



Retenção dolosa de salário: A FALTA DE TIPIFICAÇÃO PENAL ESPECÍFICA DA RETENÇÃO DOLOSA DO SALÁRIO DO TRABALHADOR

Carlos Henrique Presaniuk Gonçalves

E-mail: carlospresaniuk@gmail.com

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná, Brasil.

Resumo: esta pesquisa tem por objetivo olhar para a falta de regulamentação infraconstitucional referente a retenção dolosa do salário do trabalhador e verificar como tais casos concretos são solucionados pelo poder judiciário, portanto, de forma geral seu objetivo é compreender e identificar as disposições legais referentes a retenção dolosa do salário do trabalhador e seus reflexos nas decisões judiciais. Por objetivo específico se tem: conceituar salário e a retenção dolosa de salário, identificar as disposições legais a respeito da retenção dolosa de salário e o seu enquadramento ou não nas tipificações penais existentes. O método utilizado será o lógico-jurídico valendo-se da pesquisa documental bibliográfica e de julgados.

Palavras-chave: Salário. Retenção. Direitos. Tipificação. Penal. Trabalho.

Introdução

Desde muito antes da Constituição Federal de 1988 o trabalho sempre foi visto pela sociedade brasileira como sendo um ato dignificante para a pessoa humana e essencial para o desenvolvimento da nação. Embora o trabalho seja valorizado muitas vezes mesmo quando exercido de forma exaustiva e sem proteção legal, a qualidade e a disponibilidade das ofertas de emprego sempre foram um dos principais fatores levados em conta pela população avaliar a qualidade do governo, tal a sua importância.

Pensando em estabelecer certa proteção estatal para os trabalhadores após um período conturbado de três décadas de constantes violações de direitos fundamentais foi que o constituinte de 1988 estabeleceu no Art. 7º da Carta Magna uma gama de direitos trabalhistas dispostos em trinta e quatro incisos dos quais nove exigem expressamente sua complementação em lei ordinária ou complementar. É certo que, apesar de fundamentais para garantir melhores condições trabalhistas, os direitos dispostos no referido artigo necessitam em sua grande maioria de complementação infraconstitucional mesmo que não o diga expressamente contudo nem todas essas complementações podem ser satisfeitas pela esfera trabalhista e previdenciária, vide inciso X do artigo em questão que necessita de complementação penal, inexistente até a data da publicação deste



artigo. Neste ponto vem à tona a questão das normas constitucionais de eficácia contida as quais possuem eficácia imediata e independente, sem a necessidade da existência de lei complementar, no entanto, não há sanção prevista na Constituição Federal e o legislador não se atentou em colocá-la no Código Penal e por tal razão a norma não causa seu efeito pretendido uma vez que segundo o mesmo Código em seu art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1984). Assim, inexistindo a cominação legal não há pena e, portanto, não há sanção estatal que possa coibir a prática do referido crime tipificado, mas não penalizado.

Para melhor abordar o conteúdo da presente pesquisa foi utilizado o método lógico-jurídico através da técnica de pesquisa documental indireta por meio de doutrinas, artigos, Trabalhos de conclusão de curso, legislação e julgados do Poder Judiciário.

O Conceito de salário e retenção dolosa de salário.

No senso comum a definição de salário é de fato simples, no entanto, para o melhor andamento da discussão é essencial compreender o que é o salário nos termos da legislação e reduzir ambiguidades. Por diversas vezes pode-se ouvir os termos vencimentos, remuneração, subsídios, entre outros. Todos possuem diferenças entre si e podem ser utilizados em diferentes casos concretos, atentemos, no entanto, quanto ao salário que é o objeto de estudo do presente artigo. Constitui salário, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, 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. (BRASIL, 1943).

Pode-se observar, portanto, que o salário não é tão somente constituído do pagamento fixo em pecúnia, mas de todos os benefícios e provimentos que o empregador fornecer ao empregado de forma habitual, mesmo que estes não estejam presentes no contrato de trabalho, visto que a CLT leva em consideração o costume e presume-se a boa fé.



Portanto, desde logo pode-se incluir os pagamentos do vale-alimentação e vale-refeição na mesma categoria do salário convencional, em se tratando de remuneração devida ao empregado pela prestação de serviço, ainda que esta não venha a sofrer descontos proporcionais às faltas e tenha seu uso limitado a determinados fins.

Existem ainda diversos tipos de salário, sendo os principais salário por unidade de tempo, salário por obra ou serviço e o salário por tarefa. O salário por unidade de tempo ocorre quando se recebe pelo tempo trabalhado independentemente da quantidade produzida sendo normalmente por hora, quinzena ou mês constituindo a maioria entre os salários no setor privado; dá-se o salário por obra ou serviço quando se recebe por unidade de serviço concluída e não pelo tempo que se passou trabalhando é comumente utilizado na construção civil; e por fim o salário por tarefa onde o empregado precisar cumprir determinadas tarefas ou serviços em uma jornada de trabalho, se estas forem concluídas antes do fim da sua jornada o mesmo poderá se ausentar da empresa, uma vez que suas obrigações foram concluídas.

Constitui a retenção dolosa do salário do trabalhador quando o empregador, seja ele pessoa física ou jurídica, deixa de repassar o salário já devido ao empregado nos prazos estabelecidos em contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho de forma proposital.

Assim, o não pagamento do salário após a data do vencimento, e desde que a conduta seja animada pelo dolo, configura o crime de retenção, visto que transcorrido o prazo para o pagamento, essa verba passa a pertencer ao empregado. (Lavoratti e Meller, 2016, p. 10).

No entanto, como será exposto posteriormente, a criminalização da retenção dolosa do salário apesar de prevista na constituição federal ainda não foi objeto do poder legislativo mesmo após três décadas transcorridas desde a previsão legal que previa o tratamento da tipificação penal em lei complementar. Embora a conduta em discussão já esteja prevista como crime na constituição não há punição pois de acordo com o princípio da legalidade não pode o Estado aplicar sanção que não esteja penalmente tipificada em lei *vide* o próprio código penal em seu primeiro artigo: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.



Disposições legais a respeito da retenção dolosa de salário e o seu enquadramento ou não nas tipificações penais existentes.

O salário é peça fundamental do contrato de trabalho, é a contraprestação dada pelo empregador ao empregado pelo trabalho exercido e tem carácter alimentar constituindo o primordial dever do empregador pagá-lo corretamente, podendo haver consequências graves na própria existência da relação laboral se o mesmo não for repassado devidamente. Assim como se o empregado não comparecer ao serviço faltando com suas obrigações também a existência de atrasos reiterados no pagamento do salário pode levar a rescisão indireta do contrato de trabalho conforme se pode extrair do Art. 483 alínea d da CLT:

“O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato de trabalho” (Brasil, 1943).

Interessa lembrar, mesmo que por requisição ao judiciário o contratante quite seus débitos com o contratado não extingue a possibilidade de rescisão do contrato de trabalho *vide* súmula 13 do Tribunal Superior do Trabalho.

Conforme anteriormente explanado, o Art. 7 da Constituição Federal em seu inciso X traz a retenção dolosa do salário como crime, a ser especificado em lei complementar. A lei complementar em questão não existe, mas os casos concretos sim, neste caso nos cabe analisar as demais normas infraconstitucionais que são associadas ao tema.

Ainda trata a CLT (Decreto Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943) em seu art. 462 § 4º sobre o direito que tem o empregado de dispor do seu salário, não sendo facultado ao empregador rete-lo ou utiliza-lo para outro fim.

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.



§ 4º - Observado o disposto neste Capítulo, é vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispor do seu salário. (BRASIL, 1943).

Apesar de peça importante no hall de disposições legais que visam proteger o salário do trabalhador tal previsão legal não traz tipificação penal e, portanto, não é possível falar em crime uma vez que para isso é necessário tipificação penal e pena específica para a conduta em discussão prevista em legislação de carácter penal o que não ocorre no caso.

O código penal brasileiro em seu artigo 168-A define como crime a falta de repasse das contribuições sociais do empregador à Previdência Social e possui como pena reclusão de dois a cinco anos, havendo assim a interessante situação na qual o Estado preocupou-se em proteger a contribuição que arrecada, mas deixou a proteção do empregado à deriva.

Vejamos se é possível encaixar a conduta da retenção dolosa do salário de acordo com o Artigo 171 do código penal brasileiro, que versa sobre o crime de estelionato que se trata de obter vantagem ilícita passa si mesmo ou a um terceiro em prejuízo de outra pessoa. Neste caso o empregador obteria como vantagem ilícita o serviço prestado pelo empregado e este teria como prejuízo a falta de remuneração, entretanto, haveria grande dificuldade em comprovar o dolo uma vez que para o crime de estelionato o empregador teria que demonstrar a intenção de não pagar seu empregado desde antes da celebração do contrato de trabalho, tornando extremamente improvável a conclusão contrária ao empregador pela subjetividade da existência do dolo, uma vez que não há como se provar o que pensava o empregador além do mais, a necessidade de se provar a fraude, elemento essencial para a existência do estelionato como trata o Art. 171 do código penal:

“Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento” (Brasil, 1940).

Com isso temos que o estelionato não se aplica tipicamente à conduta de retenção dolosa do salário uma vez que mesmo após o exposto ainda seria necessário a ocorrência em erro por parte do empregado.



Em relação aos danos morais pode-se observar que em grande parte dos casos que chegam ao judiciário o requerente os solicita, o pagamento de danos morais se trata de indenização paga por aquele que agiu contra os direitos da personalidade do indenizado, “os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra” (Telles Goffredo, 1977). Portanto justifica-se o requerimento de danos morais para o caso em estudo devido à natureza alimentar do salário, especialmente aos trabalhadores de baixa renda cujo atraso do pagamento ou sua retenção afetam diretamente a subsistência do trabalhador e sua família, além de afetar o pagamento de dívidas e muitas vezes afetando a honra e a imagem do prejudicado.

No caso de danos morais por retenção dolosa do salário o judiciário entende que a execução é *in re ipsa*, isto é, o dano é presumido sem a necessidade de provas por parte do requerente que sofreu tal dano como estabelece a súmula 104 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. Súmula número 104. “ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O atraso reiterado no pagamento dos salários gera presunção de dano moral indenizável ao empregado”. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>. Acesso em 04 jan. 2023.

Tal entendimento dá-se configurado desta maneira em face da inexistência de lei penal que defina a conduta como crime, portanto quando o caso concreto vem à tona o indivíduo vê-se sem a proteção estatal e privado dos recursos que lhe pertencem e são necessários para sua subsistência ou manutenção do seu padrão de vida.

Buscando encontrar uma penalização na esfera penal alguns doutrinadores como Delgado (2009) buscam enquadrar a conduta estudada neste ensaio no crime de apropriação indébita, previsto no Art. 168 do código penal vigente segundo o qual constitui crime apropriar-se móvel de quem tem a posse ou detenção com pena prevista de um a quatro anos.



Portanto nesta situação o bem jurídico em questão é a inviolabilidade patrimonial, o sujeito ativo o empregador que está em posse do bem que não lhe pertence e o sujeito passivo o empregado detentor do direito real sobre o bem (salário) o qual deve ser priorizado em face à posse. Se não vejamos o art. 1197 do Código Civil:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto. (BRASIL, 2015).

Nesta ocasião o legislador deixa claro que mesmo que não tenha a posse direta sobre o salário, o empregado de boa-fé poderá reivindicá-lo em juízo.

Também é importante ressaltar, sobre a conduta típica da apropriação indébita, que a existência do crime não se dá simplesmente quando o empregador está em posse do salário que deverá pagar ao trabalhador, mas também com a presença do dolo na conduta do infrator quando este tem a intenção de tomar o bem, *in casu* o salário, para si não mais o possuindo ou utilizando em nome do sujeito passivo, ou com a intenção de restituí-lo.

O crime previsto no Art. 168 do referido código ainda apresenta a possibilidade de aumento da pena em um terço nas hipóteses previstas em seu parágrafo primeiro:

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - Em depósito necessário;

II - Na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;



III - Em razão de ofício, emprego ou profissão.

(Brasil, 1940).

Nota-se que no inciso terceiro o código entendeu a apropriação indébita em razão do ofício como mais gravosa dando ensejo a aumento de pena, embora o inciso seja uma qualificação para o tipo penal de que trata e não pode se dizer que é legislação específica relacionada à retenção dolosa de salário, no entanto, para parte da doutrina não há impedimento para que em um primeiro momento possa se qualificar ali a referida retenção dolosa de salário.

Ainda ressalto que o salário do trabalhador é conquistado a cada dia ou hora trabalhados, uma vez que sua ausência gera um respectivo desconto e, portanto, ao comparecer no local de trabalho e cumprir os requisitos estabelecidos em seu contrato entendo que o trabalhador possui direito adquirido a receber o pagamento correspondente ao tempo em que esteve à disposição do empregador. Tanto o é que mesmo quando o pagamento ocorra em dia convencionado no futuro ou que o contrato seja rescindido antecipadamente, o empregado terá direito a receber os dias trabalhados sem qualquer ônus em seus direitos trabalhistas, salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Por outro viés o crime de apropriação indébita tem como objeto a coisa alheia móvel e o referido art. 168 do CP não versa especificamente sobre a pertença do salário ao empregado, é difícil entender em qual momento o empregador comete a apropriação indébita, uma vez que ao mesmo tempo o empregador é legalmente proprietário do dinheiro advindo dos lucros de sua empresa e devedor do salário ao empregado. É possível fazer analogia com uma dívida em que o credor se assemelha ao trabalhador e o devedor ao patrão, este tem a obrigação de pagar o salário e aquele tem o direito de recebe-lo, daí a necessidade de uma lei específica que regularize melhor o assunto e defina o não pagamento da dívida específica como crime específico ou incluso no agravante do crime de apropriação indébita.

Portanto, na opinião deste autor e embora o disposto no inciso III do art. 168 do Código Penal não é possível enquadrar a retenção dolosa de salário como conduta típica do crime de apropriação indébita, correndo o risco de incorrer no uso da analogia em *malam partem* devido às particularidades do caso concreto. Ainda, para se falar



em existência de apropriação indébita deve haver a presença do “injusto” como elemento subjetivo e o dolo na conduta do infrator ao tomar o bem para si, não mais o possuindo ou utilizando em nome do sujeito passivo, a isso chamamos inversão de posse. Da mesma maneira entende a ministra Maria Thereza de Assis Moura:

A retenção dolosa de salário, conquanto tenha sido prevista no art. 7º, X da Constituição Federal como crime, ainda ressesente-se da necessária lei, criando o tipo penal respectivo.

Também não há como subsumir a conduta à apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), porque o numerário ao qual o empregado tem direito, até que lhe seja entregue, em espécie ou por depósito, é de propriedade da empresa (empregador), não havendo se falar, então, em inversão da posse, necessária para a tipicidade do crime.

O administrador da empresa, ao assim agir, não pratica fato típico previsto no art. 168 do Código Penal. Talvez por isso tenha o legislador constituinte feito a previsão mencionada, mas ainda sem eficácia, ante a omissão legislativa.

(STJ: HC 177.508/PB, rel. ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2013, DJe 26/8/2013).

Não se pode olvidar também que o direito penal é a *ultima ratio* e em prol da segurança jurídica não pode o Estado punir uma conduta sem que sua cominação legal esteja pacificada e inequivocamente expressa em lei, mesmo que já tipificada na Constituição Federal.

O professor Guilherme de Souza Nucci em seu Curso de Direito Penal de 2019 ao tratar sobre a inexistência de dolo subsequente utiliza o seguinte exemplo:

“O sujeito receberia um determinado bem, havendo a **transferência de posse**; posteriormente, quando o proprietário o pede de volta, o agente nega, apropriando-se. Ele estaria agindo com dolo subsequente à conduta, considerando-se esta



como a entrega do bem. O equívoco dessa posição concentra-se na análise do verbo do tipo, que é apropriar-se. O autor somente se apropria do bem quando se recusa a devolvê-lo (dolo atual), e não quando **o recebeu do proprietário** em confiança;”. Grifo nosso. (NUCCI, 2019).

Nos interessa desta passagem que é implícita a necessidade do recebimento do bem do proprietário original e depois haver a apropriação (inversão de posse) para que se possa configurar de forma perfeita a adequação da conduta ao descrito no artigo 168 do Código Penal.

Adjacente ao art. 168 o art. 168-A anteriormente citado versa sobre a apropriação indébita previdenciária onde se deixa de passar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes e geralmente sua prática é associada à apropriação indébita qualificada. O art. 168-A prevê pena de dois a cinco anos e multa.

A existência da proximidade entre as condutas de retenção salarial e a apropriação indébita previdenciária, uma vez que praticado a retenção salarial o empregador tem grande inclinação a reter as contribuições previdenciárias, pode causar a impressão que com uma mesma conduta o empregador pratica dois crimes distintos, com isso, sendo punível o empregador com a apropriação indébita poderia se falar em concurso formal de crimes visto que: “Dá-se o concurso de crimes quando o agente, com uma ou várias condutas (ação ou omissão), realiza pluralidade de crimes” (Sanches, 2015, p. 475). Existem três espécies de concurso, tratados nos artigos 69 a 71 do código penal sendo eles o concurso formal, material e a continuidade delitiva os quais não vem ao caso estudá-los neste artigo.

Infelizmente a existência de ambas as normas acima citadas não é suficiente para preencher a lacuna existente pois como veremos na jurisprudência, o art. 168 do CP não é aplicado à conduta estudada, nos vem à tona falar sobre a possibilidade do mandado de injunção previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.

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



LXXI - conceder-se-á 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; (BRASIL, 1988).

O uso do remédio constitucional é utilizado quando por falta da lei seja impossibilitado o exercício dos direitos e liberdades constitucionais sendo de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça julgar procedentes ou não tais mandados. A omissão da norma pode ocorrer por quaisquer órgãos da administração pública, autoridades e pessoas jurídicas que compõem o Estado sendo da administração pública direta ou mesmo indireta. No entanto não é usual o mandado de injunção por parte do trabalhador prejudicado, o qual normalmente peticiona ao judiciário apenas por receber seu salário acrescidos os danos morais.

Identificar e comentar julgados a respeito da retenção dolosa de salário.

As decisões judiciais possuem papel fundamental não apenas sobre o caso sobre o qual decidem, mas também sobre futuros casos semelhantes, interpretações doutrinárias e servindo como fonte formal direito. Tal é sua importância que a uniformidade da jurisprudência é objeto do novo Código de Processo Civil de 2015 “O art. 926 do CPC/2015 determina que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (Tartuce, 2021, p. 18).

Analisar jurisprudências relacionadas com a retenção dolosa de salário e com os temas tratados no capítulo anterior é essencial para uma compreensão de como os argumentos apresentados e a letra da lei se aplicam nos casos reais, por óbvio não há condenações penais referentes ao crime de retenção dolosa do salário uma vez que não há tipificação penal, portanto cabe a análise de casos para verificar a saída que encontra o judiciário na responsabilização do empregador. Iniciando por um caso de descontos abusivos no salário de uma empregada.



EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS EFETUADOS NO SALÁRIO DA PARTE IMPETRANTE. OBSERVÂNCIA DO DECRETO N.º 4.840/2003.

1. Com base no art. 2º, §§ 2º e 3º do Decreto n.º 4.840/2003, os descontos a serem efetuados não podem exceder a 30% da remuneração disponível do trabalhador. 2. Assim, considerando o caráter alimentar do salário bem como o princípio constitucional da razoabilidade, torna-se ilegal o zeramento dos contracheques efetuado pelo Banco litisconsorte. 3. Ademais, o procedimento adotado se mostra em desarmonia com o art. 7º, X, da CF que prevê a "proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa", sendo que, no caso, a situação se agrava em razão do longo período em que a empregada permaneceu sem salário, sendo absolutamente desproporcional, além de atentatório à razoabilidade, deixar a obreira sem remuneração. Segurança concedida.

(TRT da 4ª Região, 1ª Seção de Dissídios Individuais, 0022161-36.2021.5.04.0000 MSCIV, em 24/02/2022, Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso).

No caso da referida ementa a instituição financeira descontou das verbas salariais da requerente a totalidade de seu salário, por razões de dívidas adquiridas por adiantamentos emergenciais. Um valor muito superior ao permitido por lei que é, no máximo, de 30% do valor integral ferindo assim o anteriormente citado art. 462 da CLT que em seu *caput* é claro em determinar que só pode ser descontado do salário aquilo que o próprio artigo cita e o que for permitido ou determinado pela lei e por tal motivo em hipótese alguma poderia a empregada ficar privada de dispor do restante do seu salário, sendo acusada a empresa de reter dolosamente os 70% restantes do salário da empregada.

Portanto a conduta da empresa neste caso concreto poderia ser enquadrada como retenção dolosa do salário caso houvesse a tipificação penal para tanto, uma vez que estariam presentes os aspectos da efetiva retenção salarial e do dolo, no entanto enquanto não houver o texto legal tipificando a conduta não é possível extrair



a norma adjacente ao texto de lei restando-nos apenas especular a respeito de um possível enquadramento.

Não se pode falar em retenção salarial sem analisar a aplicabilidade da indenização por danos morais, muito comum em jurisprudências que tratam da retenção dolosa do salário. Como já falado a concessão de danos morais tem por objetivo reparar os danos sofridos por aquele que teve seus direitos da personalidade prejudicados ou atacados por outrem. Para dar ensejo a danos morais precisa o salário estar no hall de direitos da personalidade e de fato está, Maria Helena Diniz define o patrimônio como extensão econômica da personalidade (2012, p. 121) relacionando com o salário retido, um patrimônio cujo o qual o empregado tem direito, mas não a posse. Observa-se a aplicação do princípio dos danos morais presumidos anteriormente explicitados na seguinte decisão monocrática:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 932 DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO ADOÇÃO DO PISO SALARIAL DA CATEGORIA. SALÁRIO PAGO A MENOR. De acordo com o art. 5º, X, da Constituição da República, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Além disso, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo. No caso, considerando a violação constatada nos autos de não adoção do piso salarial da categoria e consequente pagamento a menor do salário da autora, restam configurados o ato ilícito, o nexo causal e o abalo moral presumido - *in re ipsa*, sendo devida à autora a indenização extrapatrimonial postulada. Agravo regimental a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, 8ª Turma, 0020314-51.2021.5.04.0791 ROT, em 19/07/2022, Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso).



Neste caso o trabalhador, menor de idade, não teve pago o piso salarial mínimo para sua categoria demonstrando que não é necessária a retenção do salário como um todo para dar ensejo a danos morais, uma vez que só o pagamento do valor inferior ao devido já causa prejuízos *in re ipsa* ao trabalhador devido ao carácter alimentar e de subsistência do salário. O mesmo ocorre quando o salário é recorrentemente pago em atraso ou com valores incorretos inferiores ao devido, afetando a qualidade de vida e as condições de subsistência dos trabalhadores.^{sd}

Conclusão

Infelizmente ao observar os casos reais nota-se que de modo geral o judiciário fica limitado a condenar o empregador ao pagamento do que é devido ao trabalhador acrescido de danos morais, não resultando em punição na esfera penal para a pessoa física ou jurídica. Dessa forma o Estado deixa desprotegido a parte mais frágil do vínculo empregatício, assim permitindo uma maior quantidade de casos de retenção salarial, dificultando para o empregado o requerimento do que é seu por direito mesmo que o crime já esteja previsto na carta magna e que seja possível seu enquadramento na apropriação indébita ou ainda a criação de norma penal específica.

No entanto, o Estado não deixa desprotegido a si mesmo quando tipifica a retenção da contribuição à Previdência Social no art. 168-A do Código Penal, deveria o Poder Legislativo incumbir-se de complementar a legislação e preencher a lacuna existe há décadas, assim seria possível reduzir a prática abusiva oriunda principalmente da impunibilidade causada pela omissão do Estado.

Na opinião deste autor seria forçoso incluir a retenção dolosa do salário por si só como apropriação indébita, por entender que seja necessário a inversão da posse para o perfeito enquadramento no tipo penal, ressaltando o devido respeito às opiniões divergentes. Por fim, mesma decisão teve o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RETENÇÃO DE SALÁRIOS PELO EMPREGADOR. ATIPICIDADE RECONHECIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ACOLHIDO. NÃO



CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO MAS CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.
2. A retenção dolosa de salário, conquanto tenha sido prevista no art. 7º, X da Constituição Federal como crime, ainda ressesente-se da necessária lei, criando o tipo penal respectivo.
3. Também não há como subsumir a conduta à apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), porque o numerário ao qual o empregado tem direito, até que lhe seja entregue, em espécie ou por depósito, é de propriedade da empresa (empregador), não havendo se falar, então, em inversão da posse, necessária para a tipicidade do crime.
4. O administrador da empresa, ao assim agir, não pratica fato típico previsto no art. 168 do Código Penal. Talvez por isso tenha o legislador constituinte feito a previsão mencionada, mas ainda sem eficácia, ante a omissão legislativa. (Habeas Corpus 177508 PB 2010/0118366-6)

Encaminham-se duas soluções para remover o *status quo* da impunibilidade existente, a primeira na qual o Poder Judiciário de ofício, pacificaria seu entendimento a respeito do tema e passaria a enquadrar a retenção salarial como fato típico do crime previsto no art. 168 do Código Penal. Outra saída se dá por meio dos trabalhadores, que através de suas organizações e sindicatos podem pressionar o Poder Legislativo para incluir cominação legal específica relacionada a tipificação já prevista na Constituição Federal.

Referências

1. ALCANTARA, Silvano Alves. **Legislação trabalhista e rotinas trabalhistas**. Intersaberes, 2014.



2. BRASIL. **Código Civil**, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.
Disponível em
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm.
Acesso em 18 mar. 2023.
3. _____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15 mar. 2023.
4. _____. **Código Penal**, DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 mar. 2023.
5. _____. **Código de Processo Civil**, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 17 mar. 2023.
6. _____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 177508 PB 2010/0118366-6**. Habeas Corpus. Impetração substitutiva de recurso ordinário. Impropriedade da via eleita. Apropriação indébita. Retenção de salários pelo empregador [...]. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF: 15 de agosto de 2013.
7. _____. Superior Tribunal de Justiça: **HC 177.508/PB**, rel. ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2013, DJe 26/8/2013.
8. CUNHA, Rogerio Sanches. Concurso de crimes in **Manual de direito penal parte geral**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 475 – 486.
9. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
10. ESPÍNOLA, Aryoswaldo José Brito. **SALÁRIO, BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL?**. DIRETORIA DA AMATRA 13, p. 263.
11. JUNIOR, Goffredo Telles. Direito subjetivo in **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Saraiva, 1977.
12. LAVORATTI, Anna Claudia; MELLER, Fernanda. **A MITIGADA PUNIÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DO SALÁRIO E A AUSÊNCIA DE TIPIIFICAÇÃO PENAL**.



13. LENZA, Pedro e ROMAR, Carla Tereza M. **Direito do Trabalho Coleção Esquemático**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2022.
14. POLL, Roberta Eggert. **Retenção dolosa de salário: impressões a respeito do descumprimento de legislação trabalhista e/ou infração penal**. Revista da Escola Judicial do TRT4, v. 2, n. 3, p. 191-214, 2020.
15. SALVADOR, Letícia Helena. **A necessidade de tipificação da retenção dolosa do salário**. 2013.
16. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil volume único**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.