



DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS E A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS

Fabricio Augusto Aguiar Leme¹

Wellington Luiz Santos²

Gustavo Abrahão dos Santos³

Rodrigo Santana do Nascimento⁴

RESUMO: Abordagem da validade de cláusula normativa prevista em acordo ou convenção que traz previsão de obrigatoriedade no pagamento de participação nos lucros ou outro pagamento similar com o mesmo propósito, pelo empregador, sendo este uma entidade sem fins lucrativos. Visa apresentar a natureza jurídica do pagamento e sua origem no contexto pátrio, bem como da expressa exclusão prevista no texto da Lei 10.101/2000 quanto ao referido pagamento pelas entidades filantrópicas. A conclusão restará alicerçada pela atual jurisprudência dos Tribunais laborais, especialmente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

Palavras-chave: Lucro, Norma Coletiva, entidade.

ABSTRACT: Management of normative validity clause provided for in the agreement or convention that brings prediction obligation to pay profit sharing or other similar payment for the same purpose, by the employer, which is a non-profit organization. Aims to present the legal nature of the payment and its parental origin in the context as well as the express exclusion provided in the text of the Law 10.101/2000 as to such

¹ Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, Advogado e Professor Universitário. Graduado em Direito.

² MBA Gestão Estratégica de RH, Bacharel em Administração.

³ Especialista em Direito Empresarial, graduado em Direito.

⁴ Especialista em Direito Processual, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.



payment by charities. The conclusion will remain grounded for the current jurisprudence of labor courts, especially the Regional Labor Court of the 2nd Region.

Keywords: Earnings, Standard Collective entity

DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS

CONCEITO E NATUREZA

Ensina o ilustre magistrado Sérgio Pinto Martins:

“A participação nos lucros é o 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”⁵

Já Pedro Paulo Teixeira Manus afirma que a participação nos lucros e resultados tem como fundamento a cooperação entre empresas e empregados, quer na instituição do benefício quer na consecução de seus objetivos, daí por que não é estabelecida forma obrigatória, o que também se verifica no direito estrangeiro, bem como depende de situação econômica que permita antever a possibilidade de lucros e resultados de que se possa participar.⁶

Assim, pressupõe a existência de lucro da empresa empregadora para o respectivo pagamento ao obreiro, eis que nunca o prejuízo pode ser repassado ao empregado, afinal, o risco da atividade econômica é exclusivo do empregador, conforme conceituação do artigo 2º da CLT.

Perfeitamente distinta de gratificação ou prêmio, pois estes decorrem de reconhecimento ao trabalho do obreiro, tratando-se de mera liberalidade⁷ do empregador e independe da existência de lucro.

⁵ Direito do Trabalho, 28 ed. São Paulo: Atlas. 2012. p.291.

⁶ Direito do Trabalho, 6 ed. São Paulo: Atlas. 2011.p. 278.

⁷ Evidente que se o empregador de forma habitual adimple verba sob a nomenclatura de gratificação, tal valor transmuta-se em obrigação contratual, ou seja, integra obrigatoriamente a remuneração do trabalhador. Inteligência da Súmula 207 do STF.



Daí a necessidade de definição do termo lucro, eis que todo o tema orbita sob a existência desta condição para a realização do respectivo pagamento ao trabalhador.

Segundo Sérgio Pinto Martins lucro seria o resultado da atividade econômica da empresa, abatidas as despesas do empreendimento. Decorre diretamente das sobras do exercício da atividade econômica por parte da empresa. O lucro deve ser líquido, ou seja, o lucro existente após deduzidas todas as despesas de receita obtida pela empresa.⁸

Como bem ensina Alice Monteiro de Barros:

Várias objeções patronais foram feitas ao instituto em exame. Sustentam ser ele incompatível com a estrutura capitalista, a qual se funda o direito de propriedade privada, alegam ainda, que o risco do empreendimento econômico recai necessariamente sobre o empregador, justificando a pertinência do lucro.⁹

DA ENTIDADE FILANTRÓPICA.

DA EXCLUSÃO EXPRESSA DA LEI 10.101 DE 2000.

Preliminarmente há necessidade de distinguir sociedade e associação. A primeira possui finalidade lucrativa, enquanto a segunda, respaldada em objetivos culturais, religioso, recreativos ou morais, não possui fim lucrativo.

Como ensina Nelson Godoy Bassil Dower:

*Uma associação não visa a lucros de qualquer natureza. Os associados ou seus diretores não podem receber dividendos ou lucros; toda a renda líquida da associação deve reverter em proveito de suas finalidades estatutárias.*¹⁰

Os recursos da entidade são integralmente aplicados em suas finalidades institucionais, atendendo seu Estatuto Social, demonstrados pelas suas despesas e investimentos patrimoniais.

As entidades sem fins econômicos possuem limitações constitucionais e infraconstitucionais.

⁸ Obra citada. p. 293.

⁹ Curso de Direito do Trabalho, 3 ed. São Paulo: Ltr. 2007. p. 778

¹⁰ DOWER, Nelson Godoy Bassil. Instituições de Direito Público e Privado. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.



O artigo 150 da Constituição Federal de 1988 confere a entidade condição privilegiada, conforme:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II- instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação Jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III- cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

IV- utilizar tributo com efeito de confisco;

V- estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos

interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Na norma constitucional estabelece que as instituições se dediquem exclusivamente as finalidades educacionais ou sociais sem fins lucrativos.



O legislador, ciente da insuficiência e ineficiência administrativa estatal, conferiu a imunidade como incentivo ao investidor privado em realizar tarefas que deveriam ser suprimidas pelo ente público.

Pode ainda ocorrer que a lei de tributação esteja proibida, por dispositivo da Constituição, de incidir sobre certos fatos. Há, neste caso, imunidade. A regra constitucional impede a incidência da regra jurídica de tributação. Caracteriza-se, portanto, a imunidade pelo fato de decorrer de regra jurídica de categoria superior, vale dizer, de regra jurídica residente na Constituição, que impede a incidência da lei ordinária de tributação.

O que distingue, em essência, a isenção da imunidade é a posição desta última em plano hierárquico superior. Daí decorrem consequências da maior importância, tendo-se em vista que a imunidade, exatamente porque estabelecida em norma residente na Constituição, corporifica princípio superior dentro do ordenamento jurídico, a servir de bússola para o intérprete, que ao buscar o sentido e o alcance da norma imunizante não pode ficar preso à sua literalidade.

Ainda que na Constituição esteja escrito que determinada situação é de isenção, na verdade de isenção não se cuida, mas de imunidade. E se a lei porventura referir-se a hipótese de imunidade, sem estar apenas reproduzindo, inutilmente, norma da Constituição, a hipótese não será de imunidade, mas de isenção."¹¹

E nasce daí a necessária proteção da entidade sem fins lucrativos, eis que trata-se de verdadeiro substituto da hipossuficiência estatal.

Não visam lucros ou a remuneração dos indivíduos que as promovem ou mantêm. A imunidade... deve abranger os impostos que por seus efeitos econômicos... desfalcariam o patrimônio, ou diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades”¹².

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 154.

¹² Direito Tributário Brasileiro, 10ª edição, Forense, página 108, cit. Francisco Das Chagas Barroso, in A isenção/imunidade do ICMS e as entidades assistenciais.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20679-20680-1-PB.htm>. Acesso em 2.6.2013.

Neste sentido destaca-se a intenção do legislador ao mencionar expressamente a entidade filantrópica como excluída do rol dos empregadores obrigados ao repasse de eventuais resultados aos seus funcionários.

Primeiramente, tal entendimento atende a razoabilidade. Afinal, sendo uma entidade sem fins lucrativos, cujo capital é integralmente revertido para a manutenção da empresa, não existindo distribuição à qualquer título.

A conceituação de filantropia impede raciocínio diferente.

E nesta esteira a Lei nº 10.101/00 em seu artigo 2º, parágrafo 3º, inciso II, dispõe:

§ 3º Não se equipara a empresa, para os fins desta Lei:

I - a pessoa física;

II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente:

a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas;

b) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional e no País;

c) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades;

d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.

Assim, a entidade que atender cumulativamente os mencionados requisitos está excluída expressamente de efetuar qualquer pagamento de resultados aos seus funcionários.

Exatamente o mesmo posicionamento existia na Medida Provisória 794 de 29.12.1994, que inaugurou o tema no direito brasileiro e que resultou na lei 10.101/2000.

Na referida Medida Provisória estabelecia que toda a empresa deveria “convencionar com seus empregados, por meio de comissão por eles escolhida, a forma de participação daqueles em seus lucros ou resultados”



Note-se a clara intenção de limitar o pagamento para as empresas, ou seja, houve respeito a conceituação do artigo 2º da CLT que prescreve:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Assim, *a priori*, restava excluída a entidade sem fins lucrativos, eis que não enquadrada no conceito de empresa. Tanto é assim, que a própria legislação trabalhista traz no parágrafo primeiro do referido artigo 2 a inclusão expressa da entidade filantrópica como empregador, conforme:

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados

Se não bastasse, a Medida Provisória 1698/1998 já mencionou expressamente a exclusão da entidade sem fins lucrativos, antevendo integralmente os termos do artigo 2º, parágrafo 3º, inciso II da Lei nº 10.101/2000.

Também cabe frisar que a lei brasileira observou os preceitos já estabelecidos em normas estrangeiras.

Igual tratamento a entidade sem fins lucrativos confere a lei francesa (94-640 de 25 de julho de 1994), no qual determina que a empresa tenha finalidade lucrativa, excluindo, portanto, as instituições sem fins lucrativos.¹³

Nesse mesmo sentido lecionam Alan Riboli Costa e Silva e Gustavo Saad Diniz:

Como não há lucro ou distribuição de resultados em uma fundação ou associação filantrópica, posto que os resultados devem ser reaplicados na finalidade social da entidade, não podem ser equiparadas situações amplamente desiguais. Uma situação é a sociedade empresária, que produz lucros e os distribui. Outra situação, completamente distinta, é da fundação ou associação, que tem superávit advindo de atividade econômica e os reverte para as suas finalidades.

¹³ João, Paulo Sérgio. Participação nos lucros ou resultados das empresas. São Paulo: Dialética, 1998. p. 66.

Fica descaracterizado o elemento principal da participação nos lucros, que é justamente a distribuição dos resultados com os empregados, compartilhando a lucratividade da empresa. No caso das entidades filantrópicas, não há lucro ou apropriação por parte dos administradores ou associados e a repartição de resultados significa a diminuição do potencial econômico para realização das finalidades.

Contudo, a aplicação da referida norma é praticamente inexistente, afinal, muitas convenções coletivas de trabalho criaram a figura do abono especial, assim, todas as instituições enquadradas no inciso II, do § 3º, da Lei 10.101/00, estariam obrigadas a pagar o abono especial, ao invés da participação nos lucros, “burlando” assim, a essência da lei de participação nos lucros.¹⁴

Conclui-se que as entidades filantrópicas ficaram, desde o texto original, excluídas tacitamente do Programa de Participação de Lucros e Resultados.

DA IMPOSSIBILIDADE DA NORMA COLETIVA AFRONTAR LEI ORDINÁRIA

Não há como se cogitar que convenção coletiva seja hierarquicamente superior a lei. Tal reflexão se faz necessária pelo fato da participação nos lucros e resultados depender de previsão em norma coletiva.

E talvez aqui se encontre o ponto nevrálgico do tema ora debatido.

Através de norma coletiva é estabelecido os parâmetros para o pagamento do benefício, mas poderia por meio dela afrontar os termos da lei?

Evidentemente não.

Encontra-se no ápice da pirâmide das fontes a Constituição, seguida da lei complementar, da lei ordinária, da lei delegada, do decreto legislativo, dos decretos (regulamentos), das portarias, da sentença normativa, do laudo arbitral, da convenção

¹⁴ Participação nos lucros e a incompatibilidade com as instituições filantrópicas. Publicado na Revista Nacional de Direito. <http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1117/participa-o-nos-lucros-e-a-incompatibilidade-com-as-institui-es-filantr-picas>. Acesso em 02.05.2013.

coletiva, dos acordos coletivos, do regulamento interno da empresa e do contrato de trabalho.¹⁵

Sérgio Pinto Martins ensina que “as normas coletivas são inferiores hierarquicamente à lei. A Lei, que é editada pelo Poder Legislativo, é superior hierarquicamente à norma coletiva, que pode ser fruto da composição das partes ou de imposição pelo Poder Judiciário nos dissídios coletivos”.¹⁶

A lei é a expressão da vontade do Estado, e esta persiste autônoma, independente do complexo de pensamentos e tendências que animaram as pessoas cooperantes na sua emanção.¹⁷

Igualmente fica afastada a validade da cláusula normativa sob a rubrica de abono especial, termo utilizado em inúmeras convenções coletivas.

Também descabe a aplicação do Princípio da norma mais benéfica, pois este não pode significar a eliminação do Princípio da Hierarquia das Leis.

De grande valor a lição do doutrinador Patrick Maia Merísio:

*O Direito do Trabalho depende do reconhecimento da hierarquia das fontes legais, o que é desprezado por uma ampliação excessiva e abusiva do princípio da aplicação da norma mais favorável, o qual não exclui a observância dos procedimentos válidos e regulares para a produção de uma fonte do Direito.*¹⁸

Infelizmente referido princípio vem sendo banalizado na interpretação das normas trabalhistas, no qual uma simples cláusula normativa pode se sobrepor expressamente ao dispositivo legal.

Destaca-se da parêmia: *quod contra legem fit, pro infecto habetur* (“o que se faz contra a lei é tido como não feito”)¹⁹.

DA JURISPRUDÊNCIA

¹⁵ Barros, Alice Monteiro. Obra citada. p. 127.

¹⁶ Direito do trabalho, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 875.

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Interpretação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p.130.

¹⁸ Direito coletivo do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 6.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit. p.227



O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, através de recentes julgados, também chancela o mesmo posicionamento jurídico, no qual a entidade filantrópica, desde que atendendo todos os requisitos do inciso II do 3º parágrafo do artigo 2º da referida lei 10.101 de 2000, está desobrigada ao pagamento da referida verba.

Nesse sentido transcrevemos:

A reclamada é entidade filantrópica, segundo noticia o Certificado de Inscrição expedido pelo Conselho Municipal de Assistência Social -COMAS/SP, em 26 de março de 2007, com validade de três anos (doc. 23, fl. 280), motivo pelo qual não há falar-se em participação nos lucros e resultados, de acordo com o Lei 10.101/2000. Assim, inadmissível que as normas coletivas acostadas com a inicial, que prevêem tal pagamento, se sobreponham à lei ordinária.²⁰

Por fim, requer o reclamante pagamento de PLR com base nas normas coletivas acostadas aos autos. Todavia, o pleito não merece guarida. Compulsando os autos, o contrato social da reclamada (fs. 194/215) dá conta que a ré é associação civil de natureza confessional, beneficente, filantrópica, sem fins econômicos e lucrativos, de caráter educacional, cultural e de assistência social. A Lei 10101/2000, que trata da participação nos lucros de empresa, no seu artigo 2º, § 3º preceitua que não são consideradas empresas para fins de PLR, a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente 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 a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades. É exatamente o caso da reclamada. Por essa razão, não existe

²⁰ TRT 2ª REGIÃO - 16ª TURMA - PROCESSO TRT/SP No. 0165700-38.2008.5.02.0011 ORIGEM : 11ª VARA DO TRABALHO de SÃO PAULO RECORRENTE : MARIA RIBAMAR BARROS DA SILVA RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO JESUITA DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL. PUBLICAÇÃO 19.03.2012.

*amparo legal para a pretensão obreira, posto que não apresentada qualquer prova no sentido de descaracterizar a condição de entidade sem fins lucrativos da reclamada.*²¹

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE- PERÍCIA TÉCNICA: "Se o conjunto probatório demonstra que não foi propiciado ao obreiro, no exercício de suas funções, adequado equipamento de proteção individual, procede o adicional de insalubridade". Recurso ordinário da reclamada a que se nega provimento.

*PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS - ISENÇÃO: "Comprovado que a reclamada é entidade de assistência social (sem fins lucrativos), com certificado de inscrição devidamente expedido com fundamento no artigo 3.º, da Lei n.º 8742/1993, improcede a prestação relativa à participação nos lucros e resultados". Recurso ordinário da autora a que se nega provimento.*²²

CONCLUSÃO

Assim, embora o Direito do Trabalho prestigie a proteção do trabalhador e a maximização dos direitos e garantias, não pode haver afronta a primazia da lei e do Estado de Direito.

Afinal, entendimento diverso seria afronta direta ao Princípio da legalidade esculpido no artigo 5ª da Constituição Federal, no qual estabelece que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Conclui-se que é ilegal a cláusula normativa que afronta os termos da Lei 10.101/00, especialmente o texto previsto em seu artigo 2º, parágrafo 3º, inciso II,

²¹ TRT/SP Nº 0228100-76.2009.5.02.0036 11ª Turma RECURSO ORDINÁRIO ORIGEM: 36ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO MAGISTRADA SENTENCIANTE: DANIELA ABRÃO MENDES DE CARVALHO RECORRENTE: WANILTON RIBEIRO DE CARVALHO RECORRIDO: ESCOLAS PROFISSIONAIS SALESIANAS. Data da publicação: 05-12-2012.

²² TRT 2ª Região 11ª TURMA – PROCESSO 02093-2007-061-02-00-0, Relator: DORA VAZ TREVIÑO, Data de Julgamento: 02/03/2010, Data de Publicação: 10/03/2010.



quanto a impossibilidade de pagamento do benefício da participação nos lucros pelas entidades sem fins lucrativos.

A peculiar natureza contábil da entidade filantrópica, amparada pela própria Constituição Federal (artigo 150) não pode ser afetada diretamente por ato previsto em norma coletiva.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed. São Paulo: LTr., 2007.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Instituições de Direito Público e Privado. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. Curso de direito do trabalho. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JOÃO, Paulo Sérgio. Participação nos lucros ou resultados das empresas. São Paulo: Dialética, 1998

JORGE NETO, Francisco Ferreira – Direito do Trabalho. Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2007

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho, 6 ed. São Paulo: Atlas. 2011



REVISTA DON DOMÊNICO

Revista Eletrônica de Divulgação Científica da Faculdade Don Domênico

7ª Edição – Junho de 2015 - ISSN 2177-4641

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho, 28 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª Ed. Rio de Janeiro: 2010.

MERÍSIO, Patrick Maia. Direito coletivo do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.