

# TUTELA PENAL DO DIREITO AO SALÁRIO<sup>(\*)</sup>

*Eduardo Milléo Baracat<sup>(\*\*)</sup>*

**Sumário:** 1. O problema da (in)eficácia do Direito do Trabalho; 2. O bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e o salário; 3. A aplicação do art. 7º, X, da Constituição da República; 4. Da apropriação indébita realizada por preposto do empregador; 5. Da norma a ser criada; 6. Conclusão.

## 1. O problema da (in)eficácia do Direito do Trabalho

As normas trabalhistas que geram obrigações aos empregadores não dispõem de real eficácia no âmbito das relações de trabalho.<sup>(1)</sup> O descumprimento de determinada lei trabalhista, hoje, pelo patrão, não resultará, imediatamente, no plano jurídico, qualquer efeito.<sup>(2)</sup>

O empregador não receia violar uma norma trabalhista porque não há um sistema efetivo de coação ou de intimidação no ordenamento jurídico trabalhista.<sup>(3)</sup> Quando muito, o empregador responde a uma ação trabalhista, beneficiando-se da prescrição, da lentidão do Poder Judiciário,

---

<sup>(\*)</sup> Este artigo é adaptação de capítulo, sob o mesmo título, de dissertação de mestrado intitulada "Proteção do Salário no Direito Brasileiro".

<sup>(\*\*)</sup> Juiz-Presidente da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Foz do Iguaçu.

<sup>(1)</sup> Se a norma é descumprida pelo empregado, o empregador pode lançar mão de seu poder disciplinar, sendo-lhe facultado, em determinados casos (CLT, art. 482), inclusive dispensar o empregado com justa causa. O empregado, em tese, poderá, em algumas hipóteses (CLT, art. 483), rescindir o contrato por justa causa do empregador, mas esta hipótese é irreal, ao menos para a grande maioria dos trabalhadores, que necessitam do emprego, e, dessa forma, suportam as violações legais realizadas pelo patrão.

<sup>(2)</sup> No plano social, o descumprimento de normas trabalhistas pelo empregador tem efeitos imediatos, como, por exemplo, o não pagamento dos salários dos empregados pode gerar insegurança social.

<sup>(3)</sup> A CLT, atualizada por algumas leis esparsas (Leis 6.986, de 13/04/82 e 7.855, de 24/10/89), possui um sistema de multas por infrações, que devem ser aplicadas, administrativamente, pela DRT, mas que é inoperante, por que o valor das multas é ínfimo (em torno de 160 UFIR por trabalhador prejudicado), e também porque a fiscalização é inoperante, mormente por falta de recursos materiais.

dos infindáveis recursos postos à sua disposição para protelar a solução final do litígio. como também da necessidade premente do trabalhador. que para materializar parte de seus direitos trabalhistas - necessários à subsistência própria e da família - abre mão da outra parte. transigindo com o patrão.

No âmbito dos salários. por exemplo. o empregador que deixa de pagá-lo a um ou a dezenas de empregados. ou efetua o pagamento fora dos prazos previstos em lei. acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas. estará sujeito apenas a multa administrativa de 160 BTN por trabalhador prejudicado salvo motivo de força maior.<sup>(4)</sup>

O art. 467 da CLT. ainda no caso dos salários. como outro exemplo. não possui a eficácia desejada. pois não intimida o empregador. nem. tampouco lhe causa temor por descumprir a norma trabalhista que determina pagamento de salário integral. no prazo legal.<sup>(5)</sup>

Percebe-se tendência atual. no âmbito do direito de outros países. e mesmo no direito brasileiro. de se criar um Direito Penal do

---

<sup>(4)</sup> Art. 4º, da Lei 7.855, de 24/10/89.

<sup>(5)</sup> O art. 467 da CLT dispõe: "Em caso de rescisão do contrato de trabalho, motivada pelo empregador ou pelo empregado, e havendo controvérsia sobre parte da importância dos salários, o primeiro é obrigado a pagar a este, à data do seu comparecimento ao tribunal de trabalho, a parte incontroversa dos mesmos salários, sob pena de ser, quanto a essa parte, condenado a pagá-la em dobro." A dobra salarial é devida somente se houver ausência de controvérsia quanto ao crédito salarial do emprego, não sendo aceita a controvérsia irreal ou falsa; mesmo assim somente quando da audiência - o que presume ajuizamento de ação trabalhista -, que muitas vezes leva meses ou até anos. Ou seja, o empregador pode deixar de pagar os salários referentes a diversos meses nos prazos legais, e, desde que os pague em audiência, estará livre da penalidade da dobra salarial. Saliente-se, ainda, que a dobra salarial apenas será devida se houver rescisão contratual, o que significa que se o contrato de trabalho ainda vigorar, mesmo que haja disputa judicial, não será devida a dobra. Saliente-se, finalmente, que nos tribunais predomina o entendimento de que somente cabe a dobra sobre o salário em sentido estrito, conforme a seguinte decisão: "Art. 467 da CLT. Trata-se de penalidade e a interpretação não pode ser extensiva para atingir as verbas ditas rescisórias. Atinge, apenas, o salário em sentido estrito, e quando não houver controvérsia sobre o mesmo. TRT/SP 02860157853 (Ac. 1ª T. 20.240/90) Rel. Carlos Francisco Berardo. DJSP 08/11/90" (FERRARI, Iramy & MARTINS, Melchíades R. Julgados Trabalhistas Seleccionados. LTr: SP, 1992, p. 469).

Trabalho, com o objetivo de tutelar bens jurídicos essenciais do trabalhador, de modo a tornar eficaz a norma trabalhista

Em França, escreve Maurice Cohen que, "a criação de um direito penal do trabalho aparece no mundo inteiro como o complemento indispensável do direito do trabalho para conceder a este uma verdadeira eficácia".<sup>(6)</sup> enquanto André Virtu afirma que "As sanções repressivas revelam-se, actualmente, o único meio de compelir eficazmente os empregadores a respeitar a exigências de um direito ao qual eles obedecem dificilmente"<sup>(7)</sup>

No âmbito da legislação francesa, o art L 263-2 do Código de Trabalho francês prevê que os proprietários, gerentes ou prepostos que tenham violado disposições referentes à higiene, segurança e condições de trabalho previstas (nos capítulos I, II e III do Segundo Livro) sejam punidos com multa de 500 a 1 500 francos<sup>(8)</sup> Já o art L 263-2-1 do mesmo Código dispõe que quando uma das infrações enumeradas na alínea 1ª do art 263-2 (relativas à higiene, segurança e condições de trabalho), cometida por preposto, tenha provocado a morte ou ferimentos nas condições definidas pelos arts 319 e 320 do Código Penal francês, ou, involuntariamente, ferimentos, golpes ou doenças que não acarretem incapacidade total de trabalho superior a três meses o tribunal pode, tendo em vista as circunstâncias do fato e das condições de trabalho do interessado, condenar o empregador a pagar as multas fixadas e as custas judiciais<sup>(9)</sup>

---

<sup>(6)</sup> *Les Sanctions Penales en Droit du Travail Revue Internationale du Travail*, vol 115, n 1 1977, p 24, apud ALLADO, João Leal, op cit, p 235-236

<sup>(7)</sup> *Traite de Droit Criminel, Droit Penal Special*, Paris 1982, p 864-865, apud ALLADO, João Leal op cit p 242

<sup>(8)</sup> Equivalente a 100 e 3 000 reais O art L 263-2 do Code de Travail esta assim redigido no original "Les chefs d'établissement, directeurs, gerants ou preposes qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des chapitres I, II et III du titre III du present livre, ainsi que les autres personnes qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des articles L 231-6, L 231-7, L 232-2, L 233-5 et L 233-7 dudit livre et des reglements d'administration publique pris pour leur execution sont punis d'une amende de 500 a 15 000F "

<sup>(9)</sup> O art L 263-2-1 do Code du Travail tem a seguinte redação original "Lorsqu'une des infractions énumérées a l'alinéa 1er de l'article L 263-2, qui a provoqué la mort ou des blessures dans les conditions définies aux articles 319 et 320 du Code Penal ou, involontairement, des blessures, coups ou maladies n'entraînant pas une incapacité totale de travail personnelle supérieure à trois

Nota-se que o Código do Trabalho francês, no art. L. 263-2-1 citado, não prevê responsabilidade administrativa dos empregadores, gerentes, diretores e prepostos, mas penal.<sup>(10)</sup> O que caracteriza a responsabilidade criminal, e não administrativa, no caso, é que a multa pode ser cumulada com a pena de prisão.<sup>(11)</sup>

Na Itália, Aldo Aranguren aduz que a tutela dos direitos dos trabalhadores, além de ser garantida em sede jurisdicional, está também integrada a um sistema de sanções penais, que tem por objetivo assegurar a realização da norma trabalhista,<sup>(12)</sup> lembrando Santo-Passarelli que existe sanção penal, particularmente severa (reclusão até dois anos e pena acessória) na hipótese de omissão ou falsidade no registro do empregado.<sup>(13)</sup>

Já em Portugal, Leal Amado sustenta que “o direito ao salário não só merece uma adequada tutela penal como ainda carece efetivamente dessa tutela”.<sup>(14)</sup>

No ordenamento jurídico penal brasileiro já existem normas que tutelam bens relativos exclusivamente aos trabalhadores. É o que se vê do Título IV da Parte Especial do Código Penal que trata Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho (arts. 197 a 207).

Ocorre, todavia, que o legislador de 1940 procurou tutelar principalmente bens jurídicos coletivos dos trabalhadores, não se preocupando (muito) com os interesses individuais. Observa-se, assim, que ao contrário da expressão “liberdade de trabalho”, utilizada no Código Penal

---

*mois, a été commise par un préposé, le tribunal peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées et des frais de justice sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur.”*

<sup>(10)</sup> Nesse sentido, Merle e Vitu, citados por Walter C. Rothenburg, afirmam que o art. L.263-2-1 do Code du Travail “introduz no direito francês uma responsabilidade quase penal das empresas” (Dissertação de Mestrado “Societas Delinquere Potest - estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica).

<sup>(11)</sup> Fragoso, Heleno C. Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral. 8ª ed. Forense: 1985, RJ, p. 828.

<sup>(12)</sup> *La tutela dei diritti dei lavoratori. Cedam: Padova, 1981, p. 119.*

<sup>(13)</sup> *Nozioni di Diritto del Lavoro. 35ª edizione. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1993, p. 300.*

<sup>(14)</sup> *Op. cit., p. 242. Leal Amado também alude à existência de lei em Portugal, denominada Lei dos Salários em Atraso (L 17'86, de 14-6), que regula, de forma tímida, a questão referente à retenção salarial.*

anterior. criou-se um título que ressaltasse o âmbito coletivo do bem tutelado (“Organização do Trabalho”).

Na exposição de motivos da Parte Especial do atual CP salta aos olhos a intenção de tutelar antes bens coletivos do que individuais, conforme a seguinte passagem: “A proteção jurídica já não é concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos.”<sup>(15)</sup>

Mesmo assim, não foram trazidos para o campo do ilícito penal todos os fatos contrários à organização do trabalho, mas somente aqueles que se fazem acompanhar da violência ou da fraude.<sup>(16)</sup>

Constata-se, dessa forma, que o bem jurídico individual do empregado, que for ofendido sem violência ou fraude - o que ocorre na maioria dos casos-, não está tutelado pelas normas existentes no Título IV da Parte Especial do CP.

A Constituição da República, de certa forma, semeou a primeira semente originária de um Direito Penal Individual do Trabalho, ao dispor, no art. 7º, X, que é direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.<sup>(17)</sup>

Verifica-se que a questão da ausência de real eficácia do Direito do Trabalho - pelo menos em parte - é o principal argumento daqueles que defendem a criação de um direito penal que tutele também bens jurídicos afetos exclusivamente aos trabalhadores.

Pois bem. O Direito Penal do Trabalho surge, dessa forma, para solucionar o problema da eficácia do Direito Individual do Trabalho, pois imporia, através da pena criminal, aos descumpridores das normas

---

<sup>(15)</sup> Número 67.

<sup>(16)</sup> *Idem*.

<sup>(17)</sup> O art. 203 do CP (“Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”), de certa forma, tutela bem jurídico individual do trabalhador, mas desde que violado mediante fraude ou violência, ou seja, de forma bastante restrita.

trabalhistas - sobretudo as mais importantes, como, por exemplo, aquelas relativas ao pagamento do salário - o sentimento de temor (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que fossem evitadas condutas proibidas.<sup>(18)</sup> criando, dessa forma, uma prevenção geral ao descumprimento da norma trabalhista.

Os direitos dos trabalhadores decorrentes da relação de emprego, contudo, não estão em um mesmo plano hierárquico.<sup>(19)</sup> o que significa que nem todos merecem ser tutelados por uma norma penal.

## **2. O bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e o salário**

Concebe-se o Direito Penal, atualmente, como a última alternativa para a tutela de bens jurídicos. Observa-se, dessa forma, o caráter subsidiário do Direito Penal, atuando “onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade”.<sup>(20)</sup>

Duas questões mostram-se demasiadamente importantes em face do que foi exposto até aqui. A primeira é a de se saber qual ou quais bens jurídicos o Direito Penal tutela; e a segunda, por consequência, se o salário é um bem jurídico que deve ser tutelado pelo Direito Penal.

Para Heleno Fragoso o Direito Penal “é disposto à preservação daqueles bens de maior significação e relevo, indispensáveis à vida em comum, visando assegurar a existência da sociedade e dos valores fundamentais da vida para o corpo social”.<sup>(21)</sup>

---

<sup>(18)</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 3ª ed. Saraiva: SP, 1987, p.3.

<sup>(19)</sup> Júlio Assumpção Malhadas sustenta que “No contrato de emprego, não há obrigações mais importantes e obrigações menos importantes. Se houvesse, porém, como classificar tais obrigações por ordem de importância, por certo não seria a salarial a mais importante” (*Algumas observações a propósito da proteção ao salário*. Rev. TRT 9ª Região. Curitiba, v.20, n.1.P. jan./dez. 1995, p. 126.

<sup>(20)</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>(21)</sup> *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. 8ª ed. Forense: RJ, 1985, p.2.

René Dotti leciona que “o direito penal é, por sua própria natureza, o defensor dos valores morais, sociais ou materiais que cabe ao Estado assegurar a proteção”.<sup>(22)</sup>

Quanto aos bens jurídicos, Francisco de Assis Toledo escreve que “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.<sup>(23)</sup>

Percebe-se, destarte, que não é qualquer bem jurídico que deve ser tutelado pelo Direito Penal, mas somente aquele, cuja violação causaria perigo para a existência harmoniosa da sociedade.

No tocante aos efeitos que causam sobre as relações sociais, a violação de determinadas normas trabalhistas ocasionam maior impacto (negativo) sobre a coletividade, do que o de outras normas da mesma natureza.

O descumprimento pelo empregador da obrigação de pagar salário é, sem dúvida, o que gera problemas sociais imediatos da maior gravidade, pois retira do empregado o único meio de que dispõe para sustento próprio e de sua família.<sup>(24)</sup>

O caráter alimentar do salário, portanto, confere-lhe atributo de bem jurídico essencial, necessitando de proteção especial do ordenamento jurídico.

Mas não é só. O não pagamento de salário acarreta problemas imediatos também na esfera sócio-econômica.

O sistema econômico brasileiro está sedimentado sobre o crédito. Isto é, somente tem acesso aos bens de consumo básicos, quem possui crédito junto aos agentes do mercado. O trabalhador que possui emprego

---

<sup>(22)</sup> *Reforma Penal Brasileira. Forense: RJ, 1988, p.50.*

<sup>(23)</sup> *Toledo complementa, ainda, esse conceito, com o caráter subsidiário do Direito Penal já referido. Op. cit., p. 16.*

<sup>(24)</sup> *Há outras normas trabalhistas que se descumpridas ocasionam também grande repercussão social negativa, podendo-se citar, exemplificativamente, às normas referentes à segurança e higiene do trabalho.*

adquire o *status* social de empregado, e, desse modo, tem acesso ao crédito, podendo adquirir bens de consumo para pagamento a prazo.

A ausência de pagamento de salários acarreta o inadimplemento pelo empregado das prestações contraídas no comércio, gerando efeitos em cadeia múltiplos que se sucedem de forma danosa também à economia, colocando em risco todo o sistema sócio-econômico.

Com efeito, um dos efeitos do não recebimento do salário, é o de que o empregado torna-se inadimplente, pois não tem os meios para cumprir suas obrigações, e, por via de consequência, perde o crédito junto à praça, deixando de ter acesso a bens de consumo, muitas vezes básicos, ficando à margem do processo social.<sup>(25)</sup> O trabalhador marginalizado passa a buscar a satisfação de suas necessidades básicas através de procedimentos ilícitos, como, por exemplo, o furto, o que gera, inevitavelmente, violência.<sup>(26)</sup>

Inegável, por outro lado, que o empregado que não recebe salário, tem sua condição psíquica afetada, perdendo sua aptidão produtiva normal, o que causa redução, ao menos qualitativa, no processo produtivo e prejuízo à empresa.

As relações sociais do empregado nesta situação também se degradam, mormente em relação à família e aos colegas de trabalho, acarretando, não raro, efeitos sociais nefastos.

Percebe-se, sem sombra de dúvidas, desta breve análise, que o salário encontra-se dentre aqueles bens jurídicos que se violado acarreta profundo estremecimento na paz social.

---

<sup>(25)</sup> Este mesmo argumento pode ser utilizado para defender a estabilidade no emprego, que é a fonte primeira do direito ao salário, como também o valor do salário suficiente para a aquisição dos bens de consumo básicos. Muitas vezes o trabalhador perde até mesmo o teto em que mora, pois sem salário não poderá adimplir o aluguel, permitindo a retomada do imóvel locado (Lei 8.245 91, art. 62).

<sup>(26)</sup> Márcio Túlio Viana, citando Louis Boisson, escreve nesse sentido: "a redução do salário - afetando o precário equilíbrio da vida do trabalhador - pode levar até ao crime. Com freqüência, não tem ele a resistência moral suficiente para resistir, e, ao invés de tentar recompor o seu padrão de vida, deixa-se levar pela correnteza das dívidas e das soluções perigosas..." (Direito de Resistência, LTr: SP, 1996, p. 274).

Vê-se, mesmo sucintamente, que a ausência de eficácia da norma trabalhista no tocante ao pagamento do salário causa danos sociais e econômicos indelévels, necessitando de uma tutela mais eficiente e específica por parte do ordenamento jurídico, o que pode ser feito através do Direito Penal, atendendo seu caráter subsidiário.

A indagação inevitável que se faz a seguir é a de que se não haveria, com a incriminação da retenção salarial, apenas mais uma norma penal, inflacionando o direito criminal, que, por sua vez, perderia seu caráter subsidiário, pois passaria a tutelar uma gama muito grande de direitos, tornando-se, por conseguinte, desacreditado.

Este, aliás, é o argumento daqueles que defendem a descriminalização do Direito Penal, já que, conforme escreve René Dotti, o “recurso excessivo às leis criminais como instrumento de proteção de todo e qualquer interesse do Estado gerou a hipertrofia do direito criminal”, tendo conseqüências graves, pois a “criminalização de normas destituídas do cerne dos valores éticos essenciais à vida em sociedade - que está na base do direito criminal - compromete a dignidade, desentroniza o sentido destas penas e a função dos tribunais que as aplicam”, de modo que “chega-se a dizer que os homens acabam por pensar ou concluir que já que tudo é criminalmente proibido, tudo passa afinal a ser permitido”.<sup>(27)</sup>

Os valores éticos essenciais à vida em sociedade, ou o “mínimo ético” como preferem alguns, são mutáveis, pois representam uma noção histórica, que oscila de acordo com os elementos sociais de cada tempo.<sup>(28)</sup>

Ao jurista cabe compreender estes elementos e depurar os valores que a sociedade anseia por maior proteção, ou como escrito por René Dotti: “o jurista deve agir como autêntico depositário da consciência pública.

---

<sup>(27)</sup> CORREIA, Eduardo, apud DOTTI, René, *op.cit.* p. 20. *Importante a advertência de René Dotti, de que “a descriminalização não poderá conduzir ao extremo de ignorar o sentimento jurídico do povo que exige a repressão de certas condutas, cuja impunidade a consciência pública não pode tolerar” (p. 37). Nesse sentido também é o magistério de Heleno Fragoso: “A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante” (op. cit., p.3).*

<sup>(28)</sup> ALADO, João Leal, *op. cit.*, p. 241.

vertendo-se sobre a realidade social e as aspirações mais profundas da comunidade”.<sup>(29)</sup>

Necessário, no entanto, que se estabeleçam critérios para se operar a política atual de descriminalização pretendida, para não soar arbitrária e casuística. A seleção dos valores que deverão ser tutelados pelo Direito Penal deverá ser feita à luz dos Direitos e Garantias Fundamentais elevados ao plano constitucional, já que é na Constituição que está o fundamento de todo o ordenamento jurídico, encontrando-se no ápice da hierarquia dos bens e valores a tutelar.<sup>(30)</sup>

A criminalização do inadimplemento salarial encontra-se de acordo com o sistema penal vigente, que é o de tutelar os meios de subsistência da família. Com efeito, o art. 5º, LXVIII da Constituição autoriza a prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.<sup>(31)</sup>

O salário é, sem dúvida, na estrutura sócio-econômica vigente, um dos bens jurídicos que merece tutela especial do Estado, podendo-se afirmar que a privação do trabalhador dos meios materiais que necessita para viver dignamente -ou seja, o salário- é a principal causa dos males que atingem a sociedade moderna.

---

<sup>(29)</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>(30)</sup> João Leal Amado afirma que a “*Actividade punitiva que, portanto, vem a encontrar na Constituição o seu fundamento, na medida em que esta de algum modo lhe confere catálogo e a hierarquia dos bens e valores a tutelar*” (*Op. cit.*, o, 239). José Afonso da Silva explica que os “*Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada a designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados*” (*op. cit.*, p. 159).

<sup>(31)</sup> reza o inciso LXVIII do art. 5º da CR: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

No plano normativo-constitucional, a proteção ao salário está consagrada como direito e garantia fundamental do trabalhador, conforme art. 7º. VI. VII. e. sobretudo. X.

### 3. A aplicação do art. 7º, X, da Constituição da República

A norma em mira possui duas partes, que se completam, mas que podem ser separadas e radiografadas para estudo e compreensão.

A primeira parte é “*proteção do salário na forma da lei*”; e a segunda, “*constituindo crime sua retenção dolosa*”.

Na primeira parte há previsão de leis infraconstitucionais integradoras da norma constitucional (“na forma da lei”), que, no caso específico, já existem. É o caso da irredutibilidade salarial (CR, art. 7º, VI), proibição de descontos, salvo exceções legais (CLT, art. 462), proibição do *truck system* (CLT, art. 462, § 2º), limites quanto ao tempo e lugar do pagamento (CLT, arts. 444 e 495), proteção diante dos credores do empregador (CLT, art. 449), proibição de penhora (CPC, art. 649, IV), proibição de cessão (CLT, arts. 463, parágrafo único e 464), proteção em face de quem tem autoridade sobre o assalariado menor (CLT, art. 439) e proteção diante do inadimplemento do subempreiteiro e empreiteiro (CLT, art. 455).

No tocante à segunda parte do preceito, todavia, não há previsão constitucional de que sua aplicabilidade dependa de lei ordinária a ser editada. Do ponto de vista do Direito Penal, no entanto, não contém todos os elementos necessários para a caracterização da conduta típica, ou seja, “o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível”.<sup>(32)</sup>

O inciso X, do art. 7º, da Constituição não descreve adequadamente a característica objetiva do tipo, pois se limita a mencionar “retenção do salário”, sem especificar se integral ou parcial, se uma única vez, ou se haveria necessidade de reincidência.

---

<sup>(32)</sup> FRAGOSO, Heleno, *op. cit.*, p. 156.

A característica subjetiva do fato punível, contudo, está suficientemente descrita pelo preceito em exame, já expressamente menciona a necessidade de dolo do agente.<sup>(33)</sup>

Percebe-se, ademais, que além de o inciso X, do art. 7º da Constituição não descrever adequadamente a conduta típica, faltam-lhe outros elementos indispensáveis, quais sejam, o estabelecimento da sanção, e as condições de aplicação da sanção penal.<sup>(34)</sup>

A segunda parte do preceito em foco caracteriza-se por ser uma norma penal em branco, pois necessita ser complementada por outra disposição legal.<sup>(35)</sup>

Inexiste, todavia, norma infraconstitucional integradora do inciso X, do art. 7º no ordenamento jurídico pátrio vigente.

José Afonso da Silva sustenta expressamente que “A segunda parte do dispositivo já define como crime retenção dolosa do salário, o que, nos termos da legislação penal vigente, caracteriza apropriação indébita.” O art. 168 do CP trata do crime de apropriação indébita.<sup>(36)</sup>

É demasiadamente sedutor este entendimento do ponto de vista do Direito do Trabalho, mas encontra sérios obstáculos de ordem penal.

---

<sup>(33)</sup> Francisco de Assis Toledo expõe que os **elementos objetivos** são todas as circunstâncias da ação típica que não pertençam ao psiquismo, ao mundo anímico do agente, sendo independentes do sujeito agente, e que devem ser alcançados pelo dolo do agente, dividindo-se em **descritivos** - que exprimem juízos de realidade (fenômenos ou coisas apreensíveis diretamente pelo intérprete, como, v. g., “matar”, “coisa”, “filho”, etc.) -, e **normativos** - constituídos por termos ou expressões que só adquirem sentido quando completados por um juízo de valor, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais, como v. g., “coisa alheia”, “propriedade”, “funcionários públicos”, etc.; enquanto os **elementos subjetivos** são os fenômenos anímicos do agente, ou seja, o dolo, especiais motivos, tendências, intenções. *Op. cit.*, p. 141-142.

<sup>(34)</sup> Heleno Fragoso leciona que “A norma penal é constituída do conjunto formado pelo preceito e a sanção, que constituem unidade lógica indissolúvel” (*op. cit.*, p. 76).

<sup>(35)</sup> FRAGOSO, Heleno, *op. cit.*, p. 76.

<sup>(36)</sup> *Op. cit.*, p. 261. Reza o art. 168 do CP: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

O principal entrave a esta interpretação é a própria Constituição, art. 5º, XXIX, que consagra o *princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal*.

Deste princípio decorre a inevitável conclusão de que só “a ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena”, de modo que apenas através “da lei a pena ameaçada se liga ao fato como o pressuposto jurídico necessário”.<sup>(37)</sup>

Percebe-se, desse modo, que o art. 168 do CP não integra o art. 7º, X, da Constituição.

A interpretação que procura definir como crime de apropriação indébita a retenção salarial, socorre-se, a bem da verdade, do método analógico<sup>(38)</sup>, o que é vedado pelo mesmo princípio da reserva legal referido.<sup>(39)</sup>

Com efeito, o princípio da reserva legal procura, através da definição exata da conduta delituosa e da correspondente sanção, garantir ao indivíduo que não será punido pelo Estado, se não realizar determinada conduta especificamente prevista em lei (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

A aplicação analógica de crimes e penas compromete a segurança do indivíduo, pois poderia ser punido pelo Poder Público em virtude de interpretações que oscilam ao sabor do intérprete, favorecendo o arbítrio, e sem que houvesse a prévia ameaça legal.

Percebe-se, destarte, que a ausência de ameaça legal (como segurança jurídica) é o principal fundamento para não caracterizar crime de

---

<sup>(37)</sup> FRAGOSO, Heleno. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>(38)</sup> Heleno Fragoso explica a distinção entre analogia e interpretação extensiva: “Há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao qual existem as mesmas razões que fundamentam a disposição legal. A analogia distingue-se da interpretação extensiva, porque nesta não falta a vontade da lei, mas tão-somente a expressão verbal que a ela corresponda.” (*Op. cit.*, p. 87).

<sup>(39)</sup> Heleno Fragoso escreve que no Direito Penal a analogia é admissível, em princípio, nos casos em que beneficia o réu, mas não pode ser acolhida em relação às normas excepcionais (*Op. cit.*, p. 88).

apropriação indébita a retenção salarial, de acordo com o ordenamento jurídico atual. Em outras palavras, em virtude da inexistência de lei específica, não há ameaça sobre os empregadores de que se não pagarem salários no prazo legal incorreram em crime.

Indispensável, portanto, lei específica integradora da segunda parte do inciso X do art. 7º da Constituição.

O que induz à conclusão alcançada por José Afonso da Silva, ao que parece, é de que o preceito insculpido no inciso X do art. 7º, da Constituição Brasileira<sup>(40)</sup> está inserido no Capítulo II, que trata Dos Direitos Sociais, o qual, por sua vez, integra o Título II da Lei Maior, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Tem-se, desse modo, em uma análise inicial, que o preceito em tela contém direito e garantia fundamental do trabalhador.

Nesse sentido, não se pode olvidar o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição, no sentido de que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Do ponto de vista do Direito Constitucional e do Trabalho cai como uma luva, no caso, a doutrina de Canotilho referente à *aplicabilidade direta das normas de direitos, liberdades e garantias*.

Defende este autor que seja afastada, desde logo, a “idéia criacionista` conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal”, afirmando, ainda, que, na época atual “se assistia à deslocação da doutrina dos ‘direitos fundamentais dentro da reserva de lei’ para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*”, ou seja, os direitos fundamentais previstos na Lei Maior, só existiriam, de fato, se uma lei ordinária assim prever, o que, em realidade, inverte, negativamente, a escala hierárquica do ordenamento jurídico.<sup>(41)</sup>

---

<sup>(40)</sup> Reza o art. 7º, X, da Constituição Brasileira: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

<sup>(41)</sup> *Direito Constitucional*, 6ª ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 192.

Essa conclusão, embora correta, é insuficiente para resolver a questão relativa à aplicabilidade e eficácia da norma constitucional em foco, pois conforme adverte Canotilho. “A complexa articulação da ‘textura aberta’ da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil.” tendo em vista, continua o autor português, a tendência da doutrina clássica de classificar algumas normas constitucionais de programáticas, como se fossem “‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade” Atualmente, prossegue o mesmo autor, pode e deve dizer-se que “não há normas constitucionais programáticas”, mas “normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional”<sup>(42)</sup>

Predomina no Direito brasileiro, contudo, o entendimento de que o art 7º. X. da Constituição da República não é auto-aplicável, ao fundamento de que “a definição de delito e a cominação da sanção dependem de lei ordinária, visto que a própria Constituição declara não haver crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal (art 5º XXXIV)”<sup>(43)</sup>

Concebe-se o inciso X, do art 7º da Lei Maior como uma norma programática, ou de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta<sup>(44)</sup>

---

<sup>(42)</sup> *Idem*, p 189

<sup>(43)</sup> GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson *Curso de Direito do Trabalho Vols I e II 1ª ed Forense Rio de Janeiro, 1991, 926 p*

<sup>(44)</sup> Jose Afonso da Silva classifica as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais como de eficácia contida e aplicabilidade imediata, “enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicação indireta” (*Curso de Direito Constitucional Positivo 6ª ed RT SP, 1990, p 161*) Para Jose Afonso da Silva as normas constitucionais são classificadas, quanto a eficácia e aplicabilidade, em I - normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, que incidem imediatamente e dispensam legislação complementar, II - normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, porque prevêm meios normativos que as integram e limitam, III - normas de eficácia limitada a) declaratória de princípios institutivos

Em outras palavras significa que por mais que a Constituição da República disponha ser crime a retenção dolosa do salário, esta norma não pode ser aplicada no caso concreto pelo juiz, porque não existe lei ordinária específica que a integre, definindo precisa e adequadamente o tipo penal <sup>(45)</sup>

#### **4. Da apropriação indébita realizada por preposto do empregador**

É possível, em tese, sustentar, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, a existência de crime de apropriação indébita de procurador, preposto gerente ou chefe de departamento da pessoa jurídica empregadora que, contrariamente a determinação de quem possui o poder de comando da empresa, deixa de efetuar o pagamento dos salários no prazo legal

A hipótese admitida é a do chefe de departamento pessoal ou feitor que, incumbido de realizar o pagamento dos salários aos empregados, dá destinação diversa ao numerário (CP, art 168), contrariando determinação do empregador

Vê-se que, no caso, a decisão de não pagar os salários não partiu de quem representa a pessoa jurídica empregadora, o que afasta a hipótese de retenção salarial prevista no art 7º, X, segunda parte, da Constituição

---

*ou organizativos, b) declaratoria de principios programaticos” (PINTO FERREIRA, Luiz Curso de Direito Constitucional 5ª ed Saraiva 1991, São Paulo, p 35)*

<sup>(45)</sup> *Helena Fragoso explica que “Tipo e o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível”, esclarecendo ainda que o tipo desempenha duas funções, a primeira e uma função de garantia, e a segunda, de fundamentar a ilicitude (antijuridicidade) do fato (Op cit, p 156 e 159) Para Francisco de Assis Toledo, “O tipo delitivo, como expressão esquemática de uma ação ilícita, ou como normação da conduta ilícita, contem, segundo supomos a) a proibição da conduta descrita, ou seja, o elemento valorativo que espelha o seu conteúdo material e atua como fator limitativo do juízo de adequação típica (as ações ou omissões etico-socialmente permitidas não podem estar abrangidas por um modelo de conduta proibida), b) a descrição da conduta proibida, isto é, o aspecto fático sobre que incide a valoração e a proibição da norma” (Op cit, p 140-141)*

Conclui-se, assim, que além de o ato de não pagar os salários ter caracterizado insubordinação, o que justificaria, inclusive, dispensa por justa causa, trata-se, sem dúvida, de crime de apropriação indébita.

Importa frisar que não haverá este crime, nas hipóteses de a empregadora ser pessoa jurídica, se a decisão de não pagar salários, partiu de quem tem poder de direção da empresa, pois este seria o caso da segunda parte do inciso X, do art. 7º da Lei Maior.

## 5. Da norma a ser criada

Pode-se admitir, em tese, que a lei a ser criada para integrar a segunda parte do inciso X do art. 7º da Constituição tenha a mesma feição do art. 168 do CP, já que se percebe claramente do teor do preceito constitucional a presença de alguns dos elementos que caracterizam o crime de apropriação indébita.

De fato,

O objeto da tutela jurídica do crime de apropriação indébita, esclarece Heleno Fragoso, é a proteção de direito patrimonial contra a apropriação ilícita de quem tem a posse de coisas móveis alheias.<sup>(46)</sup> O salário é um direito patrimonial do empregado que está na posse do empregador. A retenção do salário, portanto, poderia caracterizar-se apropriação ilícita de quem tem a posse de coisa alheia.<sup>(47)</sup>

O sujeito ativo do crime de apropriação indébita pode ser qualquer pessoa que tenha a posse ou detenha licitamente a coisa alheia.

---

<sup>(46)</sup> *Lições de Direito Penal. Parte Especial. Vol. 1. 10ª ed. Forense: RJ, 1988, p. 415. Julio Fabbrini Mirabete sustenta que o dinheiro pode ser objeto de apropriação, não no caso de mútuo, mas naquele em que entra na posse de alguém para a entrega ao proprietário (Manual de Direito Penal 2, 7ª ed. Atlas: SP, 1993, p. 262).*

<sup>(47)</sup> *O salário torna-se exigível no máximo até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido - salvo previsão contratual em contrário que pode antecipar a exigibilidade do direito -, quanto estipulado por mês (CLT, art. 459, § 1º), o que significa que após este dia se não houver pagamento, o empregador estará se apropriando ilicitamente do salário do empregado.*

objeto da ação.<sup>(48)</sup> O empregador, sem dúvida, até o salário tornar-se exigível, detém licitamente o dinheiro ou a utilidade devida ao empregado.

O sujeito passivo do crime de apropriação indébita será qualquer pessoa titular de direito patrimonial diretamente atingido pela ação delituosa.<sup>(49)</sup> O empregado é o sujeito passivo do crime de retenção salarial, pois é o titular do direito ao salário que será atingido pela ação delituosa.

O tipo objetivo do crime é a ação de apropriar-se de coisa alheia móvel, de que o agente tem a posse lícita da coisa, anteriormente à ação criminosa. A materialidade do fato reside em apropriar-se o agente da coisa, no todo ou em parte<sup>(50)</sup> ou, ainda, retê-la.<sup>(51)</sup> O tipo objetivo do crime de retenção salarial é exatamente o mesmo, pois o empregador tem a posse lícita do salário do empregado, até a exigibilidade, quando, então, passa a ser ilícita.

Helena Fragozo escreve, ainda com relação ao tipo objetivo do crime previsto no art. 168 do CP, que “a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, por ato voluntário do agente, impõe a diminuição da pena de um a dois terços (art. 16, CP)”,<sup>(52)</sup> de onde é possível concluir, *de lege ferenda*, que se o empregador pagar o salário após o prazo legal ou convencional, mas antes do recebimento da denúncia, poderia ter a mesma diminuição de pena.

O tipo subjetivo do crime de apropriação indébita é o mesmo da retenção salarial, o dolo, que é “a vontade consciente de praticar apropriação de coisa alheia”, sem que se exija “qualquer especial fim de agir”.<sup>(53)</sup>

Necessário, no entanto, que a lei a ser criada, contenha diretrizes mais específicas que serão imprescindíveis para a aplicação da norma.

---

<sup>(48)</sup> FRAGOSO, Helena C. *Op. cit.*, p. 415.

<sup>(49)</sup> *Idem*, p. 415.

<sup>(50)</sup> *Vê-se, assim, que a retenção de parte do salário também será apropriação indébita.*

<sup>(51)</sup> Helena Fragozo expõe que se “houver prazo convencional para a restituição, não haverá crime antes de seu decurso”, o que significa que após o decurso do prazo estará caracterizado crime de apropriação indébita.

<sup>(52)</sup> *Op. cit.*, p. 420.

<sup>(53)</sup> *Idem*, p. 423.

A primeira delas refere-se exatamente à conduta típica.

A segunda parte do inciso X, do art. 7º, da Constituição não esclarece se a conduta típica é não pagar o salário integral ou parcial, e, se parcial, em qual montante.

Indaga-se: se o empregador, por exemplo, deixa de pagar 1% do salário do empregado no prazo legal, mas paga 99%, estaria cometendo o crime de retenção salarial? Ao que parece, a lei a ser criada precisaria estabelecer um critério objetivo em relação ao montante do salário que se não pago ensejaria o crime.

Desaconselhável que seja definida como conduta típica deste crime a retenção integral do salário, pois, desse modo, haveria situações esdrúxulas, como o exemplo dado.

Seria prudente fixar, por exemplo, que a retenção de 50% ou mais do salário acarretaria crime de retenção salarial, implicando crime, em qualquer hipótese, o não pagamento, ao menos, no prazo legal, do piso salarial da categoria, ou, na ausência deste, do salário mínimo.

A reincidência é outro aspecto que deve ser considerado quando da elaboração da lei ordinária.

Com efeito, não se deve tratar penalmente, da mesma forma, o empregador que uma única vez realizou a conduta típica, daquele que, mais de uma vez, a cometeu.

Do ponto de vista da política-legislativa não seria interessante criminalizar todo e qualquer empregador que uma única vez descumpriu a obrigação de pagar salário, sob pena de se ter uma avalanche de processos penais, o conseqüente descrédito da lei, e a afirmação pública de que o empregador que inadimpliu uma única vez uma obrigação contratual, é um delinqüente, com inegáveis repercussões na esfera social e econômica.

A criminalização, tão-somente da conduta reincidente, encontra-se em maior harmonia com a realidade sócio-econômica brasileira.

Outra questão que deve ser resolvida pela lei refere-se ao âmbito de abrangência da retenção: se apenas o salário base, ou outras parcelas que integram o complexo salarial.

Existe profunda e infundável discussão, no âmbito do Direito do Trabalho, se determinadas parcelas integram ou não o salário, e, conseqüentemente, podem ou não ser suprimidas. Esta discussão dificultaria sobremaneira a aplicação da lei penal se definisse como conduta típica a retenção de todas as parcelas pagas por força do contrato de trabalho.

Veja-se, exemplificativamente, a hipótese da gratificação de função, em que há grande cisão jurisprudencial sobre a integração da mesma ao salário após longo período de pagamento ou, com outras palavras, se a gratificação de função pode ser suprimida, mesmo que o empregado retorne ao cargo efetivo após muitos anos no exercício de função de confiança.<sup>(54)</sup>

Ora, se há divergência na esfera trabalhista do que pode ou não ser suprimido, desaconselhável para a segurança jurídica que se inclua no tipo penal a supressão de toda e qualquer parcela, sob pena, inclusive, de se ter uma abundância, injustificável de crimes, e o que é pior, uma sentença criminal condenatória, e uma trabalhista considerando lícita a mesma conduta.

---

<sup>(54)</sup> *Citam-se, como exemplos, as seguintes ementas: "GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - A lição da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que o fator tempo constitui elemento essencial e indispensável na concretização da estabilidade econômica do empregado, tornando irredutível o acréscimo salarial conquistado. Empregado revertido ao cargo efetivo, mantém agregada ao seu patrimônio econômico, a verba percebida, por mais de dez anos, à título de gratificação." (TRT-PR-RO-3.700/93, Ac. 3ª T. 9.325/94, Rel. Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva). "GRATIFICAÇÃO PERCEBIDA DURANTE LONGOS ANOS FACE AO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA - REVERSÃO AO CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO - INCORPORAÇÃO. Se o empregado exerce a função de confiança por mais de 10 anos, tem motivo suficiente para manter a gratificação percebida, por ser um caso típico de estabilidade econômica, que deve existir na relação empregatícia. TST-RR-5.755/89.6 - Ac. 1ª T. 94/90, 13 2/90, Rel. Min. Fernando Vilar" (LTr, 54-9/1132); em sentido contrário: "CARGO DE CONFIANÇA - GRATIFICAÇÃO - A perda do cargo de confiança, com a reversão ao cargo efetivo, não dá ao empregado o direito a continuar percebendo a correspondente gratificação. TRT 12ª Região. RO-V 2.286/93 - Ac. 2ª T. 2.448/95, 7 4/95, Rel. Juiz Umberto Grillo" (LTr, 59-09/1241).*

Mostra-se mais condizente com a realidade *jus laboralista* e penal estabeleça-se que apenas a retenção do salário base e das comissões caracterizaria crime.

De extrema relevância, por outro lado, que a lei delimite de maneira precisa quem e como punir quando o empregador for pessoa jurídica, tendo em vista a irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas. De acordo com o sistema penal vigente, admite-se a punição somente da pessoa física, que, no caso de retenção salarial, seria a responsável pela retenção, seja sócio, gerente, diretor ou administrador, que, em nome da pessoa jurídica, tomaria a decisão de reter o salário do empregado.

Na esteira da alteração legislativa proposta, conveniente fosse responsabilizar, além do dirigente, também a pessoa jurídica.<sup>(55)</sup> Existem medidas de segurança, como por exemplo o confisco e a interdição, que poderiam, *de lege ferenda*, ser utilizadas em casos de retenção salarial. A principal sanção que poderia ser imposta à pessoa jurídica, porém, é a pena pecuniária de multa, que reverteria em benefício do empregado prejudicado.

Desaconselhável, em uma primeira análise, estabelecer a pena privativa de liberdade, a menos em casos extremos de sucessivas reincidências. Nesta hipótese, tratando-se de pessoa jurídica, a pena recairia sobre os diretores e administradores.

Neste diapasão imprescindível que a lei expressamente autorize, em algumas situações, a desconsideração da pessoa jurídica, a fim de "afastar as cortinas conceituais quando se trata de apanhar a realidade que se oculta sob as máscaras do formalismo jurídico".<sup>(56)</sup>

---

<sup>(55)</sup> Walter Rothenburg defende a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, lembrando que no "domínio do direito do trabalho ou em direito econômico igualmente, são sociedades, tanto quanto particulares, que contravêm às prescrições legais" (*Op. cit.*). René Dotti ressalta que no XII Congresso Internacional de Direito Penal (Hamburgo, 1979) recomendou-se a admissão de responsabilidade penal, nos casos de atentados contra o meio ambiente, para efeito de impor sanções variadas como as interdições e o fechamento da empresa, além da multa." (*Op. cit.*, p. 212).

<sup>(56)</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista - Responsabilidade dos sócios em Execução Trabalhista contra Sociedade, *Revista LTr*, 58-11/1295/1299).

A previsão de uma pena restritiva do direito<sup>(57)</sup> de constituição de pessoas jurídicas não pode ser afastada em hipóteses em que o agente, quando sócio de outras sociedades, foi responsável pela retenção salarial.

## 6. Conclusão

Conclui-se, do exposto, que para que haja efetiva eficácia do direito ao salário, indispensável seja tutelado penalmente.

No ordenamento jurídico pátrio existe manifestação desta tutela, revelada através do art. 7º, X, da Constituição da República, que dispõe ser crime a retenção dolosa do salário.

Constata-se, entretanto, que se trata de norma programática, necessitando de lei ordinária integradora, que defina especificamente a conduta delituosa e estabeleça a correspondente sanção.

Em que pese o § 1º do art. 5º da Constituição, o preceito constitucional em apreço não possui todos os elementos necessários de uma norma penal que autorizem sua aplicação imediata. O principal óbice desta aplicação resulta do princípio da legalidade dos delitos e das penas, que veda a existência de crime sem que haja lei anterior que relacione a ameaça da conduta com uma determinada sanção.

A identificação do crime de retenção salarial com o de apropriação indébita resulta de um processo analógico, vedado pelo art. 5º, XXXIX da Constituição.

É imprescindível que seja editada lei ordinária que integre a segunda parte do inciso X do art. 7º da Constituição, completando a definição da conduta típica já prevista, estabelecendo a sanção ou sanções, inclusive multas, como também quem responsabilizar e quando responsabilizar, estabelecendo, dessa forma, através da lei, relação entre a ameaça da conduta e a sanção.

Ter-se-á, dessa forma, tutela eficaz de direito fundamental do trabalhador que é o salário.

---

<sup>(57)</sup> FRAGOSO, Heleno. *Op. Cit.*, p. 323.