

COMENTÁRIOS ACERCA DA (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DA EMPRESA: A POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL E SEUS EFEITOS

Kalinca Gonçalves Leite¹

Resumo

O presente artigo teve como escopo discorrer sobre a efetividade do direito social de participação nos lucros e resultados da empresa, previsto no artigo 7º, XI, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, salienta-se que o supracitado dispositivo constitucional trata-se de norma de eficácia limitada de princípio programático, a qual foi regulamentada pela Lei 10.101/00. Com efeito, a fim de verificar a efetividade deste direito social, necessário se fez analisar a norma que regulamenta a matéria, em especial no tocante as suas consequências práticas. Nessa senda, verificou-se que, embora tenha sido infraconstitucionalmente regulamentado, este direito social não está sendo devidamente garantido. Assim sendo, tornou-se imperioso discorrer acerca da possibilidade da propositura de eventual ação constitucional para o suprimento de uma possível omissão parcial por parte do Poder Legislativo e seus efeitos.

Palavras chave: efetividade, direitos sociais, participação nos lucros, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Introdução

O tema deste trabalho consiste primordialmente em um estudo sobre a possibilidade de propositura de ação direta de constitucionalidade por omissão parcial, em decorrência da ausência de efetividade total do direito social de participação nos lucros e resultados da empresa, previsto no artigo 7º, XI da Constituição Federal e regulamentado pela Lei 10.101/2000.

Para um melhor entendimento, este estudo foi dividido em 2 (dois) capítulos, onde estão delineados os objetivos específicos deste trabalho.

No primeiro capítulo, far-se-á uma análise do direito fundamental social de participação nos lucros e resultados, discorrendo-se acerca de seus aspectos históricos e legais, bem como a sua aplicabilidade no direito brasileiro.

No segundo capítulo, discorrer-se-á acerca da (in)efetividade da Lei 10.101/2000, bem assim sobre a possibilidade de propositura de eventual ação

¹ Advogada, aluna na modalidade especial do mestrado em Direito e Justiça Social da Fundação Universidade do Rio Grande (FURG); Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande.

constitucional para suprimento de omissão parcial do Poder Legislativo e os seus efeitos.

A realização deste trabalho foi motivada pela relevância que o tema possui, especialmente no tocante à justiça social e distributiva. Nessa senda, considerando a grande desigualdade social decorrente da má distribuição de riquezas no Brasil, é necessário refletir acerca da efetividade de direitos sociais, tais como a participação nos lucros e resultados, visto que estes são direitos que visam reduzir as desigualdades sociais e regionais, um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Por fim, sendo o constitucionalismo uma zona cinzenta entre o Direito e a Política, é salutar a análise de temas que envolvam matérias jurídicas e de políticas públicas. No entanto, frisa-se que este trabalho não possui um viés neoconstitucionalista, o qual visa afirmar a onipresença da Constituição Federal. Busca-se tão somente analisar a efetividade de um direito positivado e as possíveis soluções para a sua não efetividade, sem, contudo, desvalorizar a política e legislador.

1. O direito fundamental social de participação nos lucros e resultados da empresa

Os direitos fundamentais sociais pertencem, na evolução histórica, à segunda dimensão de direitos fundamentais. É possível conceituá-los como direitos a prestações materiais a serem fornecidas pelo Estado com o objetivo de reduzir as desigualdades entre os indivíduos. Dessa forma, os direitos sociais são aqueles que, previstos expressa ou implicitamente na Constituição Federal, têm o condão de melhorar as condições de vida dos cidadãos de uma forma geral, a fim de concretizar a igualdade social.

No entanto, este conceito comumente empregado não é estanque, pois há direitos sociais que não exigem uma prestação positiva do Poder Estatal, como é o caso da maioria dos direitos sociais dos trabalhadores, previstos no artigo 7º da Constituição Federal.

Estes direitos, de acordo com Ingo Sarlet, são denominados “de defesa” ou “negativos”. Nesse sentido, o referido autor expressa que

Se os direitos sociais a prestações (segundo Alexy, os direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito), na sua dimensão subjetiva, implicam direitos subjetivos negativos, também há que destacar que a Constituição de 1988, pelo menos de acordo com seu texto, incluiu no seu rol de direitos sociais posições, que, a despeito de uma correlata dimensão (ou função) positiva ou prestacional, assumem a feição de típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como dão conta, entre outros, os exemplos do direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade). (SARLET, 2008, p. 169-170)

Todavia, cumpre referir que o direito social de Participação nos Lucros e Resultados das Empresas, em que pese se encontre no rol do artigo 7º da Constituição Federal (inciso XI), exigiu (e ainda exige) uma atuação positiva do Estado (e não só deste), uma vez que foi necessária a criação de uma lei que regulamentasse a matéria para que este direito fosse efetivado (ainda que parcialmente, como se verá mais a frente).

Ademais, é necessário referir que há discussões acerca da fundamentalidade ou não dos direitos sociais. Porém, entende-se que estes são direitos fundamentais, pois estão dispostos no Capítulo II, do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) da Carta de 1988, sendo que tal localização não deixa dúvidas quanto a sua condição de autênticos direitos fundamentais. Nesse sentido:

Mesmo se considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional pátrio, teríamos de levar em conta a existência, nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, de direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos), como é o caso, entre outros, do direito de greve da liberdade de associação sindical, também se encontrariam ao abrigo das “cláusulas pétreas”. Também por esta razão, ainda mais à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição, não nos parece possível excluir os direitos sociais do rol das assim chamadas “cláusulas pétreas”. (SARLET, 2008, p. 174).

Assim, considerando ser o direito de Participação nos Lucros um direito fundamental social expressamente previsto na Constituição Federal e que pode exigir uma prestação positiva do Estado, imperioso se faz analisar o seu conceito, origem, bem como a sua aplicabilidade no direito brasileiro.

1.1 Visão geral: conceito e histórico.

A participação nos lucros permite que os trabalhadores se beneficiem do êxito das empresas em que trabalham, de modo a motivar uma maior dedicação desses empregados a suas atividades, aumentando o seu comprometimento com os resultados da empresa. Sob tais circunstâncias espera-se um aumento na produtividade da firma e na estabilidade do trabalhador na empresa, pois ao comprometer-se com os resultados desta, estaria também se beneficiando.

Historicamente eram pagas gratificações aos empregados de forma voluntária, como uma forma de compensar os lucros obtidos pela empresa diante do bom desempenho do funcionário. De acordo com Sérgio Pinto Martins (2000, p. 21) a ideia de participação nos lucros tem como origem o fato de o Estado ter se interessado em repartir os lucros das empresas mediante a aplicação de impostos sobre estes, com o fim de também assegurar de alguma forma a participação dos empregados nestes lucros, pois é através do trabalhador que as empresas os obtêm.

Para o referido autor (2000, p. 22) a participação nos lucros é manifestação do sistema capitalista e se desenvolve desde muito tempo. Em sua análise, este direito iniciou-se em uma forma de distribuição dos lucros empregados, passando pela participação do trabalhador no capital das empresas, até chegar à participação na gestão.

No Brasil, a ideia de participação nos lucros surgiu com a cultura portuguesa, na qual era dada uma contribuição ao empregado que trabalhava “bem”, sendo que o trabalhador era considerado “bom” de acordo com os lucros que gerava para a empresa.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins (2000, p. 112) explica que um obstáculo para a instituição do sistema da participação seria a dificuldade de se encontrar critérios na distribuição dos lucros, analisando-se de forma objetiva o desempenho dos funcionários. Ainda, vale destacar a dificuldade na apuração exata dos lucros auferidos pela empresa.

Com efeito, muitas foram as medidas provisórias editadas pelo governo até o advento da Lei 10.101/00, que regulamenta o tema, pois conforme se pôde depreender através de pesquisas jurisprudenciais, não é grande o interesse dos

sindicatos na participação dos lucros, notando-se que as reivindicações concentram-se basicamente em melhorias do salário e manutenção do emprego.

E isto pode ser explicado. É bem verdade que as empresas costumam utilizar esse instituto como forma de flexibilizar direitos do trabalhador, sopesando que tal verba não possui natureza salarial, não incidindo nas verbas rescisórias, pois. No entanto, se o direito de participação fosse utilizado/regulamentado de forma correta, com a finalidade precípua de beneficiar o empregado, como é seu real sentido, certamente os sindicatos despenderiam maior parte de seu tempo para o assunto.

Em que pese o provável desinteresse dos Sindicatos no tema, a Constituição Federal Brasileira prevê em seu artigo 7º, XI:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos ou 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, conforme definido em lei.

Nota-se que este dispositivo pode ser classificado como uma norma de eficácia limitada de princípio programático, a qual não estava apta a produzir sozinha a sua eficácia máxima, dependendo de o legislador comum editar outra norma para dar corpo ao programa constitucionalmente previsto.

Nesse íterim, no ano 2000 foi editada a Lei 10.101, a qual regulamentou este direito social previsto expressamente na Constituição Federal. De acordo com esta lei, a participação nos lucros trata-se de um instrumento de integração entre o capital e o trabalho e de um incentivo à produtividade.

Ainda, prevalece o entendimento de que a participação é facultativa, pois de acordo com o artigo segundo da referida lei, para que esta exista, é necessária a existência de negociação coletiva ou de comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da categoria.

Ademais, analisando a lei é possível notar que a tributação feita à empresa é diferente nessa modalidade de verba, o que beneficia o empregador de certa forma. Todavia, não há isenção de tributos, o que faz com que as empresas muitas vezes deixem de conceder este benefício ao empregado por não o considerarem “benéfico” (para a empresa).

Nesse sentido, percebe-se que a supracitada lei abre margem para uma grande discricionariedade por parte das empresas, pois só quem fizer negociação coletiva é que irá dividir lucros, e só irá fazer negociação coletiva a empresa que quiser, e, conseqüentemente, tudo acaba se resumindo em se este instituto vai ser interessante tributariamente para a empresa ou não, não se pensando no empregado como sujeito de um direito social expressamente previsto na constituição federal.

Nesse contexto, no próximo item será analisada a questão da eficácia e aplicabilidade deste direito social.

1.2 Eficácia e aplicabilidade

A eficácia dos direitos fundamentais sociais é sem dúvida um dos temas mais relevantes no âmbito da teoria dos direitos fundamentais. De fato, os direitos fundamentais de primeira dimensão não deixam dúvidas quanto a sua força normativa, visto que não necessitam de uma atuação positiva do Estado para serem efetivados. Em contrapartida, os direitos sociais encontram uma série de obstáculos para o alcance de sua plena efetividade, sobretudo aqueles que requerem que o Estado forneça determinadas prestações materiais.

Em que pese a Constituição de 1988 tenha elencado uma variada gama de direitos sociais, é possível perceber que estes enfrentam óbices para sua efetivação. Não são raras as vezes em que necessita-se recorrer à tutela do Poder Judiciário, a fim de que direitos fundamentais sociais sejam prestados por aqueles que deveriam ter atuado espontaneamente, mas assim não fizeram.

Outrossim, o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, norma que afirma que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, possui um alcance razoavelmente limitado, pois não é possível dar aplicabilidade imediata a normas que por sua natureza necessitam da atuação do Poder Estatal para que sejam efetivadas.

José Afonso da Silva (2003, p. 165), ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais, diz que os direitos democráticos e individuais (art. 5º) são geralmente previstos em normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto os

direitos sociais, na Constituição vigente, também tendem a ter aplicabilidade imediata. Mas alguns deles, especialmente quando consagrados em normas que reclamam lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Dessa forma, leciona então que, em relação a estas normas, o artigo 5º, §1º da Constituição Federal significa que: a) elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições propiciem condições para o seu entendimento e; b) que o Poder Judiciário, quando provocado, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

É nesse último quadro que o direito social fundamental de participação nos lucros e resultados das empresas se insere. Trata-se de uma norma de eficácia limitada, a qual foi regulamentada pela Lei 10.101/2000, tendo por escopo uma distribuição mais justa das riquezas, sendo este direito um instrumento de integração entre o capital e o trabalho e incentivo à produtividade.

Entretanto, conforme explicitado anteriormente, o fato de a participação nos lucros ser facultativa não permite que tal direito seja efetivado de forma plena. Nota-se grande discricionariedade por parte das empresas, pois é necessária negociação coletiva ou comissão paritária para que o empregador conceda este benefício ao empregado.

Nesse íterim, percebe-se que este direito não está sendo aplicado corretamente, considerando o fato de ser uma norma definidora de um direito social do trabalhador, que é utilizada em sentido contrário, em benefício da empresa. Prova disso é o fato de que, através de pesquisa jurisprudencial, pôde-se constatar que os contenciosos que envolvem a participação nos lucros em sua maioria discutem questões de ordem econômica, com o fim de reduzir custos de encargos fiscais e trabalhistas, nada se questionando quanto à efetividade da norma em prol do trabalhador.

Pode-se citar como exemplo o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5236, que trata acerca da inconstitucionalidade do §3º do artigo 2º da Lei 10.101/00, o qual discute somente o conceito de empresa que se enquadra na lei para a participação nos lucros. Ainda, no Estado do Rio Grande do Sul, a questão mais debatida é sobre a proporcionalidade do pagamento deste direito,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DE FORMA PROPORCIONAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Tendo o empregado trabalhado durante 9 meses em determinado

ano, faz jus à verba Participação nos Lucros e Resultados correspondente àquele exercício, proporcionalmente aos meses laborados, não se conferindo validade a acordo entabulado entre as partes que, da incidência de seus efeitos, exclua empregados dispensados sem justa causa, sob pena de afronta ao princípio da isonomia (art. 5º, CF). Em observância a este princípio, ficam refutadas as alegações de que as cláusulas do acordo devem ser interpretadas restritivamente (art. 1090 do CCB de 1916; art. 114 do atual Código Civil). Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 988402920025040005 98840-29.2002.5.04.0005, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/10/2008, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/11/2008.)

Assim sendo, pode-se concluir que não há discussões acerca do real alcance, sentido e efetividade da norma. Não há uma preocupação efetiva com este direito, o qual, em países Europeus como a França, é enfrentado com maior seriedade com o fito de gerar uma distribuição de riquezas mais equânime e justa. Aliás, na França, as firmas que empregam mais de cinquenta trabalhadores são obrigadas a oferecer mecanismos de participação nos lucros aos funcionários (MARTINS, 2000, p. 32).

De fato, a sociedade deve ser instigada a pensar sobre o porquê de aceitar-se que grande parte da riqueza do nosso país se concentre nas mãos de poucos. É necessário refletir que não é somente no setor público que deve haver uma distribuição justa de bens, dinheiros e valores, mas também no setor privado.

Nesse contexto, é salutar repensar sobre os países europeus, nos quais há empresas que dão certo efetuando políticas de distribuição de lucros, e no quanto essas questões afetam diretamente o modelo de sociedade de um país. A França é o principal exemplo em que a implementação deste direito foi feita de forma adequada, gerando efeitos positivos sobre a produtividade (CORRÊA, 2006, p. 380).

Ademais, nota-se que o direito social discutido enquadra-se em uma política pública distributiva, que na verdade mais se insere no setor privado, pois as empresas distribuem seus lucros em prol do bem-estar social. Com efeito, trata-se de uma questão de Justiça Distributiva na concepção de Tomás de Aquino, segundo a qual, nas palavras de Ricardo Castilho,

[...] consiste em parâmetro de avaliação de todas as partilhas efetuadas no sei da sociedade, sejam elas realizadas pelos governantes, sejam elas levadas a efeito entre concidadãos, dentro de quaisquer dos microcosmos sociais – a família, a comunidade eclesiástica, a comunidade escolástica e outras formas parciais de associação. Desse modo, não mais se pensa a distribuição como privatização de bens e encargos, uma vez que as coisas já pertencentes ao patrimônio de sujeitos privados poderiam vir a ser repartidas em acordo com cânones da Justiça Distributiva. (CASTILHO, 2009, p. 21).

Dessa forma, frisa-se que o Estado poderia atuar de forma a concretizar os ideais de uma distribuição de riquezas equânime. Isso poderia ser feito, por exemplo, através de uma lei que fosse realmente apta a efetivar o direito social de participação nos lucros, sem esta grande margem de discricionariedade que a Lei 10.101/00 concede aos empregadores.

Diante do exposto, considerando a não efetividade total deste direito social, no próximo capítulo será enfrentada a questão da atuação do Poder Judiciário através da possibilidade de propositura de eventual Ação de Inconstitucionalidade por Omissão Parcial.

2. A não efetividade da lei e a possibilidade da propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Como visto, no Brasil, o direito social fundamental de participação nos lucros não está sendo plenamente efetivado, sopesando que há uma grande margem de discricionariedade para as empresas, sendo que estas somente efetuam políticas de participação nos lucros quando entendem que será benéfico para a sua economia interna. De fato o Estado elaborou uma lei para regulamentar a matéria, todavia, tal lei não teve o condão de efetivar este direito de forma plena, considerando que nada impôs.

Nessa senda, a Lei 10.101/00 na prática não foi capaz de alterar a situação já existente no país, pois continuou prevendo a Participação nos Lucros como uma norma facultativa. Aliás, através da pesquisa realizada foi possível perceber que até mesmo os Sindicatos Profissionais não possuem grande preocupação com este direito, diante da sua natureza não salarial.

Dessa forma, este direito social é visto como um “*plus*”, algo a mais que o empregado recebe quando a Empresa é “*solidária*” e resolve compartilhar os seus lucros. No entanto, este instituto não pode ser pensado dessa forma, considerando que foi elaborado como um *direito* que o trabalhador possui, e não como um ato de mera *liberalidade* a ser praticado pelo empregador.

Destarte, diante da inefetividade desse direito social, resta responder as seguintes questões: o que pode ser feito a fim de alterar essa situação? Será possível que o Poder Judiciário seja provocado através de uma Ação Direita de

Inconstitucionalidade por Omissão Parcial, considerando que a não efetividade é apenas parcial, pois já existe norma que regulamenta a matéria? Tais questionamentos serão respondidos nos itens a seguir.

2.1 Controle de constitucionalidade: sistema concentrado e ADI por omissão

O controle de constitucionalidade é uma forma de atividade legislativa negativa, ou seja, é a capacidade de retirar leis do sistema. É um mecanismo prático, por meio do qual se assegura a supremacia da constituição e a sua rigidez, extirpando do ordenamento jurídico leis que contrariam a Constituição.

No entanto, o controle de constitucionalidade no Brasil não se resume a esta ideia clássica de mecanismo de atividade legislativa negativa, em que pese esta seja uma função básica ainda muito importante. Atualmente o controle de constitucionalidade apresenta funções mais amplas, tais como a de *conferir eficácia plena para todas as normas constitucionais*.

Historicamente, o controle de constitucionalidade remonta à Grécia Antiga, entre os séculos V e VI, período no qual existiu a figura do *Graphé Paranomón*. Isso significava que caso uma lei comum fosse aprovada na Assembleia do Povo, e essa lei contrariasse uma lei fundamental (que era considerada divina e imutável), qualquer cidadão grego poderia acusar aquele que propôs a lei comum e esta acusação era levada a um tribunal de pelo menos mil jurados. Caso a acusação fosse tida como procedente, aquele que propôs a lei comum e aqueles que a aprovaram poderiam ser pessoalmente responsabilizados.

Esse seria o antecedente mais remoto do controle de constitucionalidade. Já como antecedente próximo pode-se citar como exemplo o Constitucionalismo norte-americano, através de casos famosos como *Ware X Hilton (1796)* e *Marbury X Madison (1803)*. Este último foi o caso em que John Marshall proferiu o famoso voto que começou pelo mérito e terminou pelas preliminares (BARROSO, 2011, p. 33).

De sorte, primeiramente o juiz acolheu o mérito, no entanto, posteriormente reconheceu que a lei que determinava o foro privilegiado seria inconstitucional, pois somente a Constituição poderia limitar a competência da Suprema Corte. Destarte,

definiu-se que o choque entre uma lei e a Constituição deve ser julgado pelo Poder Judiciário e essa lei deve ser declarada nula se viola a Constituição.

Quanto ao seu histórico no Brasil, de acordo com Gilmar Mendes (2009, p. 189), na Constituição de 1824 não havia nenhum mecanismo de controle de constitucionalidade, sopesando que esta Carta foi influenciada pelo constitucionismo francês. Assim sendo, caberia ao Poder Legislativo a atribuição de fazer as leis, alterá-las e revogá-las. Ademais, a ideia de controle de constitucionalidade não se correlacionava bem com a figura do poder moderador exercido pelo rei/imperador.

Ainda de acordo com o referido autor (MENDES, 2009, p. 190), sob a égide da Constituição de 1891 foi adotado o controle difuso, sendo estabelecida a competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas em que alguma das partes fundasse ação em dispositivo da Constituição Federal. Além disso, foi previsto um mecanismo recursal que viria a se tornar o recurso extraordinário.

Já a Constituição de 1934 trouxe inovações tais como a figura do Mandado de Segurança, o qual ampliou enormemente o controle difuso. Além disso, esta Carta previu a participação do Senado Federal no controle difuso para dar efeitos *erga omnes* à decisão judicial *inter partes*, por provação do Procurador Geral da República. Ademais, foi sob a égide da Constituição de 1934 que teve início o controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, com a criação da Ação Interventiva, instrumento similar a Ação Declaratória de Constitucionalidade (MENDES, 2009, p. 192).

Com efeito, este estudo se limitará a destacar aspectos desta modalidade de controle de constitucionalidade (controle concentrado), sopesando que a proposta do trabalho é justamente discorrer acerca da possibilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Parcial em face da ineficácia de art. 7º, XI da Constituição Federal de 1988.

Foi a Constituição de 1946 que, ao restabelecer o regime democrático no Brasil e o controle de constitucionalidade previsto na Carta de 1934, trouxe a representação de inconstitucionalidade, a qual é reconhecida nos dias de hoje como Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica. Aliás, foi nesse momento que o controle de constitucionalidade concentrado abstrato se firmou no país (MENDES, 2009, 197).

Outrossim, após o país passar por situações marcadas pelo Regime de Força, o qual não privilegiava o controle de constitucionalidade, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, e com ela formatado o atual sistema de controle: um sistema misto influenciado pela Constituição Portuguesa de 1976.

De acordo Com Lênio Streck,

A Constituição de 1988 manteve a fórmula de controle misto de constitucionalidade (controle direito, “abstrato”, incidental, concreto), agregando a ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no constitucionalismo português e iugoslavo (de antes da integração da federação), a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, introduzida pela EC 3. (2014, p. 526).

Dessa forma, vigora no Brasil o sistema misto de controle de constitucionalidade, no qual predomina a existência das figuras do controle difuso e concreto, e do controle concentrado e abstrato.

O controle concentrado de constitucionalidade (em especial a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão) será o objeto principal deste estudo, considerando que se visa discorrer sobre a função do controle de conferir eficácia plena para uma norma constitucional.

Tal modalidade de controle consiste naquela feita por um único órgão. No Brasil, este controle é feito pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça, neste último caso quando as leis ou atos normativos violam as Constituições Estaduais. Este conceito relaciona-se fortemente com o controle abstrato, segundo o qual não há um caso específico a ser debatido, ou seja, discute-se a (in)constitucionalidade de uma lei em tese.

As ações típicas desta modalidade de controle são a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão. Esta última será analisada mais detalhadamente diante do problema em questão

A Lei 9.868/99 regula o processamento e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), exercendo um papel que anteriormente cabia ao Regimento Interno do STF. Outrossim, a Lei 12.063/09 acrescentou à Lei 9.868 o capítulo II-A, o qual estabelece a disciplina processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por Omissão).

Ademais, foi a Carta de 1988 que trouxe a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) ao nosso ordenamento jurídico. De acordo com Gilmar Mendes e Ives Gandra,

[...] introduziu o constituinte, no art. 103, §2º, um sistema de controle abstrato da omissão. Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro de um prazo de trinta dias. (2005, p. 491).

Com efeito, o controle de constitucionalidade por omissão é exercido quando a violação a uma norma constitucional ocorre por um não agir. Como bem afirma Luís Roberto Barroso (2011, p. 54), esta se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais. Assim sendo, a ausência de medidas, sejam administrativas, sejam legislativas, para tornar concretas as normas constitucionais, podem dar ensejo à propositura da ADI por Omissão.

É importante destacar que nem sempre o “não-fazer” do legislador dará ensejo a uma omissão inconstitucional. De acordo com Luís Roberto Barroso *“esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo”* (2011, p. 55).

Dessa forma, frisa-se que a regra é que legislar é uma faculdade do Poder Legislativo. No entanto, há casos em que a Constituição vincula o Legislador a uma obrigação de criar a lei para que a norma constitucional atinja a sua eficácia plena. É nesses casos em que será possível o ensejo de ADI por Omissão. Aliás, entende-se ser este o caso do artigo 7º, XI da Constituição Federal.

A omissão do Poder Público pode ser total ou parcial. A omissão total ou absoluta estará configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstenha-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo. A omissão será parcial, quando houve algum tipo de atuação, porém esta não se mostrou eficiente para o fim de tornar efetiva a norma constitucional.

Para Luís Roberto Barroso,

Nessa hipótese, o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta. O exemplo típico no direito constitucional brasileiro tem sido a lei de fixação do salário mínimo, em valor que não satisfaz a exigência constitucional. (2011, p. 60).

Discute-se no Brasil sobre a viabilidade da ADI por omissão parcial. Para Ives Gandra e Gilmar Mendes (2005, p. 492) tal questão sequer merece ser discutida, pois quando a execução do dever de legislar é insatisfatória ou imperfeita há verdadeira ofensa ao que foi imposto ao legislador:

Por fim, é imperioso destacar que o efeito da procedência de uma ADI por Omissão consta do §2º do art. 103 da Constituição Federal, qual seja: dar ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias para tornar efetiva a norma constitucional, sendo que em se tratando de órgão administrativo, haverá um prazo de trinta dias a ser respeitado.

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal não possui o condão de “agir” para suprir a eventual omissão por parte dos demais Poderes, o que acaba por tornar em muitos casos a ADI por omissão inócua, pois o STF irá somente dar ciência ao poder inerte, sem que haja qualquer sanção para o descumprimento da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.

A partir do exposto, no próximo e último item deste ensaio será analisada a possibilidade da propositura dessa ação constitucional no caso da inefetividade do direito social de participação nos lucros.

2.2. Possibilidade e consequências da ADI por omissão parcial no presente caso

Conforme aduzido anteriormente, o direito social fundamental de participação nos lucros não está sendo plenamente efetivado no Brasil, especialmente porque a Lei 10.101/00 concede uma grande margem de discricionariedade para que empresas adotem ou não o instituto em tela. Dessa forma, o empregador somente efetua políticas de participação nos lucros quando entende que esta verba trará alguma vantagem para si, tais como reduções das onerações fiscais.

No entanto, não há que se falar em omissão total do Poder Legislativo, pois, de fato, foi elaborada uma lei para regulamentar a matéria. Todavia, tal lei não teve o condão de efetivar este direito de forma plena, considerando que nada impôs às Empresas, como ocorre na França, por exemplo.

Nesse sentido, a referida lei, na prática, não foi capaz de alterar a situação fática existente no país, pois continuou prevendo a Participação nos Lucros como

uma norma facultativa. Portanto, nota-se que a existência da legislação em nada modificou o que já estava ocorrendo.

Com efeito, este direito social continua sendo visto como um “*plus*”, algo a mais que o empregado recebe quando a Empresa é “*solidária*” e resolve compartilhar os seus lucros. No entanto, este instituto não pode ser pensado dessa forma, considerando que foi elaborado como um *direito* que o trabalhador possui, e não como um ato de mera *liberalidade* a ser praticado pelo empregador.

Portanto, há pelo menos uma omissão parcial por parte do Poder Legislativo, pois foi criada uma lei, mas esta lei é autofágica, não conseguindo efetivar o mandamento constitucional de forma plena. Dessa forma, nota-se que não se está diante de um caso em que o legislador possuía faculdade de legislar, porque conforme exposto o art. 7, VII tratava-se de uma norma que impunha ao legislador uma obrigação de atuar a fim de efetivar um direito social.

Assim, diante dessa omissão parcial constatada, percebe-se que seria possível a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Parcial por parte de algum dos legitimados ativos, a fim de que a omissão parcial do Poder Legislativo fosse suprida. E isso deveria ser feito através de uma nova lei mais impositiva, a qual tratasse a matéria como verdadeiro direito, não como liberalidade do empregador.

No entanto, como consequência de eventual procedência dessa ação, ocorreria apenas a eventual ciência ao Poder Legislativo para que tornasse efetiva a norma constitucional, sendo que este poderia permanecer inerte, pois não há sanção para o não cumprimento da decisão do Supremo.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que o direito social fundamental de participação nos lucros não está sendo plenamente efetivado no Brasil, especialmente porque a Lei 10.101/00 concede uma grande margem de discricionariedade para que empresas adotem ou não o instituto em tela. Dessa forma, o empregador somente efetua políticas de participação nos lucros quando entende que esta verba trará alguma vantagem para si, tais como reduções das onerações fiscais.

Nesse sentido, a referida lei, na prática, não foi capaz de alterar a situação fática existente no país, pois continuou prevendo a Participação nos Lucros como uma norma facultativa. Portanto, nota-se que a existência da legislação em nada modificou o que já estava ocorrendo.

Sendo assim, há pelo menos uma omissão parcial por parte do Poder Legislativo, pois foi criada uma lei, mas esta lei é autofágica, não conseguindo efetivar o mandamento constitucional de forma plena.

Assim, diante dessa omissão parcial constatada, percebe-se que seria possível a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Parcial por parte de algum dos legitimados ativos, a fim de que a omissão parcial do Poder Legislativo fosse suprida. E isso deveria ser feito através de uma nova lei mais impositiva, a qual tratasse a matéria como verdadeiro direito, não como liberalidade do empregador.

No entanto, como consequência de eventual procedência dessa ação, ocorreria apenas a eventual ciência ao Poder Legislativo para que tornasse efetiva a norma constitucional, sendo que este poderia permanecer inerte, pois não há sanção para o não cumprimento da decisão do Supremo.

É nesse sentido que se afirma que o efeito da ADI por Omissão Parcial seria inócuo. No entanto, é cediço que a discussão acerca da permissão de verdadeira atuação por parte do STF para suprir a inércia do Poder Legislativo gera um novo debate, referente à judicialização da política e ativismo judicial, a qual não se propôs este trabalho. Contudo, necessário se faz realizar alguns apontamentos, a fim de que encerrar o presente ensaio de forma adequada.

O fenômeno da judicialização da política está fortemente relacionado com a positivação de novos direitos, frutos de um processo de democratização de países como o Brasil (LOBATO, 2004, p. 20). Nele, discute-se acerca da legitimidade de o Poder Judiciário ser o autor central da solução de determinados conflitos, como a inefetividade de direitos sociais.

Nota-se que há argumentos contrários e outros favoráveis à judicialização. Os argumentos contrários normalmente se resumem a formas de argumentação e princípios, tais como o da Separação dos Poderes, pois não seria da competência do Poder Judiciário tratar de temas relativos aos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, refere-se que os juízes (em especial os Ministros do Supremo Tribunal Federal) não foram eleitos, não foram escolhidos pela população para tratar sobre

temas políticos, sendo que cabe ao Poder Legislativo a criação de leis, pois estes foram eleitos pelo povo.

Em sentido contrário, através dos argumentos favoráveis afirma-se que o Poder Judiciário quando adentra em questões políticas, nada mais está fazendo do que garantir a implementação de direitos que já foram positivados, como é o caso do direito social de participação nos lucros e resultados. Nessa senda, o Poder Judiciário na maioria dos casos está somente suprindo lacunas dos outros poderes, pois no momento em que o Poder Legislativo não elabora a lei (ou a elabora de forma insuficiente), não resta outra alternativa senão ele mesmo estabelecer alguns parâmetros normativos.

De fato, em que pese se respeite os argumentos contrários a judicialização, justifica-se que, no caso do direito de participação nos lucros, a única medida capaz de efetivar o mandamento constitucional seria conceder ao STF uma postura mais ativa.

Destarte, para além de discutir no plano abstrato e principiológico, salutar se faz concluir que o Poder Judiciário estaria efetivando o direito social de participação nos lucros se decidisse em sede de ADI por Omissão Parcial, que o Poder Legislativo deve elaborar uma lei mais impositiva. Para tanto, o STF deverá utilizar-se de procedimentos que dialoguem com os instrumentos de políticas públicas, acrescentando-se ao processo novos atores, a fim de que não se extrapole os limites previstos na Constituição Federal.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **“O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência”**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei 10.101/00**. Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10101.htm Acesso em: 07/011/2015.

BRASIL. TST - AIRR: 988402920025040005 , 98840-29.2002.5.04.0005, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/10/2008, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/11/2008.

CASTILHO, Ricardo. “**Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**”. São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

CORRÊA, Daniela; LIMA, Gilberto Tadeu. “Participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas: lições da experiência internacional”. **Revista. Econ. contemp.**, Rio de Janeiro, p. 357-388, mai./ago. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rec/v10n2/06.pdf>. Acesso em: 14/11/2015.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “Os Direitos Humanos na Constituição brasileira: desafios da efetividade”. In: **Direitos Humanos e Violência: desafios da ciência e da prática**. Organizado por Georges Maluschke e outros. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, p. 19-32, 2004.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.” **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, n. 22, p. 141-159, 1998.

MALDANER, Rogério Marcos. “O direito constitucional de participação do empregados nos lucros das empresas e seus aspectos jurídicos”. **Carderno Gestão Pública**. Ano. 1. n. 1. Jul-Dez 2012. Disponível em: <http://www.grupouninter.com.br/revistaorganizacao sistematica/index.php/cadernogestaopublica/article/download/150/63>. Acesso em: 03/11/2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. “**Controle concentrado de constitucionalidade: comentários a lei n. 9.868, de 10-11-1999**”. 2ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. “**Participação dos Empregados nos Lucros das Empresas**”. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. “**Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**”. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_In go_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf Acesso em: 11/11/2015.

SILVA, José Afonso da. “**Aplicabilidade das normas constitucionais**”. 6 ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. “**Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**”. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. “**O que é isto – decido conforme a minha consciência?**” 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2010.