

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DE SALÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A COMPATIBILIDADE MATERIAL ENTRE O ARTIGO 7º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA, CAPITULADO NO ARTIGO 168 DO CÓDIGO PENAL.

CONSTITUTIONAL CONTROL OVER THE CRIMINALIZATION WARRANT OF INTENTIONAL WITHHOLDING OF SALARY: AN ANALYSIS OF THE MATERIAL COMPATIBILITY BETWEEN ARTICLE 7, ITEM X, OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC AND THE OFFENSE OF MISAPPROPRIATION, CAPITULATED IN ARTICLE 168 OF THE PENAL CODE.

RESUMO

O direito fundamental social ao salário, pedra angular para a dignidade do trabalhador e a subsistência de sua família, é robustecido por garantias constitucionais que asseguram sua proteção, irredutibilidade e estabelecem um piso mínimo nacional. O artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, em reconhecimento à sacralidade desse direito, impõe ao legislador brasileiro a obrigação de criminalizar a retenção dolosa do salário. Apesar das décadas desde a promulgação da Constituição, o legislador ordinário ainda não cumpriu a tarefa de tipificar especificamente o crime de retenção dolosa do salário. A prática, até então, tem sido enquadrada como apropriação indébita, uma alternativa interpretativa válida, porém insuficiente para refletir a real gravidade desse comportamento. A retenção dolosa do salário, incluindo sua procrastinação intencional, transcende a mera apropriação indevida, impactando a dignidade do trabalhador e seu direito fundamental ao sustento. O descompasso entre as penas previstas para a apropriação indébita e a reprovabilidade da retenção dolosa configura um desafio na busca por uma resposta penal eficaz e proporcional. Este artigo propõe uma análise crítica dessa lacuna na legislação brasileira. A metodologia adotada baseia-se principalmente em pesquisa bibliográfica, incorporando autores que discutiram o tema e assuntos correlatos. A abordagem dedutiva será utilizada para a análise crítica dos elementos apresentados, buscando compreender as implicações jurídicas e sociais desse precedente no cenário internacional. A pesquisa visa a destacar a necessidade premente de uma tipificação específica para a retenção dolosa do salário, considerando sua relevância para a dignidade humana e o direito fundamental ao trabalho. O artigo busca, assim, contribuir para o debate sobre a efetividade do sistema legal brasileiro na proteção desse direito, promovendo uma reflexão essencial sobre o papel da legislação penal na preservação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Retenção dolosa de salário; direitos sociais; mandado de criminalização; apropriação indébita; proporcionalidade.

ABSTRACT

The fundamental social right to salary, crucial for worker dignity and family subsistence, is supported by constitutional guarantees of protection and irreducibility. Despite the recognition of this sacredness in article 7, item X, of the Federal Constitution, the Brazilian legislator has not yet specifically criminalized the intentional withholding of wages. The practice, framed as misappropriation, is considered a valid interpretation, but insufficient to reflect the seriousness of this behavior. Intentional retention, including intentional procrastination, goes beyond mere misappropriation, impacting the worker's dignity and their right to sustenance. This article critically analyzes this gap in Brazilian legislation, highlighting the urgency of a specific classification for the intentional withholding of wages, aiming to preserve the foundations of the Democratic Rule of Law and the effective protection of this fundamental right..

Keywords: Intentional salary withholding; social rights; criminalization warrant; misappropriation; proportionality.

INTRODUÇÃO

A sublimidade do direito fundamental social ao salário representa um pilar essencial para a garantia da dignidade do trabalhador e a sustentabilidade de sua vida e de sua família, robustecido pelas garantias constitucionais de sua proteção, de sua irredutibilidade, assegurando-se, ainda, um piso mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Reconhecendo, assim, a sacralidade do direito fundamental social ao salário, o poder constituinte originário outorgou um mandamento de criminalização, capitulado no artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, ordenando ao legislador criminal brasileiro que tipifique como crime a sua retenção dolosa.

Nada obstante as quase quatro décadas de promulgação da Constituição da República, até os dias de hoje, não se desincumbiu o legislador ordinário brasileiro de proceder à tipificação específica do delito de retenção dolosa do salário, de modo que a subsunção desse comportamento tão pernicioso ao delito de apropriação indébita, embora válida, não se presta à promoção da resposta penal proporcionalmente adequada à gravidade desse comportamento.

Ora, a retenção do salário, assim como a sua procrastinação intencional, transcende a mera apropriação indevida, atingindo a própria dignidade do

trabalhador e seu direito fundamental ao sustento, de modo que o descompasso entre as penas previstas para o delito de apropriação indébita e a reprovabilidade da retenção dolosa do salário configura um desafio na busca por uma resposta penal eficaz e proporcional, reflexão que se pretende realizar neste artigo.

Para isso, será adotado um enfoque metodológico que se baseará principalmente em pesquisa bibliográfica, abrangendo autores que dissertaram sobre o tema principal e assuntos correlatos. O método dedutivo será empregado como estratégia para a análise crítica dos elementos apresentados, proporcionando uma compreensão mais aprofundada das implicações jurídicas e sociais desse importante precedente no cenário internacional.

I. A SACRALIDADE DO SALÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A palavra *salário* encontra a sua origem do latim “salarium”, expressão que deriva do vocábulo “salis”, cujo significado, literalmente, é *sal*. Curiosamente, o sal era a moeda aceita pelos romanos para pagamentos dos trabalhadores domésticos e soldados das legiões romanas.

Vólia Bomfim (2021, p. 752) assim define o salário: “é toda contraprestação ou vantagem em pecúnia ou em utilidade devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude do contrato de trabalho”, vale dizer, “o pagamento direto feito pelo empregador ao empregado pelos serviços prestados, pelo tempo à disposição ou quando a lei assim o determinar”.

Em semelhante sentido, a exegese de Gelson Amaro de Souza (2008, n/p):

O trabalhador que exerce alguma atividade nestas condições passa a ser empregado e o beneficiado pela produção ou resultado passa a ser o patrão ou empregador. Se aquele que usufrui da força de trabalho de outrem tem direito a usufruir do resultado deste trabalho, ressurgiu como natural que o trabalhador passe a ter direito a certa remuneração ou salário pelo serviço prestado. Longe se foram, e de triste memória, os tempos da escravidão em que o senhor (patrão) usufruía do lucro e não remunerava o trabalho prestado pelos escravos.

Validamente, o salário ocupa a nobre posição de centralidade entre os direitos fundamentais sociais de um trabalhador, na exata medida em que,

celebrado um contrato de trabalho, o empregado fica à disposição do empregador, executando as tarefas ao longo da jornada de trabalho para que, ao final de cada mês, receba a justa e devida contraprestação paga pelo empregador, denominada *salário*.

É bem verdade que, após a proibição da *escravidão*, oportunidade em que sequer se identificava o direito à liberdade e à dignidade do trabalhador, a consolidação do capitalismo impôs aos empregados uma dura realidade de jornadas exaustivas em ambientes insalubres que desprezava, por completo, direitos do trabalho, exigindo da comunidade internacional o reconhecimento de direitos humanos de viés sociais, a exemplo do direito ao salário, conforme bem esclarece Gelson Amaro de Souza (2008, n/p):

Longe se foram, e de triste memória, os tempos da escravidão em que o senhor (patrão) usufruía do lucro e não remunerava o trabalho prestado pelos escravos. Não se remunerava o trabalho prestado e, com isso, não se reconhecia e nem se respeitava o princípio da dignidade da pessoa humana. Só se atende à dignidade da pessoa humana, quando se reconhece a utilidade de seu trabalho e se lhe paga uma remuneração ou salário condizente com este trabalho prestado. A partir de meados do século passado, houve maior preocupação com a dignidade da pessoa humana, havendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10.12.1948, dispendo que todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Ainda, que todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social (Artigo XXIII, n. 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução 217-A).

De fato, após a revolução industrial, em especial no final do século XVIII e durante o século XIX, a relação jurídica empregatícia assume papel principal, quase que hegemônico, das relações de trabalho, oportunidade a partir da qual o empregado passou a vender sua força de trabalho, enquanto o empregador o remunera para que, assim, obtenha a prestação de serviço. Essa conjuntura histórica evidencia que, a rigor, os direitos trabalhistas formam um dos pilares fundamentais do sistema capitalista, porquanto viabiliza a existência de uma relação jurídica lícita entre os detentores dos meios de produção e aqueles que vendem sua força de trabalho.

Ao comentar essa mudança de paradigma conjuntural, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 101), ministro do Tribunal Superior do Trabalho, explica que

“[...] em torno da relação de emprego, pelas suas características de permitir combinar liberdade pessoal do trabalhador com direção empresarial pelo empreendedor, é que se erigiu a fórmula inovadora de organização do sistema produtivo que permitira ao capitalismo distanciar-se dos precedentes modos de produção”.

O salário, pois, é a principal obrigação do empregador ao celebrar um contrato de trabalho, de modo que a sua relevância se evidencia mercê de sua natureza de verba alimentar. Com efeito, o empregado celebra contrato de trabalho na perspectiva de manutenção material de sua pessoa e de sua família, isto é, o objetivo do trabalhador é encontrar meios de garantir a alimentação e sustento de sua família. Em nada destoia dessa conclusão o ministro Maurício Godinho Delgado (2019, p. 875), ao apregoar que “[...] o caráter alimentar do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a perspectiva do trabalhador. É dizer, “[...] o salário atende, regra geral, a universo de necessidades essenciais da pessoa humana e de sua família”.

Percebe-se, assim, a sacralidade do salário como direito fundamental social do trabalhador, o que conduziu a República Federativa do Brasil a proceder ao seu reconhecimento e impor a sua proteção, à luz do disposto no artigo 7º, incisos IV, VI, VII, XXXX e XXXI, inclusive na perspectiva penal, inclusive, ao determinar à legislação criminal ordinária a criminalização de sua retenção dolosa pelo empregador, conforme a outorga do mandamento estampado no inciso X do indigitado dispositivo constitucional.

Entretanto, a proteção do salário, afortunadamente, não encontra proteção jurídica tão somente na legislação doméstica, senão, ao revés, no plano internacional, é fartamente objeto de diversas convenções da Organização Internacional do Trabalho, no âmbito do sistema global da Organização das Nações Unidas.

Com efeito, a Convenção Internacional nº 95 da OIT, da qual o Brasil é signatário Brasil desde 25 de abril de 1958, estabelece inúmeras regras de proteção ao salário, a exemplo de seu artigo 11, que estipula que o salário constitui crédito *privilegiado*, em caso de falência da empresa.

O tema salário-mínimo também não passou ao largo da disciplina protetiva da Organização Internacional do Trabalho, na medida em que a Convenção Internacional nº 26, da OIT, também em vigência no Brasil, desde 25 de abril de 1958, disciplina as métricas de fixação dos salários-mínimos, a Convenção Internacional nº 99 estabelece critérios para fixação dos salários-mínimos no âmbito do trabalho rural e a Convenção Internacional nº 131, demonstrando sensibilidade e preocupação com os países em desenvolvimento, prescreveu as condições de fixação do salário-mínimo em tais países.

A igualdade salarial de gênero, lado outro, também encontrou regulamentação específica no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, por intermédio da Convenção Internacional nº 100, em vigência no Brasil desde 25 de abril de 1958, disciplinando a igualdade de salário entre homens e mulheres.

Como se não bastasse, própria Organização Internacional do Trabalho outorgou um mandamento convencional de criminalização, no bojo do artigo II, da Convenção Internacional nº 131, que estabeleceu a necessidade de imposição de sanções penais no caso de desrespeito ao salário-mínimo fixado, evidenciando, assim, a premente preocupação, também, no cenário internacional, em bem tutelar o direito fundamental e humano ao *salário*.

É bem verdade, por outro lado, que a promulgação da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), durante o governo do ex-presidente Michel Temer, suscitou considerável receio quanto à possível precarização e à excessiva margem de flexibilização dos direitos trabalhistas no cenário brasileiro. Ao alterar substancialmente dispositivos consolidados ao longo de décadas, a reforma gerou apreensões sobre a fragilização das condições laborais, visto que possibilitou a prevalência de acordos individuais sobre a legislação, bem como introduziu a figura do negociado sobre o legislado de maneira mais abrangente.

Nada obstante, pode-se afirmar, em linhas gerais, que a proteção do salário foi salutarmente preservada, mesmo após a superveniência da novel legislação, na exata medida em que considerou, conforme a nova redação do artigo 611-B, incisos IV e VII, da Consolidação das Leis do Trabalho, manifestamente ilícito o objeto de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução do salário-mínimo e da proteção do salário.

Em obra analítica e crítica à Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Colher de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017, p. 317) demonstram a importância do salário e de sua proteção, defendendo a existência do princípio da intangibilidade salarial:

Em razão da natureza alimentar do salário, o ordenamento jurídico erigiu um complexo sistema de proteção do salário em face do empregador, dos credores do empregado e dos credores do empregador, podendo falar-se num princípio de intangibilidade salarial.

Nessa perspectiva, evidencia-se que os direitos trabalhistas, em especial, o salário, direitos do trabalhador que compõem o seu patrimônio mínimo existencial e estabelecem um patamar civilizatório mínimo, fora do qual se evidenciaria indisfarçável afronta à *dignidade da pessoa humana*, fundamento da República Federativa do Brasil, ao lado dos *valores sociais do trabalho*, à luz do disposto nos incisos III e IV, do artigo 1º, da Constituição de 1988.

Portanto, o direito ao salário é protegido por todo o arcabouço normativo brasileiro, seja por imperativo constitucional, por Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho das quais o Brasil é signatário, assim como por intermédio das normas trabalhistas vigentes, notadamente a Consolidação das Leis do Trabalho, formadores de um sistema normativo protetivo ao trabalhador, que repercute em todas as esferas do direito pátrio, incluindo o direito penal, ressaltando, assim, a proeminência e a excelssitude deste direito fundamental social do trabalhador.

Evidenciada, pois, a sublimidade do direito fundamental social ao salário, suas origens e suas previsões legais e convencionais, importa, a partir de agora, tecer observações gerais a respeito do instituto denominado *mandamento de criminalização*, para, logo depois, avaliar as consequências jurídicas da ausência de tipificação específica de retenção dolosa de salário, ignorando a ordem pronunciada pelo legislador constituinte no artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal.

II. OS MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO E AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS: UMA NECESSÁRIA INTRODUÇÃO CONCEITUAL

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

Longe de se tratar de uma recomendação ou de uma sugestão de penalização de determinados comportamentos, os mandados de penalização, na verdade, encerram a qualidade de *ordem* potestativa e vinculante, emitida pelo poder constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, endereçada ao legislador ordinário, para que aquela conduta censurável seja tipificada como infração penal, cujo atendimento é obrigatório e cuja inobservância caracterizaria uma situação de inconstitucionalidade, por omissão.

Em outras palavras,

[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Ponte, 2008, p. 152).

Ilustrativamente, ao prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, enuncia um mandamento expresso de criminalização que impõe ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configurem racismo, com o estabelecimento de um regime punitivo diferenciado aos atos racistas, que contemple penas de reclusão, a impossibilidade de liberdade provisória com fiança e jamais permita a extinção da punibilidade de seus agentes pela prescrição.

Portanto, os mandamentos de criminalização constituem “[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.” (Moraes, 2014, p. 59).

Os mandamentos de criminalização, entretanto, embora sejam mais usualmente identificados a partir do texto constitucional, também podem ser prescritos por *tratados internacionais* que determinem aos países subscritores a tipificação de determinadas condutas atentatórias aos direitos humanos em suas legislações internas, assim como a cominação de penas suficientemente satisfatórias, a ponto de bem tutelar o objeto jurídico que se pretende proteger, com efeito dissuasório em relação àquele comportamento criminoso.

Se, por um lado, a supremacia da Constituição se reveste de eficácia normativa, dirige e limita a liberdade de conformação da legislação ordinária, as convenções internacionais de direitos humanos, como se verá mais adiante, também têm superioridade normativa em relação à legislação interna de cada país, o que faz com que os mandados de criminalização previstos em tais documentos internacionais, longe de meras recomendações, tenham inquestionável coercibilidade sobre sua ordem jurídica ordinária.

Reconhecendo o fenômeno dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de direitos humanos, André de Carvalho Ramos (2006, n/p) ensina que:

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. (...). Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que exigem dos Estados a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

Há, todavia, é bem verdade, autores que discordam da assimilação da existência de mandamentos de criminalização extraídos do texto constitucional e de tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo de Dimitri Dimoulis (2005, p. 112), para quem parece inconcebível “castigar em nome dos direitos humanos”, revelando-se repreensível, sob sua óptica, responder à violência exercida contra os direitos humanos com outra violência, a saber, a

criminalização de condutas, uma forma inadvertida de se tutelar os bens jurídicos em jogo.

Em sentido oposto, afirma Luciano Feldens (2005, p. 31):

Ainda que por um lado se repila veementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo que auxiliar, na realização (perspectiva positiva) de políticas públicas e sociais, ao veraz argumento de que outros instrumentos mais apropriados, e menos invasivos, se projetam a tal finalidade, por outro, deposita-se nessa disciplina jurídica, hialina e inegavelmente, a missão de coibir (perspectiva negativa) aquelas condutas que revelem hipótese de dano- ou mesmo ameaça de sua ocorrência – a bens ou interesses que se mostram vitais à sociedade como tal.

De qualquer forma, de todo oportuna a defesa dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de Jaceguara Dantas da Silva Passos (2011, p. 103) frente à objeção sustentada por autores refratários àquele instituto:

[...] assegurar a efetividade dos mandados de criminalização, com a conseqüente punição dos violadores dos Direitos Humanos mediante a tutela penal, não é forma de vingança, mas sim a utilização dos meios necessários para o respeito de relevantes bens jurídicos e diminuição dos abusos.

Assim, “[...] nasce um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes.” (Ramos, 2006, n/p).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, considerada analítica e prolixa, devido aos seus 250 artigos em vigor, foi generosa na definição de um extenso rol de direitos fundamentais, topograficamente alocados já no início de seu texto, o que evidencia a preocupação do legislador constituinte com a defesa da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, mercê da supressão de direitos vivenciada na experiência autocrática imediatamente anterior à sua publicação.

Seguindo, assim, a tradição dos textos constitucionais pátrios antecedentes e latino-americanos, o atual texto magno brasileiro também previu mandamentos expressos de criminalização em seu bojo, muitos deles situados em seu título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos), precisamente no artigo 5º,

revestidos, portanto, da condição de cláusulas pétreas, à luz do que estabelece o seu artigo 60, §4º, inciso IV, o que reforça a convicção de que tais comandos, longe de serem consideradas ordens *punitivistas* aleatórias, têm, a rigor, por propósito a proteção eficiente e suficiente de direitos fundamentais reputados de maior esplendor e, portanto, dignos de um regime protetivo diferenciado.

Nesse sentido, o magistério de Salo de Carvalho (2015, p. 466):

Delineou-se o conceito de Constituição Penal para demarcar as opções no âmbito do direito penal e processual penal realizadas pelos constituintes de 1987, as quais se diferenciam nitidamente da tradição histórica do constitucionalismo brasileiro. A constante dos textos constitucionais em matéria de direito penal e processual penal, até o advento da Constituição de 1988, era restringir a intervenção, ou seja, o escopo era demarcar rígidos limites de incidência do poder punitivo através de normas e princípios negativos, seguindo a tradição liberal de tutela dos direitos e garantias individuais. No entanto a presença de normas com projeção incriminadora na Carta Constitucional de 1988 (Constituição Penal dirigente) redimensiona a estrutura do direito penal, estabelecendo verdadeiros paradoxos, notadamente o da coexistência de normas garantidoras (limitativas) e de normas incriminadoras (projetivas) em único estatuto.

A propósito, ao se debruçar sobre os mandados de criminalização da Constituição da República Federativa do Brasil, Luiz Luisi (2003, p. 58) foi por demais farta na função de propulsão da interferência criminal, com numerosas cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos.

A propósito do tema, com grande poder de síntese, ensina René Ariel Dotti (2011, n/p):

A Carta Política de 1988 prevê o que a doutrina chama de "mandatos constitucionais de criminalização", valendo como exemplos os seguintes casos: (a) discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais; (b) prática do racismo; (c) tortura; (d) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; (e) terrorismo; (f) os crimes definidos como hediondos; (g) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (h) a retenção dolosa do salário do trabalhador; (i) o abuso do poder econômico; (j) o abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente; (k) as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 5.º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7.º, X; art. 173, § 4.º; art. 227, § 4.º e art. 225, § 3.º, da CF.

Definido o conceito de *mandamentos de criminalização*, assim como identificados a Constituição da República e os tratados internacionais de direitos humanos como suas fontes primárias, impende, doravante, debruçar-se sobre

os contornos do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais pela Suprema Corte brasileira, com especial atenção ao princípio da *proporcionalidade*.

III. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE AS LEIS PENAIS

Como o objeto deste artigo é a realização do controle de constitucionalidade do mandamento de criminalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, é necessário direcionar o enfoque do trabalho aos critérios estabelecidos pela doutrina e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, para a aferição da *constitucionalidade* das leis penais e processuais penais brasileiras.

O Estado de Direito, como não se olvida, foi desenvolvido sob a premissa maior de limitar dos abusos do poder público e, ao mesmo tempo, potencializar o direito à liberdade de seus cidadãos, como contraponto às práticas do Estado Absolutista, razão pela qual o primado da *lei* se estabeleceu como a garantia de um critério objetivo que evitaria o desencadeamento de tratamentos privilegiados ou persecutórios em relação às pessoas da comunidade, consagrando o que se convencionou denominar de *Rule of law*.

De fato, a grande contribuição da instituição do Estado de Direito ao direito penal, sob os holofotes do iluminismo, foi o estabelecimento do princípio da *legalidade*, ao estabelecer que somente poderiam ser consideradas infrações penais aquelas previamente tipificadas em uma *lei*, em sentido estrito, aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, assim como somente essa espécie legislativa poderia definir suas respectivas penas:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida (Bitencourt, 2022, p. 96).

Assim, estabelecido o princípio da legalidade como fundamento elementar do direito penal, “[...] cabe ao Estado – por intermédio de sua política criminal – programar politicamente as decisões sobre a forma que o controle

penal será aplicado a fim de prevenir condutas socialmente nocivas.” (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

Ocorre que, com o fenômeno da *constitucionalização* do direito penal, fruto do *neoconstitucionalismo*, que consolidou as ideias de supremacia e de força normativa da Constituição, a política-criminal do Estado, notadamente no que concerne à conformação legislativa, passa a sofrer uma relevante limitação, deixando de ser absolutamente discricionária para ter seu exercício condicionado aos valores constitucionalmente consagrados, assim, o direito penal somente pode intervir para a proteção dos mais importantes valores constitucionais e sempre da forma menos invasiva à liberdade de seus cidadãos. Vale dizer, “[...] a penalidade, por limitar drasticamente os direitos fundamentais (Oliveira, 2018, p. 205), necessita de uma legitimação constitucional.” (Oliveira, 2018, p. 213-224).

Em síntese,

[...] a política criminal se encontra vinculada à dogmática penal limitada pelo conteúdo material dos valores e princípios constitucionais que, além de gozarem de consenso e aceitação, configuram a convivência entre o político bem comum e a dignidade humana. (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

Esse fenômeno ressignificou o princípio da legalidade, a partir do Estado Democrático de Direito, subordinando a legitimidade das leis penais e processuais penais não apenas à existência de uma lei formalmente aprovada que tipifique comportamentos criminosos e estabeleça sanções penais, mas, especialmente, à sua conformidade com a Constituição e, igualmente, com os tratados internacionais de direitos humanos:

Isso significa dizer que o império da lei, a base filosófica do Estado de Direito, não se contenta com a simples edição de uma lei advinda do legislador, porque não se acredita na suficiência da entidade da lei, aspecto caro ao formalismo jurídico e a escola positivista do direito. Ao contrário, a lei e sua correta interpretação pedem obediência para além do enunciado normativo: a Constituição e declarações internacionais de direitos humanos (legalidade material) - (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

É precisamente nesse momento histórico que, segundo Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2021, n/p), emerge o princípio da *proporcionalidade* como princípio fundamental e regulador da política penal do Estado, atuando sob as instâncias de controle legislativo e jurisdicional das

normas penais, harmonizando as exigências preventivas e punitivas da sociedade, com as liberdades individuais, na incessante busca pela segurança social.

Sobre o princípio em questão, apregoa Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) que

[...] a proporcionalidade - para o injusto culpável - caracteriza-se como o princípio que qualifica a pena aplicada de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado”, esclarecendo, ainda, que “sua relação com a dignidade humana é patente porque a aplicação da pena de forma desproporcional determina a restrição exagerada do campo de liberdade, e desequilibra a dialética da política criminal em favor de seus aspectos repressivos.

A propósito, a estrutura normativa do princípio da *proporcionalidade*, segundo a doutrina clássica, é composta por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Ávila, 2009, p. 166). Em outras palavras,

Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal — vedação do arbítrio (Ubermassverbot); b) necessidade (Erforderlichkeit): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “stricto sensu”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais. (Bitencourt, 2022, p.139).

Portanto, para que o direito penal interfira na esfera dos direitos fundamentais de seus cidadãos, deverá aferir a presença os seguintes vetores: i) *adequação*, analisando se o direito penal é um instrumento apto a alcançar a proteção do bem jurídico em exame, a retribuição do fato praticado e a prevenção geral e especial em relação ao crime; ii) *necessidade*, avaliando se realmente é necessária a intervenção do direito penal ao caso à baila, tendo em vista o seu caráter subsidiário e fragmentário; e iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, aferindo se os benefícios a serem alcançados com a seleção do comportamento humano como criminoso (efetiva proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos sociais dessa escolha – sacrifício aos direitos fundamentais dos potenciais infratores e aos interesses da própria sociedade.

Neste diapasão, nota-se que a transformação de um comportamento humano em infração penal, invariavelmente, impõe à coletividade uma indiscutível limitação, que somente será legítima se for compensada por uma efetiva vantagem: a eficaz proteção do direito fundamental tutelado pelo novel tipo penal; é dizer: a criação de tipos penais incriminadores deve ser efetivamente *compensadora* para a sociedade, logo, não é dado ao direito penal lastreado em premissas verdadeiramente democráticas cogitar incriminar comportamentos que tragam mais temor, ônus e limitação social do que efetivos benefícios à sociedade. Vale dizer:

Para concluir, com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências — crimes, vinganças e punições arbitrárias — que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (Bitencourt, 2022, p. 144).

A aplicação do princípio da proporcionalidade sobre o direito penal, a propósito, apresenta-se por duas faces: a proibição da hipertrofia punitiva (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Se, por um lado, o Estado tem o dever de não se exceder em seus meios de punição, por outro, conforme Claus-Wilhelm Canaris (2003, n/p), também assume o intransigível compromisso constitucional de tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos de forma eficaz e suficiente, de sorte que sua omissão ou a adoção de medidas parciais e insuficientes para a adequada proteção de tais direitos se revela *inconstitucional*, por afronta ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a proibição da proteção insuficiente pode ser considerada uma operação que permite ao intérprete da norma penal aferir se um ato ou uma omissão (total ou parcial) do Estado vulnera um direito fundamental a que ele deve proteger, a exemplo da descriminalização do homicídio, que se revelaria inconstitucional diante da necessidade de proteção suficiente ao direito fundamental à vida (Feldens, 2005, p. 109).

A propósito,

[...] trata-se, com a divisão da proporcionalidade como critério limitador da intervenção estatal no âmbito dos Direitos Fundamentais em

proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente, de atribuir à jurisdição constitucional a difícil responsabilidade em tal equilíbrio: a intervenção penal não pode nem *sobrar*, e nem *faltar*. (Vieira, 2011, n/p).

Sistematicamente, portanto, pode-se afirmar que o sistema de proteção dos direitos fundamentais é composto de uma proteção negativa, consistente na proteção estatal do indivíduo frente ao poder de punir do próprio Estado, e de uma proteção positiva, a saber, a tutela do Estado a direitos fundamentais de ataques de terceiros particulares. Assim, se, por um lado, o Estado deve prever mecanismos de coibição dos seus próprios excessos no exercício do direito de punir, por outro, é credor de um dever prestacional de proteger suficientemente os direitos fundamentais de seu povo com a tutela intransigente de seus mais importantes bens jurídicos, quer individuais, quer coletivos, em plena consonância com as premissas de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode perder de vista, ademais, a necessidade de o juízo de proporcionalidade ser sucedido por um juízo de *razoabilidade*, afinal, a mera retribuição proporcional à censurabilidade do fato praticado não atende aos seus fins, sem uma prévia avaliação ponderada sobre a existência de outros meios de menor ingerência na liberdade do cidadão. Em outras palavras,

É exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão. (Bitencourt, 2022, p. 144).

Definida, assim, a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, assim como exposta a sua dupla face (proibição da hipertrofia punitiva e proibição da proteção deficiente), faz-se necessário avaliar de que forma esse postulado poderá servir de parâmetro, por parte do Poder Judiciário, para a efetivação do controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais.

Em que pese a considerável carga de subjetividade em relação aos critérios de aferição do princípio da proporcionalidade de leis penais e processuais penais, Bottini (2010, n/p) sugere ser

[...] possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de vista da proporcionalidade”, recomendando “a intensificação da pena quanto mais importante o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a este mesmo bem, e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta”.

Nessa perspectiva, Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) afirma que

[...] em sendo a proporcionalidade princípio norteador de todo o funcionamento do direito penal Democrático de Direito, o controle de sua observância caberá, em última instância, ao Poder Judiciário”, obtemperando à objeção de possível afronta à separação dos poderes que “o espaço de construção legislativa não é ilimitado e absolutamente discricionário, mas é pautado pelos princípios constitucionais derivados do modelo de Estado adotado”, de modo que “o papel do Judiciário como órgão de controle dos eventuais excessos do Poder Legislativo ganhou destaque”.

Assim, definida a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, sob a perspectiva de sua *proporcionalidade*, passa a ser necessário avaliar em que termos o Supremo Tribunal Federal tem realizado esse confronto, com ilustrações desse exercício em sua jurisprudência.

Apesar de que “[...] no Brasil, o STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida para diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais.” (Sousa Filho, 2020, n/p), faz-se mister avaliar, a partir da análise de sua jurisprudência, exemplos dessa atividade para, após, chegar a algumas conclusões articuladas.

Validamente, Ademar Borges de Sousa Filho (2020, n/p) aponta como diretriz para o controle de constitucionalidade das leis penais o voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, em que sustentou a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, oportunidade em que

[...] sistematizou os três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade das leis – controle de *evidência*, controle de *justificabilidade* e controle *material* de *intensidade* – de acordo com a jurisprudência do Tribunal constitucional alemão.

Entretanto, em que pese a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade das leis penais, denuncia Ademar Borges de Sousa Filho (2021, n/p) que “[...] a realidade, nesse campo, é contraintuitiva: a jurisdição constitucional brasileira controla pouco

(quantitativamente) e com baixo rigor (excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais.”, evidenciando, quantitativamente, a baixa atuação do Pretório Excelso no campo do direito penal:

A título ilustrativo, o STF reconheceu repercussão geral a um total de 65 temas relacionados ao direito penal e processual penal. Desses casos, como visto, 16 serviram apenas para reafirmação de jurisprudência. Apenas 8 discutem a constitucionalidade de tipos penais ou de determinadas formas de sua interpretação. Esse número de temas penais e processuais penais cuja repercussão geral foi reconhecida (65 casos) representa cerca de 8% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (770 casos). Se se considerarem os casos que discutiam temas estritamente penais (constitucionalidade de tipos penais ou de certas interpretações judiciais desses temas), eles representam cerca de 1% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (Sousa Filho, 2021, n/p).

Se, por um lado, o exercício do controle de constitucionalidade, em matéria criminal, pela Suprema Corte, em sede de controle *difuso*, já não é dos mais significativos, no que concerne ao controle *concentrado*, os números são ainda piores, segundo Sousa Filho (2021, n/p):

No campo do controle concentrado, a ausência de temas penais e processuais penais é ainda mais acentuada: apenas pouco mais de 20 de um universo de mais de 3 mil ações de controle concentrado com decisão final desde o ano 2000 trataram de algum tema penal ou processual penal. Isso representa ínfimos 0,06% do total de ações de controle concentrado examinadas pelo Tribunal nos últimos vinte anos. Somente três decisões do Plenário do STF declararam inconstitucionais determinadas interpretações de leis penais incriminadoras: (i) a inconstitucionalidade da criminalização da **marcha da maconha**; e (ii) a inconstitucionalidade da criminalização do aborto de feto anencefálico; e (iii) a não recepção da contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei no 3.688/1941).

Diante desse diagnóstico, apresenta três propostas capazes de proporcionar o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no campo penal, sendo elas: i) renovação das funções do Tribunal Constitucional em relação à reformulação das leis penais; ii) diversificação das técnicas decisórias envolvendo matérias criminais; iii) intensificação do controle material e procedimental da constitucionalidade das leis penais (Souza Filho, 2021, n/p).

O Poder Judiciário brasileiro, conforme Souza Filho (2021, n/p), portanto, deve mudar a postura de atuação, passando de um controle de constitucionalidade *leve* para *intermediário*, mas adaptado à realidade brasileira,

criando condições para que as instituições possam se adequar às determinações impostas pela Constituição da República, principalmente, no Direito Penal:

[...] defendo uma alteração profunda na intensidade com que o controle da constitucionalidade de leis penais é praticado. O STF, na esteira da jurisprudência comparada, tende a realizar um controle brando ou leve da constitucionalidade das leis penais quando a teoria da jurisdição constitucional recomendaria uma intensificação desse controle, em razão da alta relevância axiológica dos direitos restringidos pelas leis penais. Essa intensificação do controle de constitucionalidade das leis penais produz duas importantes consequências mais diretas: (i) ao abandonar um controle leve em favor de um controle intermediário ou intensivo, redistribui-se o ônus argumentativo, imputando ao legislador uma carga probatória de justificação das restrições aos direitos fundamentais resultantes das leis penais; (ii) a adoção de parâmetros mais rigorosos de controle da constitucionalidade das leis penais altera também o grau de deferência ao legislador, rejeitando uma postura de extrema autocontenção por uma maior proatividade na averiguação da legitimidade dessas leis.

Uma vez evidenciada a legitimidade do Poder Judiciário em realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, notadamente sob o parâmetro do princípio da proporcionalidade, abrangendo, tanto a proibição da hipertrofia punitiva, quanto a vedação da proteção insuficiente, pretende-se, agora, aferir, pragmaticamente, se o mandamento expresso de criminalização concernente à retenção dolosa de salário, previsto no artigo 7º, inciso X, da Constituição da República, foi satisfatoriamente adimplido pela legislação criminal brasileira, ou se, ao revés, há situação de omissão inconstitucional a ser judicialmente reparada.

IV. O MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO DA RETENÇÃO DOLOSA DE SALÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A COMPATIBILIDADE MATERIAL ENTRE O ARTIGO 7º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA, CAPITULADO NO ARTIGO 168 DO CÓDIGO PENAL

O mandamento de criminalização sobre o qual se pretende tratar, curiosamente, está topograficamente situado fora do artigo 5º, encontrando-se no artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, no capítulo II, dedicado aos direitos sociais, do título II (dos direitos e garantias fundamentais), dispositivo que prevê “a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

Ao comentar essa ordem de penalização, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 269) ensina que os seus fundamentos são a proteção dos *valores sociais do trabalho*, que se incluem entre os fundamentos de nossa República, ao lado da *livre iniciativa*, conforme estabelece o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, assim como a *valorização do trabalho humano*, como princípio geral da atividade econômica, à luz do artigo 170, “caput”, da Magna Carta.

Em que pese o Código Penal brasileiro tenha dedicado um título próprio aos crimes contra a *organização do trabalho*, entre os artigos 197 e 207, omitiu-se o legislador ordinário, quer nesse diploma, quer por meio de sua legislação penal extravagante, em tipificar a retenção dolosa do salário como delito autônomo, deixando, pois, de atender àquele mandamento de criminalização.

A omissão legislativa, mesmo após quase quatro décadas da Constituição, é notável e suscita preocupações quanto à eficácia da resposta penal adequada à gravidade desse comportamento. Com o propósito de colmatar a omissão inconstitucional da legislação criminal brasileira em tipificar em norma penal incriminadora específica o reprovável comportamento de retenção dolosa de salário, segundo Gonçalves (2007, p. 270),

[...] pode se caracterizar como apropriação indébita, prevista no Código Penal no artigo 168. Esse tipo criminal exige *animus rem sibi habendi*, ou seja, a intenção de se adonar da coisa, após, regularmente, obtido sua posse ou detenção.

Portanto, diante da lacuna legislativa em questão, a retenção dolosa do salário tem sido subsumida ao delito de apropriação indébita, tipificado no artigo 168 do Código Penal. No entanto, essa alternativa interpretativa, embora válida, não reflete a real reprovabilidade desse comportamento criminoso, que vai muito além da mera apropriação indevida, na exata medida em que o impacto na dignidade do trabalhador e na capacidade de prover o sustento próprio e familiar demanda uma abordagem penal mais específica e consentânea com o mandamento de criminalização outorgado pelo poder constituinte originário.

Consigne-se, por oportuno, que o preceito secundário desse crime estabelece reclusão de um a quatro anos e multa, o que admitiria, em tese, o acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo, seguramente incompatíveis com o grau de censura atribuído a essa conduta pelo

poder constituinte originário, revelando um descompasso significativo de resposta penal frente ao alto grau de censurabilidade desse comportamento criminoso.

Não se pode olvidar, contudo, que a retenção dolosa de *salário*, imprescindível para a vida digna do trabalhador e de sua família, revela-se muito mais censurável que a apropriação indevida de qualquer outro valor, bem ou objeto, o que demandaria, enquanto o legislador criminal não implementasse o mandado de criminalização do artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, a impossibilidade de oferta da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, pelo Ministério Público, assim como que o juiz, ao subsumir essa conduta ao delito de apropriação indébita, necessariamente, majore a pena-base, na primeira fase da dosimetria da pena, em razão da maior culpabilidade desse comportamento, nos termos do artigo 59, do Código Penal, tudo em razão da ordem constitucional de penalização em debate.

Se, por sua vez, a retenção dolosa de salário se der para restringir a locomoção do trabalhador, em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, é possível a configuração do delito contra a liberdade individual de redução à condição análoga à de escravo, previsto no artigo 149, do Código Penal, cuja pena privativa de liberdade estipulada é de dois a oito anos de reclusão, sem prejuízo da multa.

Lado outro, adverte Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 270) que, muitas vezes, o empregador não necessariamente retém o salário do trabalhador, com o propósito de permanecer definitivamente com tais valores, conduta que se subsumiria ao delito de apropriação indébita, mas apenas o faz de forma temporária, intencionalmente, a despeito de possuir os recursos para o pagamento na data prevista, com a vontade de tão somente procrastinar o adimplemento da remuneração, hipótese em que, nada obstante a vigência e a imperatividade do mandamento de criminalização do artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, o fato será considerado penalmente atípico, inexistindo tipo penal adequado para punir esse comportamento constitucionalmente reprovado.

Por isso, aqui, percebe-se o não atendimento do mandamento constitucional de criminalização estampado no artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, havendo evidente omissão inconstitucional, sujeita, como

é cediço, à propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, perante a Suprema Corte, com o propósito de constituir em mora o Congresso Nacional, a fim de que possa, oportunamente, operacionalizar, legislativamente, a tipificação do delito de retenção dolosa de salário, com o propósito de abarcar não apenas a conduta de apropriação definitiva, como, também, o comportamento da procrastinação intencional e injustificada da remuneração do trabalhador, por parte do empregador.

CONCLUSÃO

Os mandamentos de criminalização, essas ordens potestativas e vinculantes, emanadas do poder constituinte, exercem um papel crucial na formatação da legislação criminal brasileira, estabelecendo diretrizes claras ao legislador ordinário para tipificar comportamentos reprováveis como crimes, protegendo, assim, bens e interesses fundamentais de forma integral e adequada. Nesse novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, como imperativos de tutela, destaca-se a ênfase na proteção da vítima e na punição de autores de graves atentados aos direitos fundamentais e humanos.

O fenômeno da constitucionalização do direito penal, impulsionada pelo neoconstitucionalismo, estabeleceu um novo paradigma no qual a política criminal não pode ser exercida de forma discricionária, mas deve respeitar os valores constitucionais. O controle de constitucionalidade das leis penais, antes centrado apenas na legalidade formal, passou a demandar uma conformidade com o princípio da proporcionalidade, vetor axiológico crucial para se aferir a constitucionalidade das leis penais e processuais penais, desempenhando um papel relevante no equilíbrio entre a intervenção estatal e a salvaguarda dos direitos individuais.

Diante da análise acurada sobre a ordem de penalização contida no artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, que veda a retenção dolosa do salário, constata-se uma preocupante lacuna legislativa que compromete a efetividade desse mandamento constitucional. A omissão do legislador ordinário em tipificar a retenção dolosa do salário como delito autônomo, mesmo diante

da clara determinação constitucional, revela uma falha no sistema jurídico brasileiro.

A sugestão de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves de subsumir a retenção dolosa do salário ao crime de apropriação indébita, previsto no artigo 168 do Código Penal, embora seja uma alternativa interpretativa válida, não reflete a real magnitude da gravidade desse comportamento. A retenção do salário, além de configurar uma apropriação indevida, atinge diretamente a dignidade do trabalhador e sua capacidade de prover o sustento próprio e de sua família, afrontando severamente um dos mais sublimes direitos sociais assegurados na ordem jurídico-constitucional brasileira.

A ausência de uma tipificação específica para a retenção dolosa do salário, ademais, implica em inadequação das penas previstas no artigo 168 do Código Penal, as quais não refletem devidamente a censura constitucional atribuída a essa conduta. O descompasso entre a pena estabelecida e a gravidade do comportamento constitui um desafio na busca por uma resposta penal efetiva e proporcional.

Além disso, a possibilidade de configuração do delito contra a liberdade individual, quando a retenção do salário visa restringir a locomoção do trabalhador, ressalta a complexidade e a multiplicidade de facetas dessa celeuma. No entanto, a análise cuidadosa de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves também alerta para situações em que o empregador, embora retendo temporariamente o salário, não busca a apropriação definitiva, mas sim a procrastinação injustificada do pagamento, situação que, embora impregnada de indiscutível reprovabilidade, atualmente, é considerada um indiferente penal.

Diante desse panorama, constata-se uma clara falha na concretização do mandamento constitucional de criminalização contido no artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal. A omissão legislativa, que persiste em não tipificar de forma adequada a retenção dolosa do salário, representa não apenas uma lacuna normativa relevante da legislação criminal brasileira, mas, especialmente, uma afronta aos princípios fundamentais de proteção ao trabalho e valorização do trabalhador, estabelecidos pela própria Constituição.

Assim, este trabalho conclui que a necessidade de preenchimento dessa lacuna constitucional demanda a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante a Suprema Corte. Essa medida visa

constituir em mora o Congresso Nacional, instando-o a operacionalizar, de maneira legislativa, a tipificação do delito de retenção dolosa de salário. Somente assim será possível atender integralmente ao mandamento constitucional, proporcionando uma resposta penal eficaz e condizente com a gravidade dessa conduta prejudicial à dignidade do trabalhador e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 4 abr. 2022.

BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho. 18ª Edição - Rio de Janeiro. Editora Método. 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 85, p. 267-296, jul.ago. 2010. p. 467 – 494. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 1).

CANARIS, C. W. Direitos Fundamentais e Direito Privado, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119.

DOTTI, René Ariel. Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1125 – 1140. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 6).

FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; COSTA LYRA, José Francisco Dias da. A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 182, p. 69-103, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª Edição - São Paulo. Editora LTR. 2019.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados de Criminalização e proteção dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LUISI, Luiz. Direito penal e revisão constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 729, p. 369, jul. 1996.

LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170. Acesso em: 27 ago. 2021.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. Mandados de Criminalização Decorrentes de Tratados de Direitos Humanos. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5672/1/Jaceguara%20Dantas%20da%20Silva%20Passos.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 763, p. 415 – 431, maio, 1999.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 163, p. 19 – 60, jan. 2020.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil. São Paulo: JOTA – Opinião e Análise, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil-10092021>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Colher de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Reforma Trabalhista Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017. 1ª Edição - São Paulo. Editora Rideel. 2017.

SOUZA, Gelson Amaro de. O salário como direito fundamental: revisitação. Revista de Direito do Trabalho | vol. 130/2008 | p. 50 - 72 | Abr - Jun / 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 104.410/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06 de março de 2012. 2012e. Brasília, DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630023>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 113.739/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 16 de outubro de 2012. 2012g. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur218069/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Habeas Corpus nº 116.667. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 20 de agosto de 2013. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur240634/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 979.962/RS. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 24 de março de 2021. 2021b. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448439/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

VIEIRA, Renato Stanzola. Mandados implícitos de criminalização: da relação entre constituição e direito penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial. Ciências Penais, São Paulo, v. 15, p. 419 – 450, jul./dez. 2011.