

Participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa sob a ótica constitucional

Direito do trabalhador ou faculdade do empregador?

MARIA HEMÍLIA FONSECA
GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES
GUSTAVO CAMPOLI MACHADO

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Histórico da participação nos lucros ou resultados. 2.1. Cenário brasileiro. 3. Conceito de PLR e distinção das demais prestações remuneratórias. 4. Lucros e resultados. 5. Natureza jurídica. 6. Pagamento da PRL: direito ou faculdade? 7. Negociação da PRL. 8. Proposta de quantificação. 9. Conclusão.

Maria Hemília Fonseca é professora e pesquisadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, na área de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes é professor doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Gustavo Campoli Machado é graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

1. Considerações iniciais

O presente artigo diz respeito à participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa no cenário jurídico brasileiro, tendo como fulcro compreender se as disposições da Lei nº 10.101/2000 estão em consonância com o caráter finalístico ordenador do sistema constitucional interno. Para tanto, tratar-se-á da origem histórica do instituto, do conceito, de sua natureza jurídica e de alguns outros pontos controversos.

2. Histórico da participação nos lucros

O sistema de relações de trabalho teve sua concretização durante a sociedade industrial, na Idade Contemporânea. No curso desse período, a burguesia industrial assumiu o controle econômico e político, difundiu o pensamento econômico liberal e, assim, criou-se o cenário para a

distribuição de lucros pelos empregadores aos trabalhadores em troca da aquiescência implícita desta classe ao sistema capitalista vigorante.

Na Inglaterra, com o encerramento do regime de corporação no final do século XVIII, nasceu, inspirado nos princípios liberais, o regime de liberdade de trabalho, o qual se pautou pela não intervenção estatal na relação contratual firmada entre trabalhadores e empresários. A Revolução Industrial trouxe profundas transformações sociais e econômicas, com destaque para o nascimento da classe operária e a ampliação da economia de mercado. (NASCIMENTO, M., 2012, p. 29).

Com a mecanização da indústria e da agricultura, os bens outrora feitos manualmente por pequenos produtores passaram a ser elaborados pela grande empresa. Os pequenos, por conseguinte, não conseguiram mais vender seus produtos a preços competitivos e, na busca pela sobrevivência, tiveram, na sua maioria, que se converter em operários da grande indústria, alienando sua força de trabalho e recebendo, em contrapartida, um ínfimo salário.

Além disso, esse contingente de operários era submetido a condições de trabalho miseráveis e degradantes. Os locais para o desempenho da atividade laboral eram insalubres e perigosos. As jornadas, extremamente longas, chegavam a durar 18 horas em alguns países do continente europeu; e eram comuns acidentes de trabalho com lesões graves e a morte de empregados.

A revolução técnica desse período criou miséria, insatisfação e descontentamento social. Assim, os menos favorecidos, a citar, operários, pequenos comerciantes e a baixa burguesia, começaram a reagir ao sistema¹. Conforme aponta

¹ Ainda nesse cenário de empobrecimento do proletariado, desenvolveu-se uma corrente crítica do capitalismo, o socialismo, que, em sua vertente utópica, trouxe grande contribuição na construção da tese da participação dos empregados nos lucros e resultados. Segundo essa corren-

Eric Hobsbawm (2010, p. 75), “a exploração da mão de obra operária, que mantinha sua renda em nível de subsistência, possibilitando aos ricos acumularem os lucros que financiavam a industrialização (e seus próprios e amplos confortos), criava um conflito com o proletariado”. Surgiu a necessidade de reivindicar melhores condições de trabalho e salários mais dignos. Adveio, nesse contexto, o conceito de participação dos empregados nos lucros ou resultados.

No início, a proposta de participação nos lucros das empresas foi vista como mecanismo ideal para atenuar as lutas de classe, na premissa de que, com o recebimento dessas bonificações, os trabalhadores se mostrassem resignados e diminuíssem, com isso, suas reclamações.

Todavia, no decorrer histórico, esse mecanismo passou a ser entendido como uma forma de colaboração entre capital e trabalho, de acordo com uma percepção solidarista. Haveria uma unidade entre empregados e empregadores para trabalharem conjuntamente com o propósito de integrar o trabalhador ao meio empresarial e aumentar a produção e os rendimentos. (NASCIMENTO, M., 2012, p. 49)

A partir dessa concepção, chegou-se à noção de socialização da empresa, segundo a qual o trabalhador contribuiria com sua força de trabalho, ao passo que o empregador promoveria a integração do capital para possibilitar condições de trabalho melhores, repartindo-se, ao final, os lucros e resultados com os empregados.

De forma geral, entre os meios de integração do capital, aponta-se a participação mais ativa dos trabalhadores na realidade das empresas, a qual se manifesta de três modos: i. divisão de

te, como precursora da participação nos rendimentos da empresa, esteve a cogestão empresarial, pois, sendo esta comum, afastar-se-ia a exploração dos trabalhadores nessa nova sociedade comunitária. Assim, os frutos positivos da empresa deveriam ser distribuídos aos empregados, tendo em vista a participação efetiva na construção desses resultados.

lucros, seja em dinheiro, seja em ações ou quotas do capital da empresa; ii. participação nos resultados, quando obtidas as metas propostas; e iii. gestão na empresa, seja por meio da cogestão, na qual os trabalhadores detêm uma parcela das ações da empresa, seja por meio da gestão direta, na qual são proprietários do capital e dos meios de produção utilizados (NASCIMENTO, M., 2012, p. 50).

É interessante observar que a ideia de cogestão foi amplamente difundida e implantada em alguns países como maneira de se alcançar uma sociedade mais justa, tendo em vista a participação ativa do trabalhador no desenvolvimento da empresa à qual está ligado. No cenário brasileiro, desenvolveu-se a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa, como veremos a seguir.

2.1. Cenário brasileiro

A participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa – PLR – começou a ser desenvolvida no começo do século XX; entretanto, antes disso, conforme aponta Arnaldo Sussekund et al (1997, p. 444), “os antecedentes do Brasil apontam para uma figura herdada de Portugal, a do interessado. Já no início do século, era comum, no comércio de médio porte, o patrão premiar os seus bons empregados dando-lhes interesse nos lucros da empresa. Daí o nome interessado”. A Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, tratando do instituto de forma genérica, firmou que, nos termos do artigo 63, o fato de ser assegurado ao trabalhador o direito de participar nos lucros da empresa não o excluiria do regime legal de duração do trabalho. Isto é, não seria prejudicada a condição de empregado para aquele que participasse dos lucros da empresa.

A PLR só adquiriu notoriedade, quando a Constituição de 1946 trouxe o instituto em seu artigo 157, IV², tendo como diferencial o fato de que a participação do trabalhador nos lucros da empresa seria obrigatória e direta, nos termos em que a lei determinasse. Pontes de Miranda (1968, p. 112-113), a respeito do dispositivo, observa que:

“Naturalmente essa participação tem de obedecer: a) à exigência de ser obrigatória, não facultativa (a líbita do trabalhador ou do empregador); b) à exigência de ser direta; c) ao princípio da igualdade perante a lei ou isonomia (art.150, § 1º), inclusive na sua aplicação especial do art. 158, III; d) ao *princípio de substantividade da participação*, isto é, não ser dependente de votos dos empregadores ou acionistas. A participação pode

² Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a 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 (BRASIL, 1946).

ser proporcional ao salário, ou conforme a produção do trabalhador, conforme anos de serviço, ou variável conforme frequência do trabalhador.”

Mozart Victor Russomano (2009, p. 415), ciente da exigência de o legislador regulamentar a matéria no plano ordinário, enunciou problemas de natureza econômica e política presentes à época como responsáveis pela omissão no plano infraconstitucional. Entre as dificuldades enfrentadas, tem-se como principais o processo inflacionário e as agitações sociais que o País experimentou em decorrência de sucessivas crises políticas.

A Constituição de 1967 avançou ainda mais nesse tema, uma vez que introduziu no sistema jurídico nacional o princípio da integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa. Assim, adotou-se uma concepção mais ampla de participação, na qual o trabalhador deixava de ser considerado apenas um meio de produção e passava a ser reconhecido como interessado na organização da empresa à qual estava vinculado. A exemplo do ocorrido no regramento constitucional anterior, não se regulamentou o instituto no plano ordinário. Entre os obstáculos, aponta-se o Enunciado nº 251³, do Tribunal Superior do Trabalho, o qual estabelecia que a participação nos lucros teria natureza salarial. Tal entendimento acabava por significar uma penalização do empregador, uma vez que teria de suportar a incidência de encargos sociais sobre aquela participação.

Com o texto da Constituição de 1988, a possibilidade de participação nos lucros e resultados é, pela primeira vez, expressamente desvinculada do salário, nos termos do art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XI – A participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.” Dessa maneira, o temor dos empregadores em regulamentar a participação nos lucros foi afastado, uma vez que houve a desvinculação dos salários.

Buscando regulamentar a matéria, foram expedidas inúmeras Medidas Provisórias, com destaque para a MP nº 794, de 29 de dezembro de 1994, que estabeleceu o acordo coletivo como forma de negociação do plano de participação⁴. Essa Medida Provisória, reeditada 77 vezes até sua

³ TST, Enunciado nº 251 – Res. 17/1985, DJ 13.01.1986. Participação nos Lucros – Natureza Salarial. A parcela de participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais. Cancelado – Res. 33/1994, DJ 12.05.1994. – Cancelamento Mantido – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

⁴ As outras reedições trouxeram observações importantes. A Medida Provisória 1.698-46, de junho de 1998, manteve a indicação de um representante a ser dado pelo sindicato da respectiva categoria (mudança dada na MP nº 1.539-34/1997). Além disso, autorizou a negociação por convenção ou acordo coletivo e proibiu o pagamento de qualquer antecipa-

conversão na Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, será objeto de estudo a seguir.

3. Conceito de PLR e distinção das demais prestações remuneratórias

A PLR sempre foi alvo de polêmica. Não há uma unidade conceitual desse fenômeno jurídico, pois diversas são suas modalidades, a variar pela localidade ou mesmo em cada empresa que adota o mecanismo (SARASATE, 1968, p. 69).

De acordo com Arnaldo Süssekind et al (1997, p. 450), a participação nos lucros ou resultados pode ser conceituada como “um método de remuneração complementar do empregado, com o qual se lhe garante uma parcela dos lucros auferidos pelo empreendimento econômico do qual participa”. Já para Cezarino Júnior (1980, p. 167), o instituto da participação consiste na “atribuição facultativa ou obrigatória concedida pelo empregador ao empregado, além do justo salário legal ou convencional a ele devido, de uma parte dos resultados líquidos, exclusivamente positivos da atividade econômica da empresa”. Por fim, Sergio Pinto Martins (2008, p. 262) entende a participação nos lucros ou resultados como sendo “pagamento feito pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, referente à distribuição do resultado positivo obtido pela empresa, o qual o obreiro ajudou a conseguir”.

A despeito das inúmeras conceituações sobre o tema, há elementos comuns que permitem delinear a participação nos lucros ou resultados. Assim, pode-se inferir primeiramente que se trata de um pagamento com o intuito central de integração entre capital e trabalho; segundo, está necessariamente vinculada à relação de

emprego, pois é a contribuição como empregado que possibilita pleitear parcela do lucro ou do resultado; e, terceiro, está condicionada à existência de lucro ou de resultado, uma vez que, no caso de prejuízo, este não será repartido com o empregado.

Pode-se inferir ainda que se trata de prestação aleatória, porque seu valor sofre variações de acordo com os lucros ou resultados conquistados. Além disso, é suplementar ao salário e sua concessão é compulsória, visto que foi regulamentada por lei. Por fim, seu pagamento ao empregado pode ser dado de forma direta, em espécie, ou de modo indireto, por meio de ações ou benefícios.

Em razão desses aspectos, pode-se distinguir a PRL do prêmio, pois, conforme expõe Ismal Gonzalez (1999, p. 55), o último é

“outorgado unilateralmente pelo empregador, constituindo-se numa liberalidade deste em razão do esforço feito pelo empregado, enquanto a participação nos lucros pode decorrer de previsão legal, de acordo ou convenção coletiva, de regulamento de empresa ou até do contrato de trabalho e necessariamente deverá decorrer da existência de lucros. A participação nos lucros é calculada de acordo com um percentual sobre os lucros e o prêmio normalmente é pago num valor fixo.”

A própria OIT, em uma de suas publicações, estabeleceu que os prêmios estão relacionados com a produção individual do trabalhador ou de um grupo de empregados; já a participação nos lucros não fica atrelada exclusivamente à produção do trabalhador isolado, mas também à direção, à eficiência, à organização adequada e racional da produção, à situação geral do mercado, entre outros pontos (OIT, 1983, p. 92).

Com relação à gratificação, esta difere da participação, uma vez que consiste numa mera liberalidade do empregador, que se viu satisfeito com os serviços prestados pelo trabalhador.

ção ou pagamento em periodicidade inferior a um semestre civil, entre outras mudanças.

Ainda há que ressaltar o pagamento de gratificações, que não precisa seguir exigência formal alguma, também independe de a empresa ter conquistado lucro ou cumprido os resultados propostos.

De modo geral, a participação nos lucros ou resultados difere das demais prestações remuneratórias, visto que sua concessão não se vincula somente à prestação individual dos serviços, mas, sim, ao resultado conquistado pelo todo, o que demonstra sua característica associativa (CATHARINO, 1994, p. 287).

4. Lucros e resultados

A Constituição de 1988 foi o primeiro texto legal a fazer menção à participação nos resultados e nos lucros. Uma leitura descuidada poderia sugerir a ideia de sinonímia, o que não seria uma interpretação correta. Como diretriz hermenêutica, apesar de não absoluta, o intérprete deve considerar que a lei não contém palavras inúteis. Assim, deve ele perquirir as distintas possibilidades semânticas dos vocábulos “resultado” e “lucro”, que são várias.

Lucro, na acepção ordinária de cunho mais genérico, corresponde a “ganho, vantagem ou benefício que se obtém de alguma coisa, ou com uma atividade qualquer” (FERREIRA, 2004, p. 1233). Num sentido técnico mais específico, pode ser compreendido como a diferença positiva entre o gasto numa cadeia de produção e o valor final das utilidades produzidas em determinado período. De todo modo, seu entendimento, na redação constitucional, não suscita grandes divergências. O mesmo, entretanto, não podemos afirmar acerca do termo “resultados”.

É comum a afirmação de que lucros e prejuízos seriam espécies do gênero “resultado”, o qual, portanto, poderia ser positivo ou negativo. É esse o significado adotado diversas vezes pelo próprio legislador ordinário. O artigo 187 da Lei nº 6.404/1976, por exemplo, estabelece a forma de elaboração da “Demonstração do Resultado do Exercício”, o qual poderá ser, conforme o disposto nos incisos IV e VII, lucro ou prejuízo. Uma vez que não faz sentido aduzir como direito do trabalhador participar dos resultados negativos da atividade empresarial, na referência constitucional a resultado, estaria implícita a sua predicação positiva e, assim, seu significado específico seria idêntico ou similar ao próprio lucro. No entanto, não nos parece que foi esse o sentido constitucional pretendido, pois implicaria dizer que o Constituinte foi redundante em sua redação.

O lucro é fruto típico da combinação entre o capital e o trabalho, mas não é o único proveito advindo dessa relação; outros podem dela derivar, como, por exemplo, o ganho na alienação de uma empresa. Dessa venda, parte do preço pago pode decorrer da expectativa de lucros futuros. To-

davia, no caso de o adquirente ser também uma pessoa jurídica e incorporar a empresa objeto da alienação, terá a possibilidade de premeditadamente reverter o valor pago a maior como prejuízo na operação de integração e, assim, anular todo o lucro futuro sobre o qual incidiria a participação dos trabalhadores.

Dessa forma, pode-se entender que o conceito adequado para “resultado” corresponde a todos os ganhos obtidos pelo capitalista além dos lucros, inclusive aqueles obtidos na alienação do próprio empreendimento. Diante dessas operações societárias, há duas soluções possíveis: i. assegurar ao trabalhador participação no resultado da alienação; ou ii. impedir legalmente que esse custo da aquisição do empreendimento pelo novo capitalista seja deduzido dos lucros futuros.

Consideramos que a posição mais apropriada é a primeira, por duas razões: i. é compatível com o espírito de proteção do trabalhador, visto que não difere o seu direito sobre um ganho já realizado; e ii. o valor da alienação é fixado levando-se em consideração o empregado do momento, isto é, o trabalhador presente. Portanto, nada mais justo que esse trabalhador receba sua participação no instante em que se verificarem os resultados, pois, do contrário, ele poderá ser excluído da dinâmica empresarial posteriormente sem receber nada por sua contribuição.

Pode-se pensar ainda que o uso do termo “resultado” se refere também à participação dos trabalhadores na produtividade alcançada por empreendimentos que não tenham o lucro por finalidade. É o caso de instituições de beneficência, associações recreativas, entre outras, que, apesar de não visarem à obtenção de lucros – ou seja, remunerar o capital investido –, têm a possibilidade de alcançarem resultados operacionais positivos. Relativamente a esse montante, não poderiam ser excluídos da participação os traba-

lhadores das referidas entidades. Num exemplo, devem ter direito similar à participação os professores e funcionários de escolas constituídas no modelo de empresa e de entidades sem fins lucrativos. No primeiro caso, a participação seria sobre o lucro; no segundo, sobre o resultado.

Essa é uma interpretação sistemática do texto constitucional, visto que não é coerente reconhecer que o Constituinte tivesse por finalidade prejudicar os trabalhadores dessas entidades destituídas de caráter lucrativo. Assim, o conceito de resultado é mais amplo e generalista e sua distinção da definição de lucro é fundamental para se delimitarem as bases em que será operado o plano de participação dos empregados.

5. Natureza jurídica

Feitas as devidas considerações sobre o que se entende por PLR, é fundamental definir sua natureza jurídica, isto é, “determinar sua essência para classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no direito”. (NASCIMENTO, M., 2012, p. 136).

No que diz respeito à PLR, apontam-se três correntes, quais sejam: i. participação como verba salarial; ii. como decorrência de contrato de sociedade e iii. como contrato *sui generis*.

Para a primeira corrente, “participação como verba salarial”, o fato de a PLR consistir em uma retribuição pelo trabalho desenvolvido complementar à remuneração e não implicar qualquer responsabilidade do trabalhador durante períodos de prejuízo da empresa expressa sua natureza salarial. Todavia, é fundamental destacar que, com a promulgação da Carta de 1988, ficou enunciado, de forma expressa, que a PLR encontra-se desvinculada das verbas salariais, o que ressalta a inaplicabilidade deste entendimento.

Em desacordo com a teoria da natureza salarial, a segunda vertente entende a PLR como

consequência de um contrato de sociedade celebrado entre trabalhador e empregador, visto existir uma *affectio societatis*, com a qual ambos contribuem para o bom funcionamento da empresa. Por essa teoria, o empregado se equipararia ao empregador, uma vez que assumiria condição de sócio. Entre os críticos dessa teoria encontra-se Guilherme Cabanellas de Torres (1968 apud NASCIMENTO, M., 2012, p. 138), que enunciou ser inaceitável tal pensamento, porque os trabalhadores da empresa ainda estão sujeitos ao controle de direção do empregador, afastando, portanto, a *affectio societatis*. Segundo o autor, não há participação dos trabalhadores na administração da empresa.

Por fim, a terceira corrente adota uma posição intermediária. Entende a PLR como resultante de um contrato *sui generis*, situado entre o contrato de trabalho e de colaboração.

Amauri Mascaro Nascimento (1994, p. 83) esclarece que, por essa teoria, ao firmar a participação nos lucros ou resultados, não haveria descaracterização do contrato de trabalho nem seria o empregado alçado à condição de sócio. Realça ainda que

“A tese de participação nos lucros como contrato *sui generis* parte do pressuposto de que a sua instituição indica o início da sonhada fase de transição ente o regime do salário e o regime da sociedade, situando-se o sistema de participação exatamente como a ponte através da qual serão percorridos os caminhos que permitirão ao trabalhador afastar-se da sua condição desfavorável, como segmento social, para situar-se em posição melhor, ao lado do capital e usufruindo as vantagens dele. Aceita essa tese, a participação nos lucros não é salário, mas também não faz do assalariado um sócio do empregador” (NASCIMENTO, 1994, p. 83).

Em nosso ordenamento, essa teoria é a mais aceita e a que mais se coaduna com o texto constitucional de 1988. Conforme enuncia

Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 139), a PLR, segundo os moldes constitucionais, seria uma “percepção econômica do trabalhador como decorrência da relação de emprego, inconfundível com salário”. Assim, a natureza jurídica desse instituto é expressa em sua própria denominação, participação.⁵

6. Pagamento da PLR: direito ou faculdade?

Como visto acima, o estudo da participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa ainda suscita inúmeras questões. Um ponto bastante controverso é identificar a PLR como uma mera expectativa do empregado ou um direito do trabalhador, assim como previsto no texto constitucional. A temática, portanto, concentra-se em reconhecer a participação dos trabalhadores como uma facultatividade ou como uma obrigatoriedade do empregador em negociá-la.

Desde a edição da Lei nº 10.101/2000, acirrou-se o debate em torno da obrigatoriedade ou não de as empresas pagarem referida parcela aos trabalhadores. Defendendo a primeira posição, Arion Sayão Romita (1995, p.9) entende que, por estar inserida entre os direitos sociais, a distribuição da participação seria compulsória e teria imediata exigibilidade, em razão do seu caráter de direito constitucional fundamental. Sólton de Almeida Cunha (1997, p. 97), na mesma linha, declara que a participação seria ato obrigatório: “por se tratar de norma constitucional, imperiosa e inderrogável, temos que nenhuma negociação coletiva aí incluída, relativa à participação nos lucros ou resultados, pode ser recusada pela empresa. Questionada pelo sindicato, a empresa

⁵ Para Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 139), a participação nos lucros ou resultados tem efeito integrativo, visto que estimula o trabalhador a participar do desenvolvimento da empresa.

deve negociar.” Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo editou o Precedente Normativo nº 35, *in verbis*:

“1. Empregados e empregadores terão o prazo de 60 (sessenta) dias para a implementação da medida que trata da participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, sendo que para tal fim deverá ser formada, em 15 (quinze) dias, uma comissão composta por 3 (três) empregados eleitos pelos trabalhadores e igual número de membros pela empresa (empregados ou não) para, no prazo acima estabelecido, concluir estudo sobre a Participação nos Lucros (ou resultados), fixando critérios objetivos para sua apuração, nos termos do artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal, sendo assegurada aos Sindicatos profissional e patronal a prestação da assistência necessária à condução dos estudos.

2. O desrespeito aos prazos acima pelo empregador importará em multa diária de 10% (dez por cento) do salário normativo até o efetivo cumprimento, revertida em favor da entidade sindical dos trabalhadores.

3. Aos membros da Comissão eleitos pelos empregados será assegurada estabilidade no emprego por 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da eleição” (SÃO PAULO, 2008).

Assim, o Egrégio Tribunal passou a entender que a distribuição da participação seria uma obrigação imposta ao empregador, o qual deveria observar os prazos fixados pelo próprio Juízo. No entanto, em via recursal, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) reformou inúmeras sentenças normativas, sob o fundamento de que a PLR deveria ser estabelecida por acordo entre as partes, não reservando à Justiça do Trabalho atuação nesse âmbito. Nesse entender:

“DISSÍDIO COLETIVO – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E/OU RESULTADOS DAS EMPRESAS – MATÉRIA DISCIPLINADA POR LEI. Consoante jurisprudência dominante no âmbito desta Seção Especializada, a condição não pode ser imposta por sentença normativa, eis que a matéria em questão encontra-se regulada por dispositivo legal (Lei nº 10.101, de 19.12.2000). Ademais, nos termos do artigo 4º da referida Lei, não havendo acordo entre as partes no sentido da implementação da parcela via instrumento normativo, a regulamentação supramencionada remete a solução do litígio à mediação ou à arbitragem. Recurso Ordinário parcialmente provido” (BRASIL, 2002).

A diretriz do TST está transposta no voto do Ministro Gelson de Azevedo:

“Na Lei nº 10.101/2002 dispõe-se sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, estabelecendo-se que a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados (art. 2º) e que, ocorrendo impasse na negociação, as partes poderão utilizar-se da mediação ou arbitragem de ofertas finais (art. 4º).

Logo, não cabe à Justiça do Trabalho, em decisão normativa, estabelecer normas procedimentais para a criação da comissão em referência na norma tampouco estabelecer prazo para a conclusão de estudos relativos à participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, os quais devem resultar de lei ou de acordo entre as partes. Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário, para excluir a cláusula 49ª da decisão normativa” (BRASIL, 2007).

Portanto, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, a PLR só poderia advir do acordo entre as partes, por se caracterizar como uma mera liberalidade do empregador. Não poderia ser fixada via sentença normativa.

Na mesma toada do entendimento jurisprudencial, grande parte da doutrina se posiciona pela não compulsoriedade da distribuição da participação aos empregados. Expõe Antonio J. Peres Picolomini (2001, p. 177) que a Lei nº 10.101/00 se inclinou pela facultatividade da negociação. Assevera o autor que,

“[...] por fim, um aspecto que merece realce diz respeito à não obrigatoriedade de implantação de um plano de ‘PLR’. A Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, na mesma linha mestra das Medidas Provisórias que a antecederam, não indica qualquer prazo dentro do qual um plano deve ser estabelecido. É no mínimo curioso esse aspecto, que precisa, todavia, ser entendido na sua exata dimensão. Um plano dessa natureza, centrado na importância da convergência de esforços, levando a uma visão abrangente do relacionamento Capital/Trabalho, aumentando a compreensão da natureza do negócio entre os empregados, não deve ficar condicionado, quanto à sua implantação, a um prazo predeterminado. Seria enganoso se o fizesse. Se é da própria essência da ‘PLR’ a negociação direta entre os partícipes interessados, nada mais justo e adequado do que deixar, a critério único desses mesmos diretamente interessados, todas as condições básicas de atingimento de resultados, índices, programas, metas, prazos, etc. As partes decidem como, quando e o que querem fazer.”

Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 160), sustentando-se no art. 616 da CLT⁶, defende que a PLR seria uma mera liberalidade, “um ato generoso em prol de seus colaboradores”. Ressalta que, pelo dispositivo acima, a negociação seria procedimento compulsório para as partes, mas o desfecho, não. O acordo seria opcional, pois os envolvidos não poderiam ser obrigados a se conciliar.

De modo geral, em que pese a posição do TRT-SP e de alguns poucos doutrinadores, o entendimento majoritário é de que a PLR pelos emprega-

⁶ CLT. Art. 616. Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) (BRASIL, 1943).

dos seria uma mera expectativa, para a qual não haveria, quando descumprida, qualquer sanção.

Esse pensamento majoritário, contudo, precisa ser revisto, pois não se enquadra nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988, que reconhece a PLR no art. 7º, XI, como um direito social fundamental, cuja efetivação deveria ser um objetivo perseguido pelo Estado. Ademais, a Lei nº 10.101/2000, em seu artigo 2º, estabelece que a PLR “será” objeto de negociação entre a empresa e seus empregados. Sendo a regência do verbo imperativa, entende-se que as partes devem necessariamente negociar o plano de PLR.

A Constituição, apesar de solidamente fíncada no modelo liberal-capitalista, tem caráter intervencionista acentuado, sobretudo na regulação das relações de trabalho. Não deixa as forças do mercado fixarem livremente as contrapartidas recebidas pelo trabalhador. Pelo contrário. Orientada pela consciência de que o trabalhador é a parte frágil nas relações de produção, o qual, se submetido a negociações sem amarras, muito pouco obteria dos ganhos advindos, fixou direitos não renunciáveis aos seus titulares, como o salário mínimo.

Tendo em vista toda a sistemática constitucional de proteção ao trabalhador, não nos parece defensável a facultatividade da PLR com base na alegação de que a nossa Carta Magna não a teria garantido explicitamente. Um direito reconhecido historicamente não poderia ser enfraquecido em virtude de uma mudança redacional do dispositivo na Constituição de 1988. A PLR continua a ter o caráter de direito inalienável e inafastável. Caso o legislador constituinte de 1988 quisesse alterar o entendimento formado desde o texto constitucional de 1946, teria consignado expressamente o caráter facultativo da PLR.

Além disso, a posição geográfica de um direito indica as diretrizes para a sua própria

interpretação. Dessa forma, ao inserir a PLR dentro do título “Dos direitos e garantias fundamentais”, o legislador constituinte deixou expresso que o instituto em apreço deve ser interpretado como um direito e não como expectativa de direito. Considerar a PLR uma mera liberalidade à disposição do empresário é desconsiderar a índole constitucional ínsita nos domínios dos direitos sociais. É relegar à inaplicabilidade instituto tão relevante para promover o equilíbrio na repartição dos ganhos provenientes do modelo econômico juridicamente constituído.

Por essa razão, visualiza-se uma incongruência sistemática. A própria lei que regulamenta esse direito social (Lei nº 10.101/2000) deveria estabelecer os parâmetros regulatórios e coercitivos para a sua efetivação nos casos de recusa por parte da empresa na sua implementação, inspirando-se até mesmo nas diretrizes pensadas pelo TRT-SP, mas não pela ação normativa dos Tribunais Trabalhistas brasileiros. Assim, atender-se-ia o caráter finalístico e ordenador do sistema constitucional traçado na Constituição de 1988.

Além disso, da discricionariedade conferida ao empregador para a elaboração do plano de participação nos lucros ou resultados da empresa podem emergir outros problemas, como se analisará a seguir.

7. Negociação da PLR

Visto que o entendimento construído legal, jurisprudencial e doutrinariamente não atende ao caráter finalístico constitucional do instituto em tela, alguns outros questionamentos podem ser levantados no tocante à regulamentação da participação nos lucros ou resultados no Brasil, entre os quais: i. adesão de critério subjetivo de metas; ii. pagamento em valores fixos; e iii. bases de cálculo inconsistentes.

Sobre a determinação das regras atinentes à participação, o art. 2º, §1º, da Lei nº 10.101/2000 enuncia que “dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas [...]” (BRASIL, 2000). Entretanto, o que ocorre, na grande maioria dos acordos, é o estabelecimento do plano com critérios obscuros e subjetivos e até mesmo, em alguns casos, verifica-se a omissão dessas informações. Tal fato pode se dar, entre outros fatores, em razão da faculdade de o empregador negociar o plano de participação, de forma que, caso existam muitas exigências dos trabalhadores, o empregador simplesmente não as acolhe.

A doutrina entende como critérios objetivos aqueles que permitem quantificar o direito dos trabalhadores, a citar, por exemplo, a pontualidade, o aumento de vendas, implementação de novos programas de produção, diminuição dos custos, entre outros. Requisitos como lealdade, criatividade, espírito de equipe não podem ser utilizados como parâmetros para a elaboração do plano, pois somente criariam mais contravérsias a respeito do instituto.

Na segunda parte do referido dispositivo, a lei apresenta condições, tais como plano de metas, índices de produtividade, qualidade, entre outros, como forma de se mensurar o desempenho dos trabalhadores beneficiários do plano de participação. No entanto, o que acaba por ocorrer, em sua generalidade, é uma convenção de pagamento em valores fixos, independentemente dos critérios acima considerados. Por não existir nenhuma disposição legal que vede a distribuição dos lucros ou resultados em valor fixo, em tese, tal prática não seria proibida. No entanto, Ciro P. da Silva (1999, p. 136) critica esse posicionamento, pois, segundo o autor, o pagamento deve ser proporcional à capacidade contributiva do empregado.

Nesse sentido, Sólton de Almeida Cunha (1999, p. 212) entende que o pagamento em valores fixos seria ineficiente para estimular o aumento de produção, uma vez que não se encontra vinculado a metas de trabalho. Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 112) partilha do entendimento de que distribuir um valor fixo aos empregados não configura distribuição nos lucros ou resultados, defendendo inclusive que tais valores sejam incluídos na remuneração do trabalhador.

Outro ponto diz respeito à dubiedade da base de cálculo da participação nos lucros ou resultados. Como visto, caso o empregado alcance as metas estipuladas no plano, ele receberá um adicional a ser pago em número de salários ou um percentual dado sobre sua remuneração. No entanto, essa forma de cálculo, ao considerar exclusivamente o salário-base ou outras parcelas integrantes da remuneração do trabalhador, como prêmios e gratificações, é incongruente com a moldura constitucional da PLR, como demonstraremos a seguir.

8. Proposta de quantificação

Seguindo a visão da PLR como um direito do trabalhador, é fundamental analisarmos a estrutura normativa desse instituto.

A participação deve ser compreendida como uma regra jurídica composta por duas partes: uma hipótese⁷ e um prescriptor⁸ numa relação de imputação. Verificada a causa, impõe-se a consequência. A hipótese refere-se a um fato⁹, enquanto a consequência enlaça

⁷ Também chamada de antecedente ou descritor, que corresponde à causa jurídica.

⁸ Também chamado de consequente, pois, como este próprio nome indica, é consequência jurídica desencadeada pela causa.

⁹ Mais precisamente a um conjunto de fatos, conjunto este abstratamente definido.

os efeitos jurídicos que devem decorrer desse acontecimento.

Conforme entende Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 298), tanto o antecedente quanto o consequente possuem elementos identificativos. Para o primeiro, há de se encontrar um critério material (comportamento de um indivíduo), condicionado no tempo e no espaço (critérios temporal e espacial, respectivamente). Já em relação à consequência, há de se identificar um critério pessoal (sujeitos ativo e passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Para a PLR, tem-se, no antecedente, num período e lugar determinados, a obtenção de lucros ou resultados; no consequente, uma relação jurídica entre o empregador e o trabalhador. A relação é de cunho patrimonial e seu objeto é a pecúnia. A quantificação desse valor decorrerá da comunhão da base de cálculo e do percentual.

Sendo assim, a base de cálculo pode ser entendida como a dimensão econômica da hipótese normativa, ou seja, o montante do lucro ou resultado. Isto é, a base de cálculo tem por finalidade “dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária” (CARVALHO, 2011, p. 400). Assim, a base de cálculo teria três funções distintas: i. medir as proporções reais dos fatos; ii. compor a exata determinação da dívida; e iii. confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material contido no antecedente da norma.

O percentual ou alíquota, por sua vez, agregado à base de cálculo, delimita o *quantum debeatur* a ser exigido do empregador, em cumprimento da obrigação decorrente do fato descrito no antecedente. Como sugere a própria etimologia da palavra, “alíquota” quer dizer parte, uma fração que se contém do todo. É percentual, quota, que concretiza o ditame

constitucional de “participação” e é o único passível de ser submetido à negociação.

Assim, em virtude do acontecimento do fato previsto na hipótese – ter lucro ou resultado – fica investido o trabalhador, na condição de sujeito ativo, do direito subjetivo de exigir do empregador, como sujeito passivo, a importância correspondente à participação.

Além disso, entendemos que a lei deve, primeiramente, definir e preservar a base de cálculo, de forma a garantir que os lucros e resultados reflitam, efetivamente, os ganhos da relação capital/trabalho. A lei deve estabelecer critérios para aferição dos lucros e resultados e impor medidas que impeçam o empregador de os erodir, uma vez que, tendo o domínio sobre a dinâmica da empresa, o empresário pode se valer de uma série de subterfúgios para alcançar esse desiderato inconstitucional em seu proveito exclusivo. Inúmeros são os mecanismos que possibilitam a evasão de valores da base, como operações de comércio exterior entre partes vinculadas ou mesmo operações internas entre empresas de um mesmo grupo econômico de forma a escoar o lucro para apenas uma delas, a qual estrategicamente não teria empregados. Nesse último caso, uma das medidas antievasivas poderia ser o estabelecimento da participação por grupo econômico e não por empresas individuais.

A lei deve também definir parâmetros para a fixação do percentual da participação. Nessa função, deve elencar critérios alternativos para a mensuração do percentual, assim como deve instituir um piso de forma a impedir que, por meio de uma alíquota nula, possa ser negado ao trabalhador o seu direito à participação sobre os ganhos da atividade. Metas podem ser fatores aptos ao estabelecimento do percentual de participação, mas deve ser respeitado o mínimo legal.

Em face dessa necessária estrutura normativa decorrente da própria natureza jurídica

da PLR, estamos seguros ao afirmar que montantes fixos ou calculados sobre valores diversos do próprio lucro/resultado não atendem à índole constitucional do instituto.

9. Conclusão

A PLR decorre do modo de produção e deve ser considerada um direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador.

Nossa ordem jurídica não autoriza o responsável pela organização do capital a se assenhorear dos ganhos da empresa. Os empregados, atores nitidamente também responsáveis pela obtenção desses resultados, têm direito à sua porção. É só através da obrigatoriedade legal desse instituto, do resguardo da base de cálculo e do manejo do percentual – medidas ainda não contempladas na legislação atualmente em vigor – que serão cumpridos os objetivos de ordem econômica e social traçados na nossa Constituição relativamente à PLR.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 9 ago. 1943.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. [Lei das S/As]. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado n. 251 (Res. 17/1985). DJ. 13 jan. 1986.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Medida provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e dá outras providências. [Reeditada pela Mpv nº 860, de 1995]. *Diário Oficial da União*, 30 dez. 1994.

_____. Medida provisória n. 1.539-34, de 7 de agosto de 1997. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 1997.

_____. Medida provisória n. 1.698-46, de 30 de junho de 1998. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. [Reeditada pela Mpv nº 1.698-47, de 1998]. *Diário Oficial da União*, 1º jul. 1998.

_____. Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 dez. 2000.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 709772/2000. Relator Ministro Rider Nogueira de Brito. DJ, 13 dez. 2001. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1ª mar. 2002.

_____. Recurso ordinário interposto pelo ministério público do trabalho n. 20319/2005-000-02-00. *Dário da Justiça*, 18 maio 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: LTr/Edusp, 1994.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito social*. São Paulo: LTr, 1980.

CUNHA, Sólton de Almeida. *Da participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados. *Revista LTr legislação do trabalho*, Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 35, n. 41, p. 205-213, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GONZALEZ, Ismal. *Participação dos empregados nos lucros ou resultados como meio de sua integração na empresa*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções, 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Participação dos empregados nos lucros das empresas*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t.6.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria jurídica do salário*. São Paulo: LTr, 1994.

NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Participação dos empregados nos lucros e resultados da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Manual de Educación Obrera: los salarios*. 3.ed. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1983.

PICCOLOMINI, Antonio J. Peres. Participação nos lucros ou resultados: agora é lei! *Revista LTr legislação do trabalho*, Suplemento Trabalhista, São Paulo, v.37, n.33, p. 175-177, 2001.

ROCHA, Valdir de Oliveira. A constituição e a participação dos empregados nos lucros ou resultados e na gestão das empresas. In: _____. (Coord.) *Participação dos empregados nos lucros*. São Paulo: Dialética, 1995.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Participação nos lucros ou nos resultados: instrumentos previstos para negociação, mecanismos de composição de litígios. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.) *Participação dos empregados nos lucros*. São Paulo: Dialética, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Precedente n. 35. *JusBrasil*, 2008. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/noticias/176085/trt-sp-aplica-precedente-n-35-para-dirimir-conflito-em-eletronicas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

SARASATE, Paulo. *Participação nos lucros e na vida das empresas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

SILVA, Ciro Pereira da. *A hora e a vez do salário variável: a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa*. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997. v.1.

TRINDADE, Washington Luiz da. Os fundamentos doutrinários da participação nos resultados. *Trabalho e Processo*, São Paulo, n. 6. p. 59-65, set. 1995.