

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E CO-GESTÃO EMPRESARIAL

Roberval Clementino Costa do Monte

Origem e evolução: agreement freely entered into, by which the employees receive a share, fixed in advance, of the profits; anteprojeto do Instituto dos Advogados do Brasil e constitucionalidade.

Aprovou o douto Instituto dos Advogados do Brasil, em sessão plenária, anteprojeto de lei, redação originária do seu ilustre e culto Presidente, quanto ao problema da participação dos empregados nos lucros, com referência à co-gestão empresarial (1).

Superados a colocação medieval dos direitos corporativos e o absolutismo monárquico, o direito constitucional dos países europeus e, sob sua influência, o da América Latina, primeiramente considerou o homem no plano político, voltando-se, após, para o problema social, e, "elaboradas nesse clima algumas Cartas Políticas, pelas quais se reestruturavam ou criavam juridicamente os Estados saídos daquela guerra, vieram a contemplar, além dos direitos relacionados com a condição política do homem, direitos concernentes à sua posição econômica e social; disciplina da propriedade, possibilidade de trabalho e proteção no seu exercício, remuneração condigna para o trabalhador, assistência médica e educativa, bem como seguro para ele e a família etc. São exemplos de tal orientação a Constituição Alemã de 1919 — a chamada Carta do *Weimar* — e as Polonesa e iugoslava (ambas de 1921)" (2).

O destinatário, no plano constitucional, além do *cidadão*, passou a ser o *trabalhador* (3), embora, inicialmente, sem o adequado tratamento teórico (4).

A idéia da participação nos lucros surgiu na França, em fins do século XIX (5) e teve continuidade na Inglaterra, principalmente com *John Stuart Mill*, onde foi tentada a conjugação com o cooperativismo: os empregados receberiam sua participação, metade em dinheiro e metade em ações, mas o próprio *British Trade Union Congress* condenou o sistema, como desagregador de sindicatos.

(1) Sessão plenária do Instituto dos Advogados do Brasil, de 21 de outubro de 1981.

(2) Estudos sobre a Constituição de 1967, Themistocles Brandão Cavalcanti e outros, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1968, pág. 160.

(3) Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, Lib. Générale de Droit et Jurisprudence, vol. VI, pág. 33.

(4) Mirkine-Guerzévitch, *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, Editorial España, Prólogo, pág. 37.

(5) Charles Robert, *Le Partage des Fruits du Travail*, Paris, 1978.

A definição da participação nos lucros foi tentada no Congresso Internacional de 1889: "agreement freely entered into, by which the employees receive a share, fixed in advance, of the profits" (6).

Posteriormente, o *Council of Profit Sharing Industries* procurou estruturar a distribuição dos lucros aos empregados, fixando dez pontos básicos, porém, e segundo os autores da época, faltou-lhe supedâneo técnico.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a distribuição dos lucros, em alguns casos, tem uma parte em bônus ou ações (7).

Com o liberalismo econômico defendeu-se a tese de que a participação dos empregados nos lucros incrementaria a receita (8) e, em Portugal, criou-se a figura do "interessado", mas permanecia a questão no campo do empirismo.

No Brasil, a Constituição de 1946 consagrou a participação dos empregados nos lucros das empresas(9) e a Constituição do então Estado da Guanabara, antecipando-se ao preceito da Constituição Federal (10), contemplou a co-gestão na direção das empresas de economia mista nas quais o Estado possuísse a maioria das ações (11).

A Carta de 1946 exigiu que a participação nos lucros fosse *direta*, o que dificultou a tarefa do legislador, pois a "forma diferida e indireta é mais fácil de ser estruturada"(12), ressaltando *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* que, "durante os vinte anos de vigência da Constituição de 1946, a participação nos lucros não foi regulamentada pela lei, apesar do grande número de projetos a esse respeito apresentados à deliberação do Congresso Nacional. O grande obstáculo

(6) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, Rev. dos Tribunais de S. Paulo, 1ª ed., pág. 123.

(7) Lyle W. Cooper, *Encyclopaedia of Social Sciences*, N.Y., 1948, vol. XII, pág. 491.

(8) Frederic Winslow Taylor via, no imediatismo do pagamento dos lucros aos empregados, a pedra basilar para o êxito do sistema

(9) Constituição de 18 de setembro de 1946, art. 157, IV: "participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar".

(10) Constituição de 24 de janeiro de 1967, art. 158, V; Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 165, V.

(11) Constituição Estadual, de 27-3-1961, art. 73: "da direção das empresas de economia mista, nas quais o Estado possua maioria das ações, participará, obrigatoriamente, ao menos um representante das entidades ou classes dos trabalhadores dessas empresas".

(12) Evaristo de Moraes Filho, *Da ordem social na Constituição de 1967, Estudos sobre a Constituição de 1967*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1968, pág. 198.

a essa regulamentação era, na opinião dos doutos, a exigência constitucional de que a participação fosse direta ⁽¹³⁾.

Conseqüentemente à supressão da exigência de que a participação nos lucros fosse *direta*, ⁽¹³⁾ adveio a Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, que instituiu o programa de integração social: "É instituído, na forma prevista nesta lei, o Programa de Integração Social, destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas" ⁽¹⁴⁾.

A participação nos lucros, ainda hoje, encontra dificuldade de aplicação, considerada, por muitos autores, insuperável ⁽¹⁵⁾, enquanto parte da doutrina entende que o mecanismo já foi inserido com sucesso ⁽¹⁶⁾.

Inovou a Constituição de 1967, quando previu a participação do trabalhador na gestão das empresas ⁽¹⁷⁾, e, na esteira desse permissivo, o douto Instituto dos Advogados do Brasil procura sua regulamentação legal, através do anteprojeto já mencionado.

Ocorre, entretanto, que o anteprojeto, *c. m. v.*, afastando-se da colocação constitucional da *excepcionalidade* da co-gestão, pretende implantá-la *em termos genéricos*:

"Art. 1.º — Observados os preceitos desta lei, será obrigatória a participação de um ou mais empregados na direção da empresa em que trabalham."

"Art. 4.º — Far-se-á a integração do empregado na direção da empresa através de sua eleição para qualquer cargo da D'retoria que se vagar a partir da publicação desta lei, segundo deliberação tomada em Assembléia-Geral de acionistas ou cotistas, pelo Conselho de Administração ou pelo titular, conforme o caso."

"Parágrafo 2.º — A empresa cujo capital social exceder o valor de 200.000 (duzentas mil) ORTN's (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional) será obrigada a manter dois diretores eleitos na forma desta lei."

(13) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*, Saraiva, S. Paulo, 1975, vol. III, págs. 188/189. No mesmo sentido Roberto Magalhães, *A Constituição Federal de 1967*, José Konfino, Rio, 1967, vol. II, pág. 501: "No inciso V foi suprimida a determinação de que a participação seja "direta", removendo o impasse que se deparava ao legislador ordinário."

(14) Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, art. 1º.

(15) Robert L. Rowe, *Profit-Sharing in Industry*, *Haward Business Review*, setembro de 1949, pág. 559; Maurice Duverger, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1955, pág. 200.

(16) Octavio Bueno Magano, *As Novas Tendências do Direito do Trabalho*, São Paulo, 1973, pág. 45.

(17) Constituição de 24 de janeiro de 1967, artigo 158, V; Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 165, V.

“Art. 8.º — A empresa que vier a descumprir esta lei estará sujeita, enquanto perdurar a inadimplência, ao pagamento da multa diária, equivalente ao valor de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ficando impedida, nesse período, de realizar quaisquer operações de crédito com estabelecimentos vinculados ao sistema financeiro, bem assim participar de licitações ou contratar com a Administração Pública.”

A excepcionalidade do instituto, além de expressa na Carta Magna (17), encontra eco na doutrina:

“Inova a Constituição vigente, ao prever a participação do trabalhador na gestão da empresa. Tal previsão inexistia no direito anterior. É outro dos instrumentos para a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa. *Cautelosamente, todavia, a Constituição a imagina, apenas, para os casos excepcionais*, tudo sempre dependendo de regulamentação legal” (18).

“Prevista desde a Constituição Federal de 1946, a atual continuou ascenando ao trabalhador com a sua integração na vida e no desenvolvimento da empresa “com a participação nos lucros” e a grande novidade — “excepcionalmente na gestão, isso é, na administração” (19).

“Penetrando no que é economia, a Constituição de 1967, como a de 1946, faz-se atenta à vida social e à produção. Não é mais Constituição de Estado abstinente, que se haja satisfeito com as regras jurídicas sobre democracia e liberdade: contém essas e contém outras, com que se entra na dimensão econômica, ou se dá acesso aos legisladores ordinários para essa dimensão. *Mas aquela entrada é conforme linhas precisas que a própria Constituição traçou*” (20).

E “o princípio da constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais às disposições *substanciais* ou *formais* da Constituição” (21).

Eivado o anteprojeto, quanto à constitucionalidade, vulnerável tornar-se-ia, se convertido em lei, perante os colegiados (por via *incidental* ou *principal*) ou perante os próprios juízos monocráticos.

Os países, em seu ordenamento jurídico, apresentam variada gama de controle judicial da constitucionalidade, podendo-se distinguir, inicialmente, seu aspecto *subjetivo* e *formal*, este denominado

(18) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira (com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969)*, Saraiva, S. Paulo, 1975, vol. III, pág. 189 (grifamos).

(19) Alcides de Mendonça Lima, *As Novidades da Constituição Federal de 1967 (segundo a Emenda nº 1, de 1969)*, Juriscredi, São Paulo, 1971, pág. 162.

(20) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1, de 1969)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, vol. VI, pág. 156, o grifo é nosso.

(21) Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. I, nº 221.

modale, por Cappelletti (22). No tipo *subjetivo* encontramos o sistema *difuso*, em que o controle é feito, indistintamente, por todos os órgãos judiciais, e o sistema *concentrado*, originário da Áustria, em que a verificação é privativa de determinado órgão; no tipo *formal*, o controle pode ser *incidental* (por exceção), no curso da lide, como questão prejudicial, ou *principal* (direto ou através de ação), em que o aspecto constitucional desponta como único.

Esclarece o citado processualista (22) que Itália e Alemanha Ocidental adotaram o sistema *concentrado*, através de Tribunal Constitucional, com atribuição específica e privativa, podendo o sistema jurídico norte-americano ser apontado como tipicamente *difuso*.

O controle da constitucionalidade, sob outro prisma, poderá ser *preventivo* ou *posterior*, aquele exercitável por órgão judicial, v. g. o direito austríaco, ou por órgão político.

O controle posterior, por órgão judicial, é o que reúne maiores vantagens práticas, sendo o mais freqüente nos diversos países, podendo ser por via *principal* ou *incidental*.

No exame *principal*, a declaração da inconstitucionalidade terá, como conseqüência do decreto judicial, a própria anulação da lei, que deixará de vigor, valendo a decisão *erga omnes*, enquanto o tipo *incidental* determina, apenas, que a lei argüida não se aplique à relação judicial em litígio.

Enquanto o controle *principal*, pela grande repercussão da inconstitucionalidade quando declarada (a ação determinará a própria anulação da lei), exigirá pronunciamento do mais alto Tribunal ou de Corte especialmente designada pela Constituição notamos que, no sistema *incidental*, uma vez que a declaração da inconstitucionalidade produzirá efeito, unicamente, entre as partes litigantes, a questão poderá ter por foro qualquer tribunal ou mesmo juiz singular, porque é lícito ao magistrado deixar de aplicar lei que considere inconstitucional.

No Brasil, o controle preciso da constitucionalidade somente foi atribuído ao Judiciário com a Constituição de 1891, introduzido, então, o sistema *difuso-incidental*, salientando Aliomar Baleeiro(23).

“Devia ser algo revolucionário a provector juizes de instituições áulicas a idéia de declararem inconstitucionais as leis, negando-lhes a eficácia no caso concreto trazido a seu julgamento ou anulando atos do Legislativo e do Executivo”.

Com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que modificou a Constituição de 18 de setembro de 1946, foi, finalmente, introduzido o sistema *concentrado-principal* no Brasil.

(22) Mauro Cappelletti, *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità Delle Leggi Nel Diritto Comparato*, págs. 92/93.

(23) Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal*, pág. 82.

Quanto à competência do juiz singular para declarar a inconstitucionalidade, *Carlos Maximiliano*, com a habitual lucidez, coloca a questão em seus devidos lugares, discernindo: “das palavras transcritas já se infere que o artigo 200 resolve, apenas, uma questão relativa ao *quorum* para o julgamento; não colima fixar competência. O preceito exarado no Estatuto brasileiro, não é novo; abrolhou na prática norte-americana, que impõe a exigência da maioria absoluta; foi além, reclamou o comparecimento de todos os membros do pretório julgador da inconstitucionalidade (*the full bench*). Por aí já resulta claro que trata de questão de *quorum*, não de competência (*omissis*). A inconstitucionalidade pode e deve ser declarada logo na primeira instância” (24).

Acrescente-se que, sendo a excepcionalidade em pauta setor essencial da Constituição, essa norma, segundo a melhor doutrina, não pode ser considerada elástica (25).

O anteprojeto, *d. v.*, além de afastar-se da intransponível exigência constitucional da excepcionalidade, também não atende o aspecto *econômico* da hipótese, pois inexistente aplicação de capital sem sua eficácia marginal e a co-gestão, nos termos propostos, desestimulará as inversões (26):

“Não é possível ao legislador ordinário abster-se do exame do *econômico* e do *político*, para edificar o *jurídico*”.

.....
“No caso do art. 167, tem-se de interpretar o art. 165, V, de modo que, na feitura da lei sobre participações nos lucros, não se

(24) Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira, 1946*, v. III, pág. 265, nº 636. No mesmo sentido: José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, pág. 39, nota nº 18; Eduardo Espínola, *A Nova Constituição*, 1947, pág. 347; Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, págs. 61 e 68/70; Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, págs. 62 e 63; M. A. Borges, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, págs. 171/172; M. I. Carvalho de Mendonça, *O Poder Judiciário no Brasil*, pág. 140; J. F. Marques, *Observações e Apontamentos sobre a competência originária do S. T. F.*, pág. 25 e José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946*, v. III, pág. 369; na doutrina estrangeira: “A origem do permissivo remonta ao antigo direito norte-americano, onde, segundo Bryce, “*le soi disant pouvoir d’annuler une loi inconstitutionnelle est un devoir plutôt qu’un pouvoir qui incombe à la plus humble cour d’État, lorsqu’elle est saisie d’une question de cette nature...*”, acrescentando Dicey que “... *le devoir légal de tout juge... est bien clair. Il doit considérer comme nul tout Act législatif en contradiction avec la Constitution des États Unis, qu’il émane du Congrès ou des législatures d’État*”; também Cooley: “*The duty to pass upon a question of constitutional law may devolve upon a court of any grade*” (*O Processo Civil na Superior Instância, Forense, 1979, pág. 53*).

(25) Giuseppe Chiarelli, *Elasticità delle Costituzioni*, citado por Raul Machado, *In Estudos sobre a Constituição de 1967*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1968, págs. 145.

(26) John Maynard Keynes, *General Theories of Employment, Interest and Money*, New York, 1935, pág. 137, Alfred Marshall, *Principles of Economics*, London, 1920, 8ª edição, pág. 519 e Irving Fischer, *Theory of Interest*, New York, 1930, pág. 155, citado por Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1, de 1969)*, Rev. Trib., S. Paulo, 1972, v. VI, pág. 169.

possa deduzir do que é justa remuneração do capital e do que é necessário a melhoramentos e expansão somente dos serviços. A Constituição de 1967 tem o propósito de os ressalvar; ressalvou-os. Não seria de bom método de interpretação que se lesse o art. 165, V, como se ali se permitisse aos legisladores ordinários infringirem o que se estatui, ininfringivelmente, no art. 167, II (o necessário aos melhoramentos e expansão dos serviços e a justa remuneração do capital)" (27).

Registre-se, outrossim, que, contrariamente ao que pretende o anteprojeto, a nova Constituição procura tornar menos incisiva a intervenção estatal na economia privada, pois "sua filosofia, no que diz respeito à ordem econômica — aspecto de nosso interesse imediato — afasta-se, de certo modo, da que inspirou os constituintes de 1934 e 1946. Não a renega; acomoda-a, segundo certas tendências, no sentido de tornar menos indiscriminada e incisiva a intervenção estatal na economia privada e de, reciprocamente, valorizar o papel da livre empresa".

.....

"Essa mesma visão global dos textos mostra que os instrumentos principais para lograr tal objeto são: a livre empresa, como fator primordial da prosperidade econômica" (28).

Entendemos que o anteprojeto, inobstante a notória erudição dos insignes integrantes do douto Instituto dos Advogados do Brasil, não segue a diretriz traçada na Constituição nem atende à sua filosofia econômica.

(27) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1, de 1969)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, vol. VI, pág. 156, o grifo é nosso.

(28) M. Seabra Fagundes, *In Estudos Sobre a Constituição de 1967*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1968, págs. 163 e 164, grifamos.