

DIREITO PENAL E LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

Luiz Luisi

Professor de Direito Penal da UFRGS e da UNICRUZ.

1. O tema que nos propomos enfrentar concerne ao disposto no art. 203 do Código Penal. A norma nele contida criminaliza a frustração violenta ou fraudulenta de direito assegurado pela legislação do trabalho. Ou, reproduzindo textualmente o tipo penal em causa: “Frustrar mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. Pena: detenção, de um (1) mês a um (1) ano e multa, além da pena correspondente a violência”.

2. Parece-nos, todavia, necessário, antes de adentrarmos na exegese da norma incriminadora do art. 203 do Código Penal, tecer algumas considerações a respeito da matéria pertinente ao tipo e à tipicidade.

Um dos postulados fundamentais da legislação penal moderna, resultante da implementação do *Rechtsstaats* o da legalidade dos delitos e das penas. Nas nossas Constituições, com exceção da 1937, o princípio tem sido inserido como umas das garantias individuais básicas. E, em todos os nossos Códigos Penais, tanto os comuns como os militares, o *nullum crime e nulla poena sine lege* tem servido de norma primeira, de autêntico pórtico da nossa legislação criminal.

Do apotegma jurídico-político referido, normativamente consagrado, deriva como seu “precipitado técnico”, usando a precisa linguagem de *G. Bettiol*, a tipicidade como elemento necessário para a configuração do delito. O crime é sem dúvida, no nosso ordenamento jurídico, um fato ilícito que, além de culpável, tem que ser típico. Ou seja, tem que ser um fato que realize integralmente o que uma lei, anterior ao seu cometimento, prevê como crime. Este, pois, só pode existir quando o fato concreto realizado se ajuste rigorosamente ao fato abstratamente previsto em lei anterior, ou seja, ao *tipo*.

Convém se aclarar, portanto, em que consiste esta descrição abstratamente contida nas chamadas normas incriminadoras que defi-

nem os crimes, ou seja, se diga alguma coisa concernente à estrutura do tipo penal.

A respeito não há unanimidade da doutrina jurídico-criminal contemporânea. As teorias do tipo, fundadas nas concepções causalistas da ação, entendem o mesmo como algo objetivo. Na pioneira formulação de *E. Von Beling* consistia apenas na descrição puramente objetiva do fato. Todavia, como consequência da doutrina social da ação, embora conservando sua fisionomia objetiva, se entendeu que o tipo podia ser integrado, também, de elementos de caráter normativo e/ou axiológico, como, ainda, em alguns, se faziam presentes elementos subjetivos. A concepção finalista da ação trouxe como consequência uma ampliação do âmbito do tipo, entendendo que o mesmo se compõe de um lado objetivo e de outro subjetivo, situando-se neste o dolo ou a culpa, e os já mencionados elementos subjetivos.

Relativamente ao tipo objetivo, no entanto, a ciência penal não apresenta reais divergências. Vem se entendendo que na sua composição existem elementos comuns e necessários para a configuração de todos os tipos que são os sujeitos, a conduta expressada pelo verbo indicativo da ação e/ou da omissão, e o bem jurídico tutelado, e elementos de presença não obrigatória, mas existentes em numerosos tipos, e necessários nestes para a concretização fática dos mesmos. São os elementos ditos normativos e/ou axiológicos e, ainda, os elementos chamados circunstanciais. Os normativos e/ou axiológicos não expressam fatos, mas implicam em valorações, que já podem ter sido feitas através de normas no próprio ordenamento jurídico (elementos normativos propriamente ditos), e os que exigem sejam tais valorações feitas pelo Juiz no momento da aplicação da lei. Trata-se, pois, de dados contidos no contexto semântico do tipo, que não descrevem um dado natural mas que darão, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias descritivas no tipo, uma significação, um valor ou um desvalor.

No concernente ao tipo subjetivo, os mesmos são normalmente dolosos, podendo ser excepcionalmente culposos. Podem os tipos subjetivos conter aquilo que a dogmática penal mais atualizada chama de elementos subjetivos do tipo. Estes não se confundem com o dolo, por não se tratar de representação e da vontade de realização do tipo objetivo, mas – segundo tive oportunidade de escrever –, de elementos “expressos ou implícitos nos tipos penais, indicadores de tendên-

cias, de propósitos, bem como de outras conotações que devem estar presentes na intimidade psicológica do agente, no momento da concepção do tipo”.¹

3. Postas estas prefaciais passemos a examinar a estrutura do tipo penal em questão, que tem por objetivo a tutela da legislação do trabalho.

Qual o sujeito ativo do tipo em causa?

Habitualmente é o empregador. Mas, também, pode ser o empregado. Em alguns casos podem ser ambos. É a hipótese de conluio do empregado e do empregador. É possível, ainda, que até a pessoa estranha à relação de emprego possa ser o autor deste tipo penal. Trata-se, portanto, de uma espécie em que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo. Como corretamente ensina *Paulo José da Costa Júnior*, “o sujeito ativo desse delito é o empregador. Excepcionalmente pode ser um terceiro ou o próprio empregador”.²

O sujeito passivo é a pessoa que tem o seu direito, oriundo da legislação do trabalho, frustrado. *Paulo José da Costa Júnior* entende que também o Estado é o sujeito passivo do delito em questão enquanto “interessado na proteção da obra nacional”.³ Entendimento do qual nos permitimos divergir, posto que o Estado não tem direito seu atingido pela ação ou omissão frustradora do agente. Os direitos que o tipo penal em causa protege, embora sejam de ordem pública, não concernem a direitos do Estado. Tão-somente o titular do direito trabalhista, e tão-somente ele, que sofre, como pólo passivo, a ofensa ao seu patrimônio jurídico.

4. Qual o núcleo do tipo em questão, ou seja, a conduta nele prevista ?

Está expressada no verbo *frustrar*, que significa fazer malograr, seja inutilizando, privando ou impedindo. Frustrar um direito, diz *Nelson Hungria*, “é privar seu titular de exercê-lo”.⁴

1 LUISI, Luiz. *O tipo penal – A teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 69.

2 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, 1987, v. 3, p. 77.

3 *Idem, ibidem*.

4 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1947, v. 3, p. 42.

A conduta em causa, tanto pode ser comissiva como omissiva. Quando a frustração resulta de uma comissão, esta é causada pela ação do agente. Quando, no entanto, o malogro do direito resulta de conduta omissiva, a frustração decorre do fato de o agente não ter realizado a ação devida, impedindo a efetivação do direito; ou seja, por via omissiva o sujeito ativo do tipo não causa a frustração do direito, mas, deixando de realizar a ação que estava obrigado, fez com que não viabilizasse a concretização do direito. Assim o não-pagamento de horas extras, usando-se de expediente fraudulento, configura o tipo em causa na sua conotação omissiva. Trata-se, diga-se, ainda, *en passant*, de um tipo omissivo impróprio, pois o mesmo está integrado de um obrigatório evento. Ou seja, a frustração de um direito de natureza trabalhista.

Todavia, se inserem na estrutura do tipo penal em análise elementos configuradores dos modos através dos quais a espécie criminal em causa deve se realizar. Ou seja, a violência ou a fraude. A violência deve ser a física. A violência moral excluída. Como ensina *Damásio de Jesus*,⁵ a violência no tipo penal em análise deve ser “a consistente em força física”. A violência moral não-meio de execução do delito do art. 203 do Código Penal. Quando o legislador quer referir-se à violência moral, segundo o magistério do recém-referido criminalista, usa a locução grave ameaça. E como não houve na norma incriminadora em causa o emprego desta expressão, forçoso entender-se que a violência moral não est prevista na norma incriminadora em causa.

A *fraude*, segundo entendimento de *Magalhães Noronha*, “é o expediente que induz ou mantém alguém em erro. É o engodo ou embuste que dá ao enganado falsa aparência da realidade”.⁶ Ou, no dizer de *Celso Delmanto*: “O arдил, engodo, artifício que leva o enganado à aparência falsa da realidade”.⁷

A *fraude* pois, consiste em um comportamento que provoca em outrem uma incorreta noção da realidade. Pode, também, consistir em manter alguém com uma falsa representação, já existente em torno de um determinado objeto.

5 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, 1991, v. 3, p. 46.

6 MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*, 1986, p. 63.

7 DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*, 1986, p. 338.

Decompõe-se, portanto, a *fraude* em diversos aspectos. Um comportamento que gera um vínculo cognitivo que faz com que outrem, sobre quem incide o comportamento, tenha da realidade um conhecimento falso. É, a rigor, um estado psíquico positivo, ao qual o terceiro, induzido ou mantido em conhecer algo, mas em que este conhecimento não corresponde a realidade conhecida. Uma, para usarmos o magistério de *G. Maggiore, conoscenza della verità deficiente o insufficiente, cioè una sviamento del giudizio.*

Há, portanto, na fraude, de um lado um comportamento astucioso e/ou artificioso, visando criar em outrem uma incorreta percepção de dados do mundo objetivo. E, de outro lado, um sujeito passivo com uma inveraz representação da realidade, que lhe foi criada como efeito do comportamento astucioso e/ou artificioso do agente.

5. O bem jurídico protegido, a legislação do trabalho, ou seja, não apenas o previsto na Consolidação, mas, também, todas as leis extravagantes disciplinadoras das relações de emprego, bem como as convenções coletivas de trabalho e as sentenças com força normativa.

Como decorrência, a norma incriminadora do art. 203 do Código Penal é, sem dúvidas, uma lei penal em branco. Como bem acentua *Heleno Fragoso*, o preceito é incompleto. O crime só pode ser identificado após verificada a existência de um direito decorrente de leis trabalhistas, objeto da ação frustradora do agente. O complemento da norma penal em causa, como escreve *Damásio de Jesus*, “toda a legislação trabalhista, na qual estão os direitos dos empregados e dos empregadores”.⁸

6. O tipo penal subjetivo é o doloso: Vale dizer, o propósito de frustrar o exercício de um direito trabalhista. Inexiste a forma culposa. E no meu entender não admite o dolo eventual, ou seja, que o agente não haja querido frustrar o direito trabalhista, mas corrido o risco de fazê-lo. Na espécie só se configura o tipo penal subjetivo se o agente age com o propósito definido, ou seja, se o agente quer a frustração do direito.

7. Os projetos e a legislação posteriores ao Código ainda vigente têm se orientado no sentido de conservar e até ampliar o tipo em análise.

8 JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.*, p. 45.

O Projeto Hungria de 1973, no seu art. 223 previu a espécie nos seguintes termos: "Frustrar ou restringir, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação trabalhista relativamente a salários, duração de trabalho, repouso remunerado ou férias anuais. Pena: de um (1) mês a um (1) ano de detenção e vinte dias-multa.

Por sua vez, o Código Penal de 1969, no art. 225, assim dispôs sobre a matéria: "Frustrar ou restringir mediante fraude ou violência direito assegurado ao empregado pela legislação do trabalho. Detenção até um (1) ano e vinte dias-multa".

Já o projeto da nova parte especial do Código Penal, elaborado por uma comissão presidida pelo eminente Ministro *Luiz Vicente Cernicchiaro*, no art. 217, deu ao tipo penal em causa a redação seguinte: "Frustrar ou restringir, mediante violência, grave ameaça ou fraude, direito assegurado pela legislação do trabalho. Pena: detenção de um (1) a três (3) anos".

Verifica-se que nas três espécies referidas houve uma ampliação da forma de conduta de concretização do tipo, posto que em todas elas se acresceu ao fraudar, o verbo restringir.

Todavia, o projeto do grande *Nelson Hungria*, diminuía a área de bens tutelados, que deixava de abranger a totalidade da legislação do trabalho para tão-somente tutelar a legislação trabalhista em alguns de seus aspectos, tais como: salários, duração de trabalho, repouso remunerado e férias anuais. Por sua vez, o Código Penal de 1969 limitou o alcance do tipo penal, em questão, ao direito assegurado pela legislação do trabalho tão-somente ao empregado. O projeto da nova parte especial apresenta com relação à redação atual do art. 203 do Código Penal duas novidades. Inclui a violência moral como forma de frustrar ou restringir o direito tutelado, ao incluir no texto do tipo a expressão grave ameaça. E, de outro lado, amplia o tempo de duração da pena privativa da liberdade, prevendo-a em um mínimo de 1 (um) ano e no máximo de 3 (três) anos.

8. Em termos de legislação comparada acredito que o tipo do art. 203 do Código Penal é uma criação do legislador brasileiro. A norma que, de certo modo, teria alguma semelhança é a do art. 509 do Código Penal italiano que prevê como delito, e pune apenas com multa, "o descumprimento pelo empregador de obrigações que derivem de contrato coletivo de trabalho ou de norma emanada dos "órgãos corporativos". As

legislações penais mais modernas, como o Código Penal português de 1982, e o austríaco de 1974, na Europa, e o da Costa Rica de 1970, e o da Bolívia de 1973, da América, não prevêm qualquer delito contra a organização do trabalho, deixando a matéria na sua órbita natural.

A tendência do Direito Penal contemporâneo é de busca de uma tipologia nova, que de um lado tende a discriminalizar fatos que podem encontrar a sanção adequada e suficiente em outras áreas do ordenamento jurídico, e que, de outro lado, tende a criminalizar fatos de tal gravidade que afetem intensamente valores fundamentais do convívio social. Inclusive uma série de agressões a valores sociais, e a bens que vêm sendo vitimados pelo uso incorreto de instrumentais criados pelo impressionante progresso científico e tecnológico dos últimos 50 anos.⁹

No Brasil, como de resto em quase todo o mundo, há uma verdadeira inflação criminal geradora de perigosa impunidade. Há uma previsão de crimes, e mais crimes. Em todas as nossas leis de alguma relevância o legislador sempre põe um ilícito penal. No Código do Consumidor são 17, sendo que alguns são de tão defeituosa técnica de moldes a serem ininteligíveis. Há crimes em profusão. Estão em todos os tipos de leis. Inclusive na do inquilinato. E o que é mais cômico: no Código de Telecomunicações estão previstos crimes que devido o despreparo e o notório apedeutismo da maioria dos nossos legisladores, difícil é achar as penas que lhe correspondem. É um verdadeiro serviço de garimpagem jurídica e, as vezes, sem resultados porque as penas não estão previstas.

Dentre esses crimes de bagatela, sem eficácia real está o art. 203 do Código Penal. Daí porque *Heleno Fragoso* sustentou que a disposição penal incriminadora em causa era excessiva e desnecessária pois os direitos que visa proteger já encontram nas leis trabalhistas eficiente *remedium juris*.¹⁰

Não subscrevo, no todo, o entendimento do penalista mencionado. O que entendo é que não há razões para que a matéria do art. 203 do Código Penal seja incorporada a uma nova parte geral do Código Penal.

Perfilho entendimento favorável a sua despenalização. E isto devido a sua inquestionável ineficácia. A todo o dia e a toda a hora

9 Cf. a respeito LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 1991, p. 25, *et seq.*

10 FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Licções de direito penal* – Parte especial, 1987, v. 1, p. 567.

mediante fraude são frustrados os direitos previstos na legislação do trabalho. Todavia, embora o art. 203 do Código Penal tenha mais de 50 anos de vigência, se podem contar nos dedos as ações penais motivadas pelas infrações do mesmo. E se condenações ocorreram – e não tenho conhecimento de nenhuma –, devem ser verdadeiras raridades.

O melhor seria atribuir ao próprio Judiciário trabalhista, se ocorrente a frustração dos direitos previstos na legislação do trabalho, mediante violência ou fraude, a aplicação de sanções destituídas de cunho penal, mas que poderiam ser eficazes. É o caso da legislação prever pesadas penas de multas, e mesmo a suspensão temporária das atividades das empresas. E isto poderia ser aplicado pelo Judiciário trabalhista.

Acredito que este tipo de sanção, a ser aplicado na própria área trabalhista, ensejaria uma resposta mais desenvolta e certa, e se constituiria em forma mais efetiva de proteção dos direitos embasados na legislação do trabalho.

A lei, principalmente a penal, no meu entender, quando despida de eficácia, estimula o ilícito. E esta é uma das desgraças nacionais, posto que se fazem leis em demasia, que por não aplicadas ou não aplicáveis, levam ao desprestígio da ordem jurídica. É preciso corrigir essas distorções para podermos continuar a crer na Justiça. E convém ter presente que sem esta fé, no belo dizer de *Piero Calamandrei*,¹¹ “todos os obreiros do quotidiano dos pretórios, perderão o mais necessário e eficaz de seus estímulos.”

11 CALAMANDREI, Piero. La crisi della giustizia. In: *La crisi del diritto*, 1953, p. 163.