



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa

volume 61

243

julho a setembro de 2024



A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal

Wage theft according to the Brazilian Constitution: dogmatic profile and criminal policy

Hugo Souto Kalil¹

Resumo

A Constituição determina a criminalização da retenção dolosa de salário. Porém, passadas mais de três décadas desde sua promulgação, a lei necessária para tipificar o crime ainda não foi editada pelo Congresso Nacional. Baseado nos anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, este artigo considera aspectos constitucionais e de política criminal envolvidos no debate sobre a criminalização da retenção dolosa de salário. Conclui que o constituinte originário se manifestava pela aplicação do crime de apropriação indébita nos casos de retenção dolosa de salário e que o legislador ordinário teria liberdade para regular a matéria, mas deve conciliar o mandado de criminalização com a proibição da prisão civil por dívidas.

Palavras-chave: retenção dolosa de salário; Direito Constitucional; Assembleia Nacional Constituinte; Direito Penal; mandado de criminalização.

Abstract

The Brazilian Constitution determines the criminalization of intentional salary withholding, commonly referred to as *wage theft*. However, more than three decades since its promulgation, the National Congress has not yet enacted the necessary law to define and penalize this crime. Based on annals of the 1987-1988 National Constituent Assembly, this article considers the constitutional and criminal policy aspects involved in debate on the criminalization of intentional salary withholding. It concludes that the original constituent was in favor of applying the crime of misappropriation in cases of intentional salary withholding and that the ordinary legislator has the freedom to regulate the matter, but must reconcile the criminalization order with the prohibition of civil imprisonment for debts.

¹ Hugo Souto Kalil é mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; advogado do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. E-mail: kalil@senado.leg.br

Keywords: intentional wage withholding; Constitutional Law; National Constituent Assembly; Criminal Law; criminalization mandate.

Recebido em 1º/2/24

Aprovado em 30/4/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p177

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

O art. 7º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) estabelece como direito social dos trabalhadores a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa” (Brasil, [2023]). Trata-se de um mandado de criminalização: uma determinação constitucional para que o legislador ordinário crie a figura do crime com o objetivo de proteger um bem jurídico relevante⁴. No caso, o bem jurídico tutelado é o salário, que tem natureza alimentar e é essencial para a dignidade e a subsistência do trabalhador e de sua família. A retenção dolosa de salário ocorre quando, de forma intencional e injustificada, o empregador deixa de pagar ao empregado o valor correspondente ao trabalho realizado no prazo e na forma estabelecidos em lei ou em contrato.

No entanto, já decorreram mais de três décadas desde a promulgação da CRFB, e o mandado de criminalização da retenção dolosa de salário não foi atendido pelo Congresso Nacional; ainda não há lei específica que defina os elementos do tipo penal, a pena aplicável e as condições de procedibilidade da ação penal. Geradora de insegurança jurídica, essa lacuna foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF) pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 82, proposta pelo procurador-geral da República em face da omissão legislativa atribuída ao Congresso. Seus argumentos eram que a ausência de uma lei federal criminalizadora da retenção dolosa do salário violava o direito social ao salário protegido constitucionalmente e que a não criminalização dessa conduta provocava a

2 KALIL, Hugo Souto. A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 177-196, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p177. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p177

3 Kalil, H. S. (2024). A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 177-196. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p177

4 Sobre isso, Santos (2013, p. 28) observa: “Por outro lado, com a existência de mandados expressos de criminalização, o bem jurídico deixa de ter apenas uma função negativa e passa a exercer, também, uma função positiva, na medida em que o constituinte já estabelece previamente a necessidade de tutela penal de determinados bens jurídicos, diretamente relacionados aos direitos fundamentais”.

redução arbitrária e injustificada do nível de proteção desse direito, numa clara infração do princípio da proporcionalidade. O quadro reclamava a incidência do princípio da *proibição de proteção deficiente*⁵ de direitos fundamentais.

O objetivo deste artigo é refletir sobre os aspectos constitucionais e de política criminal que devem informar a eventual deliberação do Congresso Nacional sobre a criação de uma figura de crime com esse propósito. Para isso, pretende-se responder a questões relacionadas: a) ao grau de vinculação do legislador ordinário ao mandado constitucional de criminalização, aos aspectos dogmáticos ou de política criminal que devem interferir em sua decisão; e b) ao modo de conciliar o mandado de criminalização da retenção dolosa de salário com a proibição geral de prisão por dívidas prevista no art. 5º, LXVII, da CRFB e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Na primeira parte, o artigo resgata o debate sobre o tema na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC), a fim de se compreenderem adequadamente tanto as premissas de que se valeram deputados e senadores em sua atuação como legisladores constituintes para estabelecer o mandado de criminalização, quanto o sentido que então se atribuía à expressão *retenção dolosa de salário*. Em seguida, examina o conceito e as características dos mandados constitucionais de criminalização, bem como os critérios para a sua interpretação e aplicação, em especial a forma e o grau de vinculação impostos ao legislador ordinário por esses preceitos constitucionais. Na terceira parte, apresenta algumas propostas legislativas nacionais e de Direito Comparado que visam promover a proteção contra o não cumprimento da obrigação de pagar salário e compatibilizá-la com a proibição de prisão por dívidas. Por fim, tece algumas considerações sobre a necessidade e a conveniência de criminalizar a retenção dolosa de salário em face das disposições criminais a seu respeito.

2 Os debates sobre a retenção dolosa de salários na Assembleia Nacional Constituinte

O exame do processo constituinte de 1987-1988 ajuda a esclarecer o que dispõe o art. 7º, X, da CRFB. A disposição foi introduzida pela Emenda nº 11, do deputado Domingos Leonelli (PMDB-BA), no âmbito da fase B da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, com a seguinte redação: “A lei protegerá o salário e punirá como crime a apropriação definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado” (Brasil, 1987d). Depois, a emenda foi acolhida parcialmente pelo relator da Subcomissão, deputado Mário Lima (PMDB-BA), que justificou o tema em relatório:

⁵ Ou *Untermassverbot*, na doutrina alemã.

CRIMINALIZAÇÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DO SALÁRIO

No Brasil, é um crime desrespeitar a propriedade privada nos seus mais variados aspectos.

Entretanto, é frequentemente desrespeitado o salário, que é uma propriedade do trabalhador depois que o serviço já foi prestado.

A Subcomissão qualificou como crime o procedimento do empregador que deixa de pagar o salário após a prestação do serviço, consagrando, assim, a equidade de tratamento social (Brasil, 1987e, p. 8).

Lima propôs a seguinte redação: “[Art. 3º] A Lei protegerá o salário e definirá os casos em que a falta de pagamento dele caracterize ilícito penal” (Brasil, 1987f, p. 202). Em 22/5/1987, a Subcomissão aprovou o destaque de Leonelli para que a redação fosse a de sua emenda. Na ocasião, ele assim defendeu a proposta:

O SR. CONSTITUINTE DOMINGOS LEONELLI - Esta é, talvez, a emenda mais cara à minha participação nesta Assembléia Constituinte. [...] eu devo dizer aos Srs. Constituintes que foi uma redação longamente debatida durante nossa campanha eleitoral, com todo movimento sindical, debatida em sete encontros nacionais de sindicatos de várias horas no III e no IV Encontro Nacional do DIAP. [...] Nesse sentido, Sr. Presidente, creio que, quanto ao mérito, estendendo a proteção do código penal ao trabalho, como ela é hoje já estendida ao capital, à propriedade, equiparando o crime do empregado que rouba uma ferramenta de trabalho ao patrão que rouba seu salário, com esta redação. Essa intenção, esse mérito, eu escrevi tão rapidamente, ficará melhor assegurado na nova Constituição. Nesse sentido, proponho a adoção que é, digamos assim, a proposição, a redação original da nossa proposta constitucional e o que vem seguindo e os debates em vários encontros sindicais, em várias organizações e em várias instâncias também do pensamento nas lides trabalhistas. [...]

O SR. CONSTITUINTE DOMINGOS LEONELLI - “A lei protegerá o salário e punirá como crime a apropriação definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado.”

Inclusive tem o conceito do trabalho já realizado como uma mercadoria, ela é mais precisa nesse sentido (Brasil, 1987f, p. 202-203, grifo nosso).

A emenda recebeu apoio da Subcomissão, foi aprovada por unanimidade e passou a integrar o anteprojeto, enviado na fase seguinte para o debate na Comissão da Ordem Social, na qual se produziram duas emendas. A Emenda nº 576, do deputado Cunha Bueno (PDS-SP), pretendia eliminar do dispositivo o mandado de criminalização e incumbir ao legislador ordinário as hipóteses de autorização da retenção salarial; suas justificativas eram a proteção da família e o fato de não caber à Constituição fixar crimes (Brasil, 1987a).

Por sua vez, a Emenda nº 1.056, do deputado Francisco Küster (PMDB-SC), tornava inafiançável o crime de apropriação da remuneração (Brasil, 1987b). O senador Almir Gabriel (PMDB-PA), relator da Comissão da Ordem Social, deu parecer contrário à Emenda nº 576 e acolheu parcialmente a Emenda nº 1.056, apenas para adotar na redação o termo *retenção* em vez de *apropriação*: “Art. 4º – A lei protegerá o salário e punirá como crime a retenção definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado” (Brasil, [2018], p. 3).

Apresentado o parecer, houve nova rodada de emendas. Quatro emendas foram propostas na fase G: a) a Emenda nº 739, do deputado Roberto Balestra (PDS-GO), que substituiu o mandado de criminalização pela determinação genérica de punição da retenção salarial quando ocorrida “sem justificativa legal”; b) a Emenda nº 788, do deputado Luís Roberto Ponte (PMDB-RS), que suprimia todo o artigo, por entender que os atrasos de pagamento, além de excepcionais, decorriam de impossibilidade de os empregadores efetuarem o adimplemento, razão por que seria um erro qualificar a conduta como crime; c) a Emenda nº 1.004, de Cunha Bueno, com o mesmo teor da mencionada Emenda nº 576; e d) a Emenda nº 1.090, do deputado Salatiel Carvalho (PFL-PE), que também visava à supressão do art. 4º da proposta do relator – o qual rejeitou as quatro em seu parecer (Brasil, 1987c).

Aprovada na Comissão da Ordem Social, a proposta seguiu para a Comissão de Sistematização. Nas fases J e K, ela recebeu 5 emendas, cujos conteúdos repetiam emendas anteriores, com o fim de suprimir a disposição ou de retirar o mandado de criminalização da retenção remuneratória. Do mesmo modo, na fase de Plenário da Comissão de Sistematização, foram numerosas as emendas apresentadas à disposição: 27 emendas na fase M e 28 na fase O.

Nesse período, o Plenário votou dois destaques. No destaque nº 3.028/1987 (Brasil, 1988b, p. 1.287-1.288), o deputado José Geraldo (PMDB-MG) solicitava que se inserisse no texto a expressão *sem justa causa*: “A lei protegerá o salário e definirá como crime a retenção, sem justa causa, de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado”. Justificava a alteração com o possível prejuízo aos trabalhadores, que não poderiam contar com adiantamentos ou financiamentos dos patrões, já que eventual retenção posterior para o pagamento poderia ser considerada crime. Em voto contrário, o deputado Roberto Freire (PCB-PE) abordou a questão da impossibilidade de pagamento e defendeu a primazia do interesse do empregado:

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE – Eu pediria a atenção dos Constituintes, apelando, inclusive, para o bom senso. É meio difícil se admitir qualquer retenção de salário por trabalho realizado que tenha justa causa. Isto é uma questão de bom senso. Agora vejamos o que pretende o Constituinte José Geraldo, na sua argumentação. Diz S. Exa. o seguinte: É importante colocar a justa causa porque pode haver a impossibilidade do pagamento por falta de recurso do empregador. Isso é um dado que atenta para algo fundamental. O salário por um trabalho realizado significa sobrevivência

não do trabalhador, a sobrevivência de sua família. *É um verdadeiro absurdo se admitir [sic] exceções por um trabalho realizado e não remunerado. [...] Evidentemente, não há cabimento em se discutir justa causa para retenção de um trabalho que foi realização e que têm que ser remunerado. (Palmas.) (Brasil, 1988b, p. 1.288, grifo nosso).*

Em seguida, Mário Lima fez uso da palavra para posicionar-se contrariamente ao destaque:

O SR. CONSTITUINTE MARIO LIMA - Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Acho que está claro o texto do Relator. A retenção é quando for proposital. Eu daria um exemplo: uma empresa construtora empreiteira está fazendo uma obra para o Governo, não recebe, ela tem motivo para não pagar o salário. Agora, a retenção admite-se que seja voluntária, ela reteve para especular com o dinheiro do salário dos trabalhadores. Do mesmo modo que o trabalhador não pode lançar mão de nada de propriedade do empresário, *o empresário também não tem o direito de lançar mão do que é propriedade do trabalhador*. Claro! Se o empresário não recebe, ele não pode pagar. E dou este exemplo: ele está fazendo uma obra, o Governo não lhe paga, ele não tem condições de pagar ao seu empregado; não é retenção, é um atraso motivado pela circunstância - justa causa. *A retenção é quando fica caracterizado que ele deixou de pagar ao trabalhador, objetivando tirar proveito dessa retenção*. Portanto, a minha opinião é que deve manter o texto do Relator (Brasil, 1988b, p. 1.288, grifos nossos).

O deputado Bernardo Cabral (PMDB-AM), relator-geral da ANC, encaminhou voto contrário ao destaque, que acabou rejeitado na Comissão de Sistematização. O segundo destaque, votado em seguida sob o nº 4.376/1987 (Brasil, 1988b, p. 1.288-1.292), do deputado Ademir Andrade (PMDB-PA), previa multa diária por atraso, sem prejuízo de manter o termo *crime* no texto da disposição. O destaque foi retirado pelo autor, a pedido de outros parlamentares.

Na ocasião, travou-se um debate. Domingos Leonelli, que havia sido o autor originário da disposição, posicionou-se em sentido oposto; entendia que a introdução de multa de caráter pecuniário afastaria a possibilidade de lei ordinária impor as penas criminais apropriadas; e aqui se subentende o receio de que a Constituição afastasse a possibilidade de penas privativas de liberdade. Mário Lima, contudo, justificou a desnecessidade de eventual acréscimo - e neste ponto elucida o sentido planejado pelos constituintes para a norma:

O SR. CONSTITUINTE MARIO LIMA - Sr. Presidente, Srs. Constituintes, sou disciplinado e, por isso, vou usar exatamente os cinco minutos regimentais. Creio que o texto do Relator está conciso, está claro, não cabendo mais dúvidas. Atraso é uma coisa, retenção é outra. O atraso pode ser involuntário, mas a retenção, Srs. Constituintes, é voluntária. Realmente, já era hora de haver justiça. Conheço diversos casos de trabalhadores que foram demitidos e saíram das portas das fábricas conduzidos pela polícia para responder a inquérito na delegacia. Conheço, também, casos de

empresários que, fazendo obras públicas, trabalhando para outras empresas, recebem as medições das obras e esquecem de pagar o trabalhador. Eu citaria, ainda, um fato ilustrativo de um trabalhador que teve os seus salários retidos, não pagos, e foi reclamar junto ao Juiz local. E, como todo julgamento tem a fase de conciliação, foi proposto a este trabalhador um acordo. Ele tinha trabalhado, fazia jus aos seus salários e, no entanto, o Juiz lhe fez uma proposta de acordo. Qual era a proposta de acordo? Que ele recebesse metade dos seus salários que havia ganho honestamente. E, diante da sua impotência, ele preferiu receber metade do seu salário, mas teve um gesto significativo. Havia, sobre a mesa do Juiz, uma Consolidação das Leis do Trabalho. Ele abriu, rasgou e disse: “Sr. Juiz, a metade é do Sr. e a outra metade é minha.” Essa é a realidade. Há empresários que atrasam o pagamento, porque sabem que o trabalhador é mais fraco e não resiste a uma demanda judicial. Essa é a grande realidade. O atraso é proposital, o atraso é feito, porque ele sabe que, na Justiça do Trabalho, o trabalhador é mais fraco para demandar. Daí acharmos que esse artigo da Constituição punirá o mau empresário, o mau patrão, aqueles que usam ainda o expediente de explorar e prejudicar o trabalhador. *Claro que o atraso involuntário, o atraso motivado por questões alheias à vontade do empresário esse será tolerado pela lei*, quando regulamentarem esse artigo da Constituição. *E, obviamente, aquele atraso maldoso, voluntário, que visa tirar proveito do dinheiro do trabalhador, este atraso será criminalizado, para haver igualdade entre o capital e o trabalho*. Da mesma maneira que o trabalhador, ao se apropriar do patrimônio do patrão é levado à polícia, é responsabilizado criminalmente, esse mau patrão, que se apropria indevidamente do salário, honesta e justamente ganho, deve também ser criminalizado. Daí, entendermos que o texto do Relator está conciso, está claro, não comporta dúvida e somente punirá os maus padrões, *aqueles que realmente se apropriam de maneira desonesta, de maneira injusta, de maneira indevida do salário legitimamente ganho* (Brasil, 1988b, p. 1.289, grifos nossos).

Depois de um impasse no andamento dos trabalhos sobre temas mais delicados, formou-se um grupo parlamentar – o Centro Democrático ou *Centrão* –, com cerca de 300 cadeiras na ANC⁶. Diante de dificuldades regimentais do processo constituinte, o *Centrão* apresentou a Emenda nº 2.038, com 240 assinaturas, que alterava a disposição: “A lei protegerá o salário e definirá como crime a sua retenção dolosa” (Brasil, 1988a, p. 7.711); tratava-se de uma das alterações que desaguardariam num verdadeiro projeto substitutivo de ANC. Essa emenda e a disposição originária foram objetos de destaques para a votação no Plenário (fase S) e são relevantes para interpretar o dispositivo. De fato, com o Destaque nº 2.022, pretendia-se excluir da emenda do *Centrão* o qualificativo *dolosa* (Brasil, 1988a, p. 7.711-7.715). Autor do destaque, o deputado Edmilson Valentim (PCdoB-RJ) defendeu a retirada do adjetivo, por ele dificultar a caracterização do crime de retenção de salário; argumentou que toda retenção de salário deveria ser punida – por esquecimento, por aplicação financeira ou por qualquer outro motivo.

⁶ Para uma síntese da atuação regimental e política do *Centrão* na fase de Plenário da ANC, ver Nogueira (c2023).

O deputado Luiz Soyer (PMDB-SP) defendeu a manutenção do termo *dolosa* no texto do *Centrão*, alegando que ela evitaria que qualquer forma de retenção de salário fosse considerada crime, mesmo em casos de atraso involuntário ou circunstancial:

Temos de deixar claro que isso ocorrerá somente quando houver retenção dolosa, isto é, quando a empresa atrasa porque quer. Ela, então, assumirá os riscos. *Atraso doloso, com má-fé*, caracteriza crime, e a empresa responderá criminalmente. Mas acho muito difícil colocarmos isso no texto constitucional, mesmo que o caso seja culposos (Brasil, 1988a, p. 7.712, grifo nosso).

Bernardo Cabral defendeu a manutenção do qualificativo *dolosa* no texto do *Centrão*, alegando que ele era irrelevante, pois não havia retenção culposa de salário. Argumentou que a lei definiria como crime apenas a retenção indevida e intencional do salário, a qual configuraria dolo. Afirmou também que *dolosa* não prejudicava o texto e que seguia o princípio do *quod abundat non nocet* (“é melhor sobrar que faltar”) (Brasil, 1988a, p. 7.712). Por fim, o texto do *Centrão* foi mantido, com a confortável maioria de 316 votos favoráveis (eram necessários 280 para mantê-lo).

Apreciou-se depois o Destaque nº 421, que tratava de uma emenda para afastar a imposição de mandado de criminalização; de forma mais ampla, determinava que a “lei protegerá o salário contra a retenção de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado” (Brasil, 1988a, p. 7.715-7.719). Seu autor, o deputado Joaci Góes (PMDB-BA), discursou com veemência contra a criminalização, por compreender: a) que grandes empresas não atrasam salários; b) que, no caso de atraso, seria difícil identificar os responsáveis, de forma que os diretores e agentes superiores não seriam punidos; c) que apenas pequenos empresários seriam alcançados pelo mandado de criminalização; e d) que, sobretudo, ao trabalhador interessava a preservação efetiva do poder de compra do salário:

Suponhamos que o texto da Comissão de Sistematização afirme que a lei protegerá o salário e definirá como crime a retenção de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado. Suponhamos que as grandes empresas estatais, que não atrasam o pagamento dos seus salários, atrasassem. Quem iria para a cadeia por isto? Seria o presidente da empresa, o seu diretor financeiro, o Presidente da República? Seria, na prática, impossível identificar o responsável por este crime. E se uma multinacional, que não atrasa o seu salário, atrasasse, quem iria para a cadeia? Mr. Rockefeller? Mr. Down? Certamente que não, e também não iria o seu diretor no Brasil. O mesmo raciocínio aplica-se a muitas empresas brasileiras. Mas quem atrasa, precisamente, o pagamento do salário no Brasil? São as médias, as pequenas e microempresas brasileiras, que representam 99,8% do organismo empresarial. Neste caso, dirigiria uma pergunta aos eminentes Líderes dos chamados partidos de esquerda, ao meu amigo Haroldo Lima, ao Constituinte Luiz Inácio Lula da Silva, ao Líder do PDT, do PC do B: sabem V. Exa,

de 99,8% de médias, pequenas e microempresas brasileiras, quantas são as que têm 10 ou menos empregados? Existem, estimadamente, mais de três milhões e meio de pequenas empresas, e são precisamente elas que atrasam o pagamento dos salários. Então, nessas empresas, onde há maior identidade entre o gerente e o proprietário, é que o drama do relacionamento se verifica de modo pessoal. É isso que queremos? Colocar na prisão esses pequenos empresários que muitas vezes ganham até menos, por exemplo, em termos de Brasil, do que os privilegiados operários do ABC paulista? É isso que queremos? Certamente que não. O texto da Comissão de Sistematização caracterizaria uma das duas situações: ou aplicaríamos pena de morte para ladrão de galinhas – e na base desse perfeccionismo está a origem do jeitinho brasileiro, porque fazemos leis que não são aplicadas na prática – ou iríamos colocar na prisão a maioria esmagadora dos empresários brasileiros. E onde é que reside o pecado do texto do “Centrão”? Fala em uma proteção muito genérica ao trabalhador quando ocorre o atraso do salário, quando o que interessa efetivamente ao trabalhador é que o seu salário, não sendo pago em dia, seja pago com correção monetária e juros, o que não acontece na atual conjuntura (Brasil, 1988a, p. 7.715).

Suscitou-se a prejudicialidade desse destaque que aprovou o termo *dolosa*, mas o presidente da ANC, deputado Ulysses Guimarães (PMDB-SP), rejeitou a questão. Ao contrapor-se ao destaque, Bernardo Cabral sublinhou que a exigência do dolo teria o efeito de evitar a punição injusta de pequenas empresas em dificuldades:

O SR. BERNARDO CABRAL (PMDB-AM. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, tenho pelo eminente Constituinte Joaci Góes uma especial amizade, e S. Exa está devidamente exausto por saber que ela é daquelas suficientemente forte para vencer o tempo, a distância e o silêncio. Mas nem por isso, Sr. Presidente, me privo de pedir ao eminente Constituinte Joaci Góes que me ouça sobre este ponto. *O salário é propriedade do trabalhador a partir do instante da realização do contrato.* Ora, se a retenção que a lei vai prever acontecerá e que, portanto, dirá quando é que se constitui na apropriação indébita de propriedade alheia por parte do empregador, é evidente que ele está dando o contraponto daquela circunstância que já devia definir como crime de apropriação indébita, quando o empregado, ainda que de forma temporária, se apropria dos objetos de seu empregador a tal ponto que, quando esta apropriação ocorre, é levada a notícia do fato criminoso à polícia e resulta numa justa causa para a demissão. Ora, a emenda do eminente Constituinte Joaci Góes nada diz quanto à proteção do emprego. Aliás, S. Exa. foi, inclusive, injusto com o autodenominado “Centrão”, porque este grupo não trata, com a severidade que S. Exa. declarou, o problema desta retenção. Quando se coloca – e aqui gostaria que o eminente Constituinte Joaci Góes me desse o privilégio de sua atenção – em relevo as dificuldades de empresas pequenas, empresas que não terão como pagar, evidentemente que aí está afastada a possibilidade do fato doloso. Ora, há dolo quando se comete crime com ânimo de fazê-lo. Não se argúi culpa, negligência, imperícia e imprevisão (Brasil, 1988a, p. 7.716, grifo nosso).

O destaque foi rejeitado por 368 constituintes. E a disposição adquiriu a redação e o sentido que se firmariam no texto promulgado em 5/10/1988.

3 O perfil constitucional da retenção dolosa de salário

A análise do processo de formação histórico-legislativa do disposto no art. 7º, X, da CRFB, permite verificar que a ANC optou por equilibrar-se entre duas vertentes.

De um lado, havia um conjunto de interesses que advogava a criminalização de qualquer ato de retenção, culposa ou dolosa, porque compreendia que o trabalho, uma vez prestado, já seria bastante para inverter a propriedade do recurso econômico correspondente ao salário e para impor ao empregador a efetiva transferência da posse desse bem. De outro lado, com base em distintos argumentos, existia o interesse contraposto, o de não haver necessidade ou conveniência em definir como crime a retenção ou apropriação salarial e de deixar o tema para a lei. Os principais argumentos nessa linha sustentavam que a definição do *crime* não permitiria certos descontos costumeiros ou prioritários (pensões alimentícias, financiamentos etc.) ou que imporiam excessivo risco a empresas em dificuldades, que não teriam a intenção de deixar de pagar.

Esses debates na ANC permitem ao intérprete do Direito constatar aspectos que transcendem o enunciado daquele artigo. Distintos interesses confrontaram-se durante todo o processo da ANC, como se observa no elevado número de emendas apresentadas em suas diversas fases. A tese da inversão automática (*ficta*) ou de pleno direito da propriedade prevaleceu em todas as fases da ANC, o que se infere tanto dos discursos apresentados – em especial o do relator-geral, para quem o salário era propriedade do trabalhador a partir do instante da realização do contrato – quanto do termo empregado durante os trabalhos da ANC – *apropriação* nas fases iniciais, substituído depois por *retenção*.

Outro aspecto que reforça essa ideia é o paralelo – frequentemente aludido nos discursos que trataram do tema – entre o crime de apropriação de bens e utensílios do empregador pelo empregado e a apropriação ou retenção indevida de salário. O constituinte originário entendeu que a remuneração do serviço já prestado não constituía mero crédito, direito relativo; ela devia ser equiparada a autêntico bem material, sob a posse do empregador, mas de propriedade do empregado, o que levava à conclusão de que a sua retenção indevida constituía o mesmo crime de apropriação indébita. Aspecto também proeminente que triunfou nas fases finais da ANC foi a clara preocupação de que se considerasse indevida a retenção apenas quando se tratasse de uma escolha livre e deliberada do empregador e informada por má-fé, por um dolo especial mais largo que o dolo naturalístico e genérico de deixar de pagar a obrigação trabalhista.

Os debates na Comissão de Sistematização e no Plenário da ANC, especialmente os relacionados ao termo *dolosa*, demonstram que o constituinte não se limitou ao dolo genérico. Como já se assinalou, supunha-se que a apropriação decorresse de ato de desonestidade,

de má-fé ou de enriquecimento sem causa para que estivesse configurada uma retenção *dolosa*. Assim, sem se preocupar com a dogmática penal, na discussão acerca do dolo o constituinte antecipou aspectos que diziam respeito à culpabilidade da conduta e que se poderiam resolver tecnicamente pela instituição de um tipo subjetivo mais alargado em relação ao tipo objetivo. Isto é: embora o constituinte originário se tenha limitado à expressão *retenção dolosa*, a ele não lhe bastava o dolo natural – a consciência e a vontade de deixar de adimplir a obrigação trabalhista remuneratória –, mas um elemento subjetivo específico do tipo: o de que a conduta qualificada pela má-fé tivesse a finalidade de conferir uma vantagem indevida ao empregador.

Quanto aos debates a respeito do mandado de criminalização do art. 7º, X, da CRFB, é preciso interpretá-los em consonância com o disposto no art. 5º, LXVII, da CRFB, o qual determina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (Brasil, [2023]). Apesar de mencionar apenas a prisão civil por dívidas, o dispositivo tem uma dimensão objetiva, cujos efeitos se irradiam por todo ordenamento jurídico, o que inclui os campos da política criminal e do Direito Penal para obstar a instituição do delito de mera dívida.

A discussão não é de todo estranha ao sistema jurídico-constitucional. Ao fazer o controle de convencionalidade da hipótese de prisão civil do depositário infiel em precedente convertido em marco na interpretação de tratados internacionais, o STF decidiu: a) que, em virtude do seu estatuto supralegal, a CADH prevalece sobre a legislação infraconstitucional; e b) que, embora a CRFB autorize a prisão civil do depositário infiel, a vigência do *Pacto de San José da Costa Rica* impede que o legislador ordinário estabeleça um marco normativo que permita a prisão por dívida fora dos casos de descumprimento de prestação alimentícia – trata-se do chamado *efeito paralisante* desse tratado de direitos humanos (Sarlet, 2013).

O art. 7º, item 7, da CADH não se limita à prisão civil: “Ninguém deve ser detido por dívida. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (Organização dos Estados Americanos, 1992). Dessa maneira, qualquer opção legislativa que se destine a observar o mandado constitucional de criminalização do art. 7º, X, da CRFB deve atentar na vedação de que o crime esteja limitado apenas ao dolo genérico de não pagar o salário, desde que este seja considerado uma dívida de valor. Nesse caso, ressalva-se a hipótese de que o legislador ordinário, informado pela inequívoca vontade do constituinte originário, venha a adotar a tese da inversão automática (*ficta*) ou de pleno direito da propriedade do salário, a ser considerado um bem material equiparado. Assim, o eventual crime não seria a falha no pagamento de dívida, mas a subtração patrimonial.

4 O mandado de criminalização à luz dos princípios constitucionais do Direito Penal

É necessário compreender os limites do mandado constitucional de criminalização, pois é difícil escapar à constatação de que ele e os direitos e garantias fundamentais estão imbricados; afinal, trata-se de normas que instituem um dever de proteção a certos bens jurídicos, cuja relevância os alçou ao patamar das escolhas rígidas do texto constitucional. À dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde o fato de os direitos ensejarem a pretensão de que se adote determinada conduta – a qual pode ser negativa (tal como o respeito à liberdade de outrem) ou positiva (tal como a prestação), ou também pode referir-se à atribuição de uma competência subjetiva (Branco, 2000, p. 152). Ao lado dessa dimensão coexiste a dimensão objetiva, e ambas mantêm relação de remissão e complementaridade:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos (Branco, 2000, p. 153).

Como consequência da dimensão objetiva, releva a concepção de que o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental correspondente passe a ser visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado, a assumir contornos mais complexos que a mera perspectiva individual poderia compreender. Em sua perspectiva objetiva, o direito fundamental legitima até mesmo restrições a liberdades individuais, como a interdição do uso de certas drogas ou a imposição do cinto de segurança, em razão do bem jurídico da vida, protegido pelo correspondente direito fundamental (Branco, 2000, p. 153).

Outra consequência relevante dessa perspectiva é a existência de uma obrigação: o Poder Público deve proteger os bens jurídicos abarcados nos direitos fundamentais, respeitadas a liberdade de conformação legislativa e a busca de um mínimo de eficácia. Dessa forma, mesmo os direitos de defesa apresentam viés de prestação positiva, já que impõem a adoção de medidas que lhes assegurem a adequada manutenção:

Além desses efeitos, a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem uma importância capital, não só teórica, para as tarefas do Estado. Partindo dessa premissa da vinculação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3 GG), surge não só uma obrigação (negativa) do Estado de abster-se de ingerências no âmbito que aqueles direitos protegem mas também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que sirva

à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos (Hesse, 2009, p. 71).

Assim, a formação de um mandado constitucional de criminalização de determinado gênero de condutas assenta-se justamente na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sobretudo o fato de o constituinte reconhecer um específico dever do Estado de proteger bens jurídicos de estatura constitucional. A norma de proteção ao salário, que impõe a criminalização de sua retenção dolosa, corresponde a uma norma definidora de direitos fundamentais, apesar de veiculada na forma de um dever estatal de proteção; e que também, em relação ao mandado de criminalização, promova a redução do campo de conformação legislativa ordinária para impor que o Estado diminua a abrangência das liberdades individuais nesse campo.

Nenhum mandado de criminalização, todavia, é parte do núcleo dos direitos fundamentais, ou seja, da esfera de intangibilidade que os torna imunes até mesmo a reformas constitucionais. A decisão do legislador constituinte de incriminar uma conduta, conquanto legítima, foi tomada em caráter acessório, com o fim de prover a proteção de determinado bem jurídico de elevada dignidade social e constitucional. O que está em questão não é a definição de uma conduta ou de um gênero de condutas como *crime*, mas sim a preservação dos bens cuja destruição se busca evitar com a proibição e a intervenção penal.

Disso resulta: a) que, de acordo com o constituinte reformador, se podem revogar os mandados de criminalização, desde que mantida a essência do direito fundamental correspondente ao bem jurídico tutelado; e b) que, segundo o legislador ordinário, a conformação das condutas definidas como *crime*, sem prejuízo do mandado constitucional de criminalização, deve ser interpretada em consonância prática com os princípios constitucionais do Direito Penal. Um deles é o da intervenção mínima, com seus diversos postulados (fragmentariedade, necessidade, *ultima ratio* etc.), razão por que é ampla a margem de definição de condutas, elementos do ilícito típico, e da eventual necessidade e quantidade de pena. Em outras palavras, um mandado de criminalização não corresponde a uma ordem de *intervenção máxima* ou de *prima ratio*. Como afirma Grau (2009, p. 101), “o Direito não se interpreta em tiras”. Em sintonia com essa conclusão, Dias (1999, p. 80, grifo nosso) afirma:

Naturalmente, onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (embora, ainda aqui, *fique uma larga e incontornável margem de liberdade à legislação ordinária no que toca ao exato âmbito e à concreta forma da criminalização, bem como, em princípio, às sanções com que os comportamentos devem ser ameaçados e à sua medida*).

Decorrente da concepção garantista que prevalece no Direito Penal contemporâneo, há nos bens jurídicos o caráter de valor cuja defesa é “condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do homem” (Dias, 1998, p. 57). Tal qualidade resulta da função do Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, de sua índole subsidiária, segundo a qual não se deve submeter toda espécie de lesão ao controle penal, mas somente as que sejam insuportáveis para a vida comunitária. Roxin (1986, p. 27) afirma que “para o direito penal isso significa que o seu fim somente pode derivar do Estado e, como tal, apenas pode consistir em garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos”.

5 O problema da retenção dolosa de salário

À luz dos princípios mencionados, o legislador ordinário deve examinar a imposição constitucional de criminalizar a *retenção dolosa* do salário, a fim de avaliar a suficiência da preservação do bem jurídico tutelado no âmbito penal, considerada a prevalência das condutas que possam afrontar um bem jurídico sobre as condutas de agressão consideradas socialmente intoleráveis. Isso não significa que o legislador ordinário esteja de algum modo impedido de criar o ilícito típico de retenção dolosa de salário; sustentar tal posicionamento seria contrário à liberdade de conformação do Congresso Nacional, que, como intérprete legitimado das escolhas dos cidadãos, pode adaptar a legislação, dada alguma necessidade política ou social. Contudo, essa análise servirá para avaliar se há mora legislativa em relação a esse dever, conforme sustenta o procurador-geral da República na inicial da ADO nº 82.

A primeira questão é a possibilidade de incidência da figura típica da apropriação indébita na hipótese de retenção dolosa de salário. Como já se demonstrou, o constituinte originário supôs encontrar no dever de adimplemento dos salários um ato equiparado à posse ou à detenção de coisa alheia. Não é gratuito o emprego do termo *retenção*, que remete ao exercício de direito sobre bem alheio, e que substituiu *apropriação*; como já se ressaltou, os anais da ANC tornam indubitável esse entendimento. No entanto, ao sustentarem uma compreensão mais tradicional e técnica da disposição contida no art. 168 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (*Código penal* (CP)), os legisladores constituintes deixaram de reconhecer a incidência do tipo de ilícito da apropriação indébita nos casos de retenção salarial dolosa, qualificando-a como *fato atípico*⁷. Por esse motivo, deve-se evidenciar que a suposta mora legislativa decorre antes de tudo de certa impermeabilidade de órgãos do Poder Judiciário à vontade do Poder Constituinte originário.

Mesmo diante de uma redação tão clara como a do art. 7º, X, da CRFB, as cortes continuam a interpretar o CP à luz de conceitos e de entendimentos anteriores a 1988 e ignoram o que o novo regime constitucional impôs: o salário constituiria *propriedade* do empregado a partir da conclusão do serviço e, assim, passível de retenção injusta. Para fins criminais,

⁷ Ver Poll (2020).

ela se equipararia, pois, à subtração de coisa alheia móvel de que trata o art. 168 do CP. O elemento normativo do tipo *coisa alheia móvel*, seu objeto material e jurídico, poderia ter alargada a sua interpretação diante da evidente equiparação do salário a *res*, dado que se sujeita a retenção e qualifica-se como propriedade *de pleno direito* do empregado desde o momento em que presta o serviço firmado em contrato, quando ocorre *ipso facto* a inversão da propriedade. Em outras palavras, sem excluir que o legislador viesse a propor lei especial sobre o tema, a configuração constitucional do salário, para os fins do delito concebido pelo art. 7º, X, da CRFB, já assegurava o suporte técnico-dogmático necessário para o enquadramento da retenção salarial como apropriação indébita. Não era (e ainda não é) necessária atuação suplementar alguma do Poder Legislativo, embora ela possa vir a ocorrer a qualquer tempo.

É possível apontar certo enfraquecimento da legalidade estrita do Direito Penal. No entanto, tal argumento não seria preciso, pois o conceito de *coisa alheia* não é dado pela natureza, mas pelo Direito. Assim, desde que aceita a premissa de que a ordem constitucional de 1988 equipara o salário a coisa – ainda antes de seu efetivo pagamento –, as conclusões já estariam dadas pela norma penal, sem qualquer desvio dogmático ou fragilização de garantias penais constitucionais. Aqui, pois, exclui-se a mora legislativa. A solução pode e deve ser demandada ao Poder Judiciário, ao qual caberia atribuir as consequências devidas à vontade objetiva do legislador constituinte, evidente na redação do mandado de criminalização, e conferir ao art. 168 do CP uma interpretação conforme à Constituição.

Em 1989, o Senado Federal chegou a aprovar o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 179, de Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP), que determinava a aplicação das penas da apropriação indébita para a retenção dolosa de salários⁸:

§ 3º A retenção dolosa do pagamento do salário sujeitará o responsável às penas cominadas no artigo 168 do Código Penal.

§ 4º Ocorre retenção dolosa quando o empregador deixar de efetuar o pagamento dentro de quinze dias a contar do vencimento da obrigação e utilizar, a partir do dia vinte do mês de competência, de quaisquer importância ou créditos, para atender quaisquer outros compromissos ou interesses (Brasil, 1989, p. 1-2).

A segunda questão diz respeito à liberdade de conformação do legislador. Como se viu, perpassava a discussão do tema na ANC o argumento de que nem toda falha de pagamento deveria ser qualificada como *crime*, mas apenas aquelas em que a conduta do empregador fosse dolosa e qualificada por uma especial desonestidade, com o fim de obter vantagem decorrente do atraso ou do descumprimento do dever de remunerar. A isso sobreveio a

⁸ A matéria foi enviada à revisão da Câmara dos Deputados e nela tramitou durante décadas até ser arquivada em 31/1/2023 em virtude de uma alteração no art. 105 do regimento interno da Casa.

vedação da prisão por dívida, de natureza penal ou civil – por força da CADH, internalizada com *status* supralegal.

Diante disso, são possíveis algumas soluções. Um exemplo é a lei portuguesa nº7/2009, de acordo com a qual, no caso de descumprimento do pagamento de salários, ocorre o acionamento de um regime de interdições similar ao da falência, e são vedados aos administradores ou empregadores certos atos de gestão:

Artigo 324º

Efeitos para o empregador de falta de pagamento pontual da retribuição

1 – *Ao empregador em situação de falta de pagamento pontual de retribuição é aplicável o disposto no artigo 313º.*

2 – O acto de disposição do património da empresa praticado em situação de falta de pagamento pontual de retribuições, ou nos seis meses anteriores, é anulável nos termos do artigo 314º.

3 – *A violação do nº1 é punida com pena de prisão até 3 anos, sem prejuízo de pena mais grave aplicável ao caso. [...]*

Artigo 313º

Actos proibidos em caso de encerramento temporário

1 – Em caso de encerramento temporário de empresa ou estabelecimento a que se refere o nº 1 do artigo 311º, o empregador não pode:

- a) Distribuir lucros ou dividendos, pagar suprimentos e respectivos juros ou amortizar quotas sob qualquer forma;
- b) Remunerar membros dos corpos sociais por qualquer meio, em percentagem superior à paga aos respectivos trabalhadores;
- c) Comprar ou vender acções ou quotas próprias a membros dos corpos sociais;
- d) Efectuar pagamentos a credores não titulares de garantia ou privilégio com preferência em relação aos créditos dos trabalhadores, salvo se tais pagamentos se destinarem a permitir a actividade da empresa;
- e) Efectuar pagamentos a trabalhadores que não correspondam ao rateio do montante disponível, na proporção das respectivas retribuições;
- f) Efectuar liberalidades, qualquer que seja o título;
- g) Renunciar a direitos com valor patrimonial;
- h) Celebrar contratos de mútuo na qualidade de mutuante;
- i) Proceder a levantamentos de tesouraria para fim alheio à actividade da empresa.

2 - A proibição a que se refere qualquer das alíneas d) a g) do número anterior cessa em caso de declaração expressa neste sentido, por escrito, de dois terços dos trabalhadores abrangidos (Portugal, [2023], grifos nossos).

Assim, no regime português o crime não é o simples descumprimento de contrato, hipótese equiparável à prisão por dívida; para a eventual violação do regime de atos proibidos, que passa a incidir sobre a empresa ou sobre o empregador a partir do atraso no pagamento de salários, as penalidades equivalem às proibições definidas para os casos de encerramento temporário.

Porém, há alternativas como: a) enquadrar como crimes apenas as hipóteses mais graves e maliciosas de retenção salarial, o que possibilita a incidência imediata no regime penal; e b) se o empregador aceita a prestação de serviço pelo empregado, previamente ciente de que não poderá ou não desejará remunerá-lo conforme o avençado, mas silencia ou o induz a crer que as condições estão mantidas, parece óbvio o enquadramento típico da conduta em crime de estelionato, porque preenche todos os elementos do tipo de ilícito. Aqui, o maior obstáculo seriam as dificuldades de natureza probatória dessa alternativa; entretanto, não há empecilho de ordem de política criminal ou de dogmática penal em relação a esse possível enquadramento. Como já se sublinhou, em geral o alcance de um mandado de criminalização não é atribuído pela norma constitucional: sua determinação está na esfera de conformação legislativa ordinária, se se observam os princípios da proteção ao bem jurídico e da subsidiariedade e fragmentariedade da intervenção penal.

Assim, por exemplo, o legislador ordinário de 2016 excluiu deliberadamente a motivação de cunho político da incidência da lei que pune criminalmente o terrorismo (art. 2º, *caput* e § 2º, da Lei nº 13.260/2016) e limitou de forma incontestada sua aplicação em hipóteses de manifestação criminológica do problema, ainda que haja um mandado constitucional de criminalização vigente contra o gênero de condutas que se denomina *terrorismo* (Brasil, [2023], art. 5º, XLIII).

De igual modo, não se poderia imputar a eventual inconstitucionalidade da decisão do legislador ordinário devida a seu silêncio, para não se ampliarem as hipóteses já existentes de crime em caso de retenção salarial, notadamente a do estelionato praticado pelo empregador em face de seus empregados – uma manifestação mais próxima da exigência de que a retenção estivesse informada por uma especial má-fé do empregador.

6 Conclusão

Tema em aberto na ordem constitucional, a criminalização da retenção dolosa de salário adquire contornos mais precisos sob o ângulo dos debates ocorridos na ANC.

Com fundamento nas discussões que nortearam seu processo legislativo, pode-se compreender como um mandado de criminalização dirigido ao legislador ordinário se

orienta para proteger um bem jurídico de dignidade constitucional: o salário do trabalhador. Depreende-se dos debates, no entanto, que o descumprimento deve ser intencional e evitado de má-fé, ou seja, não pode decorrer de meras dificuldades financeiras da empresa. Apesar de indissociavelmente imbricado ao direito fundamental social do trabalhador, o mandado de criminalização não é um direito fundamental em si mesmo. Dessa forma, o legislador ordinário tem uma razoável liberdade para sua concreta regulamentação.

A perspectiva vitoriosa nos debates da ANC foi a da inversão automática (ficta) da propriedade, no sentido de que, prestado devidamente o trabalho, o salário passava a ser uma mercadoria (*res*) sob a posse direta do empregador, a quem caberia o dever de transmiti-lo ao trabalhador. Sob essa óptica, a retenção dolosa seria uma forma especial de apropriação indébita – e foi essa a perspectiva adotada pelo PLS nº 179/1989, jamais levado ao Plenário da Câmara dos Deputados. A tese da inversão ficta, contudo, não encontrou ressonância no Poder Judiciário, que entendeu pela não incidência do delito de apropriação indébita aos casos de descumprimento do dever de pagar salário.

O desafio de equilibrar na prática os vetores constitucionais da matéria poderia acarretar o estabelecimento de uma figura de crime em etapas, como se dá no Direito português, visto neste estudo como modelo adequado: diante do não pagamento de salário, estabelecem-se deveres especiais para a empresa e o empregador – tais como não distribuir dividendos, não efetuar pagamentos a credores quirografários, não conceder liberalidades ou não fazer levantamentos em tesouraria etc. – até que se resolva a situação de insolvência.

Por outro lado, o legislador poderia em tese reservar a criminalização aos casos mais graves de defraudação do trabalhador. Para isso, ele já dispõe de suficiente previsão de ilícito típico no delito de estelionato; esta seria, pois, uma solução independente de nova intervenção do Poder Legislativo. Porém, os padrões probatórios exigidos para a caracterização da conduta nos tipos objetivo e subjetivo do delito seriam muito elevados e dificultariam a efetiva aplicação da lei penal. Além disso, a criminalização do não pagamento de salário seria um retrocesso jurídico-constitucional – a instituição de um crime de dívida –, matéria de deliberação legislativa interdita em virtude da proteção dos direitos humanos conferida pela CADH e pela CRFB.

Decorridas mais de três décadas da vigência da CRFB, o desafio apresenta-se primeiramente ao legislador, mas também ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, que já contam com instrumentos para promover a persecução penal em alguns casos, seja pela figura do estelionato, seja pela reavaliação da perspectiva da inversão da propriedade.

Referências

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica: IDF, 2000. p. 103-196.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 209ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 25 de fevereiro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 2, n. 191, 26 fev. 1988a. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/191anc26fev1988.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. *Emenda nº 576*: etiqueta 700576-8. Autor: Deputado Cunha Bueno. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987a. v. 182. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-182.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. *Emenda nº 1.056*: etiqueta 701056-7. Autor: Deputado Francisco Küster. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987b. v. 182. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-182.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. *Emendas oferecidas ao substitutivo*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987c. v. 184. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-184.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Ata de votação do Projeto de Constituição do senhor relator Bernardo Cabral: 32ª Reunião Extraordinária, de 24 de setembro a 18 de novembro de 1987. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 2, n. 171, 27 jan. 1988b. Suplemento “C”. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup171Canc27jan1988VolumeI-II.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. *Emenda nº II*: etiqueta 7A0011-6. Autor: Deputado Domingos Leonelli. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987d. v. 189. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-189.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. *Relatório*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987e. v. 190. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-190.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. 24ª Reunião Ordinária em 22 de maio de 1987. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 1, n. 104, p. 174-218, 25 jul. 1987f. Suplemento. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup104anc25jul1987.pdf#page=174>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. *Quadro histórico dos dispositivos constitucionais*: art. 7º, inciso X. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [2018]. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/35463/quadro_historico_art.007_%20X.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 179, de 1989*. Altera o artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso. Brasília, DF: Senado Federal, 1989. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9446842&ts=1693591976131&disposition=inline&_gl=1*17pjaff*_ga*MTAzOTc2MTQONC4xNjQ2NjY3NzM3*_ga_CW3Z2H5XMK*MTcwMzYxMjkwNC4xMi4xLjE3MMDM2MTI5MzMuMC4wLjJh. Acesso em: 15 maio 2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU; UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Faculdade de Direito. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 1.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP. Linha Direito Comparado).

NOGUEIRA, André Magalhães (colab.). Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Atlas histórico do Brasil*. [Rio de Janeiro]: FGV, CPDOC, c2023. Disponível em: <https://atlas.fgv.br/verbete/5742>. Acesso em: 15 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

POLL, Roberta Eggert. Retenção dolosa de salário: impressões a respeito do descumprimento de legislação trabalhista e/ou infração penal. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 191-213, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/download/41/50>. Acesso em: 15 maio 2024.

PORTUGAL. Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. Aprova a revisão do Código do Trabalho. [Lisboa]: Diário da República, [2023]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/7-2009-602073>. Acesso em: 15 maio 2024.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. (Vega Universidade. Direito e Ciência Jurídica).

SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico-penal: encilhando o Leviatã. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 26-37, dez./jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 5º, LXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação executiva de Léo Ferreira Leoney. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 462-472. (Série IDP).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii