

BIS IN IDEM: A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONTINUADA NO ÂMBITO DA INSPEÇÃO DO TRABALHO BRASILEIRA

Sabrina de Siqueira Goulart¹

1. Introdução. 2. Do princípio do *ne bis in idem* e das infrações administrativas continuadas. 3. Da interrupção da continuidade delitiva. 4. Da reiteração da ação fiscal. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO

Ao publicar a Nota Informativa CGR/SIT/N.13/2015/SIT/MTE Precedente Administrativo n. 120, a Inspeção do Trabalho sedimentou o entendimento de que deve ser aplicada, em seu âmbito, a teoria da infração administrativa continuada, impedindo-se a elaboração de mais de um auto de infração de mesma natureza, em face do mesmo empregador e após uma só verificação. As citadas orientações técnicas deixaram claro que a elaboração de mais de um auto de infração, nas citadas condições, representaria afronta ao princípio do *ne bis in idem*, justificando a procedência de apenas um dos autos de infração de mesma natureza lavrados em face de um mesmo sujeito passivo. Questiona-se, contudo, se o entendimento adotado pela Inspeção do Trabalho, em especial no que diz respeito à interrupção da continuidade delitiva e ao Precedente Administrativo n. 120, possui fundamento jurídico válido. O presente artigo visa solucionar esta questão, por meio do estudo da legislação em vigor, da revisão bibliográfica sobre o tema e através da aplicação analógica da teoria do concurso de crimes, própria do Direito Penal, às infrações administrativas trabalhistas.

Palavras-chave: *Bis in idem*. Infração administrativa continuada. Inspeção do Trabalho. Nota Informativa CGR n. 13/2015. Precedente Administrativo n. 120.

1 INTRODUÇÃO

A Secretaria de Trabalho do Ministério do Trabalho e Previdência, por meio da Coordenação-Geral de Recursos (CGR), manifestou-se oficialmente acerca da possibilidade de adotar a teoria da infração continuada no âmbito da Inspeção do

¹ Auditora-Fiscal do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP).

Trabalho, destacando, por meio da Nota Informativa CGR/SIT/N.13/2015/SIT/MTE² (NI CGR n. 13/2015), que quando as infrações observadas possuírem a mesma natureza e forem apuradas em uma mesma ação fiscal, deve ser lavrado apenas um auto de infração, em respeito aos princípios do *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade.

A adoção deste entendimento, contudo, não evitou que remanescessem dúvidas a respeito do tema, levando alguns auditores-fiscais do trabalho a questionarem se seria ou não possível elaborar mais de um auto de infração de mesma natureza, durante uma mesma ação fiscal, em razão da reiteração da conduta ilícita.

Para solucionar a questão, a CGR (Coordenação Geral De Recursos) publicou o Precedente Administrativo n. 120, de seguinte redação:

PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Nº 120
(Aprovado pelo Ato Declaratório - SIT Nº 18, DE 05/12/2018.)
AUTO DE INFRAÇÃO. INTERRUÇÃO DA CONTINUIDADE
INFRAACIONAL. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM.
I – Quando a mesma infração for renovada ou reiterada no decurso do tempo, mas constatada em uma única verificação, deverá ser objeto de um único auto de infração, independentemente do número de vezes ou de competências em que o fato tenha ocorrido.
II - Em nova verificação, ainda que na mesma ação fiscal, é possível a lavratura de novo auto de infração em caso de reiteração da infração já atuada ou constatação de novas infrações ao mesmo preceito legal praticadas após a primeira verificação.
III – Considera-se verificação a prática de atos próprios de fiscalização, tais como a lavratura de auto de infração, de termo de embargo/interdição, de notificação para apresentar documentos e afins.
REFERÊNCIA NORMATIVA: art. 628 da CLT e arts. 18, X e XVIII, e 23 do Decreto nº 4.552/2002.

Pela leitura do Precedente, depreende-se que a Subsecretaria de Trabalho considera lícita a lavratura de mais de um auto de infração de mesma natureza, durante a mesma ação fiscal, desde que as irregularidades relatadas tenham sido observadas em verificações distintas.

Mas, afinal, quais fundamentos jurídicos sustentam o Precedente reproduzido? Teria ele sido elaborado em afronta ao princípio do *ne bis in idem*? Quais foram os fundamentos jurídicos hábeis a estabelecer a interrupção da

² A sigla CGR/SIT/N.13/2015/SIT/MTE faz referência à Nota Informativa dos respectivos órgãos: Coordenação Geral de Recursos, Subsecretaria de Inspeção do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego.

continuidade delitiva e, deste modo, a autorizar a elaboração de autos de infração distintos? São estas as questões que se pretende esclarecer com este breve estudo, que foi elaborado através do exame da legislação em vigor, da revisão bibliográfica sobre o tema e por meio da aplicação analógica da teoria do concurso de crimes, própria do Direito Penal, às infrações administrativas trabalhistas.

2 DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTINUADAS

A expressão em latim *ne bis in idem* consiste no impedimento de penalizar ou de processar duas ou mais vezes o mesmo sujeito em razão do mesmo fato. Trata-se de uma vedação que, por sua importância, compõe hoje um princípio geral de direito.

Ao tratar sobre o *bis in idem*, a NI CGR n. 13/2015 informa que:

[...] o princípio do *ne bis in idem*, apesar de não estar textualmente presente em nossa Constituição Federal, tem sua presença garantida no sistema jurídico-penal e também administrativo de um Estado Democrático de Direito. Tal princípio estabelece, simplificadamente, que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração.

O Direito Administrativo Sancionador, em razão dos princípios do devido processo legal, da legalidade e da tipicidade, deve respeitar o princípio do *ne bis in idem*, comando que alcança a Subsecretaria de Inspeção do Trabalho.

Importante salientar, todavia, que somente se considera caracterizado o *bis in idem* quando há identidade de sujeitos, de fatos e de fundamento legal. É necessário que o sujeito passivo seja o mesmo, que os fatos objeto das sanções sejam iguais e que a norma violada com a conduta típica também seja a mesma. Sem estas identidades, não há violação ao princípio em tela³.

³ Neste sentido:

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 156.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2 ed. Madri: Tecnos, 1994, p.167. (Direcion) BARDAJI, Joaquim de Fuentes; MINCHOT, Pilar Câncer; PINEDO, Ignacio Pinedo (Cordinacion). GONZALEZ, Idoya Arteagabeitia; CABALLERO, Fabíola Gallego. BARDAJI, Joaquim de Fuentes. **Manual de derecho administrativo sancionador**, 2ª edição. Espanha: Editora Thomson Reuters Aranzadi, 2005. P. 219

Um dos mais notórios e complexos efeitos do *ne bis in idem* é a vedação da duplicidade de sanções por um mesmo fato em matéria de concurso de ilícitos. Neste contexto, é de extrema relevância examinar os problemas relativos ao concurso de ilícitos administrativos e, mais especificamente, às infrações administrativas continuadas.

Embora a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) trate de normas de Direito Administrativo Sancionador do Trabalho e exista farta legislação sobre o tema⁴, nenhum dos dispositivos normativos que regulamentam a matéria define o que vem a ser concurso de ilícitos, conceito que, com autorização do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943), será extraído do Direito Penal.

Art. 8º - 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.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Considerando o teor do dispositivo transcrito, a identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo trabalhista e, por fim, que no Direito Penal já se construiu de maneira ampla e satisfatória as questões relacionadas ao concurso de crimes, não se vislumbra óbice à aplicação analógica da matéria penal para solucionar problemas próprios do Direito Administrativo Sancionador, motivo pelo qual esta será a postura adotada.

A seguir, a doutrina que trata sobre o tema expõe:

O certo é que vigora, fortemente, a ideia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito

⁴ Lei 9.784/97, Lei n. 9.873/99, Portaria MTb n. 854/2015, Portaria MTb n. 290/97, NR-28, dentre outros.

público. Essa caracterização teórica do poder punitivo estatal tem múltiplas consequências, e, paradoxalmente, parcela das situações que lhe servem de premissa são extremamente problemáticas. A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação dos princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se nesse passo, as garantias individuais. (OLIVEIRA, 2005, p. 20)

Sobre a questão, Heraldo Garcia Vitta afirma que “ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil são iguais; fazem parte de instituto jurídico determinado: os ilícitos jurídicos” (VITTA, 2005, p. 30).

Bandeira de Mello, por seu turno, escreveu que se constata a natureza administrativa de uma infração pela sanção correspondente, não havendo distinção substancial entre infração e sanção penal e infração e sanção administrativa, além da autoridade competente para avaliá-las e impô-las (MELLO, 2005, p. 840). No mesmo sentido, posicionam-se Luiz Prado, Reale Junior e Damásio de Jesus (FERREIRA, 2009, p. 162-163).

Adotou-se, no Brasil, a concepção normativa de concurso de crimes. Para tanto, cuidou o Código Penal (BRASIL, 1940), em seus artigos 69 a 71, do concurso material, do concurso formal e do crime continuado, respectivamente. A matéria foi desenvolvida com a finalidade principal de solucionar questões de aplicação de pena diante da prática de uma ou mais infrações, indicando, em cada caso, se elas deverão ser aplicadas de maneira acumulada, somando-se a pena prevista para cada ilicitude praticada (acumulação material), ou por meio do critério da exasperação, aplicando apenas uma delas, mas acrescida de uma cota parte que sirva para representar a punição das demais condutas perpetradas.

Do concurso de crimes, o conceito que mais interessa para os fins pretendidos com este artigo é o de crime continuado, pois foi ele o utilizado analogicamente às infrações administrativas trabalhistas, notadamente àquelas que se consumam por competência, como no caso do descumprimento do art. 459, §1º, da CLT⁵ (BRASIL, 1943) e do art. 15, c/c art. 23, inciso I, §1º, da Lei n. 8.036/90 (BRASIL, 1990).

⁵ Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

De acordo com o art. 71 do Código Penal (BRASIL, 1940), o crime continuado ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Aplica-se ao infrator, nestes casos, a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada de um sexto a dois terços⁶, através do sistema da exasperação.

No âmbito do Direito Administrativo, a teoria da infração continuada e o critério da exasperação da pena é de grande valia, pois visa a impedir que o poder sancionador do Estado se revele absurdo, desconsiderando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sob este ponto de vista, é que os conceitos apresentados foram, com as devidas adaptações, aplicados à seara administrativa, tendo a Coordenação-Geral de Recursos, com amparo na jurisprudência das principais Cortes do país, estabelecido que as infrações trabalhistas de mesma natureza, praticadas em semelhantes condições, devem ser consideradas de forma isolada, mas como infração continuada, lavrando-se apenas um auto de infração para cada momento de verificação.

Assim, por exemplo, se o Empregador “A” deixou de pagar, nos últimos doze meses, o salário de trezentos empregados até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, descumprindo o art. 459, §1º, da CLT (BRASIL, 1943), e se, apesar disso, veio a ser fiscalizado pela Inspeção do Trabalho apenas a partir de agora, terá lavrado contra si, em razão das infrações cometidas, apenas um auto de infração, pois a despeito de o atraso do pagamento de salário ter ocorrido por doze meses, as infrações, para fins de aplicação de pena, devem ser consideradas continuadas⁷.

Este é o entendimento da NI CGR n. 13/2015, que, aliás, foi confirmado pelo TRT da 20ª Região, em decisão proferida na Ação Civil Pública de n. 0000063-80.2016.5.20.0002, impetrada pelo MPT, como se observa na Ementa⁸ abaixo:

⁶ *Idem*.

⁷ A exasperação da pena ficaria por conta do art. 2º da Portaria n. 290/97 e da multiplicação da multa pelo número de empregados prejudicados, já que a multa é *per capita*.

⁸ No âmbito judiciário, a ementa é a síntese de uma decisão colegiada (acórdão) de um Tribunal ou Turma Recursal de Juizado Especial.

RECURSO ORDINÁRIO - EXEGESE DO ART. 628. DA CLT - ORIENTAÇÃO CONSTANTE DA "INFORMAÇÃO/CGR/SIT/Nº013/2015/SIT/MTE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A pretensão declinada pelo recorrente não merece guarida, devendo o dispositivo em espeque ser interpretado para além do binômio vigiar e punir, considerando-se o objetivo institucional precípua do Estado, e a utilização racional das medidas e dos instrumentos, incluídos aí os recursos humanos, que dispõe para tanto. Esta Relatoria, destarte, ratifica o posicionamento de que a leitura feita pela União melhor se coaduna a finalidade da norma, não verificando, na hipótese, tratamento anti-isonômico ou estímulo ao descumprimento de preceitos trabalhistas, sobremodo ante a possibilidade de, no caso de manutenção ou reite razão da conduta irregular, novas atuações, em novas atuações fiscalizatórias, de modo que a exasperação da pena/valoração da multa será de acordo com o número de ocorrências e considerando-se os empregados, como pontuado pelo prejudicados, consoante a Portaria 290/97 do MTE" sentenciante. (sic.)⁹

A confirmação, em juízo, de que o entendimento jurídico exarado na NI CGR n. 13/2015 está correto, não deixa dúvidas de que, de fato, a teoria da infração administrativa continuada no âmbito da Inspeção do Trabalho é plenamente válida. Tanto assim, que depois da publicação do Acórdão transcrito, a Inspeção do Trabalho publicou o Precedente Administrativo n. 120.

3 DA INTERRUPTÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA

Como visto, a aplicação da teoria da continuidade delitiva no âmbito da Inspeção do Trabalho é, hoje, uma realidade. Todavia e considerando os termos do próprio Precedente Administrativo n. 120, é necessário que se determine a partir de que momento a continuidade delitiva se fraciona, se interrompe, para que, se for o caso, outra se inicie. Para que se estabeleça os fundamentos que levaram ao estabelecimento dos marcos inicial e final pelo Precedente, pontua-se primariamente a questão pela análise do art. 628 da CLT (BRASIL, 1943):

Art. 628. Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda **verificação** em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito

⁹ Acórdão proferido no Processo de nº 0000063-80.2016.5.20.0002 (RO). Disponível em: <https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000063-80.2016.5.20.0002/2>. Acesso em: 11 jun. 2021.

legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração. Grifamos.

Sublinhou-se, no texto acima, o termo “verificação”, pois para cumprir o comando insculpido, é imprescindível que se estabeleça o que é e em que momento ocorre cada verificação.

A Nota Informativa CGR n. 13/2015 deixou claro que cada ação fiscal deve ser considerada como um momento de verificação no que diz respeito às infrações praticadas anteriormente a ela, o que equivale a dizer que as ilicitudes de mesma natureza praticadas em mais de uma competência, durante todo o período em que o empregador deixou de ser submetido a uma ação fiscal, devem ser tidas como contínuas, impedindo a lavratura de mais de um auto de infração.

Contudo, conforme determinações do Precedente Administrativo n. 120, nada impede que seja feita mais de uma verificação no decorrer de uma mesma ação fiscal, pelo contrário.

Nos termos dos artigos 18, incisos X e XVIII, e 24, do Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo Decreto 4.552, de 27 de dezembro de 2002 (BRASIL, 2002), diante da constatação de violação a um preceito legal trabalhista, o auditor-fiscal do trabalho tem o dever legal não apenas de lavrar o respectivo auto de infração, como também de notificar o empregador a se adequar à lei, condutas sem as quais ele pode ser responsabilizado administrativamente:

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

X - notificar as pessoas sujeitas à inspeção do trabalho para o cumprimento de obrigações ou a correção de irregularidades e adoção de medidas que eliminem os riscos para a saúde e segurança dos trabalhadores, nas instalações ou métodos de trabalho;

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

Art. 24. A toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade, a lavratura de auto de infração, ressalvado o disposto no art. 23 e na hipótese de instauração de procedimento especial de fiscalização.

Sendo assim, se ao iniciar uma ação fiscal o auditor averiguar que o empregador descumpriu um preceito legal, deve lavrar o correspondente auto de infração, observando, para o período anterior ao do início da ação fiscal, a continuidade das infrações. Pode, em seguida, notificar o empregador para que,

dentro de determinado prazo, ele se adequa à lei. Transcorrido este prazo, cabe à autoridade fiscal verificar o cumprimento ou não da notificação. No caso de seu descumprimento, vê-se o auditor, por força do art. 628 da CLT, obrigado a lavrar um segundo auto de infração, mesmo que o dispositivo legal infringido e os empregados prejudicados sejam exatamente os mesmos mencionados no primeiro.

Não se questiona aqui se a autoridade fiscal pode ou não notificar uma empresa a se adequar à lei. Este assunto é sedimentado, tratando-se tal conduta de uma competência legal da fiscalização do trabalho. A dúvida surgia quando se ponderava se um auditor que já lavrou um auto de infração no decorrer de sua ação fiscal poderia lavrar um novo auto de infração, de capitulação¹⁰ e ementa¹¹ idênticas ao primeiro, mas, desta vez, pelo fato de o empregador insistir em permanecer em situação irregular mesmo depois de ter sido notificado a se adequar à lei.

A celeuma, como informado, foi pacificada pelo Precedente Administrativo n. 120 da Inspeção do Trabalho, que, além de ser categórico ao destacar a possibilidade de lavratura de autos de infração distintos nestas hipóteses, estabelece quais os atos capazes de interromper a continuidade delitiva, a fim de inaugurar uma nova verificação.

Nos termos do Precedente, considera-se que a notificação entregue pelo auditor interrompe a continuidade da infração e que, exaurido o prazo concedido para adequações, o auditor está não apenas autorizado, mas obrigado (poder/dever da Administração) a lavrar um outro auto de infração, diverso do primeiro, quando constatar a reiteração da conduta ilícita em uma nova verificação.

Em outras palavras, é perfeitamente possível que dentro de uma mesma ação fiscal sejam feitas várias verificações, sendo igualmente possível, por isso mesmo, que se lavrem dois ou mais autos de infração em razão do descumprimento de um mesmo preceito legal, sem que isto configure *bis in idem* ou desrespeito à teoria da

¹⁰ Capitulação é o campo do auto de infração que informa qual foi a norma infringida pelo atuado.

¹¹ Cada ementa corresponde a uma situação fática de infração a dispositivos constantes da legislação trabalhista. A Inspeção do trabalho estabelece um número e uma descrição para cada uma. Os autos de infração lavrados pela auditoria-fiscal do trabalho, por sua vez, contam com o campo “Descrição Ementar”, que informa ao atuado o número e a descrição da ementa que representa a conduta típica a ele imputada.

continuidade das infrações administrativas, haja vista a diferença de circunstâncias e de tempo dos fatos que motivaram a elaboração de cada um deles.

Como destacado nos tópicos anteriores, o que caracteriza o *bis in idem* é a múltipla penalização pelo mesmo fato, e não pelo mesmo artigo ou item de lei. É evidente que as infrações praticadas por um empregador antes do início de uma ação fiscal são distintas daquelas perpetradas posteriormente a ela, em especial quando separadas por descumprimentos de notificações para adequações ou atos semelhantes.

Nas hipóteses apresentadas, os fatos que ensejaram a lavratura de cada um dos autos de infração não são idênticos. Aquele que levou à elaboração do segundo auto é outro mais recente e ainda mais grave, no qual o empregador, mesmo tendo sido autuado anteriormente exatamente em razão do descumprimento da lei, insistiu em permanecer em situação irregular, desrespeitando mais uma vez as normas vigentes, prejudicando novamente seus empregados e ignorando a fiscalização do trabalho.

Desta feita, considera-se correto o entendimento exarado no Precedente Administrativo n. 120, ao considerar que condutas como a entrega de notificações para adequação de irregularidades ou mesmo para apresentação de documentos (quando isto influenciar na infração praticada) e a própria lavratura de autos de infração representam um marco e uma autorização para a realização de uma nova ou de sucessivas verificações, ainda que dentro de uma mesma ação fiscal, interrompendo a continuidade delitiva.

Retornando ao art. 71 do Código Penal (BRASIL, 1940), percebe-se que somente podem ser consideradas continuadas as infrações executadas em condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Aplicando estes requisitos à seara administrativa e aos casos apresentados, observa-se que existem diferenças nítidas entre os empregadores que descumprem as normas trabalhistas até o momento em que são fiscalizados e os empregadores que insistem em continuar descumprindo-as, mesmo depois de terem sido inspecionados e orientados sobre o tema e de terem sido notificados a se adequar à norma. Há, entre essas condutas, uma nítida distinção de tempo, de modo de execução e de

circunstâncias. A última representa verdadeira reiteração e habitualidade, diante da qual o empregador não pode receber o beneplácito da continuidade delitiva.

É preciso ter em mente que a infração administrativa continuada é uma ficção criada juridicamente para beneficiar o infrator, aplicando-lhe sanção inferior àquela que ele poderia receber se fossem acumuladas/somadas as penas de todos os ilícitos praticados. Não se pode admitir que um empregador que foi beneficiado pela continuidade delitiva uma vez, tendo sido alertado sobre a ilicitude de seus atos, continue a se beneficiar dela mesmo depois de ter sido autuado e de ter descumprido uma notificação para adequação à lei, situação que demonstraria um absurdo contrassenso a negar os próprios valores sociais.

Quanto ao tema, Guilherme de Souza Nucci afirma:

(...) não se aplica o crime continuado ao criminoso habitual ou profissional, pois não merece o benefício – afinal, busca valer-se de instituto fundamentalmente voltado ao criminoso eventual. Note-se que, se fosse aplicável, mais conveniente seria ao delinquente cometer vários crimes, em sequência, tornando-se sua “profissão”, do que fazê-lo vez ou outra. Não se pode pensar em diminuir o excesso punitivo de quem faz do delito um autêntico meio de ganhar a vida. (NUCCI, 2007, p. 418 e 419).

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já se manifestaram no mesmo sentido, nas seguintes ementas:

STF:

Ementa: Penal. Habeas corpus. Dois crimes de roubo praticados com intervalo de 45 dias. Continuidade delitiva. Inexistência. Habitualidade ou reiteração criminosa. 1. O art. 71 do Código Penal arrola os requisitos necessários à caracterização do crime continuado, a saber: (i) mais de uma ação ou omissão; (ii) prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; (iii) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; e (iv) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. 2. In casu, o paciente restou condenado por dois crimes de roubo, o primeiro praticado em 20/12/2004 e o segundo em 05/02/2005, perfazendo entre os delitos um intervalo de 45 dias. 3. É assente na doutrina que não há como determinar o número máximo de dias ou mesmo de meses para que se possa entender pela continuidade delitiva. 4. **O Supremo Tribunal Federal, todavia, lançou luz sobre o tema ao firmar, e a consolidar, o entendimento de que, excedido o intervalo de 30 dias entre os crimes, não é possível ter-se o segundo delito como continuidade do primeiro:** HC 73.219/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 26/04/1996, e HC 69.896, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO, DJ de 02/04/1993. 5. **A habitualidade ou a reiteração criminosa distingue-se da continuidade delitiva, consoante reiteradamente vem decidindo esta Corte:** HC 74.066/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, 2ª Turma, DJ de 11/10/1996; HC 93.824/RS, Rel. Min. EROS GRAU, 2ª Turma, DJe de

15/08/2008; e HC 94.970, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, DJe de 28/11/2008. 6. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 107636 RS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-058 DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012)

STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. HABITUALIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. REEXAME DE PROVA SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A habitualidade criminosa exige uma maior reprovabilidade, verificando-se a sucessão planejada de delitos, indiciária do *modus vivendi* do agente. (REsp 1114527/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 26/09/2012). 2. Nessa esteira, **mostra-se incoerente a aplicação do instituto do crime continuado ao acusado quando a hipótese exige sanção mais severa; sendo suficiente o reconhecimento da habitualidade delitiva para afastar o crime continuado.** 3. O lapso temporal decorrido entre os delitos, perpetrados contra vítimas distintas, entre os anos de 2008 e 2011, denota a habitualidade delitiva, atraindo a incidência da regra do concurso material de crimes. 4. Entendimento em sentido contrário demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via do recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 1796721 RS 2020/0318415-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/05/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2021) (Grifo nosso)

Claro, portanto, o acerto da Secretaria de Trabalho ao aprovar o Precedente Administrativo n. 120. Nas hipóteses em que o empregador deixa de se adequar à lei, mesmo depois de ter sido notificado, a lavratura do auto de infração correspondente não só é lícita como impositiva, não havendo que se falar em *bis in idem* nestes casos. Como e exatamente porque os fatos que levaram à lavratura de cada um dos autos são independentes e desvinculados, devem ser objeto de sanções diferentes. Entendimento em sentido contrário escapa ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, consistente em dosar a responsabilidade jurídica do infrator de acordo com a extensão e a repercussão da lesão cometida.

Em síntese, deixar de lavrar auto de infração diante do descumprimento de nova notificação equivaleria a tratar da mesma maneira sujeitos em situações jurídicas desiguais, criando uma injustificada distinção de tratamento entre as

partes¹². Esta distinção, por sua vez, daria ensejo à concorrência desleal e à inobservância dos princípios da livre concorrência e da isonomia.

Explica-se: o cumprimento das normas trabalhistas implica, via de regra, em gastos financeiros ao empregador, seja em razão dos custos despendidos com a adequação do ambiente laboral, com a aquisição de equipamentos de segurança, etc., seja no pagamento de encargos trabalhistas (FGTS, INSS, adicional de férias, décimo terceiro salário). Se, ao avaliar monetariamente os custos e os benefícios de seu empreendimento, a empresa verificar que o descumprimento reiterado da norma implicará, ao final, em menos gastos do que os despendidos com a regularização à lei, ela obviamente não verá vantagem financeira na adequação exigida pela Inspeção do Trabalho e poderá optar por permanecer inerte e à margem da lei.

Por outro lado, aqueles que se sentirem moralmente (mas não financeiramente) impelidos a cumprir as determinações da auditoria-fiscal, regularizando-se às normas vigentes, terão mais gastos e, por isso, passarão a atuar no mercado com uma clara desvantagem competitiva em relação àqueles que optaram, em uma análise monetária, por manterem-se na irregularidade. Esta situação resultará no tratamento desigual entre os empregadores, colocando-os em patamares concorrenciais distintos no mercado¹³.

4 DA REITERAÇÃO DA AÇÃO FISCAL

Antecipando possíveis objeções, é preciso trazer ao debate as questões relacionadas à reiteração da ação fiscal.

Da leitura do art. 26, caput, do Regulamento da Inspeção do Trabalho (RIT), alguns intérpretes poderiam afirmar, precipitadamente, que a permanência da situação irregular até poderia ensejar a lavratura de novo auto de infração, mas que,

¹² CF. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...

¹³ Neste sentido, Ilan Fonseca De Souza em <https://jus.com.br/artigos/30607/fiscalizacao-do-trabalho-distincoes-entre-bis-in-idem-infracao-continuada-e-reincidencia-delitiva> - Acesso em 21/06/2021, às 15:02h

para tanto, seria necessário a abertura de uma nova e reiterada ação fiscal. Considera-se, entretanto, que este não é o entendimento mais acertado.

RIT

Art. 26. Aqueles que violarem as disposições legais ou regulamentares, objeto da inspeção do trabalho, ou se mostrarem negligentes na sua aplicação, deixando de atender às advertências, notificações ou sanções da autoridade competente, poderão sofrer reiterada ação fiscal.

Pela redação do dispositivo e tendo em vista que a expressão “sanções” foi empregada no plural, observa-se que nada impede que a reiteração da ação fiscal ocorra depois de já terem sido lavrados diversos autos de infração contra o empregador, no decorrer de uma mesma e inicial ação fiscalizatória.

Lembre-se que somente a multiplicidade de autos leva à imposição de mais de uma sanção. Frise-se, ainda, que o artigo transcrito não veda nem impede que, durante uma mesma ação fiscal, sejam lavrados dois ou mais autos de infração fundamentados no mesmo dispositivo legal, em especial se as circunstâncias que levaram a eles não se assemelharem.

Os itens 28.2.3 e 28.2.3.1 da NR-28 (Norma Regulamentadora-28) reforçam esse posicionamento, informando que uma disposição legal se considera reiteradamente descumprida quando são lavrados três autos de infração em razão do mesmo item da norma regulamentadora. Assim como o RIT e os demais diplomas trabalhistas e administrativos, a NR-28 (Norma Regulamentadora-28) não exige que os autos de infração sejam lavrados em ações fiscais distintas.

NR-28

28.2.3 A autoridade regional competente, à vista de relatório circunstanciado, elaborado por agente da inspeção do trabalho que comprove o descumprimento reiterado das disposições legais e/ou regulamentares sobre segurança e saúde do trabalhador, poderá convocar representante legal da empresa para apurar o motivo da irregularidade e propor solução para corrigir as situações que estejam em desacordo com exigências legais. (Alterado pela Portaria n.º 7, de 05 de outubro de 1992)

28.2.3.1 Entende-se por descumprimento reiterado a lavratura do auto de infração por 3 (três) vezes no tocante ao descumprimento do mesmo item de norma regulamentadora ou a negligência do empregador em cumprir as disposições legais e/ou regulamentares sobre segurança e saúde do trabalhador, violando-as reiteradamente, deixando de atender às advertências, intimações ou sanções e sob reiterada ação fiscal por parte dos agentes da inspeção do trabalho.

Reforça o entendimento acima, ainda, o fato de não haver, na legislação vigente, um conceito bem definido do que é uma “ação fiscal”. Esta expressão pode ser empregada em sentido amplo, representando qualquer ato praticado pela Inspeção do Trabalho no intuito de promover o fiel cumprimento da legislação trabalhista, ou de maneira restrita, indicando os procedimentos realizados em razão de uma só ordem de serviço, emitida pelo chefe de Inspeção do Trabalho para que auditores-fiscais inspecionem um empregador específico.

Sabe-se, por força da Portaria n. 643, de 11 de maio de 2016, que a ação fiscal é um elemento componente de um Projeto da Inspeção do Trabalho, ligado à fase de operacionalização de fiscalização em estabelecimento ou empresa específicos. Sabe-se, também, que “ação fiscal” é um conceito mais amplo do que “fiscalização” (em regra vinculada apenas à execução em si), devendo ser composta da I- busca de dados e planejamento da ação; II – execução e; III – avaliação de seu impacto.

Do exposto, é possível concluir que a ação fiscal tratada pelo RIT não necessariamente está vinculada a uma ordem de serviço específica emitida pelo chefe de Inspeção do Trabalho local, podendo fazer referência, na verdade, a qualquer ato praticado pela Inspeção do Trabalho no intuito de zelar pelo cumprimento da legislação trabalhista. Neste sentido, seria desnecessário exigir a abertura de uma nova ordem de serviço para que fosse possível, diante da inquestionável reiteração da prática delitiva, lavrar outro auto de infração.

De toda sorte, ainda que não se pudesse admitir que a expressão “ação fiscal” foi empregada em seu sentido lato no art. 26 do RIT, fato é que a ausência de uma nova ordem de serviço a fim de possibilitar a reiteração da ação fiscal não seria fator suficiente a ensejar a nulidade do auto de infração porventura lavrado, já que representaria tão somente o não cumprimento de uma burocracia interna da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho.

Lavrado o auto diante do inequívoco e reiterado descumprimento da lei, estariam preenchidos todos os requisitos do ato administrativo, em especial os exigidos pelo art. 14 da Portaria n. 854/2015 do MTE¹⁴. E como não há previsão

¹⁴ Art. 14. O auto de infração será lavrado em 03 (três) vias conforme modelos e instruções emitidos pelo Ministério do Trabalho e Previdência e conterà, essencialmente, os seguintes elementos:

normativa que permita à Administração Pública anular o auto em razão da não (re)abertura de uma ordem de serviço no SFIT (Sistema Federal de Inspeção do Trabalho), não pode a Secretaria de Trabalho proferir decisão neste sentido, sob pena de afronta ao princípio da estrita legalidade e às determinações do art. 628 da CLT (BRASIL, 1943).

Muito além de exigências burocráticas e de ordem interna, o intuito do legislador ao possibilitar a reiteração da ação fiscal foi coibir o empregador recalcitrante e, assim, impedir o habitual descumprimento da lei. Mostra-se prescindível e dispensável a este desiderato, sem dúvidas, a emissão de uma nova ordem de serviço nos sistemas informatizados da Inspeção do Trabalho, muitas vezes da qual o empregador sequer tem notícia. Por outro lado, considerando a entrega de uma notificação, de um auto de infração ou de outro documento próprio da Inspeção do Trabalho, a existência da ação fiscal lhe é inequívoca.

Sendo assim, por todos os ângulos que se analise a questão, conclui-se que a abertura de uma nova ação fiscal, por meio da emissão de uma nova ordem de serviço, é conduta absolutamente prescindível e indiferente à manutenção do auto de infração lavrado nas condições tratadas neste estudo. É, por conseguinte, totalmente possível que dois autos de infração, de mesma capitulação e relacionando os mesmos empregados como prejudicados, sejam lavrados no decorrer de uma mesma ação fiscal, desde que entre eles tenha ocorrido um ato capaz de interromper a continuidade das irregularidades relatadas no primeiro auto.

I - nome, inscrição, endereço e CEP do autuado constantes dos cadastros de pessoa física ou jurídica da Secretaria da Receita Federal do Brasil;

II - código de atividade segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e número total de empregados de todos os estabelecimentos do autuado;

III - ementa da autuação e seu código;

IV - narrativa clara e precisa do fato caracterizado como infração, com referência às circunstâncias pertinentes, relacionando, quando tecnicamente possível, pelo menos um empregado em situação ou atividade irregular, exceto quando a lei cominar multa per capita, hipótese em que deverão ser relacionados todos os empregados em situação ou atividade irregular e o local onde ocorreu o fato, se diverso do citado no inciso I;

V - capitulação do fato mediante citação expressa do dispositivo legal infringido;

VI - elementos de convicção;

VII - ciência do prazo para apresentação de defesa e indicação do local para sua entrega;

VIII - local e data;

IX - assinatura e identificação do AFT autuante contendo nome e número de sua Carteira de Identidade Fiscal - CIF;

X - assinatura e identificação do autuado, seu representante ou preposto.

5 CONCLUSÃO

Pelas considerações apresentadas, conclui-se ter sido correta a adoção da teoria da infração administrativa continuada no âmbito da Inspeção do Trabalho, bem como a aprovação e a publicação do Precedente Administrativo n. 120.

Não há óbices para a adoção analógica da concepção normativa de concurso de crimes e do crime continuado, próprios do Direito Penal, às infrações administrativas observadas pela Inspeção do Trabalho, em especial ante à identidade ontológica das matérias.

Dito isto, considera-se correto o entendimento de que, diante de infrações administrativas continuadas, somente se pode considerar que houve *bis in idem* se tiverem sido lavrados dois ou mais autos de infração, de capitulação, ementa e prejudicados idênticos, após uma mesma verificação.

Para os fins do art. 628 da CLT (BRASIL, 1943) e de acordo com o Precedente Administrativo n. 120 da Inspeção do Trabalho, considera-se verificação as diligências realizadas pela autoridade fiscal com o fim de averiguar o cumprimento da legislação trabalhista, ocorridas dentro de um determinado período.

Marcam o início e o fim deste período, interrompendo a continuidade da infração administrativa, a prática de atos como a entrega de uma notificação para cumprimento de obrigações, a lavratura de um auto de infração, a lavratura de um termo de embargo ou de interdição e a prática de atos semelhantes, próprios da Inspeção do Trabalho.

Interrompida a continuidade da infração, é possível e, nos termos do art. 628 da CLT, exigível a lavratura de tantos autos de infração quantas tiverem sido as verificações nas quais se constataram o descumprimento da legislação trabalhista, mesmo que estas verificações ocorram dentro de uma mesma ação fiscal e ainda que os autos se fundamentem em preceito legal idêntico, relacionando os mesmos empregados como prejudicados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÓDIGO PENAL. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Nota Informativa CGR/SIT/Nº 013/2015/SIT/MTE, de 08 de maio de 2015. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/ead/pluginfile.php/6120/mod_resource/content/1/Nota%20Informativa%20013%202015%20-%20Autua%C3%A7%C3%A3o%20por%20Compet%C3%Aancia.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Portaria DNSST Nº 07, de 05 de outubro de 1992. Altera a Norma Regulamentadora nº 28. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-28-atualizada-2020.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Portaria MTE nº 854, de 26 de junho de 2015. Aprova normas para a organização e tramitação dos processos de multas administrativas e de Notificação de Débito de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e/ou Contribuição Social. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://enit.trabalho.gov.br/ead/mod/page/view.php?id=5185>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Portaria MTPS nº 643, de 11 de maio de 2016. Disciplina a forma de atuação da Inspeção do Trabalho, a elaboração do planejamento da fiscalização, a avaliação de desempenho funcional dos auditores fiscais do trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/materia/>>

/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22906361/do1-2016-05-13-portaria-n-643-de-11-de-maio-de-2016-22906290>. Acesso em: 15 jun. 2021.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Acórdão proferido no Processo de n. 0000063-80.2016.5.20.0002 (RO). Disponível em <<https://pje.trt20.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000063-80.2016.5.20.0002/2>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 2 ed. Madri: Tecnos, 1994, p.167. (Direcion) BARDAJI, Joaquim de Fuentes; MINCHOT, Pilar Câncer; PINEDO, Ignacio Pinedo (Cordinacion). GONZALEZ, Idoya Arteagabeitia; CABALLERO, Fabíola Gallego. BARDAJI, Joaquim de Fuentes. **Manual de derecho administrativo sancionador**, 2ª edição. Espanha: Editora Thomson Reuters Aranzadi, 2005. P. 219

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Precedente Administrativo N. 120, publicado pelo Ato Declaratório SIT N. 18, DE 05/12/2018

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Portaria nº 290, de 11 de abril de 1997, publicada no Diário Oficial da União no dia 18 de abril de 1997. Disponível em <[acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A454D74C1014562B2009D483E/DIÁRIO OFICIAL.PDF](https://www.mte.gov.br/data/files/8A7C816A454D74C1014562B2009D483E/DIÁRIO_OFICIAL.PDF)>. Acesso em: 07 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, 7ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. AgRg no AREsp: 1796721 RS 2020/0318415-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/05/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - HC: 107636 RS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-058 DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

***BIS IN IDEM*: THE CONTINUED ADMINISTRATIVE INFRACTION IN THE FRAMEWORK OF THE BRAZILIAN LABOR INSPECTION**

ABSTRACT

By publishing the Information Note CGR/SIT/nº13/2015/SIT/MTE and the Administrative Precedent nº 120, the Brazilian Labor Inspection established the understanding that the theory of continued infractions must be applied in the administrative labor inspection, preventing the elaboration of more than one infraction notice reasoned in the same legal precept, against the same employer and after a single check. The aforementioned technical notes had made it clear that elaborate more than one infraction notice, under these conditions, would represent an affront to the principle of *ne bis in idem*, justifying the maintenance of only one of the infraction notices based on the same legal precept drawn up against the same passive subject. It is questioned, however, if the understanding adopted by the Brazilian Labor Inspection, in particular regarding the interruption of infringement continuity and Administrative Precedent n. 120, has a valid legal basis. This article aims to solve this question, through the study of the current legislation, the bibliographical review about the subject and through the analog application of continued crimes concurse, inherent in Criminal Law, to labor infractions.

Keywords: *Bis in idem*. Continued administrative infraction. Brazilian Labor Inspection. Informative Note CGR n. 13/2015. Administrative Precedent n. 120.