho questionando a competência dos auditores para aplicar a multa sem a formação de um processo judicial.

Derrotada na primeira instância, a empresa recorreu, sem sucesso, ao Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (MG). Para o TRT, a multa foi aplicada conforme previsão legal, em processo administrativo, não se confundindo nem vinculando decisão judicial sobre a questão. Não há, pois, que se falar em desvio de poder, mas no efetivo cumprimento dele, dentro dos limites da lei.

Inconformada, a empresa recorreu ao Tribunal Superior do Trabalho. No entanto, o ministro Maurício Godinho Delgado, relator na Sexta Turma, afirmou que qualquer autoridade de inspeção do Estado tem o poder e o dever de examinar os dados da situação concreta posta à sua análise, durante a inspeção, verificando se ali há (ou não) cumprimento ou descumprimento das respectivas leis.

No caso específico do auditor fiscal, destacou o acórdão, ele pode examinar a presença (ou não) de relações jurídicas enquadradas nas leis trabalhistas e se estas leis estão (ou não) sendo cumpridas no caso concreto, aplicando as sanções pertinentes (...). Se o empregador mantém terceirização trabalhista irregular, pode o auditor fiscal detectar tal situação e aplicar a sanção legalmente prevista. (AIRR - 96340-97.2005.5.03.0106 - Fase Atual: Ag)

O que se pretende é que a todo o trabalhador, que preencha os requisitos da relação de emprego, seja garantido o manto da lei, quer seja proteção de natureza trabalhista, previdenciária, especialmente, acidente de trabalho, de normas de segurança e saúde e outras pertinentes.

Evitando-se, assim, a eventual ocorrência do fenômeno chamado, pelo direito do trabalho, de *marchandage*, intermediação de mão-de-obra, uma alusão ao direito francês, no qual a prática é, inclusive, tipificada criminalmente. Aliás, os problemas da mais valia e da subvalorização do trabalho humano, além de prejudicar a sociedade, são questões centrais do próprio direito do trabalho e de seu caráter protetor. Se todos os seres humanos pudessem, com a mesma esperteza e possibilidades materiais e intelectuais, sentar-se à mesa de negociação e chegar a um acordo justo para ambos, não haveria a necessidade de regulação protetora, o que nos recorda a alusão a *La Fontaine*, levada à efeito pela recorrente sobre o lobo e o cordeiro, da qual se extrai que contra a força não há argumentos, contudo os mesmos existem e são inúmeros. O contrato de trabalho subordinado nasce no momento em que os meios de produção começam a se acumular nas mãos do capitalista e os artesãos, empobrecidos e tolhidos de suas ferramentas, passam a aportar nas fábricas apenas com suas mãos e a força física e intelectual para vender. Antes disso, e esse momento é típico da primeira revolução industrial, os contratos se constituíam em parceria, pois tanto os artesãos como os insipientes industriais tinham os meios de produção e podiam contratar de igual para igual.

Insta salientarmos que a jurisprudência vem ao encontro dos posicionamentos acima adotados, como se observa da seguinte ementa:

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

lavatura de auto de infração.' Soma-se a isto o disposto no art. 9º 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".** (TRT 3ª Região, 3ª Turma, RO 00465-2005-047-03-00-0, Rel. Juíza Maria Cristina Diniz Caixeta, DJMG 17.9.2005). **(Grifamos)**

Ao Auditor-Fiscal do Trabalho cabe o poder-dever de fiscalizar o fiel cumprimento das normas de proteção do trabalho, na forma estabelecida no art. 626 da CLT, na constatação de infração a tais normas deve proceder a atuação em consonância com o artigo 628 do mesmo diploma legal.⁸

Como observa, com habitual proficiência, Gustavo Felipe Barbosa Garcia, a previsão do art. 39, *caput*, da CLT não altera a competência dos Auditores Fiscais do Trabalho, pois incide apenas nas hipóteses em que o próprio empregado apresenta "reclamação por falta ou recusa de anotação da CTPS" ao Ministério do Trabalho e Emprego. Apenas nesse caso peculiar, de "reclamação" administrativa oferecida pelo próprio empregado, perante a Delegacia Regional do Trabalho ou órgão autorizado (conforme previsão do art. 36 da CLT), é que se o empregador alegar a inexistência de relação de emprego, "será o processo encaminhado à Justiça do Trabalho", passando a seguir como ação trabalhista.⁹

Certamente, o direito do trabalho foi uma das mais importantes grandes conquistas históricas, pois rompeu com a igualdade formal, tomou partido em favor da classe trabalhadora, e ergueu-se como forma de resistência, de limitação do poder econômico, para, justamente, preservar a dignidade do trabalho humano. Portanto, a atuação da Inspeção do Trabalho e de toda a malha de proteção trabalhista, Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho, para a sua preservação, legitima o valor social do trabalho que constitui postulado básico da dignidade do ser humano e corolário da própria cidadania (art. 1.º, II, III e IV da CF).

⁸ Ibidem.

⁹ *Relação de Emprego Controvertida e Limites de Atuação da Fiscalização do Trabalho em face da Jurisdição*.

Assim, como exaustivamente demonstrado, resta, absolutamente, legal o reconhecimento pelos Auditores Fiscais do trabalho das relações de emprego constatadas em decorrência de diligências fiscais, ainda que o empregador conteste sua existência, restando, ainda, ao mesmo ventilar a controvérsia pelas vias administrativas e judiciais.