

A APLICABILIDADE DO ART. 203 DO CÓDIGO PENAL NA SEARA TRABALHISTA

Breno Ortiz Tavares Costa*
Rodrigo de Moraes Molaro**

1. INTRODUÇÃO

A história do Direito do Trabalho, inclusive no Brasil, está intimamente ligada ao desenvolvimento da sociedade civil. Como se sabe, a formação da classe trabalhadora brasileira surgiu após a libertação dos escravos, com a posterior vinda dos europeus ao Brasil para ocupar esse lugar, mas na qualidade de trabalhadores livres e assalariados.

Os “novos” empregadores, todavia, estavam acostumados a tratarem seus empregados como escravos. Vale dizer, estabeleceu-se na cultura brasileira a ideia de que quem manda é o empregador, enquanto o empregado é mero objeto. Consequência natural dessa ideologia é o desrespeito às normas trabalhistas e aos demais dispositivos legais a elas relacionados. Desse modo, tornou-se comum, em nossa sociedade, desrespeitar os direitos dos trabalhadores.

De qualquer forma, com o desenvolvimento da sociedade, a cultura escravagista brasileira, aos poucos, começa a ceder espaço para o estabelecimento de um patamar civilizatório mínimo de direitos fundamentais, com o escopo de proteger e atribuir dignidade humana a todo cidadão, independentemente de classe social.

É forçoso reconhecer que essa função de proteção é desempenhada não apenas pelas normas formalmente integrantes do Direito do Trabalho, mas também - e com a mesma importância - por aquelas que fazem parte de outros ramos da ciência jurídica.

Portanto, para um completo amparo desse patamar mínimo civilizatório - arduamente conquistado e reconhecido -, é extremamente relevante que os profissionais que lidam com o Direito do Trabalho, mormente os magistrados, saibam identificar a ocorrência, ou não, dos tipos penais que têm por escopo a proteção dos direitos trabalhistas ou da organização do trabalho.

Vale salientar que ainda estamos no início da transição entre a fase de total desrespeito aos direitos trabalhistas e a que visa resguardar um patamar civilizatório mínimo ao empregado. Dessa forma, somente com a contribuição de todos (magistrados, membros do Ministério Público, advogados e fiscais do trabalho) é que conseguiremos assegurar aos direitos trabalhistas a importância que eles realmente têm.

Dentre os demais ramos da ciência jurídica que contribuem para o estabelecimento desse patamar civilizatório mínimo de direitos fundamentais dos trabalhadores, o Direito Penal possui relevante papel.

* Juiz do Trabalho substituto do TRT da 3ª Região.

** Analista de Promotoria. Funcionário Público Estadual de São Paulo.

Todavia, em que pese a existência de vários tipos penais que possuem a finalidade de proteger a classe trabalhadora, optamos por discorrer somente sobre o crime previsto no *caput* do artigo 203 do Código Penal, denominado “frustração de direito assegurado por lei trabalhista”. Trata-se de crime que, em face de sua abrangência, acaba sendo verificado com regular frequência nas relações trabalhistas.

Pretendemos, com este trabalho, identificar a ocorrência do crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, a respectiva competência jurisdicional para seu processo e julgamento e, por fim, o procedimento a ser adotado pelos magistrados do trabalho diante de sua verificação, sempre dentro de uma perspectiva de evolução da sociedade brasileira, tendo como norte o princípio da dignidade humana e o valor social do trabalho.

Por fim, resta esclarecer que a Lei n. 9.777/98 introduziu dois parágrafos no artigo 203 do Código Penal, prevendo, no primeiro deles, que incorre na mesma pena da figura típica prevista no *caput* quem obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida (inciso I), bem como aquele que impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais (inciso II). Contudo, por possuírem aplicação mais restrita - e, portanto, menos sujeitos a dúvidas -, esses tipos penais não serão estudados neste trabalho. Já a causa de aumento de pena prevista no § 2º será analisada no tópico oportuno.

2. IMPORTÂNCIA DO TEMA

Como é de conhecimento de todos, apenas para facilitar o estudo e a aplicação das normas jurídicas é que o Direito é dividido em ramos. Porém, não se pode olvidar de que ele é uno. Nesse sentido há ensinamento doutrinário: “Com efeito, o Direito é uno e as várias ramificações decorrem da necessidade de estruturar o estudo especializado sempre de acordo com os elementos da relação jurídica” (COSTA, 2011, p. 112).

É por isso que a interpretação das normas jurídicas deve ser realizada sistematicamente, e não de forma isolada. Dentro desse contexto, conforme supracitado, a proteção visada aos trabalhadores está prevista não só nas normas juslaborais, mas também em normas constitucionais, penais, civis, comerciais etc. Por isso que o magistrado do trabalho, ao julgar uma lide a respeito de acidente do trabalho, socorre-se dos artigos esculpidos no Código Civil, a fim de entregar o bem da vida correspondente ao trabalhador (reparação dos danos morais e materiais).

Da mesma forma, é importante o juiz do trabalho entender que, havendo fraude às leis trabalhistas nos termos estipulados no art. 203 do Código Penal, tão-somente a condenação da empresa ao pagamento do valor respectivo ao direito trabalhista violado não transformará a realidade social na qual está inserido aquele trabalhador.

O raciocínio de hoje é simples e incentiva o desrespeito aos direitos trabalhistas: o que é mais fácil para uma empresa, cumprir todas as leis trabalhistas, arcando com enormes custos, ou desrespeitar as normas laborais

e, somente caso algum empregado ajuíze ação trabalhista, pagar aquilo que já era devido? Observa-se que, neste último caso, não há nenhum *plus*, isto é, paga-se simplesmente aquilo a que já estava obrigado, podendo conseguir, até mesmo, um parcelamento homologado pelo juiz.

É por isso que existem grandes empresas adotando a violação de normas trabalhistas como expediente para a redução do custo de produção. O cálculo é frio e simples: de cada 100 trabalhadores dispensados, 50 ajuizarão reclamação trabalhista; destes, 25 farão acordos pela metade do valor e para pagamento de forma parcelada. E nestes últimos 25 casos a empresa será condenada a pagar somente aquilo a que já estava obrigada no passado.

Vê-se, então, que a aplicação isolada das normas trabalhistas incentiva a inadimplência e a fraude. Por outro lado, o Direito como um todo, quando realmente aplicado, pode acarretar o efetivo respeito aos direitos mínimos dos trabalhadores.

Com efeito, nossa Constituição elege, como fundamentos da República, o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Já a legislação penal almeja não apenas punir aqueles que desrespeitam as normas trabalhistas, mas também prevenir a reiteração da conduta.

Portanto, somente com a atuação ativa dos magistrados do trabalho, provocando os membros do Ministério Público quando pertinente (ressalvas feitas nos próximos tópicos), é que se estará aplicando na totalidade as normas jurídicas que visam à proteção dos direitos trabalhistas, realizando, assim, uma verdadeira mudança na realidade social em que estão inseridos os trabalhadores.

Afinal, o Estado, por intermédio do processo, visa exercer a jurisdição, observando o seu fim social (pacificação dos conflitos com justiça, segurança e educação), político (efetivação do Estado Democrático de Direito) e jurídico (tutela dos direitos materiais).

A falta de aplicação de todos os dispositivos legais esculpido com a finalidade de proteger os trabalhadores implica a ausência de efetiva prestação jurisdicional pelo Estado, além de incentivar o contínuo desrespeito da classe trabalhadora. Isso pode causar, inclusive, a estagnação econômica e moral de nossa sociedade, na medida em que a sua transformação passa, necessariamente, pelo real respeito a todos os direitos dos trabalhadores.

3. O ILÍCITO PENAL E A TUTELA DE DIREITOS TRABALHISTAS

Feitas essa breve introdução e ressalvas, é fácil compreender que a completa tutela dos direitos trabalhistas envolve não somente a aplicação do Direito do Trabalho, mas, também, de outros ramos da ciência jurídica, inclusive o Direito Penal. Vale rememorar, neste ponto, a antiga lição - às vezes esquecida - de que o mesmo ato ilícito pode repercutir em vários ramos do Direito, que é uno, havendo divisão tão-somente para fins didáticos e para facilitar a sua aplicação.

Assim, levando em consideração a gravidade de certas condutas para a sociedade, quis o legislador punir de forma mais severa seus autores, considerando-as não apenas ilícito trabalhista, mas, também, ilícito penal.

E a pena, como se sabe, tem dupla função: reprimir e prevenir (CP, artigo 59, *caput*). Logo, tipificar uma conduta como crime é buscar não apenas a punição de seu autor, mas também - e sobretudo - prevenir sua reiteração, seja pelo mesmo

agente (prevenção especial), seja por qualquer outro membro da sociedade (prevenção genérica).

Dessa forma, como já ressaltado, é importante que o profissional que lida com o Direito do Trabalho, notadamente o magistrado, saiba identificar se determinado ilícito trabalhista subsume-se, formal e materialmente, a algum tipo penal. Olvidar essa análise, *data venia*, é deixar de contribuir para o almejado respeito à legislação trabalhista.

Aliás, se o magistrado tomar ciência do ilícito trabalhista/penal e não praticar todos os atos inerentes ao seu dever legal e constitucional - impedindo, por conseguinte, que o fato tenha repercussão em todas as esferas previstas pelo ordenamento jurídico -, estará contribuindo, negativamente, para a manutenção da ideologia de desrespeito à classe trabalhadora.

4. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA

4.1) Classificação, consumação e tentativa

O tipo penal previsto no artigo 203 do CP, com o *nomen juris* “frustração de direito assegurado por lei trabalhista”, pune com pena de detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência, a conduta de “frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”.

Trata-se de norma penal em branco, uma vez que o preceito primário (descrição da conduta típica) está incompleto, havendo a necessidade de sua complementação com a legislação trabalhista. Trata-se, ainda, de crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Quanto à consumação, classifica-se como crime material, pois o resultado naturalístico (alteração no mundo exterior em decorrência do delito), que é previsto pela lei (frustrar direito assegurado em legislação trabalhista), é exigido pelo tipo penal (JESUS, 2005, p. 48, v. 3).

Sendo crime material, consuma-se quando o titular do direito assegurado pela legislação trabalhista não puder gozá-lo ou exercê-lo. Haverá tentativa se o agente, apesar de iniciar a execução, não alcançar o resultado (frustração do direito) por circunstâncias alheias a sua vontade (CP, art. 14, II).

Se o agente, ao impedir o acesso do trabalhador a direitos assegurados pela legislação trabalhista, reduzi-lo à condição análoga à de escravo, cometerá o crime previsto no artigo 149 do Código Penal, pela aplicação do princípio da especialidade.

4.2) Elementos objetivo e subjetivo

Explicando o elemento objetivo do tipo, tem-se a doutrina de Damásio E. de Jesus (2005, p. 48-49, v. 3), *in verbis*:

O núcleo do tipo penal é o verbo “frustrar”, que significa inutilizar, privar, impedir. A frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista deve ser praticada mediante fraude ou violência. Fraude é o engodo empregado pelo sujeito para induzir ou manter a vítima em erro.

Desse modo, na modalidade “fraude”, exige-se o efetivo engodo, o ardil, ou seja, a presença de “expediente que induz ou mantém alguém em erro” (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2368), não bastando o mero inadimplemento contratual. Por isso,

[...] o delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista não se integra com o simples inadimplemento de obrigação imposta ao empregador pela legislação específica. Assim, a falta de pagamento do salário que se entende devido, por si só, não corporifica a infração penal. Esta só se configura quando o agente frustra o direito mediante fraude ou violência (TACRIM-SP - HC - Rel. Aniceto Aliende - RT 372/174) (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2373).

Por outro lado, já se decidiu que

[...] a fraude é patente quando o sujeito ativo paga salário inferior ao mínimo legal, mas faz seus empregados assinarem recibo de valor igual ao mínimo, e, com essa fraude, frustra direito assegurado pela legislação trabalhista. [...] (STF - RE - Rel. Luiz Gallotti - RT 6/597) (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2372).

Da mesma forma,

[...] se não constitui crime o pagamento salarial abaixo do mínimo fixado em lei, a fraude posta em prática pelo empregador, para desfigurar aquela insuficiência remuneratória, com o falso preenchimento de documentos exigidos dos empregados, a fim de dar aparência legal ao que ilegalmente estava sendo feito, configura, em tese, os delitos dos arts. 203 e 209 do CP (TJSP - HC - Rel. Acácio Rebouças - RT 378/182) (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2372).

É importante ainda ressaltar que o Código Penal, quando quer se referir à violência moral (*vis compulsiva*), usa a expressão “grave ameaça”; por outro lado, para se referir à força física (*vis corporalis*), usa a palavra “violência”. Logo, o emprego de violência moral - sem a utilização de fraude - não é meio de execução do crime previsto no artigo 203 do CP, haja vista que o tipo penal prevê a violência, mas não a grave ameaça.

Ademais, na modalidade violência, o agente responderá pelo crime de frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista e pelo decorrente da violência (lesão corporal, constrangimento ilegal, etc.), já que o legislador comina-lhe pena privativa de liberdade, “além da pena correspondente à violência”. Trata-se, assim, de previsão expressa do concurso material de crimes (CP, art. 69). Logo, não haverá a absorção de um crime pelo outro (o previsto no art. 203 e o autônomo decorrente da violência), mas sim a cumulação das penas.

O elemento subjetivo é apenas o dolo, à míngua de disposição expressa punindo a forma culposa (CP, art. 18, II, parágrafo único). É preciso haver, portanto, voluntariedade e consciência na conduta do agente, não havendo punição por mera imprudência, negligência ou imperícia.

4.3) Tipicidade material

Hodiernamente, o Direito Penal é norteado, dentre outros, pelo princípio da fragmentariedade. De acordo com esse postulado, o Direito Penal não se ocupa da proteção de todos os bens jurídicos, mas sim daqueles mais importantes para a vida em sociedade.

E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos [...] (JESUS, 2005, p. 10, v. 1).

Diante disso, se outros ramos do Direito solucionam suficientemente a questão (geralmente um problema social), não se deve buscar punição no campo do Direito Penal, já que aqui há a possibilidade de restrição, pelo Estado, de um dos direitos mais importantes da pessoa: a liberdade.

Nesse contexto, não basta a mera análise da subsunção do fato à letra do tipo penal. Isso porque

A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado (STF, HC 97051/RS, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 13.10.2009, disponível no sítio do STF).

Dessa forma, não deve o juiz do trabalho simplesmente verificar a existência de fraude e a frustração de direito assegurado em legislação trabalhista para visualizar, nesse fato, a ocorrência do crime tipificado no artigo 203 do CP. É necessária, também, a presença de uma relevante lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Portanto, se a conduta do empregador, por exemplo, acarretar ínfimo prejuízo patrimonial ao empregado, com a satisfatória solução da questão no âmbito da Justiça do Trabalho, inexistente fundamento para o encaminhamento da *notitia criminis* ao Ministério Público ou para a requisição de instauração de inquérito policial (ou de termo circunstanciado).

Sustentar o contrário, *data venia*, é aceitar o seguinte absurdo: se um empregado abastado vem a ter pequena parte de seu salário furtado, é bem provável que o agente do furto seja beneficiado pelo reconhecimento do princípio da insignificância (que afasta a tipicidade material); entretanto, se a mesma parte do salário - cujo integral e correto recebimento decorre de direito assegurado em legislação trabalhista - deixar de ser paga pelo empregador corretamente, por meio de fraude, não teria este o reconhecimento da atipicidade material de sua conduta, estando sujeito, portanto, a eventualmente responder a um processo criminal.

Ao agir dessa forma, isto é, chegar à conclusão de inexistência de tipicidade material, não estará o magistrado do trabalho substituindo, pelo seu, o juízo do titular da ação penal ou do juiz natural para o processo e julgamento do fato criminoso, mas sim identificando corretamente a prática ou não do delito. Aliás, se

o magistrado do trabalho deve verificar a ocorrência do crime, é evidente que pode, nessa mesma análise, chegar à conclusão negativa, mesmo que com fundamento na atipicidade material, a qual, à evidência, está no mesmo plano de importância da tipicidade formal.

Entretanto, é importante enfatizar que o reconhecimento do princípio da insignificância - fundado nos princípios da fragmentariedade e no da intervenção mínima do Estado em matéria penal - exige, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a presença concomitante dos seguintes requisitos: (1) a mínima ofensividade da conduta do agente, (2) a nenhuma periculosidade social da ação, (3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (cf. HC n. 98.152, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe-104 de 05.06.2009).

Assim, em face desses requisitos, não há espaço para o reconhecimento da insignificância diante de crime cometido com violência (*vis corporalis*), pois, nessa situação, há elevado grau de reprovabilidade do comportamento. Além disso, conforme já visto, o Código Penal prevê expressamente a ocorrência de concurso material entre o crime de frustração de direitos assegurados pela legislação trabalhista e o correspondente à violência.

Da mesma forma, a extensão do prejuízo patrimonial deve ser analisada diante das condições pessoais do titular do direito frustrado; assim, tratando-se de pessoa simples, de poucas posses, o critério de insignificância é relativizado, em função da alta ofensividade da conduta.

Importante salientar, ademais, que, se o direito frustrado tiver por escopo a proteção de normas de higiene e segurança no trabalho, também não haverá espaço para o reconhecimento da insignificância, em decorrência da evidente periculosidade social da ação, com possível afronta, inclusive, ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III).

Por fim, deve o magistrado do trabalho analisar se o procedimento adotado pelo empregador é ou não reiterado. Um único fato, se analisado isoladamente, pode ser considerado insignificante do ponto de vista penal; entretanto, será vultoso se praticado em detrimento de uma universalidade de empregados, a evidenciar o elevado grau de reprovabilidade do comportamento.

4.4) Competência penal

A competência da Justiça Federal é prevista taxativamente na Constituição Federal, não podendo o legislador infraconstitucional ampliá-la ou reduzi-la. E, consoante previsto no artigo 109, VI, compete aos juízes federais processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho.

O crime previsto no artigo 203 do Código Penal, em estudo, está dentro do Título IV da parte especial, denominado "Dos crimes contra a organização do trabalho". Logo, numa análise apenas literal, poderia o intérprete concluir que, ocorrendo o delito de frustração de direito assegurado pela legislação do trabalho, haveria sempre ofensa à organização do trabalho, justificando, assim, a competência da Justiça Federal. Todavia, não é esse o entendimento jurisprudencial.

Para a correta identificação do órgão jurisdicional competente, se Justiça

Federal ou Estadual, é indispensável identificar o interesse ofendido: se a conduta do agente atingir apenas interesse privado, com um ou alguns prejudicados - mas desde que determinados -, será competente a Justiça Estadual; entretanto, havendo lesão a direitos de trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho, será competente a Justiça Federal.

Nesse mesmo sentido, há antigo precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal:

Conflito de competência. Interpretação do artigo 125, VI, da Constituição Federal. A expressão "crimes contra a organização do trabalho", utilizada no referido texto constitucional, não abarca o delito praticado pelo empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado. Competência da Justiça Estadual. Em face do artigo 125, VI, da Constituição Federal, são da competência da Justiça Federal apenas os crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 90042 / SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. em 05.10.1979 - Disponível no sítio do STF)

É esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se observa desta ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DELITO PREVISTO NO ART. 203 DO CÓDIGO PENAL PRATICADO EM DETRIMENTO DE ALGUNS EX-EMPREGADOS. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Não havendo lesão a direitos de trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho, não há que se falar na competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da CF/88.

2. Verificado que o ilícito do art. 203 do Código Penal foi praticado em detrimento de alguns ex-empregados, deve ser declarada competente a Justiça Estadual para instrução e julgamento do feito. Precedentes. (CC n. 47.966/MG, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira seção, j. em 28.02.2007, DJ de 26.03.2007, p. 197 - Disponível também no sítio do STJ).

Aliás, é extremamente importante, para o juiz do trabalho, identificar o órgão jurisdicional competente para o processo e julgamento do fato em tese delituoso, pois deve saber a quem remete o ofício noticiando o fato criminoso (*notitia criminis*) ou a qual autoridade policial deverá requisitar instauração do respectivo procedimento administrativo de investigação.

4.5) Causa de aumento de pena

Conforme já ressaltado, a Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998, introduziu dois parágrafos no artigo 203 do Código Penal. No § 2º, dispôs que

A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Oportuno dizer, todavia, que só haverá incidência dessa causa de aumento se o autor souber que a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena (definido no inciso I do artigo 3º da Lei n. 6.001/73) ou portadora de deficiência física ou mental. Do contrário, por não integrar o dolo do agente, não pode haver aumento na pena.

Deficiência, de acordo com a definição regulamentar, é

[...] toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (art. 3º, I, do Decreto n. 3.298/99, que regulamentou a Lei n. 7.853/89, a qual dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência).

Essa mesma norma regulamentar faz distinção entre deficiência física (art. 4º, I), auditiva (art. 4º, II), visual (art. 4º, III) e mental (art. 4º, IV). Já a citada causa de aumento faz referência apenas à deficiência física e mental. Diante disso, é inevitável a seguinte indagação: incidirá a causa de aumento de pena quando a vítima for portadora de deficiência auditiva ou visual?

A resposta, a nosso ver, só pode ser afirmativa.

Com efeito, é evidente que o legislador penal, ao fazer referência à deficiência física ou mental, inclui naquela todas as formas de deficiência não contidas nesta; trata-se, assim, de conceito residual. Atente-se, aliás, que a mencionada disposição regulamentar é posterior à lei que incluiu referida causa de aumento de pena.

Poder-se-ia argumentar, por outro lado, que a interpretação deve ser literal, sob pena de se afrontar o princípio da legalidade. Discordamos disso. Como ressaltado pela doutrina, a interpretação literal - mesmo diante de normas penais incriminadoras - não é a mais recomendável; deve o intérprete buscar a finalidade objetivada na lei. Nesse ponto, é oportuna a doutrina de DAMÁSIO E. DE JESUS (2005. p. 38-39, v. 1):

A simples análise gramatical não é suficiente, porque pode levar a conclusão que aberre do sistema. Sob pena de grave equívoco, a interpretação literal não deve abster-se de visão de todo o sistema. Para que se apreenda o significado de uma norma é preciso perquirir-lhe a finalidade: a *ratio legis*. Daí ser necessária a interpretação lógica ou teleológica

[...]

Se ocorrer contradição entre as conclusões da interpretação literal e lógica, deverá a desta prevalecer, uma vez que atenda às “exigências do bem comum” e aos “fins sociais” a que se destina.

É ainda errado o fundamento de que, uma vez escolhido o meio a ser empregado pelo intérprete (literal ou teleológico), o resultado deve ser sempre declarativo ou restritivo, mas nunca extensivo.

Sabe-se que é perfeitamente possível a interpretação extensiva no Direito Penal, mesmo diante de normas penais incriminadoras; é o que ocorre, por exemplo, com o artigo 130 do CP (“perigo de contágio venéreo”), o qual, segundo a doutrina,

inclui não somente a exposição ao contágio (situação de perigo), mas o próprio contágio, ou seja, a situação de dano efetivo (JESUS, 2005, p. 41, v. 1). Assim,

[...] se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente: favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda (JESUS, 2005, p. 42-43, v. 1).

Ademais, inexistente qualquer razão lógica, jurídica ou mesmo humanística que fundamente a exclusão, da causa de aumento de pena prevista no § 2º do artigo 203, do Código Penal, da deficiência auditiva ou visual, mantendo apenas a física e mental (de acordo com a definição que lhes foi dada pelo Decreto n. 3.298/99).

4.6) Crime de menor potencial ofensivo

A Lei n. 9.099/95, regulamentando o disposto no inciso I do artigo 98 da Constituição Federal, dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, definindo os crimes de menor potencial ofensivo e instituindo três medidas despenalizadoras, a saber, composição civil dos danos, transação e suspensão condicional do processo.

De acordo com o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, com redação dada pela Lei n. 11.313/2006,

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Já a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (cf. art. 1º da Lei n. 10.259/01), possui regras próprias, somente sendo aplicável aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (independentemente da pena máxima), desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Logo, considerando que o crime tipificado no artigo 203 do Código Penal - sem a causa de aumento de pena prevista no parágrafo segundo - possui pena mínima igual a um ano e máxima igual a dois, a ele se aplicam os institutos da composição civil dos danos (melhor analisado no próximo tópico), da transação (desde que favoráveis as condições previstas nos §§ 2º e 3º do art. 76 da Lei n. 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (caso presentes, da mesma forma, os demais requisitos legais), bem como os demais dispositivos previstos na legislação atinente aos Juizados Especiais Criminais.

Além disso, sendo crime de menor potencial ofensivo, a autoridade policial não irá instaurar inquérito policial, mas sim termo circunstanciado (art. 69 da Lei n. 9.099/95 e art. 1º da Lei n. 10.259/01). Ademais,

Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em

flagrante, nem se exigirá fiança [...] (art. 69, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. 10.455/02).

Contudo, se incidente a causa de aumento prevista no § 2º, a pena máxima será de 2 anos e 8 meses, além da multa, deixando de se enquadrar no conceito de crime de menor potencial ofensivo. Assim, nessa hipótese, deverá a autoridade policial instaurar inquérito policial, sendo ainda possível, em tese, a prisão em flagrante. Se incidente a causa de aumento, a pena mínima será superior a um ano, sendo inaplicável, portanto, o benefício da suspensão condicional do processo.

Já o crime tentado, com ou sem a causa de aumento de pena (CP, art. 203, § 2º, c/c o art. 14, II), possui pena mínima inferior a um ano, assim como a máxima será inferior a dois anos. Nessa hipótese, será crime de menor potencial ofensivo, podendo ainda ser aplicada a suspensão condicional do processo.

Em resumo, será considerado crime de menor potencial ofensivo quando não houver a incidência da causa de aumento de pena, ou, se incidente, desde que o crime permaneça na forma tentada.

4.7) A composição civil dos danos e o acordo no âmbito da Justiça do Trabalho

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sempre haverá tentativa de composição civil dos danos, independentemente da espécie da ação penal (arts. 72 e 74 da Lei n. 9.099/95). Mas,

Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único, da referida Lei).

Logo, *a contrario sensu*, sendo crime de ação penal pública incondicionada - em que o titular da ação penal pode iniciá-la independentemente do consentimento da vítima -, como é o caso do crime objeto deste estudo, eventual composição civil não terá qualquer efeito na ação penal, mas deverá ser considerada pelo Ministério Público, quando do oferecimento da transação, e pelo juiz com competência criminal, como causa de diminuição da pena ou como circunstância atenuante (CP, arts. 16 e 65, III, "b", última parte) (MIRABETE, 1997, p. 78).

Dessa forma, considerando que o crime do artigo 203 do CP é de ação penal pública incondicionada, eventual acordo efetuado no âmbito do processo trabalhista - ontologicamente equivalente à composição civil ocorrida no âmbito dos Juizados Especiais Criminais - não alterará eventual deflagração do respectivo processo criminal, não afastando, dessarte, a necessidade de comunicação do fato pelo juiz do trabalho.

4.8) Prescrição da pretensão punitiva estatal

A prescrição, no Direito Penal, atinge tanto a pretensão punitiva, ou seja, a possibilidade de aplicação da lei penal abstrata ao caso concreto, quanto a pretensão executória, isto é, o direito de o Estado executar a sanção já imposta na

sentença condenatória.

A primeira se verifica antes do trânsito em julgado da sentença e, por isso, é analisada de acordo com a pena máxima cominada abstratamente ao tipo penal; já a segunda só ocorre após o trânsito em julgado para a acusação, levando-se em consideração a pena imposta.

O crime, ora em estudo, como já visto, possui pena máxima de 2 anos. Logo, a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 4 anos (CP, art. 109, V), contados da data da consumação ou, em caso de tentativa, da prática do último ato executório (CP, art. 111, I e II). Com a causa de aumento prevista no § 2º, a pena máxima passa a ser de 2 anos e 8 meses, razão pela qual a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 8 anos (CP, art. 109, IV).

Verificada pelo magistrado do trabalho eventual prescrição da pretensão punitiva, que é causa de extinção da punibilidade do agente (CP, art. 107, IV), não deverá requisitar a instauração de inquérito policial ou de termo circunstanciado, assim como não deverá oficiar ao Ministério Público noticiando o fato.

4.9) Responsabilidade penal

Esse tema reputamos de grande importância. Só pode ser submetida a uma investigação policial ou mesmo a um processo penal a pessoa que efetivamente frustrou, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. A responsabilidade penal é subjetiva, e não objetiva. Logo, não basta ser empregador, é preciso que tenha praticado o fato descrito na norma penal.

Confira-se, a respeito, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...]A mera invocação da condição de sócio quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule ao resultado criminoso, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. A circunstância objetiva de alguém meramente ser sócio de uma empresa não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal em juízo [...] (STF, 2ª Turma, HC n. 89427/BA, j. em 12.09.2006, rel. Min. CELSO DE MELLO, disponível no sítio do Tribunal).

Dessa forma, não basta ser sócio, por exemplo, para ser reputado sujeito ativo do crime. Não é porque se beneficiou de forma indireta da conduta criminosa (em decorrência da qual a pessoa jurídica auferiu maiores lucros) que poderá ser considerado autor do crime. É preciso verificar a pessoa natural que, pessoalmente ou por intermédio de terceiros - outros empregados, utilizados como instrumentos para a execução do crime -, frustrou, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho.

A dúvida surge diante de grandes empresas, com vários empregados, em que não se pode afirmar, diante de um único fato, que a pessoa com poder de mando e administração tenha, de forma dolosa, isto é, com consciência e

voluntariedade, praticado o fato criminoso. Aqui reside a importante distinção entre o fato isolado e o reiterado.

Nessas grandes empresas, se a frustração do direito trabalhista mediante fraude é reiteradamente praticada, como procedimento já consagrado em âmbito administrativo para reduzir os custos da produção, é evidente que seu administrador o faz de forma dolosa, utilizando-se, como instrumentos (autoria mediata), de empregados que exercem funções administrativas.

Todavia, é importante frisar que não basta fazer parte da estrutura societária da pessoa jurídica para que possa ser considerado autor do crime; é preciso que tenha poder de geri-la, de determinar a forma de sua atuação.

Portanto, é fundamental que o magistrado do trabalho, durante a instrução probatória, investigue quem são os responsáveis pelas fraudes à legislação do trabalho, de modo a requisitar corretamente a providência investigatória pertinente.

5. PROCEDIMENTO A SER ADOTADO PELO JUIZ DO TRABALHO

Identificando a prática, em tese, do crime de frustração de direito assegurado em lei trabalhista (ou de qualquer outro), pode o juiz do trabalho tomar uma das seguintes providências: (1) requisitar a instauração de termo circunstanciado (inciso II do art. 5º do CPP, c/c arts. 61 e 69 da Lei n. 9.099/95), ou de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), caso incidente a causa de aumento de pena prevista no § 2º, hipótese em que, como já analisamos, não haverá crime de menor potencial ofensivo; ou (2) noticiar o fato (*notitia criminis*), com cópia das principais peças dos autos, ao Ministério Público, nos termos do disposto no artigo 40 do Código de Processo Penal.

À evidência que, se a competência para o processo e julgamento for da Justiça Federal, deve o magistrado noticiar o fato ao Ministério Público Federal, e, se for da Justiça Estadual, ao *parquet* do respectivo Estado.

É oportuno enfatizar, ademais, que

[...] requisitar a instauração do inquérito policial significa um requerimento lastreado em lei, fazendo com que a autoridade policial cumpra a norma e não a vontade particular do promotor ou do magistrado (NUCCI, 2007, p. 136/137).

Por isso, é indispensável que o magistrado, ao requisitar a instauração de inquérito policial, faça-o sempre indicando os fundamentos jurídicos do ato, vale dizer, ao menos apontando o dispositivo que identifica o tipo penal que, a seu ver, fora violado.

Da mesma forma, considerando que todas as decisões judiciais devem ser motivadas (CF, art. 93, IX), não pode o juiz simplesmente remeter cópia dos autos ao Ministério Público, esperando que o *parquet* tome conhecimento de todo o processado para analisar eventual ocorrência de algum crime.

Ora, se apenas quando verificar a existência de algum crime de ação penal pública é que deverá oficiar ao Ministério Público (CPP, art. 40), é evidente que o magistrado deve indicar, seja na sentença, seja no ofício, o crime que, na sua análise, entende praticado, apontando, se possível, seu infrator (sempre pessoa natural; nunca a pessoa jurídica). Na impossibilidade de identificar quem seja o

sujeito ativo do crime - fato a ser mais bem apurado na esfera criminal - pode o juiz do trabalho, a nosso ver, limitar-se a indicar a figura do administrador, mesmo que de forma genérica.

Recebida a *notitia criminis*, tem o Ministério Público quatro opções: (1) requisitar a instauração de termo circunstanciado ou inquérito policial (CPP, art. 5º, II); (2) promover ele próprio a investigação do fato, providência aceita apenas de forma supletiva pelo Supremo Tribunal Federal (cf. HC n. 93930/RJ, 2ª Turma, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 07.12.2010); (3) oferecer denúncia, caso não haja necessidade de outras providências investigativas (CPP, art. 46, § 1º); ou, até mesmo, (4) requerer ao magistrado competente o arquivamento da peça de informação, se não vislumbrar, por exemplo, a ocorrência de crime.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluímos que:

- a) A proteção imediata de direitos trabalhistas é encontrada não apenas nas normas jurídicas formalmente integrantes do Direito do Trabalho, mas também - e com a mesma importância - nas de outros ramos da ciência jurídica;
- b) Somente a condenação da empresa ao pagamento do valor respectivo ao direito trabalhista violado não transformará a realidade social na qual está inserido aquele trabalhador. É preciso aplicação do Direito como um todo, que é uno;
- c) Nesse contexto, ganham significativa importância as normas penais que tutelam a organização do trabalho, notadamente o crime tipificado no artigo 203, *caput*, do Código Penal, o qual é reiteradamente observado na prática, mas ainda poucas vezes identificado pelos juízes do trabalho;
- d) Na modalidade "fraude", referido crime exige o efetivo engodo, o ardil, não se consumando com a simples inadimplência. Além da fraude, somente a violência física, e não a grave ameaça (violência moral), constitui forma de execução.
- e) Além da tipicidade formal (subsunção do fato à letra da norma penal incriminadora), exige-se também, para a caracterização do crime, a tipicidade material, ou seja, a ocorrência de lesão grave ao bem jurídico tutelado. Se outros ramos da ciência jurídica solucionam suficientemente a questão, não se deve buscar punição no campo do Direito Penal;
- f) Para a definição da competência, deve ser verificado o interesse ofendido pelo ato: se atingir apenas interesse privado, com um ou alguns prejudicados - mas desde que determinados -, será competente a Justiça Estadual; entretanto, havendo lesão a direitos de trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho, será competente a Justiça Federal;
- g) A aplicação da causa de aumento de pena prevista no § 2º do artigo 203 exige que o sujeito ativo saiba que a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. A "deficiência física" a que faz referência o Código Penal abrange a

- deficiência física propriamente dita, a auditiva e a visual (de acordo com a definição que lhes foi dada pelo Decreto n. 3.298/99).
- h) A figura penal prevista no *caput* do artigo 203 é crime de menor potencial ofensivo e tem pena mínima igual a um ano, de modo que a ela se aplicam os três institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (transação, composição civil dos danos e suspensão condicional do processo), desde que presentes os demais requisitos legais. Além disso, o fato passa a ser apurado por termo circunstanciado, e não por inquérito policial; será também vedada a prisão em flagrante na hipótese prevista no artigo 69, parágrafo único, da mesma Lei;
 - i) Será considerado crime de menor potencial ofensivo quando não houver a incidência da causa de aumento de pena, ou, se incidente, desde que o crime permaneça na forma tentada;
 - j) A prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 4 anos (CP, art. 109, V), contados da data da consumação ou, em caso de tentativa, da prática do último ato executório (CP, art. 111, I e II). Com a causa de aumento prevista no § 2º, a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 8 anos (CP, art. 109, IV);
 - k) A responsabilidade penal é sempre subjetiva, e não objetiva. Por isso, não basta ser empregador (ou qualquer das formas de participação societária) para ter responsabilidade criminalmente; é preciso que tenha praticado o fato descrito na norma penal, pessoalmente ou utilizando-se de empregados com funções administrativas;
 - l) Identificada a ocorrência do crime, o magistrado do trabalho tem duas opções: requisitar a instauração de termo circunstanciado ou de inquérito policial, a depender da configuração ou não do crime de menor potencial ofensivo; ou noticiar o fato, com cópia das principais peças dos autos, ao Ministério Público.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Zuleida Ortiz Tavares. *A relação jurídica e o ensino de direito - Visão interdisciplinar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2011.
- FRANCO, Alberto Silva *et. al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 28. ed. rev., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direito penal*. 15. ed. rev. e atual., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.