

(B)

Participação nos resultados

CT-02/95

- natureza não-salarial das prestações.
- Inconstitucionalidade do art 28, 84, § 1, da Lei 8.212/91. *JH*

PARECER

1. Consulta-nos o Superintendente Jurídico da Companhia Vale do Rio Doce a respeito da incidência das contribuições previdenciárias e dos depósitos do FGTS sobre as verbas pagas aos empregados a título de participação nos resultados da empresa.

2. A Consolidação das Leis do Trabalho, em sua versão original, mencionou que a participação nos lucros, "salvo em lucros de caráter social", não excluiria o empregado das normas de duração do trabalho (art. 63); e, porque o entendimento de que as quotas de participação nos lucros tinham natureza salarial, referiu que as percentagens e gratificações ajustadas integravam o salário (art. 457, § 1º).

3. As Constituições de 1946 e de 1967 determinaram a participação dos empregados nos lucros das empresas em preceitos que não chegaram a ser regulamentados e que não dispuseram sobre a natureza jurídica da prestação. Daí por que os casos submetidos ao Judiciário, decorrentes da aplicação de disposições de regulamento da empresa, estatuto social, convenção ou acordo coletivo, geraram, em 12 de dezembro de 1985, a súmula de jurisprudência constante do Enunciado nº 251 do TST:

"Participação nos lucros - Natureza salarial - A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais."

4. Esse, basicamente, o contexto até o advento da Constituição de 1988, que inovou o preceito sobre o tema concernente à natureza jurídica da prestação, para afirmá-la expressamente "desvinculada da remuneração":

4

"participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei" (art. 7º, nº XI).

25

5. Os debates na Assembléia Nacional Constituinte revelam que assim se deliberou para motivar a prática recomendada pela doutrina social da Igreja desde a Quadragesimo Anno de Pio XI (1931). Vale transcrever, a propósito, o depoimento do então Deputado CARLOS CHIARELLI:

"Atendeu o constituinte de 88 - e isto é facilmente encontrado nos anais que registram o itinerário de debates sobre a matéria nas comissões técnicas e no plenário - a sugestão da área empresarial que, permanentemente insistiu no argumento - questionável mas não descartável, a priori - de que a participação nos lucros, no Brasil, não se solidificara, não ganhara vigor prático, porque lhe faltava um apelo pragmático. Mas insistiam na tese segundo a qual o empresário não se via por ela atraído porque a participação acabava gerando acréscimos continuados, mesmo com a ausência do lucro, do qual devia ter origem, isto sim, em obrigações tributárias e encargos sociais decorrentes, na medida em que se lhe conceituasse como remuneração trabalhista.(...) O constituinte, mesmo tendo de cometer um pecadilho conceitual, atendeu às alegações expostas, em nome de uma esperança de viabilizar o projeto participativo.(...)

Destarte, a parcela paga a título de participação, porque assim o quis e o quer a Constituição vigente, não será computada para fins previdenciários (nem para benefícios, nem, evidentemente e previamente, para fins de contribuição), nem para outros gravames e direitos trabalhistas (não será levada em conta para recolher FGTS, nem será computada para calcular o 13º salário, as férias e uma eventual indenização)." ("Trabalho na Constituição", São Paulo, Ed. LTr, 1989, vol. 1, pag. 114/115; grifamos).

6. A Lei nº 8212, de 24.07.91, que, entre outras providências, instituiu os planos de custeio da Seguridade Social, definiu o salário-de-contribuição:

10

"Art. 28. Entende-se por salário de contribuição:
I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais

~~###~~

empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo."

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

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

7. No tocante ao FGTS, a Lei nº 8036, de 11.05.90, determina que os depósitos correspondam:

"a oito por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador..." (art. 15).

8. Como se infere, enquanto que a legislação do FGTS não refere a participação do empregado nos lucros ou nos resultados da empresa, o sistema legal previdenciário distingue a participação decorrente de lei das prestações que, a igual título, são concedidas aos empregados em virtude de convenção ou acordo coletivo, laudo arbitral ou sentença normativa da Justiça do Trabalho, estatuto da sociedade empregadora ou regulamento de empresa, cláusula do contrato de trabalho expressa ou tacitamente ajustada ou, ainda de liberalidade episódica do empregador.

9. Acontece que, em bom Direito, a natureza jurídica de uma determinada prestação não se altera em razão da fonte geradora da obrigação.

10. Como já assinalado, a Constituição brasileira de 1988, em norma já transcrita (art. 7º, inciso XI), excluiu expressamente do conceito de "remuneração" a participação dos empregados nos lucros, ou resultados, da empresa.

11. Conforme ponderam os comentadores da Carta Magna, há três comandos nítidos no referido preceito constitucional:

- a) a lei disporá sobre a participação dos empregados nos lucros, ou nos resultados, da empresa;
- b) a participação dos empregados nos lucros, ou resultados, da empresa está desvinculada da remuneração; e

5

c) a lei poderá dispor, em situações excepcionais, sobre a participação dos empregados na gestão da empresa.

6 12. Tal como acentuado na Assembléia Nacional Constituinte e enfatizado por todos os intérpretes dessa disposição constitucional, a descaracterização, como salário, da participação dos empregados nos lucros, ou nos resultados, da empresa visou a motivar os empregadores para adoção desse sistema de incentivo à produtividade e de harmonização entre os interesses empresariais e os dos trabalhadores. Ora, é óbvio que essa motivação seria desnecessária em se tratando de participação compulsória estatuída em lei. O alvo do fomento à prática da participação, negando-lhe a natureza salarial, visou, inquestionavelmente, às fórmulas dependentes de manifestação dos empresários (art. 444 da CLT) ou das entidades sindicais que os representam (art. 621 da CLT).

13. Aliás, em abono a essa exegese, cabe assinalar que a própria Carta Magna, no capítulo sobre ciência e tecnologia, ordenou apoio e estímulo legal às empresas

"que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculado do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho". (grifos nossos, art. 218, § 4º).

14. Daí termos escrito, ao analisarmos o inciso XI do art. 7º da Carta Magna vigente, quando ainda não existia lei impondo a questionada participação:

"Hoje, em face do que expressamente esclarece o inciso constitucional em tela, a prestação paga ao empregado, a título de participação nos lucros ou resultados da empresa, está 'desvinculada da remuneração'; isto é, não constitui salário e, por via de consequência, não pode ser computada:

- a) na formação do salário mínimo;
- b) na base de incidência dos depósitos do FGTS, das contribuições previdenciárias e outros tributos, cujo fato gerador seja a remuneração do empregado;
- c) no cálculo de adicionais, indenizações e outras prestações que incidam sobre o salário." (Comentários à Constituição", Ed. Freitas Bastos, RJ, 1990, vol. 1, pag. 398).

15. Neste sentido é a lição dos mais renomados intérpretes da Lei Fundamental vigente.

16. CELSO RIBEIRO BASTOS sublinha que, ao assegurar a participação nos lucros, ou nos resultados, desvinculada da remuneração dos empregados, o preceito facilitou

"a sua implementação por acordo entre as partes, no que seria uma distribuição facultativa, em oposição à obrigatória, esta só exigível por lei. Isto porque desaparece a antiga razão obstativa, consistente na confusão para incidência de ônus entre os salários e lucros distribuídos. A Constituição de 1988 deixa claro que estes não têm o caráter de remuneração. É o quanto basta para excluí-los da incorporação salarial. A nova disposição constitucional deixa sem efeito o Enunciado 251 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual a parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial para todos os efeitos legais" ("Comentários à Constituição do Brasil", SP, Saraiva, vol. II, 1989, pág. 445).

17. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR se rege pelo mesmo diapasão. Depois de ponderar que

"a participação nos lucros pode originar-se de iniciativa técnica das empresas,"

conclui que a regra jurídica constitucional é bem clara ao referir

"participação desvinculada da remuneração" ("Comentários à Constituição do Brasil de 1988", Rio, Forense, 1989, vol. II, págs. 938/9 e 941).

18.

AMAURI MASCARO NASCIMENTO é explícito a respeito:

"As quantias pagas aos trabalhadores a título de participação nos lucros (prestações que, até hoje, não são impostas por lei - registro nosso) não têm natureza jurídica salarial. Não são salários. Não se caracterizam como remuneração do trabalho. Não integram o salário."

19.

Tal como o titular da cadeira de Direito do Trabalho na USP, também o seu titular na UERJ - ARION SAYÃO ROMITA - pronuncia-se enfaticamente no sentido do exposto neste Parecer:

"A Constituição corrige a orientação jurisprudencial de atribuir natureza salarial aos valores pagos pelo empregado a título de participação nos lucros. Saudável, sem dúvida, é a iniciativa do constituinte, porque a incorporação compulsória desses pagamentos ao salário desestimula o empregador a conceder o benefício. (...)

.....A
inexistência de lei ordinária que imponha a participação nos lucros não inibe os empregadores de concederem **sponte** própria aos empregados (...). A participação nos lucros pode ter origem legal, contratual ou derivar do empregador." ("Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos", São Paulo, Ed. LTr, 1991, págs. 73/74 e 77).

20.

EDUARDO GABRIEL SAAD, depois de aconselhar a celebração de acordo coletivo de que trata o art.621 da CLT

"como o melhor instrumento para cuidar da participação nos lucros da empresa, por ser o único capaz de refletir todos os traços caracterizadores de uma determinada empresa",

assevera:

"A norma Constitucional, repetimos, estabelece que a divisão de lucros não pode ter natureza salarial. Esta circunstância irá, sem sombra de dúvida, facilitar a disseminação da prática por todo território nacional."

21. O pronunciamento da doutrina refletiu-se na jurisprudência dos tribunais do trabalho, razão por que resolveu o egrégio TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

cancelar explicitamente o seu Enunciado 251, de 1985 (Resolução nº 33, de 1994).

22. Enfatise-se que essa decisão foi tomada antes da primeira Medida Provisória regulamentadora da participação dos empregados nos lucros, ou resultados, da empresa.


23. O preceito constitucional em foco foi afinal regulamentado por Medidas Provisórias, que se repetem mensalmente, até que o Congresso Nacional se manifeste em consonância com o art. 62 da Lex Fundamentalí. E todas elas, como é óbvio, sublinham que a participação não

"não constituirá base de incidência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade." (art. 3º da MP-955/95).

24. Evidente, em face do exposto, que o art. 28, § 9º, alínea j, in fine, da Lei nº 8212, de 1991, contraria preceito expresse da Constituição padecendo, destarte, de vício de inconstitucionalidade.

SMJ, é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, de abril de 1995.



ARNALDO SUSSEKIND