

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS — EVOLUÇÃO E COMPREENSÃO

PAULO SERGIO JOÃO(*)

A distribuição de rendas entre os trabalhadores tem sido muito estimulada, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 e as formas adotadas serviram para várias alterações das Medidas Provisórias editadas, sem que contudo pudessem servir de obstáculo à sua implantação, exigindo sempre do jurista cuidadoso a análise do modelo brasileiro no contexto da legislação vigente e forma de desenvolvimento das relações do trabalho.

Na prática, preocupam-nos os desvios de rota e de rito na implantação de planos de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados que, embora excluída da remuneração pela Constituição Federal, têm revelado, comparativamente ao modelo legal, transformações conceituais e formais que poderão gerar discussão relativamente à natureza jurídica dos valores pagos em razão da inadequação dos programas implantados à proposta legal. O entendimento seguro e equilibrado do ponto de vista legal quanto à natureza jurídica da verba paga a título de participação nos lucros e resultados no contexto da normas vigentes e da natureza jurídica da relação contratual que se estabelece é essencial.

O estudo da evolução histórica das formas de participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas revela sua utilização como forma de gestão empresarial, revolucionária, quanto ao aspecto da renovação de mentalidade empresarial e transformadora, quanto ao arcaico modelo da relação de trabalho, em que empregados e empregadores se degladiam cegamente, sem observar que existe uma dependência recíproca de ambos. Assim, respeita-se o direito de propriedade do empregador, ao mesmo tempo em que os trabalhadores se convertem em participantes do desenvolvimento da empresa, recebendo pelos frutos desse envolvimento consciente e responsável sem que o próprio contrato individual de trabalho se submeta a riscos econômicos próprios do empregador.

(*) Professor doutor da PUC/SP.

Assim, constata-se que a idéia de transformar a relação de trabalho através de outras formas de sustentação econômica do trabalhador há muito tempo vem preocupando empresários, sindicatos, administradores e juristas, cada qual buscando nos princípios de suas convicções um modelo e um fundamento da inovação.

Não se trata de cuidar de formas de incentivo do rendimento pelo trabalho individualmente considerado, tais como prêmios, gratificações ou comissões chamadas por *Wilson de Souza Campos Batalha* de participação nos lucros impropriamente dita⁽¹⁾, porque não encerram em si idéia de participação coletiva que deve ser o princípio básico desse novo modelo de gestão empresarial. Aliás, os procedimentos que premiam o individualismo implicaram em reação contrária aos interesses propostos, havendo a jurisprudência colhido a prática para atribuir-lhe os efeitos da natureza salarial, limitando e acautelando as iniciativas que tivessem no comportamento ou premiação individuais critério de suplementação de ganho do trabalhador.

A discussão em torno da natureza jurídica da verba distribuída a título de participação nos lucros ou resultados é assunto mais recente e está diretamente relacionada com a transformação da relação de emprego.

Historicamente, atribui-se como primeira iniciativa de implantação de sistema de participação a do francês, proprietário de uma fábrica de pinturas e vidro, Edmé-Jean Leclair, em 1843 que, após encerrar o balanço, apurou seus lucros, convocou os empregados, entregando-lhes parte dos lucros obtidos, representados por 12 mil francos em ouro.

Napoleão Bonaparte, antes mesmo de Leclair, inaugurou a iniciativa oficial e legal sobre o tema em 15 de outubro de 1812, e regulou a participação dos atores da "Comédie Française" nos lucros líquidos das atividades do Teatro Francês, calculado no fim de ano. Eram divididos em 24 quotas, destas uma formaria um fundo de reserva, meia quota seria destinada a um fundo de embelezamento e restauração do teatro, outra meia quota destinada a um fundo de pensão e as 22 restantes divididas entre os atores associados⁽²⁾.

O sistema disseminou-se em França e em outros países, mas sempre fruto da iniciativa patronal.

Em 1917 a participação nos lucros foi inscrita na Constituição do México, onde se estabeleceu sua obrigatoriedade pelas empresas agrícolas, industriais, comerciais e de mineração⁽³⁾.

(1) "Direito do Trabalho e Participação nos Lucros", São Paulo, Max Limonad, 1954, pág. 343.

(2) *Paulo Sarasate*, "Participação nos Lucros e na Vida das Empresas", Rio de Janeiro, Livraria e Editora Freitas Bastos, s.d.p.

(3) A Constituição mexicana inseriu no artigo 123, VI e IX, que "o salário mínimo, do qual deverá desfrutar o trabalhador será aquele que se considerar suficiente, conforme as condições de cada região, para a satisfação das necessidades normais da vida do operário, à sua educação e ao descanso e lazer convenientes, considerando-o como pai de família. Em toda empresa agrícola, comercial, manufatureira ou mineira, os trabalhadores terão direito a uma participação nos lucros, a qual será regulada como é indicado no IX".

Entre nós, conforme observa *José Martins Catharino*, antes mesmo da Constituição Federal de 1946, o legislador, no art. 457, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo pouco feliz, em lugar de empregar a expressão participação, utilizou-se do termo percentagem que, segundo o festejado jurista, nada mais é do que "a forma pela qual o valor da participação é aferido"⁽⁴⁾.

A Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 trouxe a obrigatoriedade da participação nos lucros, dispondo no art. 157, inciso IV:

"A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

.....
IV — participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar".

Caberia, então, ao legislador ordinário sua regulamentação para estabelecer de que modo a obrigação dos empregadores deveria ser conduzida.

Todavia, o princípio de obrigatoriedade constitucional, ao estabelecer a participação direta dos trabalhadores nos lucros da empresa, trouxe problemas intransponíveis para o legislador ordinário por que não admitia a participação indireta, oriunda de resultados de equipe ou mista, combinadas com outras atividades da empresa e, ainda, só permitiria a participação do universo de todos os trabalhadores da empresa, considerada esta na sua totalidade e não em unidades ou departamentos.

Comentando o dispositivo constitucional, *Wilson de Souza Campos Batalha* considerou que a Carta Magna de 1946 "levou muito longe as suas idéias sociais ao consagrar a obrigatoriedade da participação direta dos trabalhadores nos lucros das empresas"⁽⁵⁾. E, de acordo com *Luigi Einaudi*⁽⁶⁾ a participação nos lucros objetiva a harmonia entre o capital e o trabalho para fazer crescer o bolo a ser repartido, caso contrário poderá se transformar no vaso de Pandora que, em lugar de flor, faz surgir serpente e, por isso mesmo não pode ser imposta através de uma norma legal.

(4) *Tratado Jurídico do Salário*, edição fac-similiada, São Paulo, LTr, 1994, pág. 330.

(5) *Obra citada*, págs. 26/27.

(6) "La partecipazione ai profitti, il cui intendimento era di mettere pace ed armonia tra capitale e lavoro, incitando ambedue a lavorare bene per crescere la torta degli utili da ripartire, in realtà può essere come il vaso di Pandora, da cui si drizzano fuori ogni sorta di serpenti velenosi"... porque, segundo o autor "la partecipazione agli utili non può essere il risultato di una norma legislativa obbligatoria, necessariamente generale ed uniforme ed probabilmente seconda solo di attriti, discordia ed crescita instabilità sociale, ma, se vuole essere permanente, deve essere il frutto di uno spirito di collaborazione ed di aperta discussione, il quale non può avere radice se non in un clima di liberi volontari esperimenti". *Lezioni di Política Sociale*, 1950, pág. 159, *apud Wilson de Souza Campos Batalha*, obra citada, pág. 27.

Vários projetos de lei foram encaminhados, sendo o mais notável o do deputado Paulo Sarasate, que recebeu o número 1.038 e que, após emendas teve aprovado o substitutivo da Comissão Especial em 3 de novembro de 1952. Enviado ao Senado, lá permaneceu até a promulgação da Constituição Federal de 1967, sem que fosse submetido à votação⁽⁷⁾.

Após a introdução do princípio pela Constituição Federal de 1946 e as frustradas tentativas de regulamentação, a Constituição Federal de 1967 assegurou a participação no art. 158, inciso V e ampliou o princípio para a gestão na empresa:

"A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

.....
V — integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos".

O art. 165, inciso V, da Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.69, repetiu a redação, acrescentando apenas que as condições serão aquelas que forem estabelecidas em lei.

A resposta do legislador à Carta de 1967 foi a criação, através da Lei Complementar n. 7, de 7.9.70, do Programa de Integração Social (PIS), para o setor privado, e da Lei Complementar n. 8, de 3.12.70, que criou o Programa de Assistência ao Servidor Público, para o setor público, distanciados em muito dos princípios que envolvem um verdadeiro sistema de participação nos lucros da respectiva empresa.

A Constituição Federal de 5.10.88 incluiu a participação nos lucros ou resultados da empresa dentre os direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, pelo art. 7º, o inciso XI, dispondo da seguinte forma:

"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
XI — participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei";

Muito embora coubesse ao legislador ordinário cuidar apenas da participação dos trabalhadores na gestão da empresa, o governo federal deu

(7) No artigo 28 o Projeto excluía sua integração ao salário e dispunha expressamente que "não se compreendem na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, inclusive os de previdência social, as importâncias recebidas como participação nos lucros".

início à regulamentação da participação nos lucros e editou a Medida Provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994, e repetida pelas que se sucedem mensalmente é que foi retomada a questão⁽⁸⁾.

Dentro dos princípios que norteiam o instituto da participação dos empregados nos lucros ou resultados nas empresas, não há lugar para a discussão quanto à natureza salarial dos valores recebidos pelos empregados pois, quando se trata de atribuir a natureza jurídica de valores pagos por serviços prestados, há necessidade de que se avalie profundamente a modalidade dos serviços que deram origem aos pagamentos ou à vinculação direta destes aos fatores condicionantes de sua liberação ao trabalhador. Portanto, a natureza jurídica de importâncias recebidas pelos empregados durante a relação de trabalho vinculam-se mais à modalidade do fato gerador, representado pela tipificação dos serviços que lhes deram origem, que à simples existência de vínculo de emprego.

A Consolidação das Leis do Trabalho, perseguindo a natureza jurídica salarial de vantagens atribuídas ao empregado em razão da prestação de serviços, no art. 457 e parágrafo 1º (Título IV, Capítulo II), ao tratar do conceito de remuneração, adota critério restritivo de interpretação, dando origem a debate doutrinário, sendo que já se discutiu satisfatoriamente quanto à imprecisão adotada pelo legislador não só nos dois dispositivos citados mas também em outros, tais como o parágrafo 2º do art. 457, art. 458, art. 459, art. 487, conforme acentua *Pedro Paulo Teixeira Manus*⁽⁹⁾.

Entretanto, de acordo com a legislação consolidada, salário e remuneração são expressões que se confundem na linguagem comum, caracterizando-se, todavia, tecnicamente, de modo diverso e assumem relevância na relação de trabalho inclusive com profundas implicações no campo da Previdência Social.

Deste modo, compreendem na remuneração os ganhos variáveis e aqueles ocasionais, denominados salário-condição⁽¹⁰⁾, pagos pelo empregador para compensar uma situação específica, por exemplo, horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade, prêmios etc.

A jurisprudência, exemplificativamente o Enunciado n. 191, do Tribunal Superior do Trabalho, faz clara distinção, por exemplo, ao dispor que, quanto ao adicional de periculosidade, este deverá incidir apenas sobre o salário básico e não sobre a totalidade da remuneração recebida pelo empregado. Portanto, não é sem importância a distinção.

(8) Contrariamente, *Sergio Pinto Martins*⁽⁸⁾ considera que a expressão utilizada pelo constituinte "conforme definido em lei" refere-se a ambos os assuntos dispostos no inciso XI, do art. 7º, e não apenas a uma parte, isto é, à gestão da empresa. "Participação nos lucros e incidência da contribuição previdenciária", *Revista de Previdência Social*, n. 168, novembro de 1994, pág. 861.

(9) Segundo o jurista, a distinção estabelecida pelo legislador tem servido, "principalmente para possibilitar alguns empregadores, com objetivo de furtarem-se ao cumprimento da lei, a não considerar como salário parte do pagamento que percebem seus empregados", *in Direito do Trabalho*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 98.

(10) *Pedro Paulo T. Manus*, "A Redução Salarial e o Salário Condição", Dissertação de Mestrado, USP, 1983.

A jurisprudência trabalhista venceu a doutrina que sustentava a não integração de valores não contratados ao salário e cristalizou-se através de diversos Enunciados do Tribunal Superior do Trabalho, exemplificativamente e de interesse direto ao tema, o de n. 251, que se refere expressamente à natureza salarial da verba paga a título de participação nos lucros ("A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais").

Ainda assim, algumas verbas pagas resistiram na doutrina e na jurisprudência à sua identificação quanto à natureza jurídica salarial. É o caso, por exemplo, das gratificações de balanço ou gratificação de lucro, cujos pagamentos desvinculam-se da condição individual do trabalhador e se distribuem de forma coletiva.

O traço diferencial de salário está na relação imediata entre a prestação de serviços e o pagamento pecuniário, além de ter natureza personalista, dado o caráter pessoal da atividade do empregado.

E este deve ser o enfoque básico e essencial na atribuição da natureza jurídica salarial de verbas variáveis pagas a título de resultado ou participação nos lucros onde o empregado não dispõe da imediatidade de ganho e o lucro decorre do esforço comum de todos os trabalhadores, sem distinção de categorias.

Citados dispositivos da legislação trabalhista e orientação jurisprudencial revelam caráter individualista e conflitante da relação de trabalho que caracteriza a história do próprio Direito do Trabalho, pois estabelecem uma linha divisória acentuada entre empregado e empregador, não vendo na relação de trabalho outra coisa que o benefício exclusivo do empregador. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acompanhou este caráter individualista em outros Enunciados, tais como o n. 93 (integração ao salário de valores recebidos por venda de papéis por empregado bancário), n. 181, n. 203, n. 240 (adicional por tempo de serviço).

O custeio da Previdência Social, estribado que sempre esteve no salário essencialmente, vinculou-se, relativamente ao salário-de-contribuição, ao mesmo conceito de salário oferecido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Deste modo, o Decreto n. 72.771, de 6.9.73, que regulamentou o Regime de Previdência Social, instituído pela Lei n. 3.807/60, no art. 223, parágrafo único, inciso II, exclui do conceito de salário-de-contribuição e, portanto, das incidências de cotização à previdência social "as importâncias percebidas pelo segurado e não consideradas, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, como integrantes da remuneração".

Mais tarde, o Decreto n. 83.081, de 24.1.79, que regulamentou a Lei n. 6.439, de 1º de setembro de 1977 e que criou o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social — SINPAS, no art. 41, inciso I, diz que se deve entender por salário-de-contribuição.

"a soma das importâncias efetivamente recebidas a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, para o segurado empregado, exceto o doméstico, para o trabalhador avulso e para o trabalhador temporário, respeitados os limites dos parágrafos 2º e 3º".

Deste modo, a incidência ou não de contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos empregados estava vinculada à natureza da verba liquidada, isto é, integraria o salário-de-contribuição somente naqueles casos em que houvesse comunicação da natureza jurídica salarial.

A Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação da Medida Provisória n. 1.596-14, de 10 de novembro de 1997, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social, cuidando das obrigações patronais sobre os recolhimentos previdenciários, conceituando salário-de-contribuição, acentuou, no art. 28, inciso II, parágrafo 9º, que

“§ 9º Não integram o salário-de-contribuição:

a) *omissis*

b) *omissis*

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica”.

Trata-se de mera adequação do dispositivo legal ao princípio constitucional, razão pela qual faz referência expressa a que venha a ser criada por lei específica⁽¹¹⁾.

Deste modo, muito embora a Medida Provisória tratando da participação nos lucros tenha sido editada em dezembro de 1994, os procedimentos adotados anteriormente não assumem natureza jurídica salarial por falta de previsão legal. Os procedimentos deverão ser absorvidos pelo princípio constitucional.

O Decreto n. 612, de 21 de julho de 1992, que deu nova redação ao Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, aprovado pelo Decreto n. 356, de 7.12.91 no art. 37, § 9º, alínea j, mantém a mesma redação.

A análise da natureza jurídica da verba paga sob a denominação de participação nos lucros no período anterior à vigência da Carta de 1988, remete ao conceito de salário atribuído pela legislação trabalhista e ao conceito de salário-de-contribuição da legislação previdenciária.

A doutrina francesa, através de *Lyon-Caen*, considera que os valores recebidos a tal título constituem um rendimento misto, submetido a um regime jurídico de favor, que não se confunde como do salário. Além da remuneração do trabalho, os empregados recebem outras vantagens cuja fonte é um contrato diverso do de trabalho e cuja natureza especial sugere um regime jurídico diverso daquele das remunerações⁽¹²⁾.

(11) O procedimento adotado pelo legislador ordinário, adequando a lei à Constituição Federal, foi o mesmo utilizado para o salário-maternidade, cujas disposições da lei ordinária foram retardadas diante de norma constitucional auto-aplicável. Neste caso, o Ministério da Previdência Social, antecipando-se à lei, por orientação da consultoria jurídica, respeitou os procedimentos de empregadores que compensaram, a partir da vigência da Carta de 1988, os 120 dias, em detrimento dos antigos 84, a título de salário-maternidade.

(12) *Gérard Lyon-Caen*, “Droits du Travail, Le Salaire”, Segundo Volume, Paris, Dalloz, 1981, 2ª ed., pág. 252.

A jurisprudência que atribui natureza salarial a verbas identificadas como de participação nos lucros demonstra absoluta rejeição de sistemas de distribuição nos lucros antes da Constituição Federal de 1988. Esse posicionamento foi, com certeza, inibidor das iniciativas dos empregadores, colaborando no atraso na evolução das relações de trabalho no Brasil. Tal orientação jurisprudencial, sustentada por parte da doutrina, somente se justifica pelo aspecto protecionista e tutelar do Direito do Trabalho e, ainda, pelo fato de que muitos exemplos levados aos Tribunais revelaram-se fraudulentos do assalariado e sonegadores de obrigações sociais.

Fruto dessa orientação foi o Enunciado n. 251 do Tribunal Superior do Trabalho, revogado a partir da Constituição Federal de 1988 e cancelado pela Resolução TST n. 33/94, expressando-se de modo genérico e, como se não admitisse outra interpretação, no sentido de que "A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial para todos os efeitos legais".

Todavia, para o intérprete mais atento e cuidadoso, as formas de distribuição dos lucros devem ser analisadas a cada caso, no sentido de determinar se efetivamente o sistema implantado atendia aos princípios que informam um regime de participação.

Citado Enunciado refletiu entendimento que teve como elementos básicos sistemas distanciados de verdadeira participação nos lucros, onde a habitualidade e a permanência invariável de seu valor estão mais próximas de gratificação do que de participação nos lucros.

A típica participação nos lucros apresenta envolvimento do trabalhador integrando-o no desenvolvimento do empreendimento e a forma de distribuição contempla a coletividade, baseada em critérios objetivos, desvinculada de comportamento disciplinar do empregado individualmente considerado.

O enunciado cuida da verba de pagamento reiterado e uniforme quanto ao valor, razão pela qual ele se apresenta justificável, porém não excludente de legítimos regimes de participação nos lucros mesmo no período em que nenhuma disposição expressa havia sobre o assunto⁽¹³⁾.

(13) A jurisprudência se pronunciou em mais de uma vez sobre a ausência da natureza salarial: "A participação nos lucros, como liberalidade do empregador, está sujeita a normas próprias ao resultado financeiro da empresa e ao desempenho do empregado, tudo apurado a cada exercício. Não se reveste de caráter salarial e não integra a remuneração do empregado" (Ac. (unânime) TRT — 1ª Reg. — 3ª T. (RO 6.642/85), Rel. Juiz Haroldo Collares Chaves, proferido em 5.3.86); "Em verdade a empresa veio, com muita antecedência, tornar realidade a norma programática da Constituição de 1969 e que a Constituição de 1988 diz expressamente não se constituir em verba salarial (art. 7º, XI, CF/88)". Acórdão n. 16.343/91, de 10.9.91, Processo TRT/2ª Região 02890239742. Rel. Juiz Francisco Antonio de Oliveira. "A verba denominada "prêmio desempenho", atrelada ao lucro operacional, constitui autêntica participação nos lucros que, a teor do art. 7º, XI, da Carta Magna, não integra a remuneração, não podendo, pois, ser considerada para efeitos de 13º salário" (TST, RR 105.474/94.8, Hylo Gurgel, Ac. 2º T. 4.268/95).

"Gratificação periódica — PL (participação nos lucros) — Integração ao salário — art. 7º, XI, da CF/88. Nos termos do art. 7º, inciso XI, da CF de 1988, que garante aos trabalhadores a participação nos lucros, tal verba é desvinculada da remuneração, não se refletindo no 13º salário, férias, FGTS e aviso prévio" (TST, RR 134.608/94.3, Hylo Gurgel, Ac. 2º T. 5.559/95).

"Gratificação paga em razão do resultado financeiro do ano anterior não constitui remuneração, mas participação nos lucros da empresa e, portanto, não há que se falar em integração" (TRT/SP, 2.940.354.140, Gualdo Amaury Formica, Ac. 7ª T. 19.545/95).

A Medida Provisória n. 794, de 29.12.94, ao inaugurar o debate sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, dispunha que "toda empresa deverá convencionar com seus empregados, mediante negociação coletiva, a forma de participação destes em seus lucros ou resultados".

Neste sentido, a negociação coletiva, na ótica do texto, deveria ser objeto de celebração de acordo com o sindicato de classe, com a garantia do art. 8º, VI, da Constituição Federal, no sentido de que este assegura a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas. Portanto, o instrumento jurídico resultante seria o acordo coletivo de trabalho, nos termos definidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, art. 611, §1º.

Em seguida, a segunda Medida Provisória, de n. 860, de 27 de janeiro de 1995, alterou a redação do art. 2º e eliminou a expressão negociação coletiva do texto, introduzindo a comissão escolhida pelos trabalhadores, dizendo "toda empresa deverá convencionar com seus empregados, por meio de comissão por eles escolhida, a forma de participação daqueles em seus lucros ou resultados".

As manifestações de arguição de inconstitucionalidade do texto foram inúmeras porquanto os sindicatos se viram alijados do processo de negociação no âmbito da empresa para a fixação das regras de distribuição da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas.

O Supremo Tribunal Federal⁽¹⁴⁾, em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura — CONTAG, Confederação Nacional dos Metalúrgicos, Confederação Nacional dos Químicos, Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e da Madeira e Sindicato Nacional dos Aeroviários, em voto do Relator Ministro Ilmar Galvão, concedeu liminar para suspender os efeitos da expressão "por meio de comissão por eles escolhida", do art. 2º, da Medida Provisória n. 1.136, de 26.9.95, estendida posteriormente a Medidas Provisórias que se seguiram.

A partir da Medida Provisória n. 1.539-34, de 7 de agosto de 1997, foi inserida no texto do artigo 2º, a obrigatoriedade de incluir na comissão um representante indicado pelo sindicato da categoria, alterando, portanto, a orientação primitiva e ajustando-se, pois, aos interesses sindicais⁽¹⁵⁾.

A atual referência à indicação de representante pelo sindicato não deve ser confundida com o assento obrigatório, na negociação, de um membro do sindicato. Poderá ser simples indicação de um dos trabalhadores da empresa. De outro lado, na ocorrência da recusa pelo sindicato na indicação do representante, a negociação poderá ser concluída, adquirindo plena eficácia porquanto a negociação se passa entre empresa e seus em-

(14) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ML) n. 1.361-1 — DF, Tribunal Pleno (DJ, 12.4.1996).

(15) "A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante comissão por estes escolhida, integrada, ainda, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria".

pregados, não se constituindo impedimento o óbice do sindicato que, nos termos em que se coloca a Medida Provisória, integra a comissão como observador e, eventualmente, orientador.

Merecem destaques as Medidas Provisórias de número 794/94, que inaugurou o debate na sociedade trabalhista, e a de número 860/95, que trouxe as primeiras inovações quanto à participação dos sindicatos, de número 1.276, de 12.1.96, que excluiu do conceito de empresa para os fins específicos da Medida Provisória, a pessoa física e as entidades sem fins lucrativos, e a de número 1.539-34, de 7 de agosto de 1997, que introduziu o trabalhador, membro da comissão negociadora, indicado pelo sindicato.

A Medida Provisória n. 1.698-46/98 veio substituir, no art. 2º, a expressão "dentre os empregados da sede da empresa" pela expressão "dentre os empregados da empresa". Além disso, trouxe modificação significativa em seu art. 3º. O seu § 2º, ganhou nova redação, que impediu o adiantamento dos valores pagos a título de participação nos lucros ou resultados por mais de duas vezes no mesmo ano civil. Ademais, houve a inclusão do § 3º atual, que dispõe poder ser compensado o pagamento a título de participação com as obrigações decorrentes de acordos ou convenções coletivas de trabalho atinentes à própria participação nos lucros ou resultados.

Tal Medida Provisória, reeditada, recebeu número 1.769 e, em junho de 1999, ganhou número 1.878-59. A reedição de número 1.878-64 teve corrigido o erro da redação do § 4º do art. 3º, causada pela inclusão do § 3º na edição de junho de 1998. Assim, a expressão "no parágrafo anterior", que se reportava na verdade à periodicidade do § 2º, foi corrigida. Nova numeração foi-lhe dada em dezembro de 1999, desta vez a de n. 1.982-65. Sua última edição tem número 1.982-68 e é de março de 2000.

Deste modo, constituem requisitos para a implantação de um Programa de Participação nos Lucros ou Resultados a negociação entre empresa e empregados, a indicação de representante do sindicato, o acordo celebrado e respectivo conteúdo, condições de distribuição e prazo.

A modalidade do instrumento jurídico que vai dar sustentação à natureza jurídica das importâncias distribuídas aos empregados a título de participação nos lucros ou resultados é a do acordo individual plúrimo de participação com as limitações próprias da sua destinação, quanto a pessoas, benefícios e efeitos e que não se confunde com a negociação coletiva de natureza trabalhista.

Arion Sayão Romita assegura que não se trata de negociação coletiva pois "a negociação da forma de participação dos trabalhadores nos lucros ou nos resultados da empresa não tem por fim estipular condições de trabalho aplicáveis, no âmbito da empresa acordante, às respectivas relações de trabalho. Não se trata na hipótese de condições de trabalho, e sim de regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, pertinentes à composição dos litígios que ocorrem em caso de malogro da negociação"⁽¹⁶⁾.

(16) "A Participação nos Lucros à Luz das Medidas Provisórias", Trabalho e Processo, Revista Jurídica Trimestral, n. 6, setembro, 1996, Ed. Saraiva, pág. 14.

De outro lado, o reconhecimento do processo de negociação de participação nos lucros ou resultados nas mesmas condições da negociação coletiva de trabalho importaria no reconhecimento da existência de conflito coletivo cujo impasse autorizaria a intervenção do poder judiciário e seu poder normativo constitucionalmente assegurado para dirimir os conflitos em dissídios coletivos, hipótese esta de extrema inconveniência para os fins a que se propõe a participação nos lucros ou resultados como instrumento de gestão empresarial.

Deste modo, o instrumento jurídico que decorre da negociação entre empresa e seus empregados não se confunde com o instrumento coletivo que reconhece direitos individuais à categoria ou ao grupo de trabalhadores.

Insiste *Arion Sayão Romita* em que “o processo convencional, no caso, não se caracteriza como negociação coletiva, precisamente porque não está em jogo a criação de normas abstratas, aplicáveis indistintamente a todos os trabalhadores interessados: a participação de cada um, considerado individualmente, deverá ser levada em conta. Poderão ser levados em conta critérios diversificados, relativamente aos diferentes grupos de trabalhadores que participarão dos lucros: dirigentes, oficiais, serventes, auxiliares, aprendizes, empregados do escritório, da fábrica etc.”⁽¹⁷⁾.

Portanto, o modelo jurídico da Medida Provisória não é o de acordo coletivo setorial ou convenção coletiva no sentido emprestado pela legislação trabalhista, no artigo 621 da Consolidação das Leis do Trabalho, dada a inviabilidade de, abstratamente, impor a toda a categoria econômica obrigaçã o na espécie de distribuir aos seus empregados alguma verba, escolhida em valor único, a título de participação nos lucros. Além de juridicamente equivocada, a inconveniência desta prática é total porquanto atingirá desde uma grande empresa àquela que mal tem condições de pagar os salários de seus empregados, desde a grande metalúrgica ou multinacional àquela oficina ou pequena empresa que luta com dificuldades, — todos se submeterão à mesma regra.

Este procedimento vem sendo adotado politicamente pelos sindicatos e, freqüentemente, há notícias de convenções coletivas celebradas com cláusula de distribuição aos trabalhadores de verba de valor aleatoriamente escolhido e, em algumas situações, acordos coletivos com imposições de outras obrigações aos trabalhadores desvinculada da natureza do fim para o qual a norma foi constituída⁽¹⁸⁾.

A primeira certeza é de que se trata de imposição ilegal contrária às normas legais específicas estabelecidas para a negociação objetivando a

(17) *Arion Sayão Romita*, obra citada, pág. 15.

(18) O Jornal Trabalhista n. 687, de 1.12.1997, pág. 1267, dá notícia de que na cidade de Diadema, na empresa Brasimet, foi celebrado acordo com o sindicato de classe para pagamento de R\$ 500,00, em 23.12 a título de participação nos lucros ou resultados, podendo chegar a R\$ 800,00, cuja diferença será paga em tiquete para alimentação desde que 80% das metas da empresa sejam atingidas. Também, a título de taxa de negociação ao sindicato profissional, os trabalhadores não-associados ao sindicato, serão descontados em 4% dos respectivos valores.

participação nos lucros ou resultados. Neste caso, as empresas que se recusarem ao pagamento terão razão na invocação da inadequação jurídica do instrumento normativo.

A segunda questão emergente de tais procedimentos revela a natureza jurídica salarial da verba deste modo negociada, com riscos de ordem trabalhista e de reflexos previdenciários.

A terceira questão relevante é que o instrumento jurídico para fixar programas de participação nos lucros ou resultados, por força da inaplicabilidade, para este fim, do teor do artigo 621 da Consolidação das Leis do Trabalho, não poderá ser a convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo, este considerado no sentido que lhe atribui a norma consolidada.

Quanto ao reconhecimento da capacidade jurídica do empregador ou seus prepostos na negociação sobre os termos do programa de participação, não há dúvidas pois decorre da nomeação direta dos seus representantes.

Diversamente, quanto à comissão de empregados, escolhida pelos trabalhadores, a Medida Provisória atribui-lhe capacidade jurídica a partir da escolha que deverá ser exercida com ampla liberdade e transparência, através de assembléia dos interessados, e que outorgará o poder de representação e de negociação. A responsabilidade da comissão está limitada ao conteúdo da negociação e pelo seu fiel exercício da representação.

Contrariamente às negociações coletivas de trabalho, a comissão eleita não trata de direitos coletivos abstratos, mas de vantagens concretas a partir de um plano de metas que, se atingido, beneficiará a todos os empregados envolvidos diretamente.

De outro lado, na hipótese de impasse nas negociações coletivas, caso instaurado dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho, não terá ela competência normativa para dirimir o assunto, impondo através de decisão o pagamento de verba cuja natureza não pode decorrer de conflito. Aliás, o texto da Medida Provisória deixa evidente que ou há acordo espontâneo entre empresa e comissão de trabalhadores ou estes, se desejarem, poderão se socorrer de árbitro ou mediador. Trata-se de negociação cujo conteúdo não poderá ser imposto, onde não se admite parte vencedora, sob pena de comprometer o próprio espírito de parceria que envolve qualquer programa de participação nos lucros ou resultados das empresas.

Almir Pazzianotto Pinto considera que em caso de Impasse "as partes não poderão recorrer ao Poder Judiciário para a solução da controvérsia, nem a Justiça do Trabalho terá poder normativo nesta matéria"⁽¹⁹⁾.

Os valores impostos mediante convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo não comungam da típica natureza jurídica de participação nos lucros ou resultados, nem vinculam obrigatoriamente os empregadores do setor, podendo revelar foco de conflito trabalhista diante da recusa de pagamento.

(19) "Participação nos Lucros", *Jornal Trabalhista*, n. 552, 17 abril 1995, pág. 394.

A Medida Provisória impõe, quanto ao conteúdo da negociação, que, obrigatoriamente, sejam fixadas "regras claras e objetivas dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo" (art. 2º, § 1º). Dentre as regras claras e objetivas, exemplificativamente, cita "índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa e programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente" (art. 2º, § 1º, a, b).

Aí estão, pois, os elementos legais a partir dos quais se definirá ou não a natureza jurídica da importância paga: se tipicamente desvinculada da remuneração ou se se submete ao risco do reconhecimento da natureza salarial.

Assim, os programas de participação nos lucros ou resultados devem ser estabelecidos de modo claro e transparente, sem ficar restrito à análise por critérios subjetivos. A objetividade e transparência darão a sinalização da almejada parceria do programa.

O art. 3º da Medida Provisória n. 1.982-68, de março de 2000, repetindo texto das Medidas anteriores, adverte quanto à verba que venha a ser distribuída que:

"A participação de que trata o artigo 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade".

Na verdade são dois os aspectos da advertência lançada: de um lado para o empregador, no sentido de que não venha a substituir o salário do empregado por verba denominada de participação em resultados e, de outro lado, para o empregado, esclarecendo que o pagamento, ainda que reiterado, não gera direito adquirido capaz de exigir os futuros pagamentos, assegurando, desta forma, o caráter aleatório da verba quanto à realização futura.

A segurança jurídica para o empregador é complementada pelo parágrafo 1º, incentivando a prática como modalidade de gestão empresarial, permitindo a dedução dos valores pagos como despesa operacional para efeito de apuração do lucro real. De acordo com a nossa legislação não há limite de valores a serem distribuídos.

Também como freio a que pudessem surgir formas de participação nos lucros em substituição ao salário e, por conseqüência, comprometendo o sistema de arrecadação de receitas tributárias e previdenciárias, a Medida Provisória impõe como periodicidade mínima de distribuição um semestre, conforme parágrafo 4º, com possibilidade de alteração de acordo com os impactos nas receitas tributárias e fiscais.

Também se impôs, com a Medida Provisória de número 1.698, de junho de 1998, a limitação, de duas vezes ao ano, à percepção da participação nos lucros ou resultados.

Os valores recebidos pelos empregados a título de participação nos lucros ou resultados estão exonerados de contribuições previdenciárias, não se comunicando, portanto, da natureza jurídica salarial, incidindo, contudo, a contribuição fiscal de imposto de renda.

A garantia constitucional da participação nos lucros ou resultados é destinada a todos os trabalhadores, urbanos e rurais, com exclusão, expressa, apenas do trabalhador doméstico.

O campo de aplicação do modelo jurídico de participação nos lucros ou resultados das empresas diz respeito às partes da relação contratual de emprego, ou seja, os empregados e os empregadores, e estes, por razões específicas da Medida Provisória, mereceram o destaque especial para as entidades sem fins lucrativos.

A Medida Provisória vigente não estabelece restrições para que os Programas de Participação nos Lucros das Empresas sejam implantados por setor da empresa ou estabelecimento. Caso a negociação contemple apenas setores de atividade empresarial, com regras substantivas claras, os demais trabalhadores excluídos não poderão pleitear a extensão do benefício porquanto não se trata de verba de natureza salarial, não caracterizando, portanto, ato discriminatório do empregador e da comissão de negociação.

Os empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista, desde que a União, mesmo indiretamente, detenha mais de 50% do capital social com direito a voto, aguardam a regulamentação específica a ser fixada pelo Poder Executivo.

A Medida Provisória que, inicialmente, impunha obrigatoriedade de implantação de Programa de Participação nos Lucros ou Resultados a todas as empresas, a partir da edição de julho de 1997, deu nova redação ao disposto no art. 2º e, tornando o sistema facultativo, substituiu a expressão anterior "Toda empresa deverá convencionar..." pela "A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação...".

A Medida Provisória, em razão da obrigatoriedade inicial e com vistas ao conceito de empregador do art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, desqualificou como empresa, para os fins específicos da compulsoriedade prevista até julho de 1997, a pessoa física e as entidades sem fins lucrativos, estas de acordo com as restrições expostas no art. 2º, § 3º, b, ou seja, não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas; aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional e no País; destine o seu patrimônio à entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades; mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos requisitos exigidos, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.

As entidades sem fins lucrativos não estão obrigadas à implantação do sistema, mas não estão proibidas de o fazerem com fins administrativos e de melhoria de qualidade ou de resultados previamente definidos. Se assim implantarem um Programa de Participação nos Resultados, os valores distribuídos não se comunicarão da natureza jurídica salarial.

Justifica-se a observação pelo fato de que o direito assegurado pela Constituição Federal é amplo e genérico e não exclui os trabalhadores em relação à natureza da atividade empresarial do empregador.

O modelo brasileiro não contempla a participação no capital das empresas como forma de cumprimento da norma legal, apesar de não excluir expressamente que as importâncias distribuídas sejam representadas por ações da empresa.

As privatizações de empresas estatais têm servido para dar aos empregados da empresa a ser privatizada a oportunidade de compra de ações ordinárias, reservadas previamente e distribuídas em igualdade de condições a todos os trabalhadores, que poderão se habilitar para aquisição individualmente ou através de sociedade de participação, condomínio ou clube de investimentos.

Não se trata de modelo típico de participação pois os empregados nesta situação se assemelham a qualquer investidor, apenas gozando do direito de preferência privilegiado.

Segundo *Georges Bry* a participação dos trabalhadores nos lucros é uma modalidade de contrato de trabalho de cooperação na produção⁽²⁰⁾.

Mario de La Cueva, referindo-se à coexistência pacífica de salário e participação nos lucros, sem a transformação da relação de trabalho, assevera que o salário é a remuneração pelo serviço prestado e a participação decorre da combinação de fatores da produção⁽²¹⁾.

A participação do empregado nos lucros ou resultados da empresa não transforma a relação de emprego em relação societária pois o trabalhador não participa dos prejuízos nem terá o seu salário básico ameaçado com o fracasso do empreendimento patronal. A participação se dá quanto a metas objetivamente determinadas e, caso não atingidas, deixa o empregado de ter a participação, sem que tal fato apresente conseqüências quanto à percepção de salários.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 63, dispôs que “não haverá distinção entre empregados e interessados, e a participação em lucros ou comissões, salvo em lucros de caráter social, não exclui o participante do regime deste capítulo”, qual seja o do respeito à jornada de trabalho e o direito às horas extras e, por conseguinte, da condição de empregado.

(20) “Es una modalidad del contrato de trabajo, según la cual, recibe el trabajador del patrono, además de su salario, una parte de las utilidades de la empresa, no como asociado a ella, sino como trabajador que coopera en la producción”, *apud Mario de La Cueva*, “Derecho Mexicano del Trabajo”, Tomo I, 5ª ed., Editorial Porrúa S/A., 1960, pág. 686.

(21) “El salario es la remuneración por el servicio prestado, en tanto que la participación obrera en las utilidades es la distribución equitativa de los resultados que se obtienen en la combinación de los factores fundamentales de la producción: Trabajo y Capital”, *Mario de La Cueva*, “Derecho Mexicano del Trabajo”, Tomo I, 5ª ed., Editorial Porrúa S/A., 1960, pág. 688.

Francisco Antonio de Oliveira⁽²²⁾, observa que "a participação pecuniária do trabalhador nos objetivos da empresa não é de molde a desfigurar o contrato de trabalho, v. g. aquele trabalhador que trabalha por peça ou tarefa ou ainda tenha participação nos lucros da empresa ou nas comissões, v. g. gerente de determinada loja que recebe comissões sobre toda a venda dos demais vendedores que estão sob sua coordenação. A participação nos lucros da empresa se traduz em norma programática prevista na atual Carta Política (art. 7º, XI) que fora repetida nas Constituições anteriores. Vale dizer que a melhoria pecuniária recebida pelo trabalhador além daquilo que normalmente lhe seria devido não é de molde a desfigurar o contrato, dando possibilidade ao empregador de exigir mais do que seria devido". Claro está que os exemplos citados fogem ao sentido próprio que o texto constitucional empresta à matéria, desvinculando o ganho da remuneração, situação esta que incorreria nos casos concretos apontados.

A relação jurídica que se estabelece entre empregados e empregador, através do Programa de Participação nos lucros ou resultados não se confunde com a relação jurídica do contrato de trabalho cujas obrigações e deveres se mantêm em plena vigência e de modo inabalável.

Assim, o contrato que se conclui no seio da comissão de trabalhadores não se confunde com o contrato de natureza coletiva, convenção ou acordo coletivo de categoria, porquanto o conteúdo não trata de normas de caráter abstrato nem impõe obrigações a uma das partes exclusivamente, nem torna a previsão de pagamento obrigatória pois que submissiva à ocorrência de evento futuro, cuja avaliação de resultado incumbirá aos próprios Interessados.

A comissão de trabalhadores, investida dos poderes conferidos pela assembléia dos interessados, celebrará um acordo individual plúrimo por-que identificados os beneficiários dos resultados. Referido acordo individual plúrimo será de participação na gestão empresarial, submetido ao resultado aleatório desejado e esperado por todos, cuja realização impõe à outra parte beneficiada, o empregador, de distribuir os valores segundo critério previamente determinado no contrato.

Restam, deste modo, inconfundíveis contrato de trabalho e participação nos lucros ou resultados e, igualmente, inconfundíveis as obrigações e deveres recíprocos, inerentes ao contrato de trabalho quanto ao seu fiel cumprimento.

No direito estrangeiro, o sistema de participação dos trabalhadores nos lucros das empresas na França, impulsionado por De Gaulle que, em 1942, portanto antes do término da II Guerra Mundial, previa, após a vitória tida como certa, a necessidade de transformação da condição social dos trabalhadores.

(22) "Consolidação das Leis do Trabalho Comentada", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 121.

A França se caracteriza como o país da participação⁽²³⁾ e as relações de trabalho na França se distinguem pela importância da presença do sindicato como porta-voz dos interesses e aspirações dos trabalhadores tanto nas relações coletivas de trabalho, como na empresa, através de delegado sindical ou de comitê de empresa.

No campo da participação nos lucros pelos trabalhadores numa espécie de associação entre capital e trabalho, houve resistência de parte das organizações sindicais profissionais em razão da contradição com a doutrina da luta de classes.

Apesar disso, a França desenvolveu instituições jurídicas organizando um modelo de participação dos trabalhadores nos resultados ou no capital da empresa. Segundo *Rivero-Savatier* as fórmulas de associação dos trabalhadores nas empresas se desenvolveram num clima de declínio do sindicalismo ideológico e de melhora da imagem da empresa na opinião pública⁽²⁴⁾.

Encontram-se organizados formalmente dois modelos: participação nos lucros ou resultados e a participação no capital.

O regime de participação nos lucros ou resultados se apresenta de modo facultativo ou obrigatório.

O sistema facultativo, criado em 1959, e reformado em 1994, pela Lei n. 94.640, de 25 de julho, tem sido incentivado por benefícios fiscais e sociais às empresas.

Pode ser adotado em todas as empresas com mais de dois trabalhadores, permitindo, inclusive, que instituições sem fins lucrativos negociem um acordo vinculado à melhoria de resultados, previamente determinados. É caracterizado pelo pagamento periódico a todos os empregados de um prêmio variável, segundo os resultados da empresa, através de participação coletiva ou crescimento da produtividade, observando-se um critério de tempo de serviço na empresa não superior a 6 meses no exercício da distribuição. A base de cálculo não é predeterminada, prevalecendo ampla liberdade contratual. Deve ser assinado no prazo de seis meses do exercício respectivo, isto é, no período de janeiro a junho de cada ano. É instituído por acordo coletivo, no ramo de atividade profissional mas, em geral, é um acordo de empresa, concluído com o sindicato respectivo, com o comitê de empresa ou com os próprios trabalhadores interessados, mediante aprovação de dois terços do projeto de acordo proposto pelo empregador. Se houver um comitê de empresa, o acordo deverá ser encaminhado para conhecimento quinze dias antes da assinatura.

(23) *Daniel Vaughan-Whitehead*, "Interessement Participation Actionnariat — Impacts Economiques dans l'Entreprise", *Ec. Economica*, Paris 1992, pág.112.

(24) *Jean Rivero e Jean Savatier*, "Droit du travail", Presses Universitaires de France, 13^e ed., 1993, pág. 243.

O art. 441 do Código do Trabalho limita a possibilidade de celebração de acordo de participação nos lucros às empresas que cumprem a obrigação em matéria de representação de pessoal: delegado de pessoal, comité de empresa e Comissão de Higiene, de Segurança e das Condições de Trabalho⁽²⁵⁾.

Os trabalhadores não gozam de isenções fiscais para a contribuição social geral, e o empregador se beneficia de isenções fiscais a partir da celebração do acordo. Para o empregador exonerar-se de encargos fiscais, deve submeter os respectivos contratos à homologação perante o órgão estatal competente, comprovando o preenchimento de vários requisitos, dentre eles que o sistema deve refletir um significado econômico quanto à produtividade ou resultado financeiro, preservando o caráter aleatório da distribuição. Os critérios de cálculo devem ser simples a fim de permitir que o comité de empresa confira a fidelidade de procedimento do empregador.

A participação nos resultados sujeita à distribuição não pode ultrapassar o limite de 20% (vinte por cento) da folha de pagamento e, individualmente, não pode ultrapassar a metade anual do teto da seguridade social⁽²⁶⁾.

Os valores dispensados aos trabalhadores a título de participação nos lucros, desde que distribuídos em caráter coletivo e aleatório, para o empregador, são dedutíveis dos lucros sujeitos a imposto e estão isentos de encargos sociais, não se comunicando da natureza jurídica salarial. Para o empregado, tais valores sofrem incidência de recolhimentos previdenciários, estando, contudo isentos de imposto de renda se vinculados a um Plano de Poupança de Empresa.

O sistema de participação obrigatória foi instituído em 1967 e reformado em 1986 (Ordonnance n. 86-1134, de 21.10.86), tratava da participação dos trabalhadores nos frutos decorrentes da expansão das empresas. Originou-se do fraco desenvolvimento do regime facultativo e impôs o regime obrigatório às empresas com mais de 100 assalariados (50 a partir de 25.7.94, Lei n. 94-640), com vantagens de natureza fiscal e limitando o acesso dos trabalhadores aos valores a eles atribuídos⁽²⁷⁾.

Os acordos coletivos são submetidos às mesmas regras da participação facultativa, com ampla liberdade de fixar as bases de cálculo e modalidades de distribuição.

Todos os empregados são beneficiários da participação nos resultados, convencionada através de acordo coletivo celebrado nas mesmas condições fixadas para o modelo facultativo, admitindo-se, igualmente, a condição de tempo de serviço como requisito para que o empregado goze da participação.

(25) As empresas com menos de 11 empregados não estão sujeitas à representação de pessoal.

(26) Em 1996 equivalia a 80.610 francos.

(27) Inicialmente os valores deveriam ser empregados em investimentos na própria empresa ou na economia nacional.

Para o regime de participação obrigatória há necessidade de que a empresa tenha finalidade lucrativa, excluindo, portanto, as instituições sem fins lucrativos, à exceção das cooperativas agrícolas e operárias de produção, regulamentadas por disposições especiais.

Como condições de validade do regime de participação adotado pela empresa e para que possa beneficiar-se das vantagens fiscais, exige-se que tenha sido objeto de acordo coletivo e, ainda, que observe, obrigatoriamente, quanto ao conteúdo, vários aspectos, dentre os quais o critério de cálculo da reserva especial de participação; o teto considerado para o valor total da reserva; o período de indisponibilidade dos direitos dos empregados.

Além dessas cláusulas obrigatórias, os acordos poderão prever outras facultativas, adaptadas à situação concreta do grupo ou da empresa.

A Reserva Especial de Participação pode ser calculada de duas maneiras: de acordo com a lei ou convencionada entre as partes desde que preserve valor equivalente ao critério legal. Do valor apurado, cinquenta por cento é objeto de investimento na própria empresa, através do Plano de Poupança de Empresa (*Plan d'Epargne d'Entreprise — PEE*) ou ainda poderá ser objeto de compra ou subscrição de ações da sociedade através de um Fundo Comum de Investimento e no nível do Plano de Poupança da Empresa⁽²⁸⁾.

A distribuição aos empregados poderá respeitar os critérios estabelecidos a título de tempo de serviço, não superior a 6 meses, a proporcionalidade ao salário pago a cada trabalhador, no limite da atribuição individual equivalente à metade do teto anual da seguridade social, respeitado o teto de repartição equivalente a quatro vezes o teto anual da seguridade social.

Os valores atribuídos a título de participação aos trabalhadores serão disponibilizados somente após três ou cinco anos, existindo oito situações de acesso antecipado previstas em lei: casamento; nascimento ou adoção a partir do terceiro filho; divórcio, desde que se conserve a guarda de pelo menos um filho; aquisição ou ampliação da residência principal; rompimento do contrato de trabalho; invalidez do trabalhador ou de seu cônjuge; morte; criação de empresa própria e endividamento do empregado.

Os acordos coletivos podem prever vários modos de investimentos: ações da empresa; abertura de conta na empresa com rendimentos; aquisição de títulos emitidos por uma sociedade de investimento; em conta corrente da empresa bloqueada e remunerada à base de 6% ou 5%, segundo seja o bloqueio de cinco ou três anos. Na ausência de acordo coletivo, os valores atribuídos aos trabalhadores são bloqueados durante 8 anos. Caso contrário, a indisponibilidade é reduzida para, em princípio, 5 anos, admitindo-se que o acordo a reduza para 3 anos.

(28) A título de informação, pois foge ao objeto do presente estudo, a fórmula do cálculo da reserva especial de participação é a seguinte de acordo com Daniel Vaughan-Whitehead: $RSP = 50\% (BN + PI - 0,5 CP) \times S/VA$, usadas as expressões em francês para manter a fidelidade, onde BN (Bénéfice net fiscal), PI (Provision pour Investissement), CP (Capitaux propres), S (Ensemble des salaires) e VA (Valeur ajoutée).

O regime de participação obrigatória concede ao empregador vantagens fiscais, por exemplo, dedução do imposto de renda devido e, para os trabalhadores, as importâncias recebidas gozam de total isenção de imposto de renda quando o bloqueio se faz por cinco anos e parcial no caso de três anos. Além disso, o valor da participação não é considerado salário para aplicação da legislação trabalhista e da previdência social e são protegidas por seguro contra a insolvência do empregador.

Os valores atribuídos a título da reserva especial de participação são excluídos de qualquer incidência trabalhista ou previdenciária, isto é, não apresentam natureza jurídica salarial em razão do caráter aleatório e da sua indisponibilidade temporária. Tais isenções de encargos são condicionadas ao depósito do acordo perante o Departamento de Trabalho e só beneficiam os interessados a partir da data do depósito, conforme orientação jurisprudencial⁽²⁹⁾.

A Ordonnance de 21 de outubro de 1986, regulamentada no Decreto de 17 de julho de 1987, reformulou os modelos de participação até então existentes, fundindo-os numa legislação única.

Em relação aos sistemas anteriores, foi mantida a obrigatoriedade de depósito do acordo perante a repartição do trabalho e do emprego para fiscalização dos seus termos, sendo que o campo de aplicação pode ser limitado a setores da empresa e segundo seus estabelecimentos e categorias de trabalhadores. Os prêmios decorrentes de lucros investidos no Plano de Poupança de Empresa são isentos de imposto de renda.

Esta poupança de valores mobiliários é administrada coletivamente através de um fundo comum de aplicação e pode ser representada por títulos emitidos pela sociedade empregadora, matriz ou filial, além de recolher fundos de diferentes fontes, inclusive aquelas dos outros regimes de participação e pagamentos voluntários. Trata-se de possibilitar aos trabalhadores a formação de uma poupança na própria empresa empregadora, em condições fiscais vantajosas.

Há uma indisponibilidade pelo prazo de 5 anos e beneficiam de regime fiscal, com isenção de imposto de renda, inclusive os dividendos capitalizados.

O sistema francês de participação nos lucros ou resultados se caracteriza pelo incentivo de integração do empregado na empresa, com franca inspiração no modelo do salário variável, e na filosofia de poupança, orientando os dois aspectos para os Planos de Poupança de Empresa, transformados estes Planos em suporte privilegiado da condição de acionistas dos empregados⁽³⁰⁾.

(29) Cour de Cassation, cass. soc. 30 mars 1995, n. 1451 D.

(30) Daniel Vaughan-Whitehead, *op. cit.*, pág. 116.

CONCLUSÕES

1. Quanto à natureza jurídica dos valores pagos a tal título no período compreendido entre a Constituição Federal de 1946 e a Carta de outubro de 1988, a jurisprudência trabalhista foi levada ao reconhecimento da condição de verba remuneratória, integrante do salário. Tal evolução da jurisprudência desestimulou a implantação de Programas de Participação, embora se encontrem casos isolados, de iniciativa patronal, cuja unilateralidade do ato e falta de substância quanto aos conteúdos dos programas, aliados ao caráter protecionista da aplicação da legislação trabalhista, não autorizam outro entendimento que aquele firmado pelo Enunciado n. 251, do Tribunal Superior do Trabalho.

O que o legislador e a jurisprudência trabalhista perseguiram foi o intuito fraudatório das formas adotadas, objetivando a identificação de verba paga aos trabalhadores como inseridas em programa de participação, quando, efetivamente, se trata de manipulação formal para isenção de reflexos trabalhistas e de recolhimentos previdenciários. Nestes casos, a Justiça do Trabalho mostrou-se vigilante e determinou à empresa a correta observação dos efeitos jurídicos e fiscais.

Conforme foi afirmado no bojo do presente trabalho, a típica participação nos lucros apresenta envolvimento do trabalhador integrando-o no desenvolvimento do empreendimento e a forma de distribuição contempla a coletividade da empresa, quando se trata de lucros, ou grupo determinado, quando se trata de resultados, sempre baseada em critérios objetivos, desvinculada de comportamento disciplinar do empregado individualmente considerado. Fora destes parâmetros, a distribuição estará sob suspeita de descumprimento da norma legal.

2. A garantia constitucional disposta no art. 7º, inciso XI, não é suficiente para assegurar o direito a todos os trabalhadores urbanos e rurais porquanto a legislação que procurou a regulamentação abandonou a idéia da primeira Medida Provisória, de número 794/94, que impunha a obrigação de que toda empresa deveria convencionar com seus empregados a forma de participação. Mesmo assim, a norma que generalizava obrigando as empresas não impunha sanções em caso de descumprimento, tornando inócuo o imperativo legal.

A participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas tal como inserida na legislação brasileira, dado a seu caráter facultativo, se apresenta mais como instrumento de gestão empresarial, caracterizado pela parceria com o trabalhador que usufrui dos lucros ou resultados propostos.

Trata-se de forma de gestão empresarial e de transformação da relação de trabalho através do envolvimento atuante do trabalhador, considerado um parceiro no plano de metas do empregador com tratamento diferenciado daquele comum e legal decorrente do contrato de trabalho.

3. Para que a participação nos lucros ou resultados se transforme efetivamente em um direito dos trabalhadores há necessidade de que a lei

venha fixar sua generalização obrigatória, à semelhança do direito francês, com incentivos fiscais claros e definidos, cuidando do valor reservado para que distribuição a título de participação se faça de modo programático e que produza efeitos econômicos satisfatórios para o empregado, empresas e para a economia nacional.

O modelo francês de participação nos lucros ou resultados tem como objetivo aumentar o nível da poupança nacional e individual através da instituição de sistema de distribuição diferida.

4. O modelo brasileiro atual não admite a unilateralidade da implantação de programa de participação nos lucros ou resultados, e as condições de distribuição devem respeitar os requisitos legais quanto ao acordo, privilegiando, quanto ao conteúdo, o caráter coletivo do grupo que é beneficiado, sem premiar e discriminar individualmente trabalhadores, sob pena de se caracterizar a verba como salário.

O sindicato tem participação através da indicação de trabalhador da empresa para figurar como seu representante, sendo certo que a recusa do sindicato não inibe a conclusão do acordo nem descaracteriza a natureza jurídica da verba distribuída a título de participação nos lucros ou resultados.

O conteúdo dos acordos celebrados deve contemplar efetiva integração dos trabalhadores no processo de desenvolvimento da empresa, com regras claras, quer no que se refere ao acordo de participação nos lucros como aquele dos resultados, inconfundível com as obrigações trabalhistas correntes.

O valor da participação em lucros ou em resultados deve ser aleatório e fixado pelas partes de comum acordo, mediante divulgação para conhecimento dos interessados e procedimento de fácil controle por parte dos trabalhadores.

Os acordos celebrados com distribuição de valor predeterminado não se harmonizam com os princípios que norteiam um verdadeiro Programa de Participação nos Lucros ou Resultados, caracterizando-se como forma indireta de suplementação salarial, razão pela qual não constituem participação nos lucros ou resultados os valores negociados através de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivos sem conteúdos expressos com clareza em torno de avaliação futura. Efetivamente, observa-se mais oportunismo trabalhista do que implementação de programas de participação nos lucros ou resultados das empresas.

5. De outro lado, constata-se a fragilidade do sistema adotado pela legislação brasileira específica pois se encontra distanciada do conjunto da legislação trabalhista, propondo a possibilidade de participação sem que haja a menor garantia de permanência no emprego e, por este fato, acaba por desestimular o interesse dos empregados, mais preocupados em garantir o emprego e salário.

6. Os valores distribuídos a título de participação nos lucros ou resultados, frutos do acordo com a comissão de trabalhadores, possuem natureza jurídica própria, não se confundindo com as obrigações contratuais de

trabalho comuns, razão pela qual qualquer que seja a modalidade de rompimento do vínculo de emprego, faz jus o trabalhador aos valores correspondentes em igualdade de condições com os demais empregados, proporcionalmente ao período trabalhado ou pelo valor integral.

7. Em resposta ao princípio constitucional, as Medidas Provisórias inauguram uma nova relação de trabalho, onde se substitua gradativamente aquela idéia de conflito de interesses, presente no contrato de trabalho, pela integração do trabalhador nos objetivos sociais da empresa ou do empreendimento, tornando a relação de trabalho mais participativa e responsável no contexto social.

Do ponto de vista legal, a previsão constitucional anteriormente a outubro de 1988 e a repetição a partir desta data com detalhamento futuro pelas Medidas Provisórias servem para vestir o sistema adotado como verba de natureza desvinculada da remuneração e, portanto, isenta de recolhimentos previdenciários e de reflexos em verbas salariais.

A previsão do disposto pelo art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal de outubro de 1988, relativamente à desvinculação da participação nos lucros ou resultados, não altera a situação jurídica das distribuições a tal título efetuadas anteriormente à sua vigência, cuja caracterização como salário se insere na análise de cada caso e do preenchimento de condições adequadas à autenticidade de programas de participação nos lucros.

8. Muito embora se possa considerar que a regulamentação por lei ordinária não seja essencial para reafirmar a desvinculação das verbas distribuídas a título de participação nos lucros ou resultados, dependendo da análise dos sistemas caso a caso, a disposição legal se torna necessária e importante para estabelecer parâmetros e limites na forma de implantações de programas nos termos da lei, evitando que se propaguem iniciativas cuja finalidade está mais próxima de exclusiva complementação salarial, sem qualquer envolvimento de integração social do trabalhador.

9. A isenção da contribuição para a previdência social sobre valores distribuídos a título de participação nos lucros ou resultados deverá servir como incentivo aos empregadores e como freio a modelos fraudulentos, incidindo a partir de determinado limite da base salarial do empregado ou do teto da previdência social.

10. A participação dos trabalhadores no capital das empresas tem como base de implantação dois aspectos essenciais para o sucesso: a confiabilidade na atividade empresarial e a possibilidade de o empregado permanecer no emprego colaborando para a valorização do capital adquirido. Os rendimentos decorrentes da participação no capital não se comungam da natureza salarial.

11. O processo de negociação do acordo de implantação de Programa de Participação nos Lucros ou Resultados deverá ser realizado no âmbito das próprias empresas, entre empregador e representantes dos trabalhadores interessados, sendo um deles indicado pelo sindicato de classe da categoria predominante na empresa, quando se tratar de participação nos lucros, ou do setor, quando se tratar de participação em resultados.

O impasse indesejável poderá ser resolvido através da mediação ou arbitragem.

Jamais um programa que se baseia na cooperação e na integração de interesses deveria ser imposto mediante sentença normativa da Justiça do Trabalho, incompetente para decidir sobre a fixação de condições de distribuição de participação nos lucros ou resultados e respectivos valores, porquanto foge ao campo do contrato de trabalho e seu conteúdo. Todavia, competente para dirimir questões pertinentes ao acordo celebrado e direitos decorrentes da participação⁽³¹⁾.

12. O contrato de participação nos lucros ou resultados estabelece uma relação jurídica atípica entre trabalhadores e empregados cujo objeto e conteúdo não se confundem com o contrato individual de trabalho. Suas normas são condicionadas à realização de fatores que serão determinantes segundo o envolvimento do grupo e não se inserem no campo da expectativa do direito. Se não atingido o objeto acordado, o contrato se resolve sem obrigações de ambas as partes.

Caracteriza-se o contrato de participação como uma forma de gestão empresarial em vistas a uma parceria sobre um determinado projeto, cujos benefícios resultantes, pela sua natureza plúrima, atingirão todos os empregados da empresa ou aqueles envolvidos no programa, razão pela qual se considera como um contrato individual plúrimo de participação em gestão empresarial.

(31) "Se a participação nos lucros é paga pelo Banco com base no semestre, e a dispensa arbitrária impede o seu implemento, esse se considera juridicamente consumado (CLT, art. 9º com art. 8º, parágrafo único; C. Civil Bras., art. 120). 2. Faz jus, portanto, o bancário demitido abruptamente, ao pagamento proporcional dessa vantagem, na medida da força do trabalho empenhada, pois do contrário haveria enriquecimento ilícito do empregador". TST 1ª Reg., RO 546/90, 3ª T., rel. Juiz Azulino Joaquim de Andrade Filho, DJ-RJ, 3.8.92, pág. 239. *apud Francisco Antonio de Oliveira, "Consolidação das Leis do Trabalho Comentada"*, pág. 65.

"Rescisão antes do término do semestre. Cabimento proporcional. Ainda que rescindido o contrato de trabalho do reclamante antes de encerrado o primeiro semestre é devida a parcela referente à participação nos lucros, de forma proporcional. Revista a que se dá provimento parcial" TST-RR 34.909/91.8, ac. 4ª T., 690/92, 2ª Reg., rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, DJU, 5.6.92, pág. 8.526, *apud Francisco Antonio de Oliveira, obra citada*, pág. 66.