

Participação nos Lucros e a Incompatibilidade com as Instituições Filantrópicas

Alan Riboli Costa e Silva

Advogado.

Gustavo Saad Diniz

Advogado, Mestre em Direito Empresarial pela UNESP/Franca.

SUMÁRIO: 1 Caracterização das entidades filantrópicas; 2 Princípio da reversão dos lucros da atividade econômica para a realização dos fins assistencialistas; 3 A participação nos lucros como remuneração dos trabalhadores; 4 Incompatibilidade entre os institutos; Referências bibliográficas.

1 CARACTERIZAÇÃO DAS ENTIDADES FILANTRÓPICAS

O CC/2002 especificou as pessoas jurídicas de direito privado como sendo sociedades, associações e fundações. Procurou-se com a nova regra dissipar as dúvidas existentes em doutrina e jurisprudência em relação à qualificação jurídica da entidade, distinguindo-se com maior nitidez os elementos componentes do conceito de cada um dos institutos enumerados.

As sociedades apresentam composição baseada em pessoas que se unem em torno de uma finalidade, ficando nitidamente caracterizado o elemento lucrativo como diferenciador daquela finalidade. Poderão ser essas sociedades as titulares de uma empresa (*Unternehmensträger*), independentemente da sua caracterização como comercial ou civil. Entretanto, a partir do CC/2002, é de se ressaltar que não existe a possibilidade de criação da *sociedade civil sem fins lucrativos*, muito utilizada com base nas disposições do CC/1916, mas que foi abolida pela nova sistemática.¹

¹ De se anotar que o art. 2.031, do CC/2002, dá o prazo de um ano para que as sociedades civis sem fins lucrativos façam as adaptações estatutárias necessárias para compatibilizar com a nova norma. Há dúvida quanto à constitucionalidade da exigência, tendo em vista alguns entendimentos de que a lei estaria retroagindo sobre atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos das pessoas jurídicas constituídas sob aquela forma.

Apesar da base ser também de pessoas reunidas para uma finalidade, o CC/2002 especificou que as associações civis abrigariam os fins não-lucrativos, congregando pessoas para escopos de lazer, cultura, assistência social, religião, dentre outros. Dependendo das características da associação civil, seria admissível que ela pleiteasse a declaração de utilidade pública ou a qualificação como entidade beneficente de assistência social junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) ou, ainda, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP – Lei nº 9.790/99). Em qualquer destes casos, todavia, a característica principal seria a ausência de fins lucrativos, cumulada com a inexistência de distribuição de receitas, sob qualquer espécie, devendo reverter todos os resultados econômicos da associação para o cumprimento de suas finalidades.

De natureza distinta são as fundações, posto que se fundam na conjunção de um patrimônio com uma finalidade, necessariamente social e dentro daquelas enumeradas pela clausura do art. 62 do CC/2002. Ao contrário das associações, as fundações não se baseiam nas pessoas que as compõem, mas no patrimônio que é dotado para o cumprimento daquela finalidade específica. Por princípio, todo o resultado econômico obtido pela fundação deve ser necessariamente destinado ao cumprimento de suas finalidades estatutárias, ainda que haja exploração de atividades econômicas.

Assim como ocorre com as associações, as fundações também podem pleitear o reconhecimento de utilidade pública ou a qualificação do CNAS como Entidade Beneficente de Assistência Social. Também seria admissível o enquadramento como OSCIP, obtendo tal titulação do Ministério da Justiça.

Diante de tal descrição, bem se vê que as fundações e as associações, dependendo da finalidade, têm tendência a se constituírem como entidades filantrópicas, reconhecidamente beneficentes e sem fins lucrativos. Ainda que haja atividade econômica que gere resultados financeiros positivos, tais valores devem ser necessariamente reaplicados nas entidades, para cumprimento dos fins sociais a que se destinam.

Não há incorporação desses valores ao patrimônio pessoal dos associados ou mesmo dos membros da administração da fundação, porque o proveito econômico é justamente de sustentação do fim educacional ou assistencialista desenvolvido pela entidade.

2 PRINCÍPIO DA REVERSÃO DOS LUCROS DA ATIVIDADE ECONÔMICA PARA A REALIZAÇÃO DOS FINS ASSISTENCIALISTAS

As fundações e associações com finalidades filantrópicas devem reverter os lucros da atividade econômica para a realização dos fins fundacionais. É o que VALERO AGUNDEZ entendeu por *inversión de su*

capital, “para obtener rendimientos con los que promover las finalidades que le son propias”.²

Por definição, a atividade social é desvinculada do elemento lucro, entretanto, nada impede que se reverta o resultado financeiro positivo obtido em benefício do interesse social tutelado. Dentro da proposta de criar uma atividade-instrumento de garantia de capital para realização da filantropia, é imprescindível que o capital obtido pela atividade econômica seja revertido para a fundação ou associação.

Seria inconcebível admitir a distribuição de lucros, entrando em franca contradição com os fins públicos das filantrópicas. Esse raciocínio se aplica em toda a extensão da fundação-empresa. Com relação à participação da fundação em sociedade por cotas ou em sociedades de capital, deve ser analisado que, muitas vezes, a fundação não será sócia-quotista ou acionista única, entendendo-se nesse caso que os dividendos cabentes à fundação, estes, sim, devem ser necessariamente aplicados na realização do fim idealizado.

Na legislação espanhola, através do art. 22, da Lei nº 30/94, que reconhece a possibilidade da fundação exercer, direta ou indiretamente, atividades mercantis ou industriais, o princípio da reversão dos resultados econômicos positivos para cumprimento das finalidades fundacionais foi descrito pela Exposição de Motivos da Lei, no tópico V, nos seguintes termos: “Merecen destacarse, además, dos aspectos que inciden sobre la actividad de las fundaciones: el primero es la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales; el segundo consiste en la exigencia de que una determinada proporción de las rentas y de cualesquiera otros ingresos que obtenga la Fundación sea destinada a la realización de los indicados fines”.

Ainda nesta lei espanhola, verifica-se a disciplina fiscal das rendas e ingressos incorporados pelas fundações, dispondo o art. 25 da Lei nº 30/94, nos seguintes termos:

“1. A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la Fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.

2 AGUNDEZ, Valero. *La fundacion como forma de empresa*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1969, p. 116.

2. La Fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de las rentas e ingresos a que se refiere el apartado anterior en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

3. De conformidad con los artículos 12.2 y 17.2, se entiende por gastos de administración aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 13.6.”

3 A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS COMO REMUNERAÇÃO DOS TRABALHADORES

Além dos salários e das verbas trabalhistas advindas dos dispositivos da CLT, ainda é possível que sejam fixadas remunerações extras ao empregados ativos,³ por peculiaridades da categoria envolvida no contrato de trabalho. Assim sendo, por convenção coletiva, contrato normativo que vincula determinadas categorias patronais e de trabalhadores, pode ser fixado um valor percentual para pagamento aos empregados como participação dos lucros líquidos obtidos pela empresa. Assim, o empregado recebe do empregador um acréscimo, uma parte dos lucros da empresa, não como sócio, mas como trabalhador cooperante da produção.

Referido direito dos trabalhadores foi positivo no texto do art. 7º, inciso XI, da CF/88, nos seguintes termos: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.⁴ Segundo o Ministro VANTUIL ABDALA, do TST, sob a norma em enfoque: “Se manteve a natureza das anteriores, de norma contida, porque dependente de regulamentação de lei ordinária, trouxe em si, ordenamento de eficácia plena e imediata, qual seja, a de que a participação nos lucros ou resultados é desvinculada da remuneração”.⁵

Seguindo este entendimento, o TST cancelou o Enunciado nº 251, que dispunha: “A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente

3 Afasta-se a extensão da participação nos lucros e resultados aos inativos e pensionistas. O argumento utilizado pelos tribunais é que a participação nos lucros não se vincula à remuneração, ante sua natureza indenizatória, nos termos do art. 7º, inciso XI, da CF/88. Apresentam-se os seguintes precedentes: TRT 4º R., RO 00898.014/00-0, 7ª T., Relª Juíza Conv. Inajá Oliveira de Borba, J. 16.10.2002; TRT 15ª R., Acórdão nº 007279/2000-SPAJ e Acórdão nº 010580/2002-SPAJ; TRT 2ª R., 3ª T., Acórdão nº 20030253009.

4 Também pode ser invocado o art. 218, § 4º, da CF/88, que dispõe expressamente: “Art. 218. (...) § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”.

5 ABDALA, Vantuil. Participação nos lucros e nos resultados. *Síntese Trabalhista*, n. 91, Porto Alegre: Síntese, p. 7, jan./1997.

paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais". Com o novo entendimento, sobre os valores recebidos pelos empregados a título de participação nos lucros não incidem mais os reflexos de férias, 13º salário, FGTS e demais encargos sociais. Ainda de acordo com o Ministro VANTUIL ABDALA, foi afastado o desestímulo para adoção desse tipo de remuneração variável.⁶

Por ser verba fixada em convenção coletiva, há obrigatoriedade de pagamento por parte da empresa, tendo em vista que as disposições contratuais têm a força normativa ou impositiva-atributiva de direitos e obrigações para as categorias submetidas às regras contratadas pelos sindicatos (art. 8º, inciso VI, da CF/88).

O que deve ser ressaltado, todavia, é que dependendo do que constar na convenção coletiva, a ausência de lucros em quaisquer dos períodos autoriza o não-pagamento da remuneração, por inoccorrência do fato gerador. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: "Comprovado através de balanços que o não-pagamento em determinado período deveu-se à ausência de lucro, bem como que nos demais períodos a verba foi paga em importe condizente com os resultados financeiros, nada mais é devido a esse título, não havendo que se falar em critérios fixos para o seu pagamento, ainda que em face da habitualidade".⁷

4 INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS

É pacífico em doutrina e jurisprudência que o pagamento da gratificação semestral ou anual, conforme o caso, está condicionado à existência de lucro. Comprovado através de balanços que o não-pagamento em determinado período ocorreu por ausência de lucro, bem como que nos demais períodos a verba foi paga em importe condizente com os resultados financeiros, nada é devido a esse título, não havendo que se falar em critérios fixos para o seu pagamento, ainda que em face da habitualidade.

Acontece que certas entidades assistencialistas possuem atividades econômicas que são revertidas para o cumprimento de suas finalidades. São os casos, dentre outros, de: a) fundações ou associações com fins educacionais, que concedem bolsas de ensino a pessoas carentes, por meio da exploração do ensino; b) fundações ou associações que se dedicam à prestação de serviços de saúde, utilizando o rendimento dos serviços remunerados para financiar o pagamento dos serviços gratuitos disponibilizados à comunidade; c) fundações ou associações dedicadas à

6 ABDALA, Vantuil. Ob. cit., p. 7.

7 TRT 15ª R., Proc. 31826/99 (41985/01), SE, Rel. Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier, DOESP 01.10.2001, p. 66.

pesquisa científica, desenvolvendo patentes que posteriormente são oferecidas às empresas, que pagam *royalties* por tais valores.

Muito embora haja a exploração de atividade econômica, a equiparação com as empresas não pode se estender à possibilidade de fixação de participação nos lucros e resultados financeiros da entidade. Isto porque, conforme já foi observado, todos os resultados obtidos pela entidade filantrópica, ainda que advindos de exploração de atividade econômica, deverão ser necessariamente revertidos para o cumprimento das finalidades sociais. Em outras palavras, não se transformam em lucros ou resultados financeiros partilháveis entre todos aqueles que fazem parte da organização: fundadores, associados ou empregados.

Não é admissível que se proceda ao desconto de resultados da atividade social da fundação, porque há incompatibilidade entre os institutos jurídicos.

A participação nos lucros e resultados tem natureza indenizatória e caracteriza estímulo para os trabalhadores participarem dos resultados apropriados pelos sócios da empresa. Se não houver lucros na empresa, não há participação, conforme decisões reiteradas dos tribunais.

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 o reverte para as suas finalidades.

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.

Tome-se o exemplo de fundação voltada para fins educacionais, explorando a atividade escolar para garantir, com os resultados obtidos, a concessão de bolsas de estudo e manutenção de creches. Se há resultado econômico, deverá ser voltado para a atividade assistencialista, até para que cumpra as cotas que garantem à fundação os benefícios fiscais das contribuições devidas ao INSS. É contra-senso exigir que a fundação reverte valores aos empregados a título de repartição de lucros e resultados, porque não há apropriação dos lucros da entidade, a não ser a reversão integral dos valores para os fins assistenciais. É até dever do Ministério Público fiscalizar essa reversão integral de valores, conforme art. 66, do CC/2002.

Os argumentos contrários a esse raciocínio têm se utilizado de precedente produzido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, assim ementado: “Ação anulatória. Cláusula de convenção coletiva. Participação nos lucros (ou abono especial). Entidade filantrópica. Se não demonstrado o vício de consentimento, não procede ação anulatória para invalidar cláusula de convenção coletiva – que determinou pagamento de abono a título de participação nos resultados – sob o argumento de que a requerente não se presta como instrumento de lucro por ser reconhecida como entidade de fins filantrópicos. Matéria que deve ser apreciada, após provocação, por meio de ação de cumprimento”.⁸ Acontece que os que se sustentam neste acórdão da lavra do Juiz GUALDO FORMICA, desconsideram o conteúdo do próprio acórdão. No caso, apesar da negativa de provimento ao recurso, deve-se considerar que não houve comprovação de vícios de consentimento e o relator ressaltou, no decorrer do voto, que a entidade poderia e deveria ter-se pronunciado nas negociações coletivas da categoria, exigindo a produção de ressalvas para excluir a entidade filantrópica da exigência de repartição de lucros. Aliás, o julgador também não afasta a possibilidade de arguição do assunto em ação de cumprimento de cláusula convencional, com a devida dilação probatória.⁹

8 TRT 2ª R., ADN 1999004771 (2001002112), SDC, Rel. Juiz Gualdo Formica, DOESP 05.10.2001.

9 Extrai-se do acórdão o seguinte trecho: “Busca a requerente a anulação de cláusula de convenção coletiva que determinou pagamento de abono a título de participação nos resultados, firmada entre a requerente, a requerida e os requeridos, alegando que, por ser reconhecida como entidade de fins filantrópicos, não se cuida de empresa que tem por finalidade o lucro, devendo, portanto, ser excluída da obrigação instituída nos instrumentos coletivos citados.

No entanto, não se verifica, na hipótese, nenhum vício de consentimento a autorizar a declaração de nulidade da cláusula em apreciação.

Como bem assevera a douta Procuradora do Trabalho em seu parecer, cujos fundamentos adoto para que façam parte integrante deste voto,

‘(...) a pretensão é de que se declare o direito de exclusão e de inexigibilidade de cumprimento de condição normativa convencional (duas cláusulas de idêntico teor em normas distintas, das mesmas categorias: 51ª e 54ª, aludindo à participação nos lucros/resultados e/ou abono especial) pelas entidades sindicais, patronais e profissionais, à autora que é pessoa jurídica sem fins lucrativos, com imunidade constitucional no que se refere a pagamento da participação nos lucros e resultados, ou mesmo a outro título com a mesma finalidade, aos trabalhadores que emprega.

A cláusula foi inserta em três normas coletivas, firmadas também por entidade que representa a demandante. Não há nos autos prova de vício de consentimento ou de qualquer irregularidade que macule a validade desses instrumentos. Igualmente, não há sequer indícios de que a exequente tenha protestado regularmente contra a instituição do abono perante assembleia de sua categoria, de forma a justificar seu inconformismo apenas depois de firmado o terceiro instrumento normativo.’ (fl. 472)

A ação anulatória só é acolhida quando a cláusula discutida for recheada de vícios congêntos, insanáveis, como aqueles praticados em detrimento ao disposto nos arts. 9º e 623 da CLT:

‘Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação.’

‘Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acordo que, diretamente ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômica-financeira do Governo ou concerne à política salarial vigente ...’

Não é o caso dos autos, até porque eventual isenção da autora veiculada em Medida Provisória não se insere na proibição do citado art. 623, cabendo lembrar que, na hierarquia das normas no Direito do

Com o advento da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, o legislador buscou colocar fim à discussão, estabelecendo em seu art. 2º, § 3º, inciso II, que a entidade sem fins lucrativos, que cumprisse cumulativamente os requisitos previstos nas alíneas a, b, c e d,¹⁰ para fins desta lei, não seria equiparada à empresa e, conseqüentemente, estaria desobrigada ao pagamento referente à participação nos lucros.

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 nº 10.101/00, estariam obrigadas a pagarem o abono especial, ao invés da participação nos lucros, “burlando”, assim, a essência da lei de participação nos lucros.

Ressalte-se, finalmente e em nota conclusiva, que mesmo se a fundação ou a associação tiverem atividade empresarial de sustento da finalidade, os valores obtidos representam somente um meio de concretização do escopo filantrópico, descaracterizando os pressupostos de constituição da participação nos lucros. A equiparação de filantrópicas com a empresa empregadora, realizada pela CLT no art. 2º, § 1º,¹¹ não seria propriamente aplicável ao caso da participação nos lucros, por serem situações com pressupostos fáticos completamente distintos. Assim entende AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO: “Estando a idéia de lucro vinculada à de empresa, sendo, também, o conceito de resultado, conceito estritamente contábil, parece-nos que a participação visada no texto constitucional diz respeito, apenas e tão-somente, à empresa e não aos empregadores em geral. Estarão, destarte, excluídos da participação aqueles que se não constituíam

Trabalho, prevalece o princípio da *mais benéfica*, tanto que não é ilegal estabelecerem as partes, quando da negociação coletiva, condições mais vantajosas que aquelas previstas em lei.

A isenção das entidades filantrópicas no que tange à obrigatoriedade de participação nos lucros aos seus empregados deverá, se o caso, ser argüida em eventual ação de cumprimento e dependerá do criterioso arbítrio do juiz que a julgar, o qual poderá ou não entender inexigível a obrigação, após verificadas as condições da entidade no momento da aplicação do direito.

Mas não vislumbro a possibilidade de anulação de referida cláusula, uma vez que, tenha o estabelecimento finalidade lucrativa ou não, a edição da mencionada Medida Provisória nº 794, de 29.12.1994, não impediu a avença por ocasião das tratativas das categorias econômica e profissional.

Assim, repita-se, sua aplicação só poderá ser decidida pelo Juízo de Primeiro Grau quando provocado por meio de ação de cumprimento de cláusula convencional, onde as partes poderão produzir as provas que entenderem necessárias”.

- 10 “Art. 2º (...) § 3º (...) II (...) 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; e 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.”
- 11 “Art. 2º (...) § 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.”

empresas, tais como os alinhados no § 1º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos) (...).¹²

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Vantuil. Participação nos lucros e nos resultados. *Síntese Trabalhista*, n. 91, Porto Alegre: Síntese, p. 7, jan./97.

AGUNDEZ, Urbano Valero. *La Fundacion como forma de empresa*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1969.

BRITO, Adriana Maria Hopfer. *Participação nos lucros*. Curitiba: Juruá, 1996.

DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

GOTTSCHALK, Elson. *A participação do empregado na gestão da empresa*. São Paulo: LTr, 1996.

LEHMANN, Heinrich. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 7. ed. Berlin: Walter de Gruyter & CO., 1952.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 8. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Participação dos empregados nos lucros das empresas*. São Paulo: LTr, 1991.

12 TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Participação dos empregados nos lucros das empresas*. São Paulo: LTr, 1991, p. 51.