

A MITIGADA PUNIÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DO SALÁRIO E A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO PENAL

Anna Claudia Lavoratti¹

Fernanda Meller²

Resumo: A verba salarial, produto de uma conquista historicamente traçada, é de grande relevância para a massa de trabalhadores do Brasil. Deste modo, o presente estudo trará algumas reflexões sobre o sistema de garantias salariais, com ênfase no descumprimento da disposição constitucional contida no art. 7º, X, da Constituição Federal, no sentido de tipificar penalmente a conduta de reter dolosamente o salário, bem como será explanado como a jurisprudência têm se manifestado e punido a referida prática, a fim de evidenciar a indispensável criação de um delito penal autônomo para efetivar a norma constitucional e concretizar a tutela do salário de forma eficiente.

Palavras-Chave: Retenção dolosa do salário; Ausência de tipificação penal; Tipo penal autônomo.

THE MITIGATED PUNISHMENT OF WILLFUL RETENTION OF THE SALARY AND THE ABSENCE OF CRIMINAL CLASSIFICATION

Abstract: The salary budget, product an achievement historical-

¹ Acadêmica de Direito da Faculdade Assis Gurgacz – FAG email. E-mail: kakau.lavoratti@hotmail.com

² Advogada e professora da Faculdade Assis Gurgacz – FAG. E-mail: Fernanda.meller77@gmail.com

ly drawn, is of great relevance for the mass of workers in Brazil. Thus, this study will bring some reflections on the system of wage guarantees, with emphasis in breach of the constitutional provision in art. 7º, X, of the Federal Constitution, to criminally typify the conduct of intentionally withhold wages, and will be explained as the case law have appeared and have punished this practice in order to highlight the indispensable creation of an autonomous criminal offense to give effectiveness the constitutional provision and to achieve the protection of wages efficiently.

Keywords: Willful Withholding of salary; Absence of criminal classification; Autonomous criminal offense.

INTRODUÇÃO



ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo tem como essência norteadora o incentivo ao crescimento econômico do país com ênfase na proteção dos direitos sociais dos indivíduos, tal modelo, deriva do paradigma liberalista que teve como ápice a Revolução Francesa no Século XVIII, e que de forma significativa influenciou o modelo econômico e político das atuais potências mundiais.

Diante disso, tal Estado Democrático de Direito, sustentado em fundamentos, especialmente: a dignidade da pessoa humana, bem como, os valores sociais do trabalho, nos termos do art.1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, tem como indissociável de sua natureza, a valorização do trabalho, este que tem como contraprestação o pagamento da verba incontesteavelmente essencial para resguardar a dignidade da massa trabalhadora brasileira, qual seja, o salário. Preocupado com isso, o Constituinte Originário criminalizou no art. 7º, inciso X, da Constituição Federal, a retenção dolosa de tal verba.

Entretanto, o legislador ordinário não deu a devida eficácia ao referido dispositivo, pois embora existam teses no judiciário do suprimento de tal lacuna mediante o enquadramento penal da conduta supracitada, no crime de apropriação indébita, previsto pelo art. 168 do Código Penal ou em outros tipos previstos no Código Penal brasileiro, a sua punição fica a mercê da condenação do agente apenas em danos morais e na rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, não sendo verificada a coercibilidade da sanção penal, resultando em uma proteção deficiente.

Nessa esteira, ante tal omissão, é imperioso dissertar sobre o estudo da retenção dolosa do salário, refletindo sobre a ausência de tipificação penal dessa conduta no Código Penal brasileiro ou em outras leis esparsas, embora constitucionalmente criminalizado no artigo supracitado.

Também é salutar ressaltar sobre as prováveis consequências em razão de tal lacuna legal, as quais evidenciam a magnitude de se cumprir o mandado constitucional quanto à punição na esfera penal de tal conduta, no intuito de que esta reflita não só no caráter punitivo, mas também em outro objetivo não menos importante da sanção penal, qual seja, a prevenção, a fim de que seja diminuída a prática da retenção dolosa do salário, conduta esta, tão prejudicial ao trabalhador assalariado.

1. ASPECTOS SALARIAIS

1.1. HISTÓRIA DO TRABALHO ASSALARIADO

A dimensão que se vislumbra da verba salarial, percorreu historicamente modelos econômicos indispensáveis para que a atual tutela constitucional da mesma fosse concedida.

Analisando a Idade Antiga, seja oriental ou clássica, es-

ta, se estruturou basicamente no trabalho escravo, só havendo a visualização do trabalhado assalariado quando se fizesse necessária a realização de uma atividade especializada, como a de um artesão, ou no caso dos domésticos, que eram pagos pelos romanos com sal, fator inclusive que levou a denominação salário (do latim *salarium*).

Com a invasão dos povos bárbaros, migrando para a sociedade feudal, esta era organizada pelo sistema de servidão, no qual os camponeses trabalhavam na propriedade dos Senhores Feudais, entregando-lhe parte da produção em troca do uso da terra, outrossim, a grande contribuição para a evolução histórico-trabalhista se deu no final da Idade Média entre os séculos XI e XIII, visto que gradativamente as feiras impulsionadas pelas cruzadas e o crescimento populacional culminaram no renascimento cultural e urbano e início da Idade Moderna, surgindo a classe burguesa que alicerçaria o futuro sistema capitalista (FIGUEIRA, 2003).

Nesse diapasão, em meados do século XVI, também se insere o ideal trilhado pelo Protestante Jean Calvino, o qual difundia sua doutrina religiosa atrelada ao senso capitalístico dos negócios, e foi o pioneiro ao surgimento do Sistema Capitalista (WEBER, 2005).

Com a Revolução Industrial no século XVIII, é que se introduz de fato a compilação da relação empregatícia com subordinação, na qual se estabelece uma vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo (DELGADO, 2009).

Em que pese tal desenvolvimento econômico, a atividade dos empregados era exercida sob tortuosas condições de trabalho, pois não existiam regras que regulassem as relações de trabalho, bem como que limitassem o seu exercício, o que deu origem aos movimentos trabalhistas reivindicatórios de direito, especialmente o primeiro, que se destacou em razão da quebra de máquinas pelos empregados, denominado Ludismo (FIGUEIRA, 2003).

Nesse período vigorava o regime do liberalismo econômico, no qual o salário adquiriu sua concepção como preço do trabalho, ou seja, era considerado como mercadoria (BARROS, 2006).

No mesmo contexto, se esboçou a teoria salarial do *wage fund*, pela qual, segundo Nascimento (2013, p. 48): “o salário depende de uma proporção entre o capital e o número de operários, sujeito à lei da oferta e da procura”.

Entretanto, somente no pós 1º Guerra Mundial, emerge no plano internacional uma crescente evolução no que tange a tutela dos direitos sociais, garantindo melhores condições no exercício do trabalho, especialmente com a Constituição Mexicana datada em 1917, e posteriormente com a Constituição de Weimar de 1919, que evidentemente influenciou o texto da Constituição Brasileira de 1934, culminando na sequência, em razão da política populista do então presidente Getúlio Vargas, na compilação da Consolidação das Leis do Trabalho no ano de 1943 (LENZA, 2011).

Com a Constituição Federal de 1988 e o seu caráter redemocratizante, se almejou restabelecer algumas das garantias adquiridas na Constituição Varguista e nas posteriores, que foram retiradas no período ditatorial, além disso, também se ampliou a tutela da relação de trabalho, constando no art. 7º diversas disposições acerca da garantia dos direitos trabalhistas, dentre os quais se reporta ao inciso X, o qual assegura a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

1.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO TRABALHO

O salário, segundo conceitua Nascimento (2013, p. 836): “é a contraprestação fixa paga pelo empregador pelo tempo de trabalho prestado ou disponibilizado pelo empregado”.

Segundo dispõe o art. 1º da Convenção nº 95/1949 da Organização Internacional do Trabalho:

O termo 'salário' significa, qualquer que seja a denominação ou o modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados. (disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/463> acesso em: 05/10/2014)

Conforme visto, em razão da evolução tutelar do salário, é incontestável o caráter essencial desse rendimento ao trabalhador, pois é a fonte responsável pelo pagamento das despesas com moradia, alimentação, educação e lazer.

Decorrente disso, têm-se a natureza alimentar de tal verba, considerando que atende a uma universalidade de necessidades do indivíduo e de sua família, tendo caráter eminentemente socioeconômico (DELGADO, 2009).

Nesse sentido, dado o caráter alimentar do salário, se justifica ser este, crédito titular de preferência em relação aos demais no que tange a falência, visto a determinação expressa no art. 449, §1º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Também se abstrai a natureza de direito fundamental quanto a verba salarial, visto que é uma questão de garantia à dignidade da pessoa humana possuir tal renda para atender as necessidades mínimas do empregado (NASCIMENTO, 2013).

Seguindo a mesma vertente, a Declaração Universal de Direitos Humanos em seu art. XXIII, ponto três, dispõe:

Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. (BRASIL, 2009).

Doutrinariamente, a natureza jurídica do salário, também é estabelecida como um “Dever de Retribuição”, pois a relação de trabalho é um contrato sinalagmático, pelo qual o

empregador deve retribuir o trabalho que o empregado dispôs a empresa (BARROS, 2006).

Não obstante o caráter de dever de retribuição, o mesmo não afasta a natureza alimentar intrínseca a verba salarial, visto ser a responsável pela garantia da dignidade do trabalhador, na medida em que assegura a manutenção de suas necessidades básicas.

1.3. PROTEÇÃO DO SALÁRIO

Considerando o viés alimentar exposto e o atual aparato jurídico responsável pela proteção do salário, emerge no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de garantias salariais, no intuito de assegurar que sua tutela seja verificada no plano da efetividade.

Tratando da proteção do salário, esta se constata no tocante: ao seu valor, aos abusos cometidos pelo empregador, e as proteções contra os credores, sejam eles do empregador ou do empregado (BARROS, 2006).

Tutelando o valor, garante-se a Irredutibilidade Salarial, consagrada no art. 7º, inciso VI da Constituição Federal, embora doutrinariamente apenas se proteja o valor nominal, no mesmo intuito, se estabeleceu o sistema da correção salarial automática, visando preservar o valor real do salário em caso de inflação significativa a ponto de deturpá-lo, e também o denominado: patamar salarial mínimo imperativo, retratado pelo art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal (DELGADO, 2009).

Destaca-se que irredutibilidade não se estriba em norma de caráter absoluto, pois o dispositivo constitucional supra-mencionado a excetua, permitindo a redutibilidade do salário quando previsto por acordo ou convenção coletiva, regulado pelo artigo 503 da CLT, que assim preconiza:

É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados

da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Há também a regra prevista no art. 2º da Lei nº 4.923/65, que permite a diminuição do salário quando a situação econômica da empresa justificar a redução da jornada normal de trabalho ou do número de dias trabalhador, desde que esta não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, garantindo conforme já exposto, o piso mínimo regional.

Quanto ao salário mínimo legal, embora se garanta constitucionalmente como direito social dos trabalhadores, se o cumprimento da jornada for inferior a oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é possível o pagamento proporcional, conforme assevera a Orientação Jurisprudencial OJ-SDII – 358 do Tribunal Superior do Trabalho.

Outrossim, na defesa do salário contra os abusos do empregador, determina o art. 459 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que o pagamento do mesmo não deve ser estabelecido por período superior a um mês, devendo ser efetuado, fulcro §1º do artigo supracitado, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, e, como regra geral, no local de trabalho, nos termos do art. 465 da CLT, tendo como meio de pagamento, a moeda nacional, na forma do art. 463 da CLT.

Presente o inadimplemento, no que concerne a obrigação de pagar a verba salarial, o empregador incorre em mora, permitido ao empregado à luz da Súmula 381 do Tribunal Superior do Trabalho, postular o valor em juízo, acrescido de juros e correção monetária.

Com o escopo de resguardar a Intangibilidade Salarial, abstrai-se do art. 462 da CLT, a fixação da regra básica de vedação a descontos no salário do obreiro, não obstante o artigo admita exceções quando o desconto resultar de adiantamentos, dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Situam-se como descontos salariais permitidos, aqueles a título de contribuição previdenciária, sindical, de imposto de renda ou de ressarcimento em caso de dano doloso ou culposo, ressaltando-se que neste último caso é necessário previsão no contrato de trabalho. Também se possibilita o desconto mediante autorização prévia do empregado, conforme indica a Súmula 342 do Tribunal Superior do Trabalho, para a integração de planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa dos empregados em benefícios dos seus dependentes.

Na mesma via, a CLT autoriza, na redação do art. 487, § 2º, o empregador–descontar os salários correspondentes ao prazo de cumprimento do aviso prévio, quando este não é honrado pelo empregado. Do mesmo modo, o empregador pode realizar a compensação do salário para ressarcir as despesas com antecipação de 13º salário, nos termos do art. 3º da Lei nº 4.749/65, nos casos onde o empregado foi despedido por justa causa.

Como corolário dos princípios da proteção do trabalhador e da parcela salarial, surge a medida essencial da proibição do *truck-system*, circunscrito no art. 462, §2º da CLT, que, segundo Barros (2006, p.784), “[...] consiste no pagamento do salário por meio de vales, bônus ou equivalentes capazes de propiciar a aquisição de mercadorias pelo empregado em estabelecimento do empregador ou de terceiro”.

O dispositivo acima citado veda que a empresa faça uso de qualquer meio de coação ou induzimento, vinculando os empregados a comprar mercadorias nos armazéns ou utilizar serviços fornecidos em estabelecimento da empresa, de modo que se consubstancia na prestação *in natura*.

Constata-se desta forma que tal sistema garantidor visa assegurar ao empregado a sua sobrevivência e de sua família, e para tanto, dificulta legalmente a apropriação indevida do salá-

rio por parte do empregador (RESENDE, 2013).

2. DA RETENÇÃO DOLOSA DO SALÁRIO

Na busca de uma tutela exauriente do salário, a Carta Constitucional, insculpiu no art. 7º, inciso X, a proteção do mesmo, e criminalizou, conforme asseverado, a conduta dolosa em caso de retenção.

Assim, o não pagamento do salário após a data do vencimento, e desde que a conduta seja animada pelo dolo, configura o crime de retenção, visto que transcorrido o prazo para o pagamento, essa verba passa a pertencer ao empregado.

3. HODIERNA PUNIÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DO SALÁRIO

3.1. DA PUNIÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA

3.1.1. DA RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO

O pagamento de salário constitui a principal obrigação do empregador, pois, como dito alhures, é a retribuição ou contraprestação pela atividade laborativa do empregado.

Nessa esteira, assevera Rezende (2013, p. 663): “o atraso reiterado do pagamento dos salários, por exemplo, constitui descumprimento grave do pacto laboral, passível, portanto, de rescisão indireta”.

Ressalta-se que o empregador será considerado devedor contumaz, conforme dispõe o Decreto-Lei n. 368/1968, caso o inadimplemento do salário se dê por período superior a três meses, e neste caso, também se verifica que a empresa não poderá, na forma do art. 2º, ser favorecida com qualquer benefício de natureza fiscal, tributária, ou financeira por parte da Admi-

nistração Pública.

Deste modo, constitui o débito salarial, hipótese de rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, alínea d, da CLT, na medida em que há evidente descumprimento das obrigações contratadas. Ainda, no mesmo sentido, a Súmula 13, do Tribunal Superior do Trabalho, dispõe: “O só pagamento dos salários atrasados em audiência não elide a mora capaz de determinar a rescisão do contrato de trabalho”.

3.1.2. DO DANO MORAL

A jurisprudência moderna passa a entender cabível indenização por dano moral, de natureza *in re ipsa*, que independe de provas, nos casos de atraso ou não pagamento dos salários aos empregados.

Corroborando com esse entendimento, segue julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. A conduta da empresa no sentido de atrasar o pagamento de salários, por se tratar de grave descumprimento contratual, a teor do Dec. Lei 368/68 e art. 7º, X, da Constituição da República (mora contumaz e retenção dolosa de salários), consubstancia fundamento suficiente para se entender configurado o dano moral in re ipsa. Indenização por danos morais devida.

(TRT-4 - RO: 00007250320125040205 RS 0000725-03.2012.5.04.0205, Relator: MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, Data de Julgamento: 15/05/2014, 5ª Vara do Trabalho de Canoas)

Destaca-se que no Congresso Nacional consta o recente PL 6522/2013, o qual visa tornar certo o pagamento de indenização no caso de desrespeito aos prazos para a realização do pagamento do salário:

Acrescenta parágrafo ao art. 459 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a indenização por atraso no pagamento de salário.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 459 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 459.

.....

§ 2º Havendo inobservância do prazo fixado no § 1º deste artigo, o empregado fará jus a indenização equivalente a 1/30 (um trinta avos) da remuneração por dia de atraso.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2013).

Não obstante se vislumbre por meio desse projeto uma preocupação por parte do Poder Legislativo, no sentido de tutelar a verba salarial, na medida em que fixa indenização em virtude do inadimplemento do pagamento do salário, vimos que a jurisprudência já tem aplicado tal regra, condenando os empregadores ao pagamento de indenização por danos morais quando não cumprem o pactuado no contrato de trabalho.

O que observamos, portanto, é falha do Poder Legislativo ao não conceder eficácia no cumprimento do preceito constitucional constante no art. 7º da Carta Magna.

3.2. DA PUNIÇÃO NA ESFERA PENAL

Por outra via, na seara penal, visualiza-se na doutrina, a tentativa de cumprir a determinação constitucional por meio da punição da conduta de reter dolosamente o salário pelo enquadrando no art. 168 do Código Penal, delito de Apropriação Indébita.

Seguindo tal raciocínio, Delgado (2009) leciona que a conduta prevista pelo art. 7º, X, da CF, se ajusta a hipótese de apropriação indébita, sendo eficaz o dispositivo constitucional, e podendo, portanto, aplicar o dispositivo desse tipo penal na presença de conduta dolosa e quanto ao salário-base incontroverso, elidindo a interpretação extensiva da norma, não ocor-

rendo a configuração do crime no que tange as parcelas salariais acessórias e aquelas sobre as quais pendam controvérsia, visto que nesse último caso, não há dolo.

Embora a doutrina busque enquadrar a retenção do salário no tipo penal do art. 168 do Código Penal, a jurisprudência caminha por outra linha de pensamento, pois, reconhece a atipicidade do crime de Apropriação Indébita na referida conduta, pois este delito exige uma inversão de posse, em que o proprietário do bem entrega este de forma livre e consciente, e embora o agente o receba a princípio com boa-fé, ausente intenção de se apoderar do mesmo, esse, posteriormente, inverte o título e passa a agir como se dono fosse. (CAPEZ, 2012).

Deste modo, é juridicamente impossível a configuração de tal delito, considerando que o salário, embora seja devido ao empregado, já se inicia na posse do empregador, sendo portanto, impraticável a inversão da posse da coisa, imprescindível para configuração do delito em apreço.

Zipperer (2013) assevera no mesmo lume, que não existe retenção dolosa pelo agente sobre um valor que ainda não é alheio, considerando que não há retirada do patrimônio do empregador em favor do empregado pelo simples fato desse último possuir um crédito em relação ao primeiro.

Também é impossível o enquadramento ao crime de Apropriação Indébita por analogia, ante a omissão existente, considerando ser vedada em relação as normas incriminadoras, analogia *in malam partem*, na medida em que viola o Princípio da Reserva Legal (CAPEZ, 2011).

Corroborando com o mesmo entendimento:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RETENÇÃO DE SALÁRIOS PELO EMPREGADOR. ATIPICIDADE RECONHECIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ACOLHIDO. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO MAS CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio

ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. A retenção dolosa de salário, conquanto tenha sido prevista no art. 7º, X da Constituição Federal como crime, ainda ressoante-se da necessária lei, criando o tipo penal respectivo. 3. Também não há como subsumir a conduta à apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), porque o numerário ao qual o empregado tem direito, até que lhe seja entregue, em espécie ou por depósito, é de propriedade da empresa (empregador), não havendo se falar, então, em inversão da posse, necessária para a tipicidade do crime. 4. O administrador da empresa, ao assim agir, não pratica fato típico previsto no art. 168 do Código Penal. Talvez por isso tenha o legislador constituído a previsão mencionada, mas ainda sem eficácia, ante a omissão legislativa. 5. Writ não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a ação penal por atipicidade, ficando prejudicada a inépcia da denúncia e a alegação de que a paciente não seria administradora da pessoa jurídica.

(STJ - HC: 177508 PB 2010/0118366-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2013)

O Superior Tribunal de Justiça concluiu acertadamente pela atipicidade da conduta quanto ao crime de Apropriação Indébita, visto que a prática de um crime é regulada pelo Princípio da Legalidade Estrita, inscrito no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, portanto, só há crime se houver prévia definição legal.

Nesse viés, não preenchendo os requisitos indispensáveis para a configuração do delito tipificado no art. 168 do código Penal, a retenção dolosa do salário deve ser enquadrada em outro dispositivo legal para garantir a punição estatal.

Importante acrescentar, ainda, que o Código Penal, em seu Título IV, tutela especificamente os “Crimes contra a Organização do Trabalho”, sem, no entanto, tipificar a conduta de retenção do salário como delito.

Tal afirmativa está caracterizada pela análise do referido Título IV, onde, em seu art. 203, prescreve punição para o delito de “Frustração de direito assegurado por lei trabalhista”, que a princípio, seria o único capaz de englobar em sua estrutura a verba salarial. Entretanto, para a sua configuração, exige-se fraude ou violência, ou seja, seria necessário que a vítima fosse mantida em erro em virtude de engodo utilizado pelo sujeito ativo, ou fosse empregada a violência física, não abrangendo a violação moral, visto o legislador não ter incluído a expressão “grave ameaça”. (DAMÁSIO, 2013)

Acerca do crime previsto no art. 203 do Código Penal, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. MERA LESÃO A DIREITO TRABALHISTA INDIVIDUAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. -Ações lesivas a direitos trabalhistas individuais, tal como o não pagamento de direitos trabalhistas pelo ex-empregador em decorrência de rescisão contratual, não configura crime contra a organização do trabalho, susceptível de fixar a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da Constituição Federal. -Conflito conhecido. Competência do Juízo Estadual, o suscitado. (STJ - CC: 22304 SP 1998/0033129-8, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 11/11/1998, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 18.12.1998 p. 288)

Nesse contexto, correto foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual fixou como incompetente a Justiça Federal, em virtude da lesão a direitos trabalhistas individuais não configurar o delito disposto pelo art. 203 do Código Penal por não preencher os seus requisitos. Além disso, destaca-se que ausente a fraude ou violência física na prática da conduta, não resta configurado o crime ora destacado.

4. AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO PENAL

O esforço do constituinte originário em dedicar espaço

no TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS para tutelar em específico a conduta da retenção dolosa do salário, consta no art.7º, inciso X, o qual emitiu norma de natureza proibitiva, que nas lições de Barroso (2014, p. 215) “são as que vedam determinada ação, interditam a conduta nela prevista, impondo um dever de abstenção”.

No intuito de garantir que o preceito proibitivo quanto a retenção dolosa do salário fosse cumprido, determinou a Constituição Federal conforme explanado, que tal conduta seria crime, na busca de enxertar a norma, o caráter preventivo da pena.

Destarte, trata-se de evidente mandado de criminalização, que segundo Muniz (2007, p. 255) “acabam atuando como uma forma de limitação da atuação do legislador ordinário, tendo em vista que o atendimento daqueles é obrigatório”.

Faz-se necessário destacar que tal determinação não recebeu a devida eficácia pretendida, na medida em que o legislador ordinário se manteve omissivo quanto à edição de tipo penal a fim de punir tal conduta, sendo indispensável a postura ativa do mesmo, pois tal norma, de eficácia limitada, depende de complementação para ser aplicada.

Sobre esse assunto, disserta Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra(2009, p. 408):

Ainda com relação ao princípio da integralidade do salário, o dispositivo constitucional estabelece, outrossim, a configuração do tipo penal decorrente da retenção dolosa do salário. Cuida-se, entretanto, de norma de eficácia limitada, cuja regulamentação ainda carece de atuação legislativa.

Diante disso, como inexistente tipificação da retenção dolosa do salário no código penal ou legislação penal especial, não há como puni-la na esfera criminal, visto que a norma constitucional que trata da mesma carece de normatividade jurídica necessária para a sua aplicação de plano.

5. DA NECESSÁRIA CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL AU-

TÔNOMO

Há que se sopesar que embora o direito penal tenha natureza de *ultima ratio*, em razão de ser regido pelo Princípio da Intervenção Mínima, sobre o qual preconiza GRECO (2013, p. 46): “O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância”, conforme já restou demonstrado, a esfera trabalhista não tem sido eficaz na tutela do bem jurídico inerente a retenção dolosa do salário visto ser comum a sua visualização na praxe trabalhista, desta feita, o cumprimento do mandado constitucional criminalizando tal conduta reflete como única medida hábil a promover a proteção dos direitos contemplados ao se proibir a prática da conduta ora descrita.

Ainda, faz-se imperativo destacar que a retenção dolosa do salário não busca penalizar a conduta em virtude do mero inadimplemento no pagamento da verba salarial, assim considerado apenas por sua essência patrimonial, mas por outra via, a tutela se revela de forma ampla a resguardar a própria dignidade do trabalhador, visto a natureza alimentar de tal verba, e, portanto, o não pagamento da mesma ocasiona lesão relevante a bem jurídico de extrema importância ao assalariado, restando necessária a proteção na esfera penal.

Nessa via, em que pese a tentativa doutrinária de enquadrar tal prática no delito de apropriação indébita, além do não preenchimento dos requisitos para a configuração do crime previsto no art. 168 do Código Penal conforme exposto alhures, é indubitável que a tutela do direito em apreço deve ser protegida pela tipificação autônoma, cuidando das situações específicas a que se sujeita a verificação da existência do crime.

Tratando das peculiaridades, a doutrina atribui ao legis-

lador ordinário no momento oportuno de editar a norma, a atribuição de definir se o crime abrange a retenção total ou também parcial do salário, ou se tal ato será feito de uma vez ou várias vezes (MARTINS, 2011).

Salienta-se que a retenção parcial do salário não deve ser relegada ao desmerecimento, sendo, portanto, passível de penalização. Por outro lado, deve ser afastado do enquadramento típico-penal, conforme já exposto anteriormente, as situações em que o próprio ordenamento jurídico autoriza a retenção ou descontos, pois nestes casos a conduta não é antijurídica.

Por outro lado, o crime restará configurado quando o empregador realizar os descontos salariais não excetuados na lei ou na Súmula 342 do TST, frisando que, em caso de autorização do desconto, emanada por coação ou qualquer meio vicioso de vontade, o mesmo carece de validade, sendo devida a restituição, e enquadrando-se a conduta no delito em apreço.

Ressalta-se que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no ano seguinte, foi apresentado o primeiro projeto para regulamentar tal crime, a saber, o PL nº 3.943/1989, que se encontra parado desde o ano de 1996 no Congresso Nacional.

Outros projetos também foram apresentados com o mesmo intuito, tais como o PL nº 4072/2008:

PROJETO DE LEI NO 4072 , DE 2008 (Do Sr. Juvenil)

Acrescenta o inciso III ao art. 203 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que institui o Código Penal. O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei acrescenta o inciso III ao art. 203 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que institui o Código Penal, para tipificar a conduta retenção dolosa do salário, em conformidade com o art. 7º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 2º O art. 203 do Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso III:

“Art.203.....

III – retém dolosamente o salário, remuneração ou valores destinados à subsistência da pessoa;
(NR)”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
 (BRASIL, 2008).

Nesse, buscou-se a inserção do delito da retenção dolosa do salário no crime previsto pelo art. 203 do Código Penal, configurando-o como mera frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista, e também, vincula a caracterização do crime ao emprego de fraude ou violência. Nessa via, permaneceria a lacuna legal quanto à criminalização da retenção dolosa do salário, pois o comando constitucional não a submete a nenhum elemento adicional, sendo crime a retenção pura e simples, independente de fraude ou violência.

Assim, conforme já afirmado anteriormente, restaria por inadequada a inclusão da retenção dolosa no delito supracitado, visto não atender a *mens legis* constitucional, que seria cumprida na edição de um tipo penal autônomo, na medida em que possui bem jurídico e peculiaridades próprias, tais como a retenção parcial/total, entre outras, que exigem um tratamento específico.

Posteriormente, a fim de atender a tipificação autônoma da retenção dolosa do salário, foi apresentado pelo Deputado Federal Jovair Arantes, o PL 5501/2009, resolvendo inclusive as conjecturas em relação à retenção do salário parcial ou total:

PROJETO DE LEI Nº 5501, DE 2009 (Do Sr. Jovair Arantes)
Acréscio artigo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei acresce artigo ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar penalmente a retenção dolosa de salários em conformidade com o disposto no inciso X do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 2º O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 203-A:

“Art. 203-A. Reter, na condição de empregador, no todo ou em parte, salário, remuneração ou outra retribuição devida ao empregado em razão de seu trabalho.

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

(BRASIL, 2009).

Embora tenha sido elaborado um novo projeto, como dito alhures, este, assim como os anteriores, foi pensado ao original e, por conseguinte, encontra-se engessado pela morosidade legislativa, estando sem movimentação desde 28/02/2011, conforme consta no site da Câmara de Deputados.

Por consequência da inércia legislativa e omissão quanto a criminalização da retenção dolosa do salário, impossibilita-se a visualização do caráter coercitivo e preventivo da sanção penal, sendo este, indispensável para evitar a continuidade ou diminuir a prática da conduta discutida, pois, segundo o Marquês de Beccaria (2012, p. 37), o objetivo da pena:

[...] não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e o modo de infligi-las devem ser escolhida de maneira a causar a mais forte duradoura impressão na mente dos outros, com o mínimo tormento ao corpo do criminoso.

Isto posto, não havendo tipo penal da retenção dolosa do salário, verifica-se que o empregador não sofre com o caráter preventivo da sanção penal, mas somente com os reflexos econômicos, por essa razão, é comum que o empregador não realize o adimplemento da verba salarial e demais direitos trabalhistas. Por outro lado, se houvesse norma legal penalizando com restrição à liberdade de locomoção todos os que indevidamente e dolosamente retivessem o salário, possivelmente os trabalhadores seriam devidamente respeitados.

Deste modo, em que pese o caráter de direito fundamental da disposição contida no art. 7º, inciso X da Constituição Federal, esta não vem merecendo a devida atenção, conforme leciona Barroso (2014, p. 72):

Um direito subjetivo constitucional confere a seu titular a fa-

culdade de invocar a norma da Constituição para assegurar o desfrute da situação jurídica nela contemplada. Consoante a doutrina clássica, é o poder de ação, fundado na norma, para a tutela de bem ou interesse próprio [...] Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados.

Inegável nesse contexto, o direito subjetivo da massa trabalhadora brasileira quanto à ampla tutela da verba salarial, especialmente por se tratar de direito caracterizado por sua natureza alimentícia, e, portanto, inerente a garantia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tido como sustentáculo, no que tange a esfera trabalhista, ao Princípio da Proteção do Trabalhador, e também, bussolar ao conteúdo compilado nos demais dispositivos legais infraconstitucionais.

CONCLUSÃO

Conforme exaustivamente explanado sobre a indubitável importância da verba salarial, é imperioso que o Poder Legislativo tutele plenamente tal verba. Neste pesar, conforme já exauridas as conjecturas acerca do enquadramento típico-penal da retenção dolosa do salário a figuras já previstas no Código Penal, queda-se como inevitável que tal Poder exerça de maneira eficaz o comando constitucional disposto no artigo 7º, inciso X, por meio da compilação de um tipo penal específico para punir a conduta do empregador que retenha dolosamente o salário, na medida em que a punição na esfera trabalhista, embora exista, resulta apenas na rescisão indireta no contrato de trabalho e na condenação do empregador em danos morais.

Nesse contexto, tais medidas aplicadas na seara do Direito do Trabalho se revelam deficientes para prevenir a prática da conduta em apreço, tendo em vista que mesmo com elas, frisa-se: quando levadas tais questões ao judiciário, é comum na jurisprudência a sua prática, e em razão da lacuna legal exis-

tente, o empregador não sente os reflexos da sanção penal, a qual seria evidentemente eficaz não apenas na punição da conduta, mas quanto ao cumprimento da função preventiva da pena, munida de importância, a fim de elidir a retenção do salário, que não lesa direito meramente patrimonial, mas sim, fundamental a pessoa humana!



REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BECCARIA, Cessare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter books, 2012.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *COMENTÁRIOS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 6522/2013*. Acrescenta parágrafo ao art. 459 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a indenização por atraso no pagamento de salário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=595516>> Acesso em: 05 out. 2014.
- _____. Congresso Nacional. *Projeto de lei 5501/2009*. Acresce artigo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=440336>> Acesso em: 05 out. 2014.

-
- _____. Congresso Nacional. *Projeto de lei 4072/2008*. Acrescenta o inciso III ao art. 203 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que institui o Código Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411086>> Acesso em: 05 out. 2014.
- _____. *Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Mini Vade Mecum Trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos. 2. ed. ver.; ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Decreto-Lei 368, de 19 de dezembro de 1968*. Dispõe sobre efeitos de débitos salariais e dá outras providências. Mini Vade Mecum Trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos. 2. ed. ver.; ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Lei 4.923, de 23 de dezembro de 1965*. Institui o cadastro permanente das admissões e dispensas de empregados, estabelece medidas contra desemprego e da assistência aos desempregados, e dá outras providências. Mini Vade Mecum Trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos. 2. ed. ver.; ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial da SDI-1 nº 358. Salário Mínimo e piso salarial proporcional à jornada reduzida. Possibilidade. In: Mini Vade Mecum Trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos. 2. ed. ver.; ampl. e atual. *Orientações jurisprudenciais da SDI – I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 13. In: Mini Vade Mecum Trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos. 2. ed. ver.; ampl. e atual. *Súmulas do*

Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 342: Descontos salariais. Art. 462, CLT. In: *Mini Vade Mecum Trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos*. 2. ed. ver.; ampl. e atual. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 381: Correção monetária. Salário. Art.495 da CLT. (Conversão da Orientação Jurisprudencial 124 da SDI – 1. In: *Mini Vade Mecum Trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos*. 2. ed. ver.; ampl. e atual. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 22304 SP (1998/0033129-8), Relator: Ministro Vicente Leal, Suscitante: Juízo Federal da 5ª Vara de Santos/SP, Suscitado: Juiz de Direito de Jacupiranga/SP, Data de Publicação: 18/12/1998 p. 288. *Lex*: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458176/conflito-de-competencia-cc-22304-sp-1998-0033129-8>> Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 177508 PB (2010/0118366-6), Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Impetrante: Impetrante: Vital Borba de Araújo Junior e outros, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Data de Publicação: 26/08/2013. *Lex*: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24135975/habeas-corpus-hc-177508-pb-2010-0118366-6-stj>> Acesso em: 05 out. 2014.

- _____. Tribunal Regional do Trabalho – 4º Região. Recurso Ordinário: 00007250320125040205 RS (0000725-03.2012.5.04.0205), Relator: Marcelo José Ferlin D Ambroso, Reclamante: Fátima Terezinha Maidana, Reclamada: Forte Administradora de Serviços de Limpeza Ltda. Data de Julgamento: 15/05/2014. *Lex*: Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129129776/recurso-ordinario-ro-7250320125040205-rs-0000725-0320125040205>> Acesso em: 05 out. 2014.
- _____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Atualizada até a emenda constitucional nº 76, de 26/11/2013. Vade Mecum. ed. especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Vade Mecum. ed. Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art. 121 a 212)*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (art. 1º ao 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História Divalte*. 2. ed. São Paulo: Ática. 2003.
- GENEBRA. *Convenção nº 95/1949 da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/463>> Acesso em: 05 out. 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

- JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal: Parte especial*, vol. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MUNIZ, Ronaldo Pereira. Crimes Decorrentes do preconceito – Lei nº 7.716/89: Análise dos princípios e dos mandados de criminalização. *Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente - São Paulo*, ano 10, vol. 12, p. 249-280, dezem. 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> acesso em: 05 out. 2014.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.
- WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. 1. ed. São Paulo: Cia das letras, 2005.
- ZIPPERER, André Gonçalves. Tutela penal dos direitos trabalhistas: anotação na CTPS e direito ao salário. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*. Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 13-38, jan./fev. 2013.