

Participação nos lucros

CT-04/06

PARECER

*Participação nos lucros ou resultados.
Natureza jurídica da prestação desde a
vigência da Constituição de 1988.*

I – Os fatos

- 1. A Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) informa que foi notificada do lançamento de débito fiscal pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), cujo vultoso valor, na sua quase totalidade concerne ao pagamento da participação dos empregados da empresa resultados durante o período de janeiro de 1991 e maio de 1997. Na vigência, portanto, da Constituição de 1988.**
- 2. Outrossim, entendeu o INSS que, mesmo após a Medida Provisória nº 794/94, depois transformada em lei, a qual regulamentou o inciso XI, do art. 7º, da Carta Magna de 1988, a participação nos resultados paga pela CVRD teria natureza jurídica salarial, pois a empresa, enquanto estatal, deveria se submeter ao Comitê de Controle de Estatais e não o teria feito. Assim, essa suposta irregularidade teria conferido caráter remuneratório aos valores pagos pela CVRD aos seus**

empregados desde a edição da Medida Provisória nº 794/94 até 09 de maio de 1997, data em que deixou de ser empresa estatal.

3. Consoante o exposto na Consulta

"a CVRD em defesa pediu a exclusão dos débitos anteriores a 04.12.1996 (em face da decadência) e sustentou a auto-aplicabilidade do art. 7º, XI, da Constituição Federal. Ademais, sustentou que estava regularmente dispensada da prévia aprovação do Comitê de Controle de Empresas Estatais – CCE (Resolução nº 10/95) quanto à participação nos resultados porque, na forma do art. 8º, § 3º, do Decreto nº 137/91, teria celebrado com a União um contrato de gestão, que expressamente autorizava o pagamento dessa verba sem prévia aprovação. Ad argumentandum, a CVRD alegou que, mesmo que houvesse necessidade de submeter o pagamento da PR ao Comitê de Controle de Empresas Estatais – CCE, a falta deste procedimento seria apenas uma irregularidade administrativa, sujeita à apuração pelo Tribunal de Contas da União, mas não teria o condão de alterar a natureza jurídica da parcela paga, que não deixaria

de ser uma verdadeira PR – *Participação nos Lucros ou Resultados*".

II – Exegese do art. 7º, XI, da Constituição

4. A Constituição de 1946 e a de 1967/69 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".

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

"participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei" (art. 7º, nºXI).

6. Consoante 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

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

7. 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 a 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 da manifestação dos empresários (art. 444 da CLT) ou das entidades sindicais que os representam (art. 621 da CLT).

8. Aliás, am 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" (Art. 218, § 4º).

9. 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 de outros títulos, 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, pág. 398).

10. O professor ARION SAYÃO ROMITA é enfático a respeito:

"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).

11. No mesmo sentido, além dos juslaboralistas AMAURI MASCARO NASCIMENTO e EDUARDO GABRIEL SAAD, os constitucionalistas CELSO RIBEIRO BASTOS ("Comentários à Constituição do Brasil"., SP, Saraiva, vol.II, 1989, pág. 445) e JOSÉ CRETELA JUNIOR ("Comentários à Constituição de 1988", Rio, Forense, vol II, 1989, págs. 938 e 941).

12. Precisamente porque, quem sabe Direito sabe que a natureza de uma prestação não se altera em razão da fonte geradora da obrigação, o egrégio Tribunal Superior do Trabalho cancelou o aludido Enunciado nº 251. E o fez antes da regulamentação do preceito constitucional pela MP-794, de 1994 (Resolução plenária de nº 33/94 *in* D.J. de 12.5.94). Reconheceu, assim, que a auto-aplicabilidade do comando constitucional afirmando a participação nos lucros ou nos resultados não integra na remuneração do emprego.

13. Por via de consequência, a partir da vigência da Carta Magna de 5 de outubro de 1988, o pagamento de participação nos lucros ou resultados, seja decorrente de ato unilateral do empregador ou de acordo coletivo de trabalho anterior ou posterior à Constituição, ainda que precedendo à regulamentação do inciso XI do art. 7º – não tem natureza salarial, não se vinculando à remuneração dos empregados.

14. Neste sentido é a jurisprudência do TST (Ac. do 1ª. T., no RR-0.27084/95, rel.Min. Lourenço Prado; Ac. da 3ª. T., no RR-233-484/95, rel. Min.

Fábio Ribeiro – "Repertório da Jurisprudência Trabalhista" de Lima Teixeira Filho, Rio, Renovar, Vol 7, 1999, págs. 727/8).

III – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

15. A lei nº 8.212, de 1991, ao tratar dos planos de custeio da Seguridade Social, dispôs:

**"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 a lei específica".

16. A legislação do FGTS não se refere às prestações pagas a título de participação nos lucros ou nos resultados. Já a da Previdência Social, como vimos, distingue a concedida de conformidade com a lei específica (só as deferidas a partir da MP-794, de 1994) daquelas que, a igual título, resultaram de convenção ou acordo coletivo, laudo arbitral ou sentença normativa da Justiça do Trabalho, estatuto da sociedade empregadora ou regulamento de empresa, cláusula de trabalho expressa ou tacitamente ajustada.

17. Se o TST, como já assinalamos, cancelou o Enunciado 251 antes da mencionada Medida Provisória, porquanto o preceituado inciso XI do art. 7º da Constituição, quanto à natureza jurídica da participação, independia de lei regulamentadora, sendo, portanto, auto-aplicável, impõe-se a conclusão de que o art. 28, § 9º, alínea "j", da Lei nº 8.212, seria inconstitucional se interpretada em afronta ao mencionado comando da Carta Magna. A limitação que resulta da referenda alínea "j", da Lei nº 8.212, interpretada a contra-senso, fere a lei maior.

**IV – A FALTA DE APROVAÇÃO DO COMITÊ DE
CONTROLE DE EMPRESAS ESTATAIS (CCE)**

18. A Notificação Fiscal de Cancelamento de Débito considerou ainda que até 9 de maio de 1997, a Consulente era uma empresa estatal e, por não ter submetido o plano de participação do CCE, as prestações pagas a esse título devem ser consideradas salário.

19. Ora, como foi esclarecido na defesa e está reproduzido na Consulta, a CVRD celebrou um contrato de gestão com a União Federal, nos termos do art. 8º, § 3º, do Decreto nº 137, de 1991, o qual autorizava a concessão da participação nos lucros ou nos resultados sem a prévia aprovação do Comitê.

SMJ, o exposto neste Parecer responde a todos os quesitos formulados na Consulta.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2006.

**Arnaldo Lopes Sússekind
OAB RJ-2100**