

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL**

Letícia Helena Salvador

**A NECESSIDADE DE TIPIIFICAÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DO
SALÁRIO**

Porto Alegre

2013

LETÍCIA HELENA SALVADOR

**A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DO
SALÁRIO**

**Monografia apresentada ao Departamento
de Direito Penal da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel.**

**Orientador: Prof. Dr. Odone
Sanguiné**

Porto Alegre

2013

LETÍCIA HELENA SALVADOR

**A NECESSIDADE DE TIPIIFICAÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DO
SALÁRIO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Penal da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel.

Aprovado em 18 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Prof^a.Dr^a.Vanessa Chiari Gonçalves

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao ensino gratuito e de qualidade que a Universidade Federal do Rio Grande do Sul oferece juntamente com seu corpo docente. Agradeço a minha grande família, mãe, pai e irmãos por serem o meu apoio, minha fortaleza e meu amparo nesta longa e árdua jornada. Agradeço aos meus amigos pelo companheirismo. Agradeço a Deus eternamente por tudo.

RESUMO

O propósito do presente trabalho é despertar o interesse da comunidade acadêmica sobre o tema da ausência de tipificação autônoma para o crime de retenção dolosa do salário, cuja realidade problemática parece estar distante da classe universitária, mas está bem próxima das classes menos privilegiadas. O objetivo, portanto, é estender a nossa sensibilidade aos clamores dos trabalhadores hipossuficientes, cujo direito talvez desconheçam estar violado. Além disso, trata-se de uma questão a qual deve levar ao futuro aperfeiçoamento do Direito Penal, a fim de atualizar essa ciência jurídica em prol de uma maior proteção aos trabalhadores. Em última análise, a pesquisa realizada pretendeu juntar dados necessários para demonstrar que não podemos ficar inertes ao presente problema, cujas consequências provocam a violação de direitos fundamentais elencados na atual Carta Magna, gerando profunda injustiça não só social, mas principalmente penal.

RESUME

The purpose of this work is to awake the interest of the academic community about the theme of characterization autonomous absence for the crime of salary fraudulent retention, whose problematic reality seems to be distant of the universitarian class, but it is very proximate of the less privileged classes. The objective, therefore, is extend our sensitivity to the hiposufficient worker clamours whose law maybe ignore to be violated. Besides, deal about a matter which must lead to the future improvement of penal law, in order to update that juridical science in favour of a bigger protection for the workers. Finally, the achieved research intended to join necessary data in order to prove we can not be inert with the present problem, whose consequences affront the violation of the fundamental rights registered at the present federal constitution generating profound injustice not only social, but mainly penal.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1- Noções Gerais sobre Salário.....	11
1.1- Conceito de Salário.....	11
1.2- Salário e Remuneração.....	12
1.2.1- Parcelas Salariais e Não Salariais.....	12
1.2.2- Parcelas Salariais.....	12
1.2.3- Parcelas Não Salariais.....	14
1.3- Proteção do Salário.....	15
1.3.1- Proteção Contra Abusos do Empregador.....	16
1.3.1.1- Análise Jurisprudencial.....	18
1.3.2- Proteção Contra Credores do Empregador.....	20
1.3.3- Proteção Contra Credores do Empregado.....	21
1.3.4- Proteção ao Valor do Salário.....	22
2- O Contribuinte e o Responsável.....	23
3- Princípios da Previdenciários.....	25
3.1- Contribuintes da Previdência Social.....	27
3.2- Contribuição ao Sistema.....	31
4- Contribuintes da Seguridade Social.....	33
4.1- Relação de Seguro Social aos Trabalhadores.....	34
5- Exigência de Tipificação Infraconstitucional.....	36
5.1- A Ausência de Tipificação Penal e o Processo Legislativo.....	38
5.2- Análise dos Projetos de Lei em Trâmite no Congresso Nacional.....	39
6- Crime de Apropriação Indébita.....	43
6.1- Bem jurídico Protegido e Sujeitos do Delito.....	44
6.2- Tipicidade Objetiva e Subjetiva.....	45
6.3- Causas de Aumento da Pena.....	46
6.4- Pena e Ação Penal.....	46
7- Crime de Apropriação Indébita Previdenciária.....	47
7.1- Bem jurídico Protegido e Sujeitos do Delito.....	48
7.2- Tipicidade Objetiva e Subjetiva.....	48
7.3- Pena e Ação Penal.....	50

8- Ausência de Tipificação do Crime de Retenção Dolosa do Salário.....	50
8.1-A Necessidade do Direito Penal como Última Ratio.....	52
8.2- Proposta de Tipificação do Crime de Retenção Dolosa do Salário.....	53
8.3- Elementos Objetivos do Tipo.....	54
8.4- Bem Jurídico-Penal Protegido.....	55
8.5- Conduta Típica, Sujeito Ativo e Sujeito Passivo.....	56
8.6- Elementos Subjetivos do Tipo.....	57
8.7-Dosimetria da Pena.....	58
Conclusão.....	59
Referências.....	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de sugerir uma solução plausível a um problema prático, o qual se apresenta desde a elaboração da Carta Magna de 1988: a tipificação do crime de retenção dolosa do salário, cuja norma penal deve estar prevista em lei, conforme artigo 7º, inciso X, da atual Constituição Federal. É simplesmente inadmissível que, em vinte e cinco anos de Constituição, tal questão ainda não foi resolvida pelo nosso Congresso Nacional. Esta pesquisa vem, justamente, dar uma proposta de resposta à grande categoria trabalhadora, a qual não pode mais conviver com a atual omissão legislativa.

A abordagem deste tema necessitou da interligação de cinco áreas do direito: direito trabalhista, direito tributário, direito previdenciário, direito constitucional e, principalmente, direito penal. Como sabemos, o direito é uma ciência complexa, o qual nos impulsiona a dominar diversas áreas para resolver apenas um problema. Sendo assim, foi necessária uma ampla e paciente pesquisa para criar uma sequência lógica que explicasse o objetivo deste trabalho.

Basicamente, em relação ao direito previdenciário, foi dada especial atenção porque ele é um dos grandes fundamentos pelo qual incide a necessidade da tipificação do crime de retenção dolosa do salário. O empregado, portanto, fica prejudicado por diversos fatores a serem debatidos ao longo do trabalho, cujos efeitos nocivos acarretam em falhas na concessão de benefícios previdenciários básicos dos quais o segurado tem direito de usufruir. Por conseguinte, a falta do pagamento do salário, crédito trabalhista de caráter alimentar, sendo prioritário sobre todos os demais por garantia legal, torna-se ainda mais condenável. Trataremos ainda, de forma exaustiva, dos direitos e das obrigações tanto de patrões quanto de empregados em relação à quitação não só do salário, como também das contribuições previdenciárias de maneira a explicitar a vasta legislação que regula a quitação do crédito tanto laboral quanto previdenciário, a fim de demonstrar o grau de prejudicialidade e de fragilidade ao qual o empregado encontra-se exposto frente à atitude delituosa daquele que é por lei o responsável pelo pagamento da pecúnia trabalhista e tributária ao mesmo tempo.

Em relação ao direito penal, serão debatidos outros delitos que se aproximam do presente tema, tal como a apropriação indébita, tendo em vista que equivocadamente somos ludibriados a aceitar tal tipificação como a solução para o presente imbróglio. A necessidade de comparação do tema em comento com os delitos correlatos tem o objetivo de demonstrar em detalhes as diferenças que os envolvem, de modo a firmar a ideia de que é necessária a

criação de um novo tipo penal o qual contemple de forma específica a proteção ao salário do trabalhador. Em última análise, serão sugeridas as possibilidades de solucionar o atual problema enquanto ainda persiste a ausência de tipificação decorrente dos projetos de lei inexitosos tanto do Senado Federal quanto da Câmara dos Deputados, os quais tramitam há anos sem nenhuma solução plausível e digna à qual os brasileiros fazem jus; será, finalmente, discutida uma proposta de tipificação penal ao crime de retenção dolosa do salário, cuja definição é exigida pela Carta Magna a qual incluiu a criminalização da retenção dolosa do salário dentro do rol dos direitos sociais fundamentais. Tal aspecto será destacado no debate deste trabalho em sua devida importância para refletirmos o quão longe estamos de atingirmos um nível de democracia que pelo menos respeite os direitos essenciais à vida digna dos brasileiros.

1-NOÇÕES GERAIS SOBRE SALÁRIO

1.1-CONCEITO DE SALÁRIO

Em relação ao Direito do Trabalho, este guarda relação com o presente tema de Direito Penal, o qual vem sendo tratado como apropriação indébita qualificada enquanto não há o tipo penal da retenção dolosa do salário, cujo conceito é necessário determinar a fim de se entender o objeto material desse delito a ser criado. Cabe, primeiramente, definir em que consiste o salário, o qual geralmente é confundido com o conceito de remuneração. O salário integra a remuneração, e não o contrário. Tal diferenciação é fundamental a ser debatida, pois não entra no mérito a remuneração, mas apenas parte dela, que é o salário. Ao analisarmos um pouco da história da definição de salário, diversos autores explicam que provém da palavra latina “salarium”. Segundo as palavras de *Martins, Viveiros e Santos*, há uma definição sobre o salário:

Salário deriva do latim salarium. Esta palavra vem de sal, do latim salis; do grego, hals. Sal era a forma de pagamento das legiões romanas; posteriormente, foram sendo empregados outros meios de pagamento de salários, como óleo, animais, alimentos, etc. (MARTINS,2011,p.229).¹ A CLT define o salário como a paga do empregador ao empregado, caracterizada por uma importância fixa, ou seja, pelo seu valor-base, somando-se a essa importância as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias e abonos. Então, o valor-base e esses títulos enumerados resultam em salário (VIVEIROS; SANTOS, 2011, p.163)².

Além disso, é bom salientar que, pela característica essencialmente alimentar de tal pagamento, existem outras denominações para esta contraprestação do trabalhador. Dessa forma, é importante conhecê-las não só para delimitarmos o campo de incidência do objeto material da retenção dolosa salarial, mas também para termos ciência das outras espécies de pagamento.

Diversas denominações são usadas para se referir ao pagamento feito tanto pelo que recebe a prestação de serviços quanto por aquele que a presta. Usa-se a palavra vencimentos para denominar a remuneração dos professores, magistrados e funcionários públicos; atualmente, tem sido usada a palavra subsídios para definir a remuneração dos magistrados, conforme dita o art. 95, III, da CF/88. Segundo as palavras de Sérgio Pinto

¹MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27ª.ed.São Paulo: Atlas S.A.,2011,p.229.

²VIVEIROS, Luciano; SANTOS, João Batista dos. **CLT Prática: Comentários artigo por artigo**. 5ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 163.

Martins:

Subsídio era pagamento feito a quem exercia cargo eletivo; honorários em relação aos profissionais liberais; soldo, para os militares; ordenado, quando prepondera o esforço intelectual do trabalhador em relação aos esforços físicos; salário, para os trabalhadores que não desenvolvem esforço intelectual, mas apenas físico. Proventos é a palavra empregada para estabelecer o recebimento dos aposentados ou de funcionários públicos aposentados. Algumas leis salariais se utilizaram da palavra estipêndio, que é derivada do latim stipendium (soldo, paga) de stips (moeda de cobre) e pendere (pesar, pagar). Antigamente, era o pagamento feito a pessoa incorporada ao Exército, tendo significado equivalente ao do soldo. Mais tarde, veio a se generalizar, no sentido de que seria qualquer espécie de salário ou retribuição por serviços prestados (MARTINS,2011,p.229).³

A nossa Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 457, utiliza a expressão “remuneração”, a qual determina não só o valor pago diretamente pelo empregador ao empregado, que é o salário, como também o pagamento feito por terceiros, que corresponde às gorjetas. Também nos períodos em que o empregado está à disposição do empregador ou nos períodos de interrupção do contrato de trabalho, bem como nos casos em que a lei determinar, há o pagamento do salário embora não ocorra a prestação de serviços. Dessa forma, podemos perceber que não se encontra uma relação rígida tanto entre o trabalho prestado quanto ao salário pago. Conseqüentemente, salário é uma quitação feita diretamente ao trabalhador pelo empregador devido à existência de um contrato de trabalho, seja pela disponibilidade do empregado, seja pela interrupção contratual, ou outros casos definidos em lei.

1.2-SALÁRIO E REMUNERAÇÃO

1.2.1-PARCELAS SALARIAIS E NÃO SALARIAIS

1.2.2-PARCELAS SALARIAIS

Cabe, ainda, discorrermos a respeito dos tipos de salário, posto que é necessário dominar esse conhecimento visando saber a respeito das suas diferentes formas vigentes na área trabalhista, a qual guarda relação com o objeto material do tema em comento. Sendo assim, eis os principais tipos: salário por unidade de tempo, salário por unidade de obra, salário por tarefa, salário em dinheiro, salário em utilidades, salário-condição, abonos, adicionais, comissões, gratificação ajustada, décimo terceiro salário, prêmios. Para melhor

³MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27ª.ed.São Paulo: Atlas S.A.,2011,p.229.

esclarecer, nos recorreremos às palavras de Martins:

Salário por unidade de tempo independe do serviço ou da obra realizada, mas depende do tempo gasto para sua consecução. Assim, seria a fixação do salário por hora, por dia, por semana, por quinzena ou por mês. Salário por unidade de obra aproxima-se bastante da empreitada, em que se visa a um resultado, mas nada impede que no contrato de trabalho o empregado perceba salário por essa forma. Normalmente, constitui-se num serviço de natureza preponderantemente manual. Salário por tarefa é uma forma mista de salário, que fica entre o salário por unidade de tempo e de obra. O empregado deve realizar durante a jornada de trabalho certo serviço que lhe é determinado pelo empregador. Terminado o referido serviço, mesmo antes do fim do expediente, pode o empregado se retirar da empresa, pois já cumpriu suas obrigações diárias. Salário em dinheiro deve ser pago em dinheiro, em moeda de curso forçado. Salário em utilidades, que irá decorrer do contrato ou do costume. Salário condição é o pagamento feito pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, dependente do estabelecimento de condições específicas que devem ser cumpridas pelo obreiro. Representa um acréscimo ao salário incondicionado. Abonos consistem em um adiantamento em dinheiro, numa antecipação salarial ou num valor a mais que é concedido ao empregado. Adicionais têm sentido de alguma coisa que se acrescenta. Do ponto de vista trabalhista, é um acréscimo salarial decorrente da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas. Pode ser dividido em adicional de horas extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência. Comissões integram o salário conforme o artigo 457, parágrafo 1º da CLT. É uma modalidade de salário normalmente estipulada para os empregados no comércio, porém os representantes comerciais também podem perceber pagamento à base de comissão, assim como os bancários, pela venda de papéis do banco. Gratificação ajustada, conforme o artigo 457, parágrafo 1º da CLT, pois ela tem finalidade retributiva e o ajuste poderá ser expresso ou tácito. Décimo-terceiro salário é a gratificação de Natal e passou a ser obrigatório, tendo natureza salarial, conforme o artigo 1º da lei 4090/62. Prêmios decorrem da produtividade do trabalhador, dizendo respeito a fatores de ordem pessoal deste, como a produção, a assiduidade, a qualidade. Não podem, porém, ser a única forma de pagamento do salário, por serem dependentes de uma condição, devendo o obreiro perceber pelo menos um salário fixo (MARTINS,2011,p.235,236,237,252,253,254,267,273,275,284).⁴

Podemos perceber que os tipos de salário nos demonstram diferentes critérios tanto para se exigir o cumprimento do contrato de trabalho quanto para se retribuir o trabalhador. No primeiro caso, uns determinam que é pelo tempo decorrido – salário por unidade de tempo; outros, pela obra – salário por unidade de obra. Quanto ao modo de quitação da prestação laboral, o tipo mais comumente conhecido é o do salário em dinheiro, e o menos, é o do salário em utilidades.

Conforme o art. 463 da CLT, a prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente do País, assim, podemos ver o amparo legal do salário em dinheiro. O salário

⁴MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27ª.ed.São Paulo: Atlas S.A.,2011,p. 235,236,237,252,253,254,267,273,275,284.

em utilidades encontra-se elencado no art. 458 da CLT, o qual aborda que além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, a habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas, e ainda o parágrafo único do art. 82 da CLT reza queo saláriomínimo pago em dinheiro não será inferior a 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região.Quanto às comissões e às gratificações, estão previstas no art.457, parágrafo 1º da CLT, o qual afirma que integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. O décimo terceiro salário está regulamentado no artigo 1º da lei 4090/62, caput, em que no mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

1.2.3-PARCELAS NÃO SALARIAIS

Em relação às parcelas não salariais, é importante defini-las com o propósito de averiguarmos a parte pecuniária que não faz parte do conceito de salário, eliminando, assim, as possibilidades de seu enquadramento no delito em discussão, uma vez que não fazem parte do objeto material da retenção dolosa do salário. As parcelas não salariais são, portanto, aquelas que não incluem o salário. Além disso, corresponde a uma quitação efetuada por meio de terceiros, e não pelo empregador, tendo como exemplo mais comum a gorjeta, cuja cobrança aparece na nota de serviço ou provém da vontade do cliente. O artigo 457 da CLTao abordar que se compreendem na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber, expõe a ideia de que a remuneração é igual ao salário mais as gorjetas. Nas palavras de Martins e de Schwarz há explicação acerca da gorjeta:

Gorjeta tem origem na palavra gorja, de garganta, no sentido de dar de beber, com significado equivalente a propina. Seria uma forma de retribuição do cliente ao empregado que o serviu, mostrando o reconhecimento pelo serviço prestado, que foi bem servido. Geralmente, a gorjeta é oferecida aos garçons, ou aos trabalhadores de hotéis e restaurantes (MARTINS,2011,p.271).⁵ A Súmula n. 354 do TST deixa clara a natureza jurídica remuneratória das gorjetas, não havendo distinção, para tanto, na forma de recebimento: sejam

⁵MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27ª.ed.São Paulo: Atlas S.A.,2011,p.271.

cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelo cliente, as gorjetas integram a remuneração do empregado. (SCHWARZ, 2011,p. 127)⁶

Pelo entendimento do § 3º do artigo 457 da CLT, gorjeta não é apenas o valor do dinheiro dado espontaneamente pelo cliente ao trabalhador, como também é aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, cuja destinação cabe aos empregados. Como a contribuição ocorre por um terceiro, e não pelo patrão, entende-se o fato da sua natureza não salarial, mas apenas remuneratória. Além das gorjetas, devemos conhecer outra parcela da remuneração de caráter não salarial, a qual é denominada de “guelta”, cujos pagamentos são efetuados por terceiros ao trabalhador celetista, a fim de alavancar a venda de seus produtos, uma vez que a idéia por trás do procedimento é sempre a de o fabricante incentivar a venda de suas mercadorias pelos vendedores de outrem.

1.3-PROTEÇÃO DO SALÁRIO

A proteção legal em relação ao salário é ampla, sendo encontrada tanto na esfera penal quanto na cível. Na área penal, temos os delitos de apropriação indébita qualificada, apropriação indébita previdenciária e a conduta de retenção dolosa do salário que buscam proteger a renda laboral direta ou indiretamente, cujos detalhes serão discutidos adiante. Além da previsão constitucional de proteção ao salário, exposta no art. 7º, incisos VI e X da Constituição, também há um dispositivo na OIT pela Convenção de nº 95, de 1949, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24 de 1956, e promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 1957, cujos apontamentos são relevantes. Pelos seus artigos, defende-se que o salário deve ser pago em moeda de curso legal, sendo proibido o pagamento do salário sob a forma de bônus, cupons ou outra forma que se suponha representar a moeda de curso legal; poderá ser permitido pagamento por meio de cheque ou vale postal; o salário será pago diretamente ao empregado; o empregador fica proibido de restringir a liberdade do trabalhador de dispor de seu salário da maneira que lhe aprouver; é vedado o truck system; os descontos dependerão da lei ou da norma coletiva; o salário é impenhorável; deve o salário ter preferência ao pagamento de falência ou de liquidação judiciária; o pagamento do salário será feito em intervalos regulares, sendo realizado em dias úteis e no local de trabalho ou nas

⁶SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Curso de Iniciação ao Direito do Trabalho**. 2011.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.127.

proximidades. Ao vislumbrarmos tais disposições da Organização Internacional do Trabalho, também é possível correlacioná-las com os artigos da nossa CLT, a qual protege os mesmos direitos trabalhistas. Acerca da proteção do salário, Maria da Cunha nos esclarece:

O legislador, através de vários dispositivos, estabeleceu regras de proteção ao salário. Tais regras destinam-se a defender o salário não apenas em face do empregador, mas também em face dos credores, seja do empregado, seja do empregador, e mesmo considerando os familiares do próprio trabalhador. Essas regras encontram sua justificativa na própria natureza alimentar do salário, que se destina, precipuamente, a garantir a sobrevivência do empregado e de sua família (CUNHA, 2010, p.193-194).⁷

1.3.1-PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS DO EMPREGADOR

Em relação à proteção do salário contra os abusos do empregador, existem disposições não somente no Código Penal, mas também na Carta Magna, na OIT e na CLT. O princípio da irredutibilidade salarial - e não da remuneração - está elencado no art.7º, VI, da CF/88, o qual é relativo, pois o salário pode comportar reduções desde que haja acordo ou convenção coletiva.

No art. 462 da CLT está inserido o princípio da intangibilidade salarial, no qual o empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo, semelhante ao princípio da inalterabilidade, pelo qual não pode ser modificada a forma de quitação do salário. Nas palavras de *Martinez e de Viveiros e Santos*, há esclarecimento acerca da proteção do salário:

O empregador, em face de seu poder diretivo, encontra-se em posição que lhe permite a incidência sobre a contraprestação oferecida a seu contratado. Não é por outro motivo que o texto constitucional cuida de arrolar a proteção do salário no artigo 7º, inciso X da CF/88, como um dos direitos mínimos dos trabalhadores, criminalizando, inclusive, a retenção dolosa dos estipêndios (MARTINEZ, 2011, p.409).⁸ A questão salarial é marcada pelo princípio da intangibilidade, ou seja, é vedado aos empregadores promover descontos dos salários dos seus empregados. A própria CLT, porém, limita essa prática e excepciona alguns casos, como nos descontos de imposto de renda (IRPF) e previdenciários (INSS) sobre os salários, bem como os que decorrem de prejuízos causados pelo empregado ao empregador nos casos em que o

⁷CUNHA, Maria Inês Moura S.A. da. **Direito do Trabalho**. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193-194.

⁸MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.409.

primeiro age com dolo (VIVEIROS;SANTOS, 2011,p.169-170).⁹

Podemos vislumbrar os principais princípios de proteção frente às modificações contratuais que venham a diminuir o salário ou seus complementos, sendo que o da intangibilidade demonstra as barreiras opostas aos descontos e retenções no salário. O artigo 7º,VI, do texto fundamental afirma que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Sendo o princípio da irredutibilidade relativizado pelo acordo ou convenção coletiva, a redução, nesses casos, deve ser motivada a fim de obter uma melhoria aos trabalhadores, sem a qual não existe a hipótese de diminuição sem uma consequente vantagem coletiva. Tal redução deve durar enquanto persistir o seu fato gerador, como uma medida excepcional até a normalização da empresa ou da economia vigente.

O impedimento de o empregador realizar descontos no salário de seu empregado, desde que não se trate de adiantamentos, de dispositivo de lei ou de convenção coletiva, possui uma relativização pela jurisprudência dominante, uma vez que se permite eventuais descontos somente se autorizados expressamente pelo trabalhador, cujo vício de consentimento ele deverá arcar com o ônus da prova. Ao averiguarmos tanto a súmula 342 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), quanto a orientação jurisprudencial 160 da SDI-1 do TST é exposto esse posicionamento, pelo qual não se presume vício de consentimento nesse tipo de autorização expressa. Também a lei n. 10.820/2003 dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento.

Em relação ao art. 462, § 1º da CLT, há disposição acerca da hipótese de danos provocados pelo empregado, em que será considerado lícito o desconto se a possibilidade for acordada entre as partes ou se o empregado atuou com dolo. Contudo, na hipótese de culpa do trabalhador, descontar o prejuízo do seu salário apenas é possível se houver acordo prévio e não ulterior ao dano cometido.

Dessa forma, temos que estar cientes das possibilidades legais e jurisprudenciais que definem os critérios dos descontos salariais por parte do empregador ou tomador de serviços, posto que tais hipóteses não configuram uma atitude criminosa a ser condenada pela retenção dolosa do salário. Saber distinguir quais condutas são aceitas frente ao princípio da intangibilidade salarial é fundamental, portanto, para que se determine o campo de

⁹VIVEIROS, Luciano; SANTOS, João Batista dos. **CLT Prática**: Comentários artigo por artigo. 5ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.169-170.

incidenciado crime em debate.

1.3.1.1-ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O acórdão em anexo aborda a respeito de um julgamento no qual ocorreu a apropriação indevida do salário pelo empregador, gerando danos materiais e morais. Além disso, também se afirma a competência da justiça do trabalho para julgar o caso, restando a competência residual à justiça comum. Fica consolidado que cabe à justiça trabalhista a lide cujo mérito envolve o dissídio individual relacionado aos direitos e obrigações empregatícias do contrato de trabalho; as demais questões morais oriundas fora da relação de emprego, contudo, competem à justiça comum. No presente julgamento do recurso de apelação, é discutida a apropriação indevida quando, segundo a autora do processo de primeiro grau, o empregador não adimpliu seu crédito salarial em depósito bancário, atitude a qual lhe restou prejuízo patrimonial e moral. A parte ré, por outro lado, contestou a ação assegurando que não houve constrangimento à empregada, a qual apenas pleiteia o enriquecimento sem causa.

Em grau de apelação, o tribunal entendeu que, além de ser o competente para a demanda, também restou configurado o dano patrimonial e moral à empregada, a qual obteve o parcial provimento em sua petição. Houve a compreensão de que a conduta efetuada por parte do empregador gerou a obrigação de indenizar a empregada, posto que houve a comprovação do dano efetivo e do nexo de causalidade entre o ato e o resultado lesivo sofrido. Além disso, o mesmo raciocínio foi utilizado para fins de punição por danos morais, no qual deve ser comprovada a relação causal entre o fato ocorrido e o dano psíquico. No presente caso, entendeu-se que, ao ser imputada à empregada a tentativa de fraudar a firma a fim de receber o salário em dobro, além de obrigá-la a assinar notas promissórias como ressarcimento à empresa, foi configurado o dano à honra.

Podemos perceber que tal problemática foi desembargada na justiça trabalhista, com fulcro no art. 114 da atual Constituição Federal. Entretanto, não se pleiteou nenhum tipo de cominação penal frente à justiça comum, a qual seria perfeitamente competente para aplicar uma penalidade ao crime de apropriação indébita conforme o art. 168 do CP, com a consequente hipótese qualificadora do seu § 1º, inciso III, caso a ação omissiva do empregador fosse considerada fruto de dolo; tratando-se de uma omissão culposa, portanto, tal conduta é considerada atípica. A seguir, é anexado o referido acórdão analisado jurisprudencialmente, oriundo de Juiz de Fora/MG:

TJ-MG : 200000040042620001 MG 2.0000.00.400426-2/000(1)

Relator: MAURÍCIO BARROS

Data da Publicação: 27/09/2003

APELAÇÃO CÍVEL Nº 400.426-2 - JUIZ DE FORA -
17.09.2003

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE EMPREGADO CONTRA EMPREGADOR - DANO MORAL - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA COMUM ESTADUAL - IMPUTAÇÃO DE APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE SALÁRIO - DANO CARACTERIZADO - REPARAÇÃO DEVIDA - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO.

Compete à Justiça Comum Estadual julgar as ações de indenização por dano moral, movida pelo empregado contra o empregador, se a causa do dano não resulta do cumprimento ou descumprimento de direitos e obrigações relativas e decorrentes do contrato de trabalho. A obrigação de indenizar se assenta na demonstração da conduta culposa do agente, da existência do dano efetivo e do nexo de causalidade entre o ato e o resultado lesivo, pressupostos que, se demonstrados, geram o dever de indenizar. Para a verificação do dano moral não se exige do ofendido, em regra, a prova efetiva do prejuízo extrapatrimonial. Deve-se demonstrar o ato ofensivo aos direitos da personalidade e que este tenha atingido a vítima em sua auto-estima, em sua dignidade e integridade pessoal. Comprovada a culpa da empregadora, por ato de seu preposto, ao imputar à ofendida a tentativa de fraudar a empresa e receber o salário em duplicidade, obrigando-a ainda, a emitir notas promissórias para ressarcir a ofensora, revelando tal ato injusta agressão à honra da vítima, sem que esta tivesse praticado ou estivesse praticando qualquer ato ilícito, impõe-se à causadora do dano o dever de repará-lo. A avaliação dos danos morais, para fins indenizatórios, é tarefa das mais difíceis impostas ao magistrado, que deve, assim, em cada caso concreto, levar em consideração as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como a extensão dos prejuízos morais ocasionados, atendendo sempre à dupla finalidade da condenação, que é a de punir o autor do ilícito, de forma a desestimulá-lo de praticar futuramente atos semelhantes, e a de compensar o ofendido pelo constrangimento, pelo sofrimento e pela dor moral que indevidamente lhe foram impostos, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa. Ressarcimento à ordem de R\$7.200,00 apresenta-se equitativo, na hipótese dos autos, não sendo inexpressivo nem de molde a provocar o avantajamento em favor do ofendido. (www.jusbrasil.com.br)¹⁰

¹⁰Disponível<<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5800902/200000040042620001-mg-2000000400426-2-000-1/inteiro-teor-11949623>>

1.3.2-PROTEÇÃO CONTRA OS CREDORES DO EMPREGADOR

Em relação à proteção do salário contra os credores do empregador, cabem algumas considerações, tendo em vista que é importante expor a prioridade e a proteção do crédito trabalhista frente aos demais, devido ao caráter alimentar que possui. Pelo art. 449 da CLT, os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa. Dessa forma, fica claramente explícito o nível de prioridade que a legislação impõe para a quitação do débito salarial. Ainda, conforme a súmula 227 do STF, o fato de a empresa se encontrar em situação de recuperação judicial não obsta o trabalhador de efetuar o ajuizamento de sua reclamatória trabalhista e nem a sua execução creditícia, posto que o empresário ainda dispõe de bens.

Em relação à natureza privilegiada do crédito trabalhista, conforme se depreende do art. 449, § 1º da CLT, em sua redação antiga, eram os que pertenciam à totalidade dos salários devidos ao empregado e apenas a um terço das indenizações a que se tivesse direito, sendo crédito quirografário os outros dois terços. A lei 6.449/77 conferiu nova redação a esse artigo, determinando que na falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito.

O art. 83, I, da lei n. 11.101/05 sustenta que os créditos provindos da lei trabalhista são os primeiros a ser pagos na falência da empresa desde que limitados a 150 salários-mínimos por credor, sem diferenciação entre a origem salarial ou indenizatória do débito laboral. Acima do limite de 150 salários-mínimos, não há mais preferência porque a sua natureza passa a ser quirografária, passando a pertencer ao sexto lugar na ordem de preferência.

Dessa forma, podemos perceber que a lei de falências n. 11.101/05 refletiu no art. 449, § 1º da CLT, pois o adequou ao novo dispositivo, cuja redação reduziu o privilégio do crédito trabalhista a tão somente 150 salários-mínimos. Pela lei complementar n. 118/05, o CTN também se adaptou à lei de falências de 2005. Em relação aos tipos de créditos trabalhistas analisados, podemos elencar, por conseguinte, aqueles que se limitam a 150 salários-mínimos, os que ultrapassam essa faixa e os que se constituem após a decretação da falência. Nas palavras de *Martinez*, há uma consideração sobre o crédito trabalhista:

Embora os privilégios em situação de falência tenham, em evidente retrocesso social, sido diminuídos pela Lei 11.101/05, ainda se pode falar em preferência e em proteção dos créditos trabalhistas, conforme se observa nos arts. 83 e 151 da

mencionada lei (MARTINEZ, 2011, p.413/414).¹¹

1.3.3-PROTEÇÃO CONTRA OS CREDORES DO EMPREGADO

Em relação à proteção salarial contra os credores do empregado, é necessário demonstrar o cuidado que a legislação impõe a fim de bloquear o confisco salarial, principalmente devido a sua função de subsistência. Pelo art. 649, IV do CPC, os salários são, em regra, impenhoráveis, salvo na hipótese de pagamento de prestação alimentícia. Justifica-se esta regra tendo em vista que o salário é o meio de sustento do empregado comum, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana e de sua família.

Podemos verificar que estão fora desse dispositivo as gorjetas, uma vez que fazem parte da parcela remuneratória, e não salarial o que viabiliza a possibilidade de uma penhora sobre essa renda. Também a penhora em conta corrente é viável, uma vez que está a disposição de seu titular. Nas palavras de *Martinez*, há consideração acerca da penhora:

A penhora é um ato de constrição por meio do qual o Judiciário, para satisfazer o credor de uma obrigação por ele certificada, torna indisponível um bem do devedor. Se o devedor for um empregado, seu salário não pode ser objeto de penhora, salvo se o ato de apesamento visar ao restabelecimento do ciclo natural de prestação de alimentos (MARTINEZ, 2011, p.412).¹²

É importante, assim, ressaltar que pela característica alimentar do salário, existe todo um aparato legal, o qual visa protegê-lo das mais diferentes formas, sendo uma delas a impenhorabilidade frente a credores. A relativização ocorre na hipótese de prestação de alimentos, por decisão judicial. O artigo 649, IV, do CPC determina que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.

O art. 649, em seu § 3º da CLT comporta um grande imbróglio. A princípio, esse dispositivo foi revogado por um veto presidencial, pois permitia a penhora de até 40% do salário mensal recebido pelo devedor, desde que fosse superior a vinte salários mínimos, descontados o imposto de renda, contribuição previdenciária e demais descontos compulsórios. O Poder Judiciário, por sua vez, vem adotando a seguinte Orientação

¹¹MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª.ed.São Paulo: Saraiva,2011,p.413-414.

¹²MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª.ed.São Paulo: Saraiva,2011,p.412.

Jurisprudencial 153 da SDI-2 do TST:

Mandado de Segurança. Execução. Ordem de Penhora sobre Valores Existentes em Conta Salário. Art. 649, IV, do CPC. Ilegalidade. Ofende direito líquido e certo, decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o artigo 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliada, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista (VADE MECUM SARAIVA, 2013, p.1981).¹³

Podemos verificar que esse pensamento jurisprudencial se opõe à penhora de salários, independentemente do valor deste e da proporcionalidade dele em relação à dívida invocada em juízo. Por outro lado, o judiciário, visando obedecer ao princípio da razoabilidade, e a fim de evitar um possível abuso de direito por parte do empregado, pode adotar as medidas necessárias quando, por ventura, tal abuso se evidencia explicitamente. Após analisar os dispositivos legais e jurisprudenciais de proteção ao salário frente aos credores do empregado, com maior razão incide a necessidade de se tipificar a sua retenção dolosa, uma vez que tal verba é formalmente reconhecida como um meio essencial de subsistência ao trabalhador.

1.3.4-PROTEÇÃO AO VALOR DO SALÁRIO

Em relação à proteção do valor do salário, devemos verificar que na Constituição Federal de 1988 não há apenas a disposição que determina a criminalização de sua retenção dolosa, mas também existe uma regra a qual aponta o seu objetivo substancial ao trabalhador, que é o de uma vida digna. Nas palavras de Schwarz, há uma consideração sobre o salário:

Mais do que meramente relacionado ao mínimo existencial, o salário gera novos direitos e benefícios extratrabalho; é, também, a força motriz de inúmeras conquistas sociais. O salário, mais do que simples fonte de sobrevivência de um indivíduo, é identificado com a sobrevivência dos grupos sociais e da sua economia, com o desenvolvimento e com a seguridade e a justiça social, como fator determinante do bem-estar de todos, como fator de distribuição de renda (...) (SCHWARZ, 2011, p. 123)¹⁴

Ao nos remetermos para o art. 7º, inciso IV, da CF/88, verificamos que a Carta Magna define o salário-mínimo como um recurso o qual realmente satisfaça as necessidades

¹³VadeMecum. 15ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1981.

¹⁴SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Curso de Iniciação ao Direito do Trabalho**. 2011.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.123.

básicas e vitais do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, e previdência social. Dessa forma, é necessário que se penalize a sua retenção dolosa, tendo em vista a função essencial do salário tanto para o trabalhador, quanto para a sua família.

2-O CONTRIBUINTE E O RESPONSÁVEL

O presente tema deste trabalho guarda relação com a área do Direito Tributário, uma vez que é necessário dominarmos alguns conceitos desta ciência a fim de esclarecer a sua ligação com o crime de apropriação indébita previdenciária. Dessa forma, conhecer o conceito tanto de contribuinte quanto de responsável tributário é essencial para compreendermos o citado delito, cuja prática está interligada com a apropriação indébita qualificada, que é a atual medida paliativa para a retenção dolosa salarial.

Inicialmente, devemos ter em mente o conceito tanto de contribuinte - sujeito passivo direto -, quanto de responsável - sujeito passivo indireto. Para tanto, é necessário nos remetermos ao atual Código Tributário Nacional, o qual, em seu artigo 121 nos define esses conceitos, sendo que o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Em seu parágrafo único, fala que o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Nas palavras de Ricardo Cunha Chimenti, em sua obra "Direito Tributário", há uma explicação didática para os sujeitos supramencionados:

O sujeito passivo da obrigação tributária principal pode ser o contribuinte, normalmente denominado sujeito passivo direto, ou o responsável, também chamado de sujeito passivo indireto. As regras estão previstas nos arts. 121 e 128 do Código Tributário Nacional e a capacidade tributária passiva é de natureza objetiva, pois decorre da lei e não da vontade daquele que deve cumprir a obrigação (CHIMENTI, 2013, p.129).¹⁵

Dessa forma, temos que o contribuinte, sujeito passivo direto, é o indivíduo que tem uma relação pessoal e direta com o fato gerador. Por outro lado, há casos em que outro

¹⁵CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário**: Com anotações sobre Direito Financeiro, Direito Orçamentário e Lei de Responsabilidade Fiscal. 16ª.ed.São Paulo: Saraiva,2013,p.129.

cidadão, cuja responsabilidade tem vinculação indireta com o fato gerador, esteja obrigado a responder pelo tributo ou penalidade pecuniária por imposição de lei. O melhor exemplo para ilustrar seria o caso da fonte pagadora a qual é atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto de renda, em que o sujeito passivo da obrigação tributária seria o empregador, conforme o parágrafo único do artigo 45 do CTN.

Assim, a responsabilidade colateral ou indireta, conforme o artigo 128 do CTN pode ser exclusiva, principal, solidária ou subsidiária, sendo que a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil ou comercial das pessoas físicas ou jurídicas. Conseqüentemente, as pessoas naturais incapazes para os atos da vida civil, aqueles que sofrem restrições quanto as suas atividades comerciais ou profissionais e aquelas sociedades que não estão regularmente constituídas podem ser sujeitos passivos de uma obrigação tributária, conforme o artigo 126 do CTN. Pelo artigo 128 do CTN, temos que o sujeito passivo indireto pode ser o responsável por substituição, o devedor solidário ou, ainda, o responsável por transferência.

O art. 128 do CTN define que a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Por conseguinte, podemos dizer que, em relação ao tema exposto, o empregador, ao reter dolosamente o salário do seu empregado, também deixa de cumprir sua obrigação, como sujeito passivo indireto da relação tributária, de recolher a alíquota previdenciária devida aos fundos da Previdência Social. O empregado, portanto, é lesado pelo menos duas vezes: primeiro, porque está sendo privado de seu salário, e, segundo, porque tem seus direitos previdenciários tolhidos pela irresponsabilidade do empregador.

Também é importante sabermos que, quanto ao nosso Código Tributário, em princípio, foi incorporada a teoria da objetividade da infração fiscal. Assim, para a punição do agente, não importa o elemento subjetivo do ilícito, ou seja, se houve dolo ou culpa é irrelevante e, muito menos, se houve um real prejuízo à Fazenda Pública. O artigo 136 do CTN diz que, salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Portanto, segundo o Código Tributário, está consagrada a ideia de que, mesmo que não ocorra o dolo do responsável - sujeito passivo indireto - da obrigação tributária, o infrator deverá ser devidamente punido. No presente caso do empregador que deixa de

cumprir seu dever tributário junto à Previdência Social, é indiferente se é consequência de culpa ou dolo na retenção do salário, pois a responsabilidade em quitar a contribuição é objetiva. Dessa forma, o CTN é mais rígido na punição do inadimplente. Entretanto, no seu artigo 112, exige-se uma interpretação mais favorável ao infrator. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, contudo, há uma flexibilização quando o contribuinte age de boa-fé:

Mas a tese objetiva admite temperamentos, como hoje aceita a maior parte da doutrina, brasileira e estrangeira, e o próprio Supremo Tribunal Federal. Se o contribuinte age de boa-fé não pode ser penalmente responsável pelo ato. Demais disso, o CTN é conflitante, pois o próprio art. 112 diz que a lei que define infrações, ou lhes comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato ou à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou à natureza ou extensão dos seus efeitos (TORRES, 2011, p.271).¹⁶

Podemos extrair dessa citação que, em um primeiro momento, embora o Código Tributário tenha optado pela responsabilidade tributária objetiva independente de dolo ou culpa, admite-se uma interpretação mais branda, sendo o contribuinte de boa-fé excluído da punição penal. Aqui temos uma aproximação quanto ao crime de retenção dolosa do salário a ser tipificado, pois a modalidade culposa não se verifica na Constituição, não se punindo tal hipótese delituosa; adotando-se, portanto, um critério subjetivo.

Pelo exposto, devemos perceber a relação entre o Direito Tributário e o Direito Penal ao discutirmos o crime de apropriação indébita qualificada, posto que o empregador, ao realizar esse delito, geralmente, realiza não só uma infração de consequência trabalhista e penal, mas também tributária na medida em que é o responsável, ou seja, é o sujeito passivo indireto obrigado por lei pelo recolhimento fiscal, configurando-se também o crime de apropriação indébita previdenciária.

3-PRINCÍPIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A relação existente entre o Direito Previdenciário e o tema do presente trabalho é intrínseca, uma vez que as obrigações contributivas previdenciárias certamente serão descumpridas se for apropriado indevidamente o salário frente ao trabalhador além do prazo

¹⁶TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**.18ª.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.271.

legal para a sua quitação; configurando-se, também, o delito de apropriação indébita previdenciária devido à omissão do responsável tributário frente ao INSS. Sendo assim, cabe aqui elencar um conhecimento básico da área jurídica previdenciária visando a discutir sua função para os trabalhadores contribuintes obrigatórios, a fim de expor a sua ligação com o tema da retenção dolosa do salário.

Ao nos remetermos para o art. 201 da CF/88, está elencado que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Podemos depreender desse artigo não apenas os princípios da contributividade, da compulsoriedade (ou obrigatoriedade), como também o do equilíbrio financeiro e atuarial, os quais fundamentam o nosso sistema previdenciário. O art. 40 da CF/88, que regula a Previdência Social dos servidores públicos, também nos demonstra explicitamente os princípios da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como o da solidariedade, deixando implícito o da obrigatoriedade de participação. Tal artigo determina que aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Segundo a obra "Princípios Constitucionais da Previdência Social", da autora *Dânaedal Bianco*, há uma explicação sobre a previdência:

A Previdência Social é um sistema de participação compulsória, com caráter contributivo e atuarial, predominando o mutualismo nos benefícios de risco e a retribuição do esforço contributivo de cada segurado nos benefícios programados (DAL BIANCO, 2011, p.52).¹⁷

¹⁷DAL BIANCO, Dânae. **Princípios Constitucionais da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2011, p.52.

3.1-CONTRIBUENTES PREVIDENCIÁRIOS

Segundo *Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari*, na obra "Manual de Direito Previdenciário", há uma definição sobre os contribuintes previdenciários, possíveis sujeitos passivos do delito de apropriação indébita previdenciária:

Os segurados da Previdência são os principais contribuintes do sistema de seguridade social previsto na ordem jurídica nacional. São contribuintes em função do vínculo jurídico que possuem com o regime de previdência, uma vez que, para obter os benefícios, devem teoricamente verter contribuições ao fundo comum. Diz-se teoricamente porque, em certos casos, ainda que não tenha ocorrido contribuição, mas estando o indivíduo enquadrado em atividade que o coloca nesta condição, terá direito a benefícios e serviços: são os casos em que não há carência de um mínimo de contribuições pagas(CASTRO; LAZZARI, 2012, p.156).¹⁸

Em relação aos segurados, pelo art. 201, caput e § 5º da CF/88, extrai-se que eles são classificados em obrigatórios ou facultativos. Por conseguinte, os obrigatórios são os que a lei exige uma participação pecuniária ao sistema, cuja contribuição é recompensada em benefícios e serviços quando cumpridos os requisitos necessários. Os facultativos são aqueles que decidem contribuir a fim de obter os benefícios e os serviços oferecidos, uma vez não se enquadrando em regime previdenciário próprio, nem se enquadrando na condição de segurados obrigatórios do regime geral.

Pelo art.12 da lei n. 8.212/91, com a redação conferida pela lei n. 9.876/99, são segurados obrigatórios, e por tal razão contribuintes do sistema, os indivíduos enquadrados nos conceitos de empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, na forma prevista no artigo. São segurados facultativos as pessoas naturais maiores de 16 anos que se filiaem de forma não compulsória ao RGPS, mediante contribuição vertida na forma do artigo 21 da lei n. 8.213/91, com redação dada pela lei n. 9.876/99.

Pelo art. 9º e seus parágrafos do Decreto n. 3.048/99, é segurado da Previdência Social, de forma compulsória, a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período

¹⁸CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**.14ª.ed. Florianópolis: Conceito, 2012,p.156.

imediatamente anterior ao chamado "período de graça". Também é segurado aquele que adere facultativa e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para as prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer. Segundo *Nilton Oliveira Gonçalves e Rosemary Christina Pila*, autores da obra "Benefícios da Previdência Social", há disposição acerca dos segurados:

Os segurados obrigatórios serão aqueles que compulsoriamente devem contribuir para a Previdência Social. Eles são separados em categorias, a saber: empregados, empregado doméstico, trabalhador avulso, segurado especial e contribuintes individuais. (GONÇALVES; PILA, 2001, p.23).¹⁹

Pelo art. 12 da lei n. 8212/91, o qual fala dos segurados obrigatórios da Previdência Social, e no seu inciso I, em relação ao segurados empregados, cabe aqui descrever tal categoria, justamente por ela ser lesada pela inadimplência salarial do empregador, sendo, portanto, sujeitos passivos dos delitos de apropriação indébita qualificada e de apropriação indébita previdenciária, tais como o que presta serviço de natureza urbana ou rural em caráter não eventual à empresa, sob a sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; aquele que é contratado por empresa de trabalho temporário, nos termos da Lei nº 6.019/74, para atender a necessidade transitória de substituição pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço de outras empresas, por período de 90 dias (prorrogável); o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil, para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no País; o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior com a maioria do capital votante pertencente a empresa constituída sob as leis brasileiras, que tenha sede e administração no País e cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidade de direito público interno; aquele que presta serviço no Brasil à missão diplomática ou repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a elas subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular; o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais internacionais dos quais o Brasil seja membro

¹⁹GONÇALVES, Nilton Oliveira; PILA, Rosemary Christina. **Benefícios da Previdência Social**. 1ª.ed.São Paulo:Síntese,2001,p.23.

efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se amparado por regime próprio da previdência social;o brasileiro civil que trabalha para a União no exterior, em repartições governamentais brasileiras, lá domiciliado e contratado, inclusive o auxiliar local, desde que, em razão de proibição legal, não possa filiar-se ao sistema previdenciário do país de domicílio;o bolsista e o estagiário que prestam serviço a empresa em desacordo com os termos da Lei nº 6.494/77. O bolsista e o estagiário, embora tenham contrato de trabalho formalizado na CTPS, só serão considerados segurados obrigatórios da Previdência Social se as suas atribuições estiverem em desacordo com a linha de formação. O estágio não cria vínculo empregatício, desde que observada a legislação de regência; o servidor da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal bem como o das respectivas Autarquias e Fundações, ocupantes exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;o servidor do Estado, Distrito Federal ou Município, bem como o das respectivas fundações e autarquias, ocupante de cargo efetivo, desde que, nessa qualidade, não esteja amparado por regime próprio de previdência social;o servidor contratado pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, bem como pelas respectivas Autarquias e Fundações, por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX da Constituição Federal;o servidor da União, Estado, DF ou Município, incluídas suas autarquias e fundações, ocupante de emprego público;o escrevente e o auxiliar contratados por titular de serviços notariais e de registro a partir de 21/11/94, bem como aquele que optou pelo RGPS;oexercente de mandato eletivo federal, estadual, distrital ou municipal, nos termos da lei nº 9.506/97, desde que não aposentado e nem amparado por regime próprio da previdência social;o ocupante de cargo de Ministro de Estado, de Secretário Estadual, Distrital ou Municipal, sem vínculo efetivo com a União, Estados, DF e Municípios, suas autarquias, ainda que em regime especial, e fundações;

Além do disposto anteriormente, que tem como fundamento, o Decreto 3.048/99, com alteração do Decreto 3.265/99, também serão enquadrados nesta categoria (empregado) o cônjuge ou companheiro empregado de firma coletiva de cuja sociedade participe o outro cônjuge ou companheiro, desde que presentes os requisitos da relação de emprego (pessoalidade, continuidade, subordinação jurídica e hierárquica);o empregado de Conselho, Ordem ou Autarquia de Fiscalização do exercício da atividade profissional;o motorista de táxi que firma contrato de locação de veículo com empresa de táxi;o trabalhador volante (bóia-fria);o agenciador de mão-de-obra ("gato") quando não constituído como pessoa jurídica;o menor assistido (até 31/10/1991 não era segurado obrigatório da Previdência Social; a partir de 01/11/1991 - Leis 8.212 e 8.213/91 - passou a ser segurado obrigatório quando exercer

atividade remunerada);o diretor empregado, aquele que, participando ou não dos riscos dos empreendimentos, seja contratado ou promovido para cargo de direção, mantendo as características de relação de emprego;o auxiliar de condutor autônomo de veículo rodoviário de transporte coletivo (lotação) ou transporte de carga (frete).

Devemos, além de conhecer os segurados obrigatórios, entender que eles podem se diferenciar dos contribuintes. Segundo os autores Castro e Lazzari, há uma explicação clara para não se confundir o contribuinte do segurado:

Os termos *contribuinte* e *segurado* possuem diferenças de significado importantes no âmbito do Direito Previdenciário. Contribuinte é o sujeito passivo da obrigação tributária, podendo ser pessoa física ou jurídica, sendo assim considerada toda pessoa que, por determinação, está sujeita ao pagamento de tributo(CASTRO; LAZZARI, 2012, p.155).²⁰

Pelo Código Tributário Nacional encontramos o conceito de sujeito passivo tanto no art. 121, caput, quanto no art. 122. Aquele define que sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, e este define que sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

No art. 121, parágrafo único, inciso I e II, do CTN, temos que o sujeito passivo da obrigação principal pode assumir o papel tanto de contribuinte quanto de responsável. Diz-se ser contribuinte quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; chama-se responsável quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Dessa forma, fazendo uma ligação com o art. 30, incisos I e V, da lei 8212/91, vislumbramos que a responsabilidade pela obrigação principal do recolhimento da contribuição devida pelos segurados empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos, contribuintes da Previdência Social, é encargo imposto aos tomadores dos seus serviços. Tal art. 30 aborda que a arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Previdência Social obedecem certas normas, em que a empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados, e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;recolher os valores arrecadados na forma da alínea ‘a’ deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta lei,

²⁰CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**.14ª.ed. Florianópolis: Conceito, 2012,p.155.

assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas os creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia vinte do mês subsequente ao da competência; o empregador doméstico está obrigado a arrecadar a contribuição do segurado empregado a seu serviço e a recolhê-la, assim como a parcela a seu cargo, no prazo referido no inciso II deste artigo.

Pelo art. 33, § 5º da lei n. 8212/91, o desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

Além disso, em caso de inadimplência das contribuições dos segurados dessas espécies, será devidamente cobrada a dívida contra quem era responsável por seu recolhimento, ou seja, a empresa, o empregador doméstico, o explorador de mão-de-obra avulsa. Nas palavras de *Hugo de Brito Machado*, há consideração acerca do sujeito passivo das contribuições sociais:

Com efeito, denomina-se responsável o sujeito passivo da obrigação tributária que, sem revestir a condição de contribuinte, vale dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador respectivo, tem seu vínculo com a obrigação decorrente de dispositivo exposto da lei. (MACHADO, 2010, p.159).²¹

3.2-CONTRIBUIÇÃO AO SISTEMA

Em relação à contribuição ao sistema de Seguridade Social, o segurado empregado, o trabalhador doméstico e o trabalhador avulso contribuem conforme determinadas regras, as quais devem ser respeitadas a fim de se evitar a apropriação indébita previdenciária. Assim, é feito um cálculo no qual se aplica a alíquota sobre o salário de contribuição mensal de maneira não cumulativa, em conformidade com o art. 20 da lei n. 8212/91, o qual aborda que a contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário de contribuição mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28, de acordo com a seguinte tabela de contribuição dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, para pagamento de remuneração a partir de 1º de Janeiro de

²¹MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**.31ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 159.

2013²²:

Salário-de-contribuição (R\$)	Alíquota para fins de recolhimento ao INSS (%)
até 1.247,70	8,00
de 1.247,71 até 2.079,50	9,00
de 2.079,51 até 4.159,00	11,00

Os segurados obrigatórios, tendo sua alíquota de contribuição devidamente paga pelo empregador, farão jus aos benefícios da lei 8.213/91, que, entre outros, incluem a aposentadoria por invalidez, que uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição; a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher; a aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino; a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei; o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos; o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade; o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço; o auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem

²² Disponível <<http://www.previdencia.gov.br/tabela-de-contribuio-mensal/>>

redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.²³ Em contrapartida, a falha no recolhimento do INSS pelo empregador, além de configurar apropriação indébita previdenciária, prejudica o empregado quanto ao direito de usufruir desses benefícios, uma vez que a maioria deles exige um período de carência para ser concedido ao trabalhador.

4-CONTRIBUINTES DA SEGURIDADE SOCIAL

Em relação aos contribuintes da Seguridade Social, a Constituição Federal de 1988, ao delinear o âmbito das contribuições, no art. 195, I, II, III e IV, estabeleceu como os contribuintes do sistema o empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada; o trabalhador e os demais segurados da Previdência Social; os apostadores de concursos de prognósticos; o importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Podemos perceber que tais contribuintes não são exatamente os mesmos da contribuição previdenciária, uma vez que a Seguridade Social comporta maior amplitude de arrecadação; inclui, assim, tanto os segurados previdenciários quanto os não-previdenciários. Dessa forma, a seguridade social visa arrecadar fundos os quais serão utilizados, por exemplo, também para a área da saúde e para a assistência social, cuja fruição será de todos os brasileiros, e não apenas dos que contribuíram para a Seguridade Social; deve, porém, para se receber o benefício previdenciário, estar comprovado o exercício de atividade remunerada que justifique o enquadramento da filiação. Segundo recente julgado do TRF da 4ª Região, há explicação acerca da universalidade da cobertura aos segurados:

PREVIDENCIÁRIO.CONCESSÃO DE BENEFÍCIO.PENSÃO POR MORTE.AUTÔNOMO/CONTRIBUINTE-INDIVIDUAL.REGULARIZAÇÃO POST MORTEM. 1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão. 2. “Filiação” é fato jurídico que decorre automaticamente do exercício de atividade laboral, independentemente da vontade do trabalhador. Já a “inscrição” é ato jurídico formal, pelo qual o trabalhador é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, materializando-se pela entrega da documentação ao órgão competente. 3. Assim, ainda que sempre tenha competido ao autônomo/ contribuinte individual o ônus de provar que efetivamente contribuiu (art. 30,II, da Lei 8.212/91), uma vez comprovado o exercício de atividade que justifique o enquadramento, nada obsta o recolhimento post mortem para fins de concessão de pensão, haja vista o disposto no § 1º do artigo 45 da Lei 8.212/91. Possibilidade, a propósito, expressamente autorizada pelo artigo 282 da Instrução Normativa do INSS nº 11/2006. (TRF/4ª Região, AC 2001.71.04.005062-0/RS, Rel.Des.Federal

²³VADE MECUM, 15ªed. São Paulo:Saraiva, 2013, p.1509-1514.

Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. de 22.3.2007.)²⁴

Os segurados previdenciários, como visto anteriormente, são classificados em obrigatórios e facultativos. Aqueles são os segurados de quem a lei exige a participação no custeio, para depois usufruírem de benefícios e serviços, uma vez presentes os requisitos para a concessão; estes são os que, não tendo regime previdenciário próprio (art. 201, § 5º, da CF, com redação da EC n. 20/98), nem se enquadrando na condição de segurados obrigatórios do regime geral, resolvem contribuir para obter futuramente os benefícios e os serviços. São seguradas obrigatórias as pessoas enquadradas nos conceitos de empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, na forma prevista do art. 12 da lei n. 8212/91, com redação conferida pela lei n. 9876/99.

São seguradas facultativas as pessoas naturais maiores de 16 anos que se filiarem de forma não compulsória ao RGPS, mediante contribuição vertida na forma do art. 21 da lei n. 8212/91, com redação dada pela lei n. 9876/99. Mais uma vez, é importante compreender que, ao contribuir ao INSS, os segurados obrigatórios da Previdência também contribuem para a Seguridade Social, a qual lhes garante assistência à saúde, serviço compreendido como um dos direitos sociais fundamentais, conforme dispõe o art. 6º, caput, da Constituição Federal.

Dessa forma, o empregador, que é por lei o responsável tributário pelo recolhimento da alíquota do salário de contribuição de seus empregados junto ao INSS, no momento em que não cumpre a sua obrigação legal, prejudica seu subordinado em dois direitos sociais fundamentais: o direito à previdência social e à saúde. Por conseguinte, apropriação indébita previdenciária configurada é reflexo da apropriação indébita do salário retido dolosamente, motivo pelo qual é necessário incriminar tal conduta de forma autônoma, tendo em vista as múltiplas consequências danosas à vítima.

4.1-RELAÇÃO DE SEGURO SOCIAL AOS TRABALHADORES

Podemos afirmar que a vontade da lei é que define o critério de inclusão aos beneficiários do regime de previdência social. Temos então um direito indisponível do segurado da previdência, uma vez que este será considerado como beneficiário do regime mesmo não demonstrando interesse em usufruí-lo, bastando apenas pertencer a uma das

²⁴Disponível em <www.jusbrasil.com.br>

hipóteses legais. Pelo art. 103 da lei n.8213/91, há casos taxativamente enumerados nos quais a inércia do segurado com direito a benefício culmina na caducidade do direito, mas essa não é a regra, e sim a exceção. Podemos depreender que, tendo em vista tal disposição, a responsabilidade do ente previdenciário na obrigação de prover o benefício ao segurado é integralmente objetiva, baseando-se, ainda, na teoria do risco social. Não é importante, portanto, a atuação dolosa ou culposa do segurado, posto que a causa da necessidade do benefício não é indagada subjetivamente.

Sendo assim, caso for negada a concessão do benefício ou o for dado o seu consentimento sem justo motivo, tal conduta constitui uma falta funcional e crime de prevaricação, uma vez que não há discricionariedade na concessão beneficiária quando estiverem presentes todos os requisitos legais para a sua fruição. As consequências da privação injusta desse benefício prejudicarão um direito intangível do segurado, gerando danos não só morais, como também patrimoniais.

Além disso, é bom observar que o direito ao benefício previdenciário está localizado dentro do rol dos Direitos Sociais elencados no art. 6º da CF/88, tendo natureza de direito fundamental. Dessa forma, não há que se cogitar em qualquer hipótese de cerceamento dessa verba, sendo um dever da Administração Pública fornecê-la quando presentes os requisitos legais ao seu provimento.

Tal como o salário, portanto, o crédito previdenciário também possui uma natureza alimentar, gerando, na maioria das vezes, um fator de subsistência primordial do cidadão trabalhador, a fim de manter seu padrão de vida digno. Nas palavras dos autores Castro e Lazzari há definição acerca das prestações previdenciárias:

Para o ente responsável pela obrigação de conceder os benefícios e serviços, a natureza jurídica da relação de Seguro Social é de um múnus público, como o é toda atividade prestada pela Administração Pública na consecução das finalidades da atividade estatal. *O direito às prestações da Previdência Social se encontra consagrado no rol dos Direitos Sociais, como um direito fundamental.* Trata-se de direito de natureza eminentemente alimentar, gerador, no mais das vezes, da subsistência básica do ser humano, cuja demora ou indeferimento descabido podem causar danos irreparáveis à existência digna de quem dependa das prestações do seguro social(CASTRO; LAZZARI, 2012, p.163).²⁵

²⁵CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**.14ª.ed. Florianópolis: Conceito, 2012,p.163.

5-EXIGÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A relação entre o tema do presente trabalho e o Direito Constitucional guarda intrínseca compatibilidade, uma vez que a apropriação indébita qualificada vem sendo utilizada na ausência de tipificação da retenção dolosa do salário, a qual é exigida constitucionalmente. Dessa forma, ao nos remetermos à Constituição Federal de 1988 em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais), artigo 7º, inciso X, há o dever expresso de proteção ao salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Além disso, há vasta proteção legislativa ditada pelas Convenções n. 95/49 e 117/62 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as quais foram ratificadas pelo Brasil, assegurando, assim, maior proteção contra descontos abusivos do empregador e, também, medidas de garantia à percepção salarial. Por conseguinte, o caráter alimentar da renda salarial leva a uma proteção legislativa não só constitucional, mas também infraconstitucional, sob os princípios da irredutibilidade, inalterabilidade, integralidade e intangibilidade.

Dessa forma, encontramos no artigo 462 da CLT um princípio que protege a percepção total do salário do empregado quando se determinam as restrições de eventuais descontos na renda trabalhista, vedando, principalmente, a prática do truck system pelo empregador. Os artigos 463 e 464 da CLT exigem a quitação contra recibo e em moeda corrente do País; os artigos 459 e 465 da CLT, por sua vez, merecem importância, uma vez que aquele veda a estipulação salarial por período superior a um mês, salvo no concernente a comissões, percentagens e gratificações, e este estabelece garantias quanto ao prazo, horário e local de pagamento do salário, cabendo ao empregador propiciar viabilidade de seu recebimento pelo empregado. Em relação aos descontos, observado o artigo 9º da CLT, apenas são permitidos os previstos em lei e os autorizados pelo empregado.

As prestações fornecidas in natura ao trabalhador – alimentação, habitação e vestuário - podem ter desconto, conforme o caput do artigo 458 da CLT, desde que não corresponda a instrumento de trabalho, sendo que, em seu § 3º, se admite o desconto de 25% e de 20%, respectivamente, para a habitação e alimentação na forma de utilidades. Em relação ao salário do trabalhador rural, conforme o artigo 9º da lei n. 5889/73, permite-se descontos, desde que autorizados por escrito, sobre o salário do trabalhador em 20% pela ocupação de moradia e em 25% pela alimentação, calculadas sobre o salário mínimo. Segundo a obra

"Comentários à Constituição Federal de 1988", dos autores Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, há definição sobre a integralidade salarial:

Ainda com relação ao princípio da integralidade do salário, o dispositivo constitucional estabelece, outrossim, a configuração de tipo penal decorrente da retenção dolosa do salário. Cuida-se, entretanto, de norma de eficácia limitada, cuja regulamentação ainda carece de atuação legislativa (BONAVIDES;MIRANDA; AGRA, 2009, p.408).²⁶

Devemos ter em mente, portanto, que, apesar de o salário encontrar proteção na Consolidação das Leis do Trabalho, é necessário cumprir a exigência constitucional de se tipificar um crime autônomo o qual puna de forma severa a prática da retenção dolosa do salário, não só por se tratar de crédito prioritário e de caráter alimentar, mas também por ser um dos direitos sociais elencados dentro dos direitos fundamentais da Carta Magna. Segundo Alexandre de Moraes, na obra *Direito Constitucional*, há consideração sobre a norma de eficácia limitada:

Normas de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade (MORAES,2007, p.07).²⁷

Dessa forma, é explicitamente necessário uma tipificação autônoma ao crime em comento, a fim de proteger o bem jurídico patrimonial dos trabalhadores de forma efetiva, contemplando a determinação constitucional. Segundo as palavras de Sérgio Pinto Martins, há necessidade de se proteger o salário:

O salário deve ser protegido em razão do caráter alimentar que possui. Na nossa atual CF/88, segundo o artigo 7º, inciso X, o salário deve ser protegido na forma da lei, constituindo crime a sua retenção dolosa. A Constituição também não esclarece se a retenção é total ou parcial ou se é feita uma vez ou várias vezes, que são questões a serem decididas na lei ordinária. O crime só irá ocorrer com a retenção dolosa, quando houver vontade de reter e não na retenção culposa. Essa norma constitucional é de eficácia limitada (MARTINS, 2011, p.301).²⁸

²⁶BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**.1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.408.

²⁷MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.07.

²⁸MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27ª.ed.São Paulo: Atlas S.A.,2011,p.301.

5.1-A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO PENAL E O PROCESSO LEGISLATIVO

Em sequência, além da exigência constitucional da tipificação penal do crime de retenção dolosa do salário, é necessário vislumbrarmos o funcionamento do processo legislativo de uma lei, a fim de compreendermos os motivos que dificultam o nascimento de uma norma.

Conforme o art. 61 da CF/88, a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; tal dispositivo, assim, confirma a existência jurídica de três Casas no Poder Legislativo federal. O art.62 da CF/88, caput, aborda que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, sendo em seu § 1º, alínea 'b', vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil, o que impede a utilização de tal recurso legislativo para a tipificação da retenção dolosa salarial.

O art.64, §1º, da CF/88, afirma que o Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. E, em seu §2º, afirma que, se no caso do §1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. Em tese, portanto, a Casa que haja ultrapassado o prazo de urgência, fica impedida de deliberar sobre outras matérias legislativas, atendida a exceção indicada no dispositivo, e naturalmente, tal prazo não flui durante o recesso parlamentar.²⁹

O art.65 da CF/88, aborda que o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. O art.66 § 4º da CF/88 fala que o veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em

²⁹ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**.1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.1037.

escrutínio secreto. A redação deste parágrafo é suficientemente clara, e a rigor não demandaria outras considerações. Apesar disto, deve-se lembrar que o quórum de maioria absoluta revela o peso do poder de veto da Chefia do Estado: dá-se a esse poder um significado maior do que o atribuído à representação popular na aprovação dos projetos de lei e em suma, traduz a noção de que como Chefe de Estado o Presidente da República está à margem e acima dos demais Poderes.³⁰

Podemos perceber que são fixados prazos para a confecção de uma lei, cujos limites, geralmente, são descumpridos pelo Congresso Nacional. Os parlamentares não sofrem, em princípio, qualquer tipo de sanção por essa falta, uma vez que essa hipótese não está cogitada em nossa Constituição. Além disso, é vedada a edição de medidas provisórias em matéria de direito penal, dificultando ainda mais a promulgação da tipificação da retenção dolosa do salário. Sendo assim, fica claro entender o motivo de tanta desídia na discussão de pautas extremamente essenciais aos direitos fundamentais da sociedade brasileira. Enquanto não há punição aos parlamentares por descumprimento desses prazos, não haverá interesse em votar os assuntos mais relevantes ao trabalhador; quando, todavia, a discussão é referente ao aumento do subsídio dos próprios deputados e senadores, então é possível vislumbrarmos interesse e rapidez na votação do pleito.

5.2-ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

A seguir, foram anexados dois projetos de lei originários da Câmara dos Deputados e um projeto de lei originário do Senado Federal para posterior análise e discussão:

I) PROJETO DE LEI Nº . de 2011 (Do Sr. MANATO)

Dispõe sobre a retenção parcial de salário por instituição bancária.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei permite a retenção parcial de salário por instituição bancária, no caso que especifica.

Art. 2º. A retenção parcial de salário, por instituição bancária, só será permitida até o limite de 30% da remuneração, exclusivamente no caso de empréstimos por margem salarial consignável, desde que tenha sido expressamente pactuado.

Parágrafo único. Não é permitida, em nenhuma hipótese, a retenção de salário para compensar valores referentes a cheque especial ou outros débitos que não sejam o mencionado no *caput*.

³⁰BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**.1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.1041.

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

JUSTIFICAÇÃO

O art. 7º, X da Constituição Federal garante aos trabalhadores urbanos e rurais o direito à proteção do salário na forma da lei, determinando que constitui crime sua retenção dolosa.

O Código de Processo Civil, no art. 649, IV, estabelece que “são absolutamente impenhoráveis (...) os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlio e montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal (...)”.

As instituições bancárias têm-se utilizado discricionariamente da prática de reter valores remuneratórios de correntistas para quitação de débitos lançados em conta-corrente.

Tal prática é totalmente descabida, diante das previsões constitucional e legais existentes. Não pode a instituição simplesmente penhorar valores depositados como verba salarial. A via correta para obter créditos referentes a dívidas do correntista seria a ação judicial. O objetivo da norma que garante a impenhorabilidade da remuneração é garantir ao devedor os meios necessários à subsistência, já que o salário tem caráter alimentar.

É arbitrária e ilegal por parte dos bancos a penhora ou retenção de verbas salariais para cobrir débitos lançados em conta corrente, colocando em risco a subsistência do devedor, lançando mão de valores para quitação de dívida que deveria ser pleiteada perante o Judiciário, sem anuência ou conhecimento do correntista.

Por outro lado, não se pode negar que os empréstimos bancários por margem salarial consignável mostram-se, muitas vezes, favoráveis tanto aos bancos quanto aos correntistas em geral. Proibir essa prática radicalmente seria privar os assalariados de ter acesso a créditos que lhes abrem portas para garantir investimentos que poderão proporcionar uma melhora de vida.

Neste Projeto, propomos que o banco possa efetuar desconto em remuneração de correntista, até o limite de 30%, somente em empréstimos com base em margem consignável, desde que previamente pactuado entre as partes. Assim não haverá o elemento surpresa e a subsistência do assalariado ficará preservada.

Essa retenção parcial de salário, nesses moldes, já tem sido permitida pela Justiça. Fica proibida pelo Projeto, expressamente, a retenção de salário para cobrir valores referentes a cheque especial ou outros débitos que não os referentes ao empréstimo mencionado pela presente proposta.

Com o intuito de transformar em norma legal prática já permitida pela Justiça em casos específicos, e na esperança de que a sociedade em geral seja favorecida é que solicitamos aos nobres pares o apoio para este Projeto de Lei.

Sala das sessões, de de 2011.

(Deputado Federal MANATO – PDT/ES)³¹

Em relação ao primeiro projeto de lei anexado, o qual dispõe sobre a retenção parcial do salário por instituição bancária, cuja autoria foi do deputado federal Sr. Manato, filiado ao PDT/ES, apesar de reiterar uma prática jurisprudencial adotada pelo Poder Judiciário de reter parcialmente o salário do empregado em até 30%, devemos questionar se

³¹Disponível<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=911973&filename=PL+2084/2011>

tal medida fere um direito social fundamental constitucional o qual protege o salário das retenções ilegais, embora não explicita seu alcance parcial ou integral. Entende-se, acima de tudo, neste trabalho, ser inviável qualquer forma de retenção salarial, posto que se trata de uma renda substancial ao trabalhador, necessária a sua subsistência e a de sua família. Embora tal dispositivo vigore na jurisprudência, ainda está pendente de aprovação legislativa para permitir que o banco retenha parcialmente o salário quando há empréstimos com base em margem consignável e desde que pactuado anteriormente pelas partes, visando a preservar o sustento do assalariado. Em contrapartida, a CF/88 proíbe tal retenção, motivo pelo qual não seria salutar validar qualquer pacto ou acordo cujo objeto seja a indisponibilidade do salário por respeito à Carta Maior e ao Código Penal.

II) PROJETO DE LEI Nº 4072, DE 2008

(Do Sr. Juvenil)

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

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

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

“Art. 203.

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

..... (NR)”

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

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei cuida de acrescentar inciso III ao art. 203 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940) com vistas a tipificar a conduta retenção dolosa do salário, em conformidade com o art. 7º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Busca-se, com a medida legislativa ora proposta, suprir lacuna legislativa em decorrência da promulgação da Constituição de 1988 e dos dizeres do seu art. 7º, X, que normatiza a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa” (grifo nosso). Tendo em vista os princípios específicos de Direito Penal, e a regra maior de que não há crime sem lei anterior que o estabeleça (*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*), faz-se necessária a normatização ora proposta, para eficácia da proteção do salário da forma como constitucionalmente prevista. Por técnica legislativa, considerando-se a matéria e as leis já em vigor, cumpre-nos propor o acréscimo do inciso III ao art. 203 do Código Penal para se atingir o fim almejado. Diante do avanço que este projeto de lei pode produzir na matriz legal acerca da proteção do salário, esperamos contar com o necessário apoio dos nobres Pares para a sua aprovação.

Sala das Sessões, em de setembro de 2008.

Deputado JUVENIL

(Líder do PRTB)³²

Em relação ao segundo projeto de lei anexado, cuja autoria foi do deputado federal Sr. Juvenil, líder do PRTB, pretende-se inserir um terceiro inciso ao art. 203 do CP, cujo caput condena aquele que frustra, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. Novamente, entende-se, no presente trabalho, que essa proposta não contempla a criação de um tipo penal autônomo exigido pelo art. 7º, inciso X, da CF/88, uma vez que este precisa ser independente, e não inserido em um dos incisos do tipo penal de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Encontra-se um equívoco neste projeto de lei ao se afirmar que consertando a art. 203 do CP estará caracterizada a conduta da retenção dolosa do salário, o que ignora os aspectos penais particulares do delito em questão, o qual possui outras características diferenciadas, como elementos do tipo e bem jurídico próprios. Tal constatação nos faz refletir a respeito da desídia parlamentar ao se elaborar uma proposta legislativa deste nível. Apesar de a iniciativa tomada não ser a mais adequada ao texto constitucional, buscou-se defender o direito dos trabalhadores nesse projeto, cuja aprovação legislativa ainda está em trâmite.

III) PROJETO DE LEI

Nº 3.943, DE 1989

(Do Senado Federal)

PLS Nº 179/89

Altera o art. 459 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

(Às Comissões de Constituição e Justiça e Redação (ADM); e de Trabalho). Apensem-se os Projetos de Lei n' 3.176/89, 3.721/89, 1.885/89 e seus anexos.)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O art. 459 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n' 5.452, de 1º de maio de 1943, é acrescido de quatro parágrafos, alterada a redação de seu parágrafo único, renumerado para §1º:

"Art. 459.

§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o segundo dia do mês subsequente ao vencido; nas demais hipóteses, até o último dia útil do próprio período.

§ 2º A falta do cumprimento do disposto no parágrafo anterior sujeita o empregador ao pagamento do respectivo valor corrigido pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC), correspondente ao período imediatamente anterior, acrescido de juros à taxa de um por cento ao mês, capitalizados mensalmente.

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

³² Disponível <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411086>>

§ 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 importâncias ou créditos, para atender quaisquer outros compromissos ou interesses.

§ 5º A instauração do processo criminal a que se refere o parágrafo anterior poderá ser proposta tanto pelo empregado como pelo respectivo sindicato quando constituído para tal fim."

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, 3 de outubro de 1989. – Senador Nelson
Carneiro/Presidente³³

Em relação ao terceiro projeto de lei anexado, cuja autoria foi do então senador federal Sr. Fernando Henrique Cardoso, filiado ao PSDB/SP, o qual foi Presidente da República por dois mandatos consecutivos, temos que ele trata a retenção dolosa do salário como uma conduta a ser enquadrada dentro da apropriação indébita. Lamentavelmente, cabe a nós contestar tal projeto, uma vez que não é possível tecnicamente enquadrar a retenção dolosa do salário dentro do delito de apropriação indébita devido às características específicas diferenciadas de cada um desses crimes. Além disso, é exposto que se objetiva modificar o art. 459 da CLT, a fim de adequá-lo ao art. 7º, inciso X da CF/88, com a possível cobrança de correção monetária pelo atraso no pagamento salarial, conforme se depreende da sua indexação. Entretanto, tal projeto ainda está pendente de aprovação legislativa desde outubro de 1989. Concluímos, dessa forma, que o Congresso Nacional carece tanto de deputados quanto de senadores qualificados juridicamente a fim de propor um projeto de lei realmente viável o qual venha a atender à exigência constitucional de tipificação da retenção dolosa do salário no Código Penal.

6-CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Em relação ao Direito Penal, o presente tema do proposto trabalho guarda profunda compatibilidade, tendo em vista que a apropriação indébita qualificada é a atual proteção penal utilizada a fim de inibir a retenção dolosa do salário, cujo tipo penal ainda não existe. Dessa forma, é oportuno analisar não só o crime de apropriação indébita simples, mas também o crime de apropriação indébita previdenciária, posto que tais tipos penais guardam uma relação intrínseca com a presente proposta de tipificação exigida pelo art. 7º, inciso X, da

³³ Disponível <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20489>>

Carta Magna.

No art. 168 do Código Penal, configura a apropriação indébita apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção, culminando em pena de reclusão de 1(um) a 4(quatro) anos e multa. O aumento da pena vem disposto no § 1º, no qual ela é aumentada em 1/3 (um terço), quando o agente recebeu a coisa em depósito necessário; na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial; em razão de ofício, emprego ou profissão.

Doutrinariamente, o delito em questão é enquadrado como crime comum (aquele que não exige qualquer condição especial do sujeito ativo); material (exige resultado naturalístico, representado pela diminuição do patrimônio da vítima); comissivo ou omissivo (pode ser praticado tanto por ação como por omissão); doloso (não há previsão legal para a figura culposa); de forma livre (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); instantâneo (o resultado opera-se de forma imediata, sem prolongar-se no tempo); unissubjetivo (pode ser praticado, em regra, apenas por um agente); plurissubsistente (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram a mesma conduta).³⁴ Segundo Luiz Regis Prado, em sua obra “Curso de Direito Penal Brasileiro”:

O crime de apropriação indébita foi durante muito tempo confundido com o delito de furto. Aliás, em vários diplomas legais a apropriação era uma modalidade de furto, desprovida de autonomia. (...) São compreensíveis essas dificuldades, haja vista que mesmo hodiernamente continua sendo reconhecido, a exemplo do que sucede com o furto, que a apropriação indébita é uma ofensa ao direito de propriedade (bens móveis), sendo seu resultado idêntico, pois em ambos o sujeito ativo incorpora o objeto material do delito ao seu patrimônio, causando prejuízo ao proprietário (PRADO, 2010, p.375).³⁵

6.1-BEM JURÍDICO PROTEGIDO E SUJEITOS DO DELITO

Podemos deduzir que a inviolabilidade do patrimônio é o bem jurídico a ser protegido contra uma possível apropriação ilícita pelo indivíduo que tem a posse ou detenção de bem móvel de terceiro. Consequentemente, há a preocupação em se resguardar o direito do proprietário e não a posse.

O sujeito ativo do delito, por conseguinte, será qualquer pessoa que não detém a propriedade, mas sim a sua posse ou detenção. Caso seja o agente do delito um funcionário

³⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial 3. 9ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.242-243.

³⁵PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial. 8ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.375.

público, responde por peculato, conforme o art. 312, do CP. O sujeito passivo do delito, por outro lado, é o proprietário do bem móvel, cuja posse direta provém de direito real.

6.2-TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

A incriminação da apropriação indébita recai sobre a conduta de se apropriar de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção. Trata-se de um tipo autônomo, simples, anormal e incongruente. A natureza da posse é invertida pelo sujeito ativo, uma vez que recebe a coisa de modo lícito e age como se fosse proprietário do bem. Assim, o sujeito ativo incorpora a coisa ao seu patrimônio com o objetivo de não a devolver ao verdadeiro dono, não mais possuindo o objeto em nome deste.

O art. 168 do CP trata da posse direta, também configurada no art. 1197 do CC, a qual se exerce em nome de terceira pessoa por conta ou em benefício próprio, não importando a temporariedade. O art. 1198 e o art. 1208, do Código Civil tratam da detenção, a qual é exercida por mera permissão ou tolerância do proprietário como um poder de fato que não significa posse. Dessa forma, é *conditio sine qua non* a preexistência da posse ou detenção exercida de maneira legítima como característica do delito de apropriação indébita.

O objeto material do crime é a coisa alheia móvel, cuja definição pode ter diversos entendimentos. A hermenêutica jurídica cuida da interpretação desses termos técnicos de ampla concepção. Nas palavras de Luiz Regis Prado:

Entende-se que na esfera do Direito Penal a coisa deva ser corpórea, assim entendida aquela que tem movimento próprio ou que pode ser removida por força alheia, incluindo-se as coisas fungíveis, desde que não haja restituição de qualidade e quantidade iguais às da coisa recebida, as infungíveis, as divisíveis, as indivisíveis e as inconsumíveis (PRADO, 2010, p.378).³⁶

O tipo subjetivo no crime de apropriação indébita analisa a culpa ou o dolo do agente delituoso. Pelo art. 168 do CP, temos configurado o dolo, o qual se consubstancia na vontade de não devolver o bem móvel, e o elemento subjetivo do injusto a fim de obter para si ou para terceiro um proveito, independente se foi alcançado ou não. Além disso, tanto o dolo quanto o elemento subjetivo do injusto devem ser posteriores à posse ou detenção, diferente do crime de furto.

A consumação do crime em comento se configura com a vontade exterior do

³⁶PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial. 8ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 378.

agente de não devolver o bem móvel ao seu proprietário, quando é invertida a posse ou detenção pelo sujeito ativo. Em relação à possibilidade de tentativa, há grande discussão doutrinária, uns admitem e outros não.

6.3-CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O crime de apropriação indébita apresenta hipóteses de aumento de pena, devido a maior gravidade social dessas circunstâncias. Particularmente, no caso específico de apropriação em razão de ofício, emprego ou profissão, cabe especial atenção, pois ele guarda proximidade com o tema da retenção dolosa do salário. Nas palavras de Capez:

Para que se configure a agravante especial em exame é necessário que o sujeito tenha recebido a posse ou detenção do objeto material em razão do emprego, ou seja, deve existir um nexo de causalidade entre a relação de trabalho e o recebimento. Ofício é a atividade, com fim de lucro, habitual e consistente em arte mecânica ou manual. Emprego é a ocupação em serviço particular em que haja relação de subordinação e dependência e exige-se a justificável confiança da vítima. Profissão é a atividade habitual remunerada, de caráter intelectual (CAPEZ, 2012, p. 545).³⁷

Podemos perceber, dessa forma, que o Código Penal reconhece um maior desvalor da ação criminosa quando se trata de apropriação indébita em face de ofício, emprego ou profissão. Entretanto, devemos entender que essa hipótese trata-se apenas de uma pena qualificadora do delito em questão, e não constitui um tipo penal autônomo. Por conseguinte, ainda persiste a ausência de uma tipificação penal autônoma para do crime de retenção dolosa do salário, previsto expressamente no art. 7º, inciso X, da CF/88. É preciso, portanto, desmembrar a hipótese qualificadora em comento a fim de se constituir um novo delito independente. Além disso, é pertinente que se efetue tal transformação, não só porque a exigência da Carta Magna é de eficácia limitada, mas também porque se trata de um dos direitos sociais que se encontra dentro do rol de direitos fundamentais, cuja essencialidade é maior pelo caráter tanto alimentar quanto de subsistência que possui.

6.4-PENA E AÇÃO PENAL

Na apropriação indébita simples, é estipulada a pena de um a quatro anos de

³⁷CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.545.

reclusão, e multa. As hipóteses qualificadoras aumentam a cominação da pena em um terço e a ação penal é pública incondicionada, ou seja, não há necessidade da representação do ofendido para se postular tal demanda, basta a iniciativa do Ministério Público.

7-CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Em relação à apropriação indébita previdenciária, cabem algumas considerações, posto que este tipo penal, na maioria das vezes, ocorre juntamente com a apropriação indébita qualificada. O art. 168 – A do Código Penal determina que a conduta de deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional acarreta em uma pena de dois a cinco anos de reclusão e multa. No seu § 1º há a disposição de que incorre nas mesmas penas quem deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

Doutrinariamente, o delito em questão é enquadrado como crime próprio (exige qualidade ou condição especial do sujeito ativo, o substituto tributário, no caso do caput); formal (para sua consumação não se exige resultado naturalístico); omissivo (a ação tipificada implica abstenção de atividade – “deixar de”); instantâneo (a consumação não se alonga no tempo, ocorrendo em momento determinado); unissubjetivo (pode ser praticado por uma única pessoa, como a maioria dos crimes, que não são de concurso necessário) e unissubsistente (praticado em único ato, dificilmente poderá caracterizar-se a figura tentada).³⁸ Em relação ao art. 168 – A do CP, este foi introduzido como um delito autônomo pela lei n. 9.983/2000, portanto é uma disposição recente. Por outro lado, o art. 5º do Decreto-Lei n. 65/37 remetia a punição dessa conduta ao art. 331, n.2, da Consolidação das Leis Penais. Tal art. 331 dispunha que apropriar-se de coisa alheia a qual lhe fora confiada, ou consignada por qualquer título, com a obrigação de a restituir ou fazer dela uso determinado acarretava na pena da mesma multa, acrescida com a sexta parte a pena corporal, sendo

³⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial 3. 9ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.258.

punido com penas idênticas às do furto.

7.1-BEM JURÍDICO PROTEGIDO E SUJEITOS DO DELITO

O bem jurídico a ser protegido é o interesse patrimonial da Previdência Social no que tange tanto a sua arrecadação quanto a sua distribuição de despesas. Nas palavras de Capez:

Trata-se de mais um crime contra o patrimônio; contudo, conforme assevera Antonio Lopes Monteiro: “na verdade esse novo artigo protege o patrimônio não de uma pessoa ou de algumas pessoas, como nos demais crimes previstos neste Título, mas o patrimônio de todos os cidadãos que fazem parte do sistema previdenciário (CAPEZ, 2012, p. 549).³⁹

O sujeito ativo, conforme se depreende do art. 168 – A do CP, é o indivíduo o qual detém vínculo com o ente previdenciário de forma convencional ou legal, cuja contribuição social está necessariamente obrigado a recolher ou repassar aos fundos do INSS, além de dever quitar o seguro ao beneficiário. O sujeito passivo do crime de apropriação indébita previdenciária, segundo o art. 168 – A do CP, é o Estado com representação da União e por uma de suas mais importantes autarquias, integrante da administração pública indireta, que é o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social).

7.2-TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

O art. 168 – A do CP nos determina que se penalize o momento no qual se deixa de repassar para a Previdência Social as contribuições dos segurados no devido prazo legal ou convencional. Trata-se de um delito não só de tipo básico, simples, anormal e congruente, mas também de uma norma penal em branco, pois necessita ser complementada pela legislação previdenciária, cuja disposição se verifica na lei de n. 8212/91 e decreto 3048/99. Também se constitui em delito omissivo próprio, uma vez que o verbo ‘deixar de repassar ao INSS’ se refere a uma omissão a qual desobedece à norma positivada, e não a uma comissão. Nas palavras de Damásio de Jesus:

Assemelhando-se à alínea ‘d’ do art. 95 da lei n. 8212/91, revogada, dela difere

³⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.549.

porque a atual expressão “no prazo legal” é de melhor compleição técnica. Na lei revogada, constava a locução “na época própria”, que era imprecisa. Para que haja delito, na vigente redação, é necessário apenas que as contribuições tenham como destino a Previdência Social. Se por um lado houve restrição, excluindo-se do conceito a Assistência Social e a Saúde, que fazem parte da Seguridade Social, conforme os arts. 194 a 204 da CF, sob outro aspecto o tipo incriminador passou a abranger os agentes recolhedores de contribuições de terceiros, o que antes não se verificava (JESUS, 2010, p. 465).⁴⁰

Podemos perceber, portanto, que o Estado optou por proteger essencialmente os fundos devidos à Previdência Social concernentes àquelas pessoas físicas definidas como contribuintes obrigatórias do sistema, elencadas no art. 12 da lei n. 8212/91. Especificamente, nos interessa aqueles segurados cuja contribuição seu empregador é o responsável tributário pelo recolhimento previdenciário, que conforme o art. 30, inciso I e V, da lei n. 8212/91, é um encargo do tomador do serviço dos segurados empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos, pois justamente este, uma vez retendo dolosamente o salário de seus subordinados, é muito provável que também pratique o crime de apropriação indébita previdenciária. Encontramo-nos, dessa forma, em uma série de crimes em que uma ação realizada, como a retenção dolosa do salário, conseqüentemente acarreta outro crime, o qual está em comento. Tal situação se enquadra na hipótese de concurso formal de crimes, em que o agente, por meio de uma só ação ou omissão, pratica duas ou mais infrações, idênticas ou não.

O tipo subjetivo, por dedução do art. 168 – A do CP, é o dolo, posto que o agente tem consciência e vontade de deixar de recolher ao INSS a contribuição devida de seus beneficiários. A consumação se confirma com a omissão do responsável em quitar a verba previdenciária dentro do prazo estipulado por lei. A hipótese de tentativa nesse caso é impossível, tendo em vista que se trata de crime omissivo próprio.

Cabe aqui uma observação relevante em relação à aplicação do princípio da insignificância jurídica nesse crime, pois o STF tem entendido que não se aplica o presente princípio quando se trata especificamente de apropriação indébita previdenciária, conforme recente precedente julgado no HC n. 102550/PR, 1ª Turma, relator Ministro Luiz Fux, DJE de 08/11/2011. A Suprema Corte, portanto, compreende que a falta de arrecadação da contribuição previdenciária acarreta prejuízo aos fundos da Previdência Social, gerando explícita lesão a um bem jurídico supraindividual.

Além disso, outra discussão que se apresenta pertinente é se a penalização do

⁴⁰JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Especial. 30ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.465.

crime em comento configura uma hipótese de prisão por dívida, a qual é vedada pela atual Constituição, salvo em caso de dívida de prestação alimentar. Ao vislumbrarmos a súmula n. 65 do TRF da 4ª Região, é afirmado que a pena decorrente do crime de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida. O STF, ao julgar o HC de n. 91704/PR, relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, de 20/06/2008, também adotou o entendimento de que a pena do art. 168-A do CP responde pela prática do crime, não se submetendo à prisão civil por dívida. Nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e de João Batista Lazzari:

É importante mencionar também a lei n. 8866/94, que previa ser depositário da Fazenda Pública a pessoa que a legislação tributária ou previdenciária impunha a obrigação de reter ou receber de terceiro e recolher aos cofres públicos impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social. Com base no § 2º do art. 1º dessa lei, que considerava depositário infiel aquele que não entregasse aos cofres públicos os valores arrecadados, foi sustentada a revogação do art. 95, 'd', da lei n. 8212/91. No entanto, esse entendimento não prosperou, pois a lei n. 8866/94 é de índole eminentemente civil, não tornando descriminalizada a conduta do art. 95, 'd', da lei n. 8212/91 (CASTRO; LAZZARI, 2012, p.458/459).⁴¹

7.3-PENA E AÇÃO PENAL

As penas estipuladas tanto para o art. 168 – A caput quanto para seu § 1º são de dois a cinco anos de reclusão e multa. A ação penal é pública e incondicionada, não necessitando obrigatoriamente da representação do ofendido para se iniciar o processo, mas apenas da iniciativa do Ministério Público, por denúncia de qualquer pessoa física.

8-AUSÊNCIA DE TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE RETENÇÃO DOLOSA DO SALÁRIO

Primeiramente, cabe dizer que, há mais de vinte e cinco anos de promulgação da atual Carta Magna, ainda persiste a ausência de norma penal autônoma que tipifique o crime de retenção dolosa do salário, conforme exige o art. 7º, inciso X, da CF/88. Em recente matéria do jornal Correio do Povo a respeito das mudanças da nossa CF até o momento, é pertinente salientar o comentário do deputado Ulysses Guimarães em seu discurso de

⁴¹CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**.14ª.ed. Florianópolis: Conceito, 2012,p.458-459.

promulgação do texto no dia cinco de outubro de 1988, no qual salientou que a nova Constituição não era perfeita, mas pioneira:

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria (CORREIO DO POVO, 2013, p. 05).⁴²

Tendo em vista essa realidade, uma solução à atual omissão legislativa seria o remédio constitucional denominado como mandado de injunção, o qual está no art. 5º, inciso LXXI da CF/88, dispondo que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ora, sendo a tipificação da retenção dolosa do salário um direito do cidadão classificado dentro do Capítulo II (Dos Direitos Sociais) e dentro do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da nossa Carta Magna, é coerente que os trabalhadores lesados se utilizem do mandado de injunção enquanto perdura a omissão legislativa no País. Portanto, quanto à omissão do legislador, a Constituição prevê os remédios da ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). O pressuposto do mandado de injunção é a omissão de norma regulamentadora, que pode ser de natureza regulamentar ou legal e ser de competência de qualquer das autoridades, órgãos e pessoas jurídicas que compõem os três Poderes do Estado, inclusive da administração indireta. É o que se deduz dos artigos 102, I, *q*, e 105, I, *h*, da Constituição, que fixam a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para julgar os mandados de injunção, em função da autoridade que se omitiu. Mas não há dúvida de que a omissão da norma pode ensejar a responsabilidade por perdas e danos, havendo precedentes no STF, tal como o caso julgado no Mandado de Injunção 283-DF, o qual tratava de omissão do Congresso Nacional em disciplinar a matéria do art. 8º do ADCT, cuja decisão foi no sentido de reconhecer a responsabilidade do Congresso Nacional pelos danos decorrentes da omissão legislativa.⁴³

⁴² CORREIO DO POVO, Ano 119, nº 5, 2013, p.05.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 716.

8.1-A NECESSIDADE DO DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO

O direito trabalhista não se demonstra suficiente para a proteção da lesão ao patrimônio salarial do trabalhador, posto que o art. 462, caput, da CLT, corolário do princípio da intangibilidade salarial, não vislumbra nenhuma hipótese de punição pecuniária para a inadimplência do empregador. O empregado, por outro lado, frente à omissão da CLT, pode utilizar o Código de Processo Civil (CPC) de forma subsidiária, conforme determina o art. 769 CLT, no qual há a possibilidade de uma execução judicial de seu crédito.

Devemos compreender que tal crédito tem natureza alimentar de subsistência tanto do trabalhador quanto de sua família, razão pela qual sua importância é protegida pela Carta Magna como um direito fundamental. Além disso, sabendo que, historicamente, as lutas trabalhistas são fomentadas em razão da valorização salarial, torna-se necessária a proteção do Direito Penal como uma medida imprescindível à coexistência pacífica da sociedade não só por razões de segurança social e jurídica, mas também por haver disposição constitucional expressa ao dever de incriminação. Em relação à atual proteção penal oferecida na hipótese qualificadora da apropriação indébita, temos que esta não contempla a exigência de tipificação do art. 7º, inciso X, da CF/88. Ademais, há o princípio penal do *nullum crimen sine lege* complementado pela tipicidade, que prega correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.⁴⁴ Os penalistas esperam, com a observância do princípio da legalidade, uma vinculação estrita da jurisdição à lei, maior transparência na determinação do Direito e em sua justificação, obtendo-se melhor previsibilidade e, simultaneamente, controlabilidade do que se passa na legislação e na jurisdição penais.⁴⁵ Em relação à natureza instrumental e subsidiária do direito penal, Queiroz traz alguns esclarecimentos:

É sob a égide de um Estado Democrático de Direito (CF, arts. 1º a 5º), em que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente” (CF, art. 1º, parágrafo único), resulta que os castigos impostos pelo direito penal não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço dos fins constitucionalmente assinalados ao Estado: proteção da vida, da liberdade, da integridade física, da saúde pública (art. 5º) etc. E por ser a forma mais violenta de intervenção na vida dos cidadãos, os quais são a razão e o fim do Estado, segue-se necessariamente que semelhante intervenção somente deve ter lugar quando seja absolutamente necessária à segurança

⁴⁴MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.98.

⁴⁵HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: Fundamentos, Estrutura, Política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p.53.

desses mesmos cidadãos. O direito penal deve ser enfim a extrema ratio de uma política social orientada segundo os valores constitucionais. Semelhante intervenção há de pressupor o insucesso das instâncias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho, etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa (QUEIROZ, 2008, p. 115-116).⁴⁶

8.2-PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE RETENÇÃO DOLOSA DO SALÁRIO

Enquanto ainda falta vontade política suficiente para se aprovar um projeto de lei a fim de normalizar a presente situação, é oportuno um estudo que vislumbre uma proposta de tipificação. Em primeiro lugar, devemos saber que a nossa ordem jurídica é normativa, ou seja, impõe ao cidadão regras de conduta imperativas. Nas palavras de Maggio:

A lei penal apresenta as seguintes características: é imperativa, geral, impessoal e exclusiva, regulando apenas fatos futuros. É imperativa porque a violação do preceito primário acarreta a pena. É geral por estar destinada a todos, mesmo aos inimputáveis, sujeitos à medida de segurança. É impessoal por não se referir a pessoas determinadas. É exclusiva porque somente ela pode definir crimes e cominar sanções. Aplica-se apenas a fatos futuros, não alcançando os pretéritos, a não ser quando aplicada em benefício do agente criminoso (MAGGIO, 2009, p.30).⁴⁷A justiça da pena consiste em aplicar o mal pelo mal, em retribuir com o mal do castigo o mal injusto do crime, sem atentar para a pessoa do castigado, nem as condições e circunstâncias em que a expiação será inculcada (ISERHARD,2005, p. 51).⁴⁸

A norma jurídico-penal, conseqüentemente, não foge a essa regra porque também possui caráter imperativo, com forma de linguagem de proposição prescritiva tanto positiva quanto negativa, dependendo se está definindo uma omissão ou uma ação. Dessa forma, o nosso sistema penal optou, em regra, pelo direito positivado, no qual deve haver a tipificação das condutas consideradas criminosas. Assim, em relação ao conceito de delito, ele abrange diversos aspectos, podendo ser formal, material ou analítico. Pelo art. 1º do CP, há a caracterização do delito formal em que a conduta é incriminada pela lei penal atual segundo certo campo de abrangência; o delito material enfoca o desvalor social do ilícito penal, cuja punição depende tanto da sociedade quanto do momento histórico na qual se insere; o delito analítico é conceituado em face da sua metodologia que se opõe ao método sintético, gerando uma análise lógico-abstrata do crime.

⁴⁶QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.115-116.

⁴⁷MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal: Parte Geral.** 7ª.ed. Campinas: Millennium, 2009, p.30.

⁴⁸ISERHARD, Antônio Maria. **Caráter Vingativo da Pena.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p.51.

Em relação à classificação das infrações, particularmente considerando uma tipificação para a retenção dolosa do salário, temos que este se enquadraria como um delito uniofensivo, o qual lesa somente um bem jurídico; delito especial, em que o tipo legal circunscreve os possíveis autores; delito omissivo próprio, no qual o agente se omite a uma exigência legal; delito de ação única, no qual o tipo apresenta apenas uma forma de conduta; delito de resultado, em que o tipo legal prevê um resultado típico vinculado à conduta por nexos causal; delito instantâneo de efeitos permanentes, em que apenas o resultado é duradouro e independe da vontade do agente; delito unissubsistente, pois consuma-se com a prática de um só ato; delito de forma livre, em que se admite qualquer meio de execução; delito progressivo ou de passagem, o qual consiste na prática de atos de gravidade ascendente contra um mesmo bem jurídico.

8.3-ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO

É necessário também elencarmos uma proposta para os elementos objetivos do tipo do crime de retenção dolosa do salário. Segundo Mirabete e Fabbrini:

O tipo é predominantemente descritivo porque composto de elementos objetivos, que são os mais importantes para distinguir uma conduta qualquer. Entre esses elementos, o mais significativo é o verbo, que é precisamente a palavra que serve gramaticalmente para distinguir uma ação. Não obstante, às vezes, além dos elementos puramente descritivos, o tipo contém elementos subjetivos ou normativos [...] (MIRABETE;FABBRINI, 2012,p. 84)⁴⁹

Dessa forma, temos que o núcleo do verbo da omissão delitiva seria “deixar de pagar” o salário dentro do prazo estipulado por lei. É um crime omissivo pelo fato de o responsável simplesmente não cumprir sua obrigação contratual trabalhista frente ao empregado ou trabalhador avulso.

Em relação ao objeto da ação temos que esse é especificamente o salário, o qual faz parte da remuneração, por ser esta a disposição constitucional do art. 7º, inciso X. O nexos causal seria relacionar o dano sofrido pelo empregado com o comportamento omissivo do empregador de não adimplir o salário no prazo correto. Logicamente, o dano sofrido pelo empregado está explícito, uma vez que o salário tem caráter alimentar, ele sofre não só materialmente, mas também moralmente.

⁴⁹MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 28ª.ed.São Paulo:Atlas,2012,p.84.

Também, no caso desse delito, temos que nos atentar às circunstâncias do tempo e do lugar do pagamento, pois há disposição no art. 465 da CLT definindo que o pagamento dos salários será efetuado em dia útil e no local do trabalho, dentro do horário de serviço ou imediatamente após o encerramento deste, salvo quando efetuado por depósito em conta bancária. Quanto à circunstância de modo, há disposição nos artigos 463 e 464 da CLT: o primeiro indica que a prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente do País, o segundo determina que o pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado e, em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo. O parágrafo único do art. 464 da CLT ainda admite que terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho.

8.4-BEM JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO

Em relação ao crime de retenção dolosa do salário, sugerimos que o bem material a ser protegido é o salário, entendido como uma parcela da remuneração. Além disso, é necessário considerar que o agente incorrerá nesse delito independente da porcentagem salarial que for inadimplida frente ao seu subordinado; trata-se, portanto, de proteger o bem jurídico patrimonial do trabalhador. Devemos compreender que a quitação da contraprestação do contrato de trabalho deve ocorrer de maneira integral de modo a contemplar todas as horas trabalhadas, e não apenas uma parcela delas, uma vez que estamos protegendo um direito social fundamental disposto no art. 7º, inciso IV, o qual determina que o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, constitui um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Nas palavras de Luiz Regis Prado:

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.(...) E deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito (PRADO,2006, p.248).⁵⁰

⁵⁰PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 6ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.248.

8.5-CONDUTA TÍPICA, SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

A proposta de uma conduta típica ao crime de retenção dolosa do salário seria não quitar o salário frente ao trabalhador até o quinto dia útil do mês subsequente à prestação do serviço mensal. A consumação do crime se confirma quando, findo o prazo legal para o pagamento do salário, houver a inadimplência do empregador ou tomador de serviço. Entende-se que se trata de um crime omissivo próprio, uma vez que o agente delituoso não cumpriu o seu dever legal de fornecer o pagamento ao seu subordinado no prazo estipulado na lei trabalhista. O art. 459 da CLT nos determina que o pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações; e em seu § 1º nos esclarece que, quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

O sujeito ativo desse delito deveria ser, como proposta, o empresário responsável pelo fornecimento da verba salarial ao seu subordinado, que, geralmente corresponde à pessoa física do empregador. No caso de o trabalhador ser avulso, seria o tomador do seu serviço, uma vez que não há vínculo empregatício. Em relação à pessoa jurídica da empresa na qual o trabalhador labora, ainda existe muita discussão doutrinária acerca da possibilidade de responsabilizá-la penalmente. Por outro lado, no direito brasileiro há previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como a do art. 173, § 5º da CF/88, relativo aos delitos econômicos, o qual esclarece que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Nas palavras de Luiz Regis Prado:

Nesse passo, aliás, é força concluir, em obediência irrestrita aos princípios da intervenção penal legalizada e da segurança jurídica, ser indispensável a inserção nas normas penais incriminadoras de referência específica de punibilidade da pessoa jurídica, não ficando, assim, submetida ao mero talante do juiz ou tribunal (PRADO, 2006, p.282).⁵¹

O sujeito passivo da retenção dolosa do salário, por conseguinte, seria todo trabalhador que necessariamente depende do pagamento do salário por meio de seu empregador, como contraprestação pelo serviço prestado; o não cumprimento dessa

⁵¹PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 6ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.282.

obrigação, além disso, gera hipótese de rescisão do contrato ao empregado, conforme dispõe o art. 483, alínea 'd', da CLT.

8.6-ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

Em relação ao elemento subjetivo do crime de retenção dolosa do salário, temos que a proposta é considerar o dolo por prévia disposição normativa do art. 7º, inciso X, da Constituição, a qual não prevê a modalidade culposa, mas apenas dolosa. Dessa forma, uma conduta culposa seria considerada atípica, não passível de punição. Contudo, a hipótese de retenção culposa do salário também deveria ser contemplada, pois a negligência do empregador em não cumprir o prazo do pagamento gera o mesmo efeito em relação ao empregado, independente se é um ato doloso ou culposo. Mais uma vez, devemos nos atentar que o direito ao recebimento do salário é considerado um direito social fundamental na Constituição, razão pela qual qualquer modalidade subjetiva desse tipo delitivo deveria ser punido, a fim de não deixar margem a qualquer possibilidade de privar o trabalhador de sua verba de subsistência. Nas palavras de Maggio:

Considerando-se que a vontade é querer alguma coisa e o dolo é a vontade dirigida à realização do tipo penal, temos como elementos do dolo a consciência e a vontade. Vontade é o elemento volitivo de realizar o fato, ou seja, consiste em resolver executar a ação típica. Consciência é o conhecimento do fato que constitui a ação típica (MAGGIO,2009,p.92-93).⁵²

Portanto, em relação ao crime de retenção dolosa do salário, em um primeiro momento, não caberia a modalidade culposa por falta de previsão na Carta Magna. Na modalidade omissiva dolosa, por sua vez, cabe tão somente o dolo direto, uma vez que o sujeito ativo busca o resultado de seu delito, e não o dolo eventual em que simplesmente, pelo art. 18, I, in fine, do CP, ele assume o risco da produção do resultado; quando o empregador deixa de pagar o salário, por sua vez, o resultado danoso com certeza ocorrerá. Nas palavras de Mirabete e Fabbrini há explicação sobre o dolo eventual:

Nesta hipótese, a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo (MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 127).⁵³

⁵²MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª.ed. Campinas: Millennium, 2009, p.92-93.

⁵³MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**.

8.7-DOSIMETRIA DA PENA

Em relação à dosimetria da pena do crime de retenção dolosa do salário, sugere-se que seja aplicada uma pena severa, tendo em vista que a realização desse delito quase sempre leva a outro, que é o crime de apropriação indébita previdenciária, além de violar um direito social fundamental disposto na Constituição. Dessa forma, temos um concurso formal de crimes, em que uma ação ou omissão acarreta em dois ou mais delitos. Também deveria ser estipulada uma hipótese qualificadora, na qual se aumentaria a condenação nas situações em que a inadimplência do crédito salarial acarretasse prejuízo ao bom nome do empregado quando, por exemplo, este tiver seu nome inserido no SPC por não quitar suas dívidas justamente por estar privado do seu salário. A ação penal deveria ser pública incondicionada à representação, bastando a iniciativa do Ministério Público para ajuizar a ação penal não só porque o trabalhador pode se constranger a denunciar seu empregador, mas também porque a gravidade dos efeitos desse crime à vítima devem ser combatidos incondicionalmente tamanho são os prejuízos que acarreta tanto no âmbito trabalhista quanto no âmbito previdenciário dos direitos do empregado.

CONCLUSÃO

Não há dúvida de que existe a clara necessidade de se tipificar o crime de retenção dolosa do salário expressamente determinado pelo art. 7º, inciso X, da Constituição Federal. Ficar insensível a essa carência normativa é desvalorizar não só toda a luta secular dos direitos trabalhistas em prol de um salário digno, como também todas as recentes manifestações populares. Estamos no momento de entender que se trata de um problema complexo, cuja solução demanda conhecimentos não apenas de Direito Penal, mas também de Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Tributário e de Direito Constitucional.

Temos, atualmente, que o atual enquadramento da inadimplência salarial é configurado como uma hipótese qualificadora do crime de apropriação indébita simples. Contudo, devemos entender que essa solução não contempla o tipo penal autônomo exigido pela Carta Magna, sendo apenas uma saída paliativa ao presente imbróglio. Por conseguinte, temos que a necessidade de se tipificar o crime de retenção dolosa do salário não decorre apenas de uma determinação constitucional normativa de eficácia limitada, mas também porque esse delito constitui um concurso formal de crimes juntamente com o tipo penal de apropriação indébita previdenciária; prejudica-se, portanto, não apenas a renda do trabalhador, mas também as contribuições à Seguridade Social que lhe garantirão benefícios previdenciários no futuro, abalando tanto o momento presente quanto futuro do trabalhador, uma vez que a previdência é fundamental ao amparo do segurado na superveniência da velhice ou de qualquer outra vicissitude contemplada com a proteção legal. Acima de tudo, é relevante destacar que estamos debatendo a criminalização de um delito cuja normatização infralegal é enquadrada como um direito social fundamental constitucional, o que torna a questão ainda mais prioritária a ponto de refletirmos o nível de desamparo sociopolítico em que vivemos.

É importante entender que, embora tratem de um objeto material semelhante, os crimes de retenção dolosa do salário, apropriação indébita e apropriação indébita previdenciária não se confundem. Necessariamente, aquele trata de proteger especificamente o salário como elemento nuclear do tipo, esse trata de proteger o salário apenas em uma hipótese qualificadora do tipo e, por último, este dispõe a proteção penal sobre o percentual do salário-contribuição que deve ser recolhido ao fundo previdenciário. Apesar de apresentarem semelhança quanto aos sujeitos do delito, diferem em relação à materialidade do objeto lesado, sendo a retenção dolosa do salário a única hipótese em que se pode incluir o

salário como elemento nuclear do tipo delituoso. Por conseguinte, ao demonstrar as sutis diferenças entre tais delitos, vislumbramos o quão é importante tornar o Direito Penal uma ciência precisa, a qual se adegue à necessidade normativa de cada caso concreto, protegendo o bem jurídico apresentado pelo tipo.

Em últimas considerações, é preciso punir ainda mais severamente tal conduta pelo ciclo de complexidade que apresenta, uma vez que o responsável pelo pagamento do salário também é o sujeito passivo indireto da obrigação tributária de arrecadar a respectiva alíquota junto ao INSS, cuja inadimplência gera prejuízos imensuráveis ao trabalhador. Em relação aos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, fica patente que a atual omissão legislativa provém da falta de ânimo político em proteger a classe trabalhadora hipossuficiente, pois outra conclusão não se pode ter que explique tamanha demora em normatizar o crime da retenção dolosa do salário ao longo de vinte e cinco anos de promulgação da Constituição Federal. Consequentemente, os trabalhadores devem procurar outras alternativas viáveis de proteção, tal como a impetração de um mandado de injunção ou, ainda, obter o apoio suficiente a fim de propor um projeto de lei de iniciativa popular.

REFERÊNCIAS

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27ª.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011, p.902.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.736.

VIVEIROS, Luciano; SANTOS, João Batista dos. **CLT Prática: Comentários artigo por artigo**. 5ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 576.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Curso de Iniciação ao Direito do Trabalho**. 2011.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.425.

DAL BIANCO, Dânae. **Princípios Constitucionais da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2011, p.72.

GONÇALVES, Nilton Oliveira; PILA, Rosemary Christina. **Benefícios da Previdência Social**. 1ª.ed. São Paulo: Síntese, 2001, p.241.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14ª.ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p.1138.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 574.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário: Com anotações sobre Direito Financeiro, Direito Orçamentário e Lei de Responsabilidade Fiscal**. 16ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.283.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.464.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.2526.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 911.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. 8ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 735.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 6ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.782.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 28ª.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.470.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal: Parte Geral**. 7ª.ed. Campinas: Millennium, 2009, p.422.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.697.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. 30ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.555.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 3**. 9ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.483.

ISERHARD, Antônio Maria. **Caráter Vingativo da Pena**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p.157.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.143.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: Fundamentos, Estrutura, Política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p.336.

_____. **VadeMecum**. 15^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2028.

_____. **CORREIO DO POVO**, Ano 119, nº 5, 2013, p. 05.

Projetos de lei, disponíveis em:
 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=911973&filename=PL+2084/2011>, <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411086>>, <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20489>>

Portaria Interministerial MPS/MF nº 15, de 10 de janeiro de 2013, disponível em <http://www.previdencia.gov.br/tabela-de-contribuio-mensal/>

Acórdão do Tribunal de Justiça de MG, disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5800902/200000040042620001-mg-2000000400426-2-000-1/inteiro-teor-11949623>>