

Fonte: Jota.Info	
Tributos	17/2/21

Há direito adquirido na incorporação da gratificação por cargo de confiança? | JOTA Info

O presente artigo versa sobre a discussão referente à possibilidade, ou não, de incorporação da gratificação de função ocupada por mais de 10 anos, e suprimida pela empresa quando da reversão do empregado ao cargo efetivo, nos casos em que se discute se há “direito adquirido” antes do advento da Reforma Trabalhista.

Antes de adentrar no cerne da debate, é necessário revisitar a origem do direito, se advém de lei ou de jurisprudência.

Sabe-se que, até a Lei 13.467/2017, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendia que o empregado que ocupasse cargo de confiança, por 10 anos ou mais, ao ser revertido ao cargo efetivo sem justo motivo, não perderia a gratificação, com fundamento no princípio da estabilidade financeira, conforme preceitua o inciso I da Súmula 372 do TST [\[i\]](#).

Com efeito, sem base em norma legal específica, mas apenas invocando o princípio constitucional da irredutibilidade salarial, insculpido no inciso VI do artigo 7º da CF [\[ii\]](#), que, por sua vez, é passível de flexibilização, foi editada a referida súmula.

Na época, o artigo 468 da CLT, que alberga o princípio da inalterabilidade contratual, de modo a impedir a alteração contratual unilateral e prejudicial ao empregado, já admitia a exceção da reversão ao cargo efetivo, naturalmente com a perda da gratificação, nos seguintes termos:

“Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança” (g.n).

Todavia, com o advento da Lei 13.467/2017, houve a inclusão do §2º ao art. 462 da CLT, com a seguinte redação, “in verbis”:

“Art. 468. (...)

- 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregado para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.
- 2º **A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento de gratificação correspondente, que não será incorporado independentemente do tempo de exercício da respectiva função”** (g.n).

Assim, surge a discussão se, no caso em debate, o direito vigente, estabilizado pela reiterada jurisprudência, ao tempo da prática do ato jurídico, produzido antes da lei reformista, pode ser suprimido por pura interpretação da Lei nova, em flagrante violação ao princípio da irretroatividade da norma.

Em outras palavras: considerando a origem do direito, baseado em verbete sumular, levanta-se o questionamento se há direito adquirido nos casos em que o empregado completar 10 anos antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017.

Para uma corrente de pensamento, nos casos em que os funcionários já atingiram 10 anos no exercício de cargo de confiança até o advento da Reforma Trabalhista, ou seja, cumpriram o requisito até 10/11/2017, esses possuem direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI da CF^[iii]), não sendo possível a reversão ao cargo anteriormente desempenhado com a exclusão do adicional recebido durante anos.

A posição acima baseia-se no entendimento que o trabalhador já incorporou ao seu patrimônio os valores recebidos a título de gratificação comissionada, quando percebido por longo período, mesmo frente à recente alteração legislativa. Considera-se que o direito do trabalhador já havia se consolidado, pois os fatos ocorreram antes da promulgação da reforma^{[iv][v]}.

No entanto, questiona-se: e nos casos em que há comum acordo entre as partes? E quando se trata de pedido formulado pelo próprio funcionário? Como fica o “direito adquirido” do empregado? Não se ignora o fato de que ainda que haja vontade das partes, a regra geral é que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Todavia, cada caso em concreto deve ser analisado em particular, mas até que haja modulação dos efeitos pelo TST, visando minimizar o risco de passivo trabalhista para os empregadores, uma saída viável seria uma transação via acordo extrajudicial^[vi].

Por outro lado, há quem defenda que não há direito adquirido, já que conceitualmente o instituto decorre apenas de lei, e, na hipótese acima, o direito à incorporação da gratificação é oriundo de jurisprudência positivada por verbete sumular (372 do TST). Logo, não existe o direito adquirido.

E nesta senda, recentemente a 4ª Turma do TST entendeu que não há direito adquirido à incorporação da gratificação de função, ainda que exercida por mais de 10 anos^[vii].

O relator do recurso de revista, ministro Ives Gandra Filho, assinalou que a súmula do TST que previa o direito à incorporação não tinha base na lei, mas nos princípios da habitualidade, da irredutibilidade salarial, da analogia com o direito dos servidores e da continuidade da jurisprudência.

Segundo ele, o item I da Súmula 372 do TST não conta com respaldo legal, mas apenas principiológico, da estabilidade financeira do empregado, sendo absolutamente discricionário o verbete, inclusive nos seus parâmetros – de 10 anos e de não reversão por justa causa -, em nítida manifestação de ativismo judiciário, oportunamente reformado pela Lei 13.467/17.

E por essa razão, o ministro entendeu que o direito à incorporação da gratificação de função se contrapõe à nova lei, em especial ao verbete sumulado do TST que, indevidamente, criou vantagem trabalhista sem base legal, pelo que não há que se falar em direito adquirido.

Como se percebe, o cerne da questão é a abrangência ou não de súmula como direito adquirido, na medida em que se trata de direito intertemporal, no sentido a confrontar lei antiga (no caso a súmula) e a lei nova, sob o prisma do cumprimento dos elementos que, segundo a lei antiga (no caso, a súmula), eram aptos a gerar o direito previsto na lei antiga (no caso, a súmula) e que serão antepostos frente à lei nova, em nome da segurança jurídica.

Entretantes, pondera-se que a jurisprudência é fonte de direito, quando interpreta legitimamente o ordenamento jurídico, explicitando o que não estava claro. No entanto, também se sabe que não cabe ao Poder Judiciário se sub-rogar na função do Legislativo, em detrimento do princípio republicano e democrático da separação dos Poderes do Estado.

Todavia, há que observar se no momento que nasceu o direito não existia lei impedindo a incorporação de função, criando figura negativa atemporal vedada pelo princípio da irretroatividade da norma.

Por todo o exposto, o que se espera é que o Tribunal Superior do Trabalho faça a modulação dos efeitos da alteração do artigo 468 da CLT pela Lei 13.437/2017, aos empregados que, em tese, possuem direito adquirido até 10/11/2017, sem ofender direitos até então respeitados, pacificados, aplicados e estabilizados. Se assim não for, o Judiciário terá, no mínimo, milhares de ações revisionais diante da abrupta alteração retroativa, em clara inobservância da segurança jurídica.

[\[i\]](#) “GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais 45 e 303 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996).

II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 – DJ 11.08.2003)”

[\[ii\]](#) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[\[iii\]](#) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[\[iv\]](#) RR-1029-08.2018.5.06.0020

[\[v\]](#) I – AGRAVO DE INSTRUMENTO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. EXERCIDA POR MAIS DE 10 ANOS. APLICABILIDADE DA LEI 13.467/2017. SITUAÇÕES PRETÉRITAS À VIGÊNCIA DA REFORMA TRABALHISTA. Ao contrário do que entendeu o juízo de admissibilidade regional, verifica-se que a parte cumpriu os requisitos constantes do art. 896, § 1º-A, da CLT, razão pela qual se procede à análise do mérito da alegação formulada pela reclamada na minuta do agravo de instrumento. Nos termos do art. 1º da Instrução Normativa nº 41/2018 do TST, que visa dar ao jurisdicionado segurança jurídica quanto à aplicação da Lei 13.467/2017, com eficácia imediata a partir de 11 de novembro de 2017, ficou estabelecido que a sua incidência não atinge situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada. Portanto, a alegação da parte de que o art. 468, § 2º, da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, extinguiu a incorporação de função gratificada não atinge o caso dos autos, que trata de circunstância consolidada antes da vigência da reforma trabalhista. Incólumes os artigos 1º, 5º, II, e 59 da CRFB/1988. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST – ARR: 211254220165040029, relator: Maria Helena Mallmann, data de julgamento: 22/10/18, 2ª turma, data de publicação: DEJT 26/10/18)

[\[vi\]](#) Art. 652. Compete às Varas do Trabalho: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

1. a) conciliar e julgar:

I – os dissídios em que se pretenda o reconhecimento da estabilidade de empregado;

II – os dissídios concernentes a remuneração, férias e indenizações por motivo de rescisão do contrato individual de trabalho;

III – os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice;

IV – os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho;

V – as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMO decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

1. b) processar e julgar os inquéritos para apuração de falta grave;

2. c) julgar os embargos opostos às suas próprias decisões;
3. d) julgar os recursos interpostos das decisões do presidente, nas execuções;

(Revogado)

6. d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;
(Redação dada pelo Decreto-lei nº 6.353, de 20.3.1944)
7. e) impor multa e demais penalidades relativas aos atos de sua competência.

(Revogado)

(Suprimida pelo Decreto-lei nº 6.353, de 20.3.1944)

13. f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[vii] INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EXERCIDA POR MAIS DE 10 ANOS – SÚMULA 372, I, DO TST FRENTE AO ART. 468, § 2º, DA CLT – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA DA CAUSA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – RECURSO DESPROVIDO.

1. Constituem critérios de transcendência da causa, para efeito de admissão de recurso de revista para o

TST, a novidade da questão (transcendência jurídica), o desrespeito à jurisprudência sumulada do TST (transcendência política) ou a direito social constitucionalmente assegurado (transcendência social),

bem como o elevado valor da causa (transcendência econômica), nos termos do art. 896-A, § 1º, da CLT.

2. A discussão sobre o direito adquirido à incorporação da gratificação de função percebida por mais de 10 anos, quando revertido o empregado ao cargo efetivo, contemplada pela Súmula 372, I, do TST e disciplinada especificamente de modo diverso pelo art. 468, § 2º, da CLT, acrescido pela Lei 13.467/17, da reforma trabalhista, é nova nesta Turma e de relevância jurídica para ser por ela deslindada.
3. O inciso I da Súmula 372 do TST tem como “leading case” o precedente do processo E-RR-01944/1989 (Red. Min. Orlando Teixeira da Costa, DJ 12/02/1993), em que se elencaram expressamente 4 princípios que embasariam o deferimento da pretensão incorporativa: a) princípio da habitualidade; b) princípio da irredutibilidade salarial; c) princípio da analogia com direito reconhecido aos servidores públicos; d)

princípio da continuidade da jurisprudência. Nele se chegou a afirmar que “o legislador, dispondo sobre a espécie (art. 468, parágrafo único da CLT), esqueceu-se de explicitar se a reversão ao cargo efetivo, quando o trabalhador deixar o exercício de função de confiança, importa na perda da gratificação

respectiva, mesmo tendo prestado relevantes serviços ao empregador, naquela situação, por longo tempo”. 4. Verifica-se, pela “ratio decidendi” do precedente que embasou o inciso I da Súmula 372, que o TST, ao invés de reconhecer na lacuna da lei o silêncio eloquente do legislador, que não abriu exceções à regra, inovou no ordenamento jurídico, criando vantagem trabalhista não prevista em lei, incorrendo em manifesto ativismo judiciário e voluntarismo jurídico, mormente por estabelecer parâmetros discricionários quanto ao tempo de percepção (10 anos) e condições de manutenção (não reversão por justa causa) da gratificação. Louvou-se, para tanto, na regra do art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90, da

incorporação de quintos pelos servidores públicos da União, revogado desde 1997, o que retiraria inclusive a base analógica da jurisprudência do TST.

5. A Lei 13.467/17, levando em conta os excessos protecionistas da jurisprudência trabalhista, veio a

disciplinar matérias tratadas em verbetes sumulados do TST, mas fazendo-o em termos mais modestos, a par de estabelecer regras hermenêuticas na aplicação do direito, vedando explicitamente a redução ou criação de direitos por súmula (Art. 8º, § 2º, da CLT). 6. No caso do art. 468, § 2º, da CLT, a reforma trabalhista explicitou que a reversão ao cargo efetivo não dá ao trabalhador comissionado o direito à manutenção da gratificação de função, independentemente do tempo em que a tenha recebido.

7. Como a base da incorporação da gratificação de função, antes da reforma trabalhista de 2017, era apenas jurisprudencial, com súmula criando direito sem base legal, não há que se falar em direito adquirido frente à Lei 13.467/17, uma vez que, já na definição de Gabba sobre direito adquirido, este se caracteriza como um conflito de direito intertemporal, entre lei antiga e lei nova (“fato idôneo a produzi-lo, em virtude de a lei do tempo no qual o fato se consumou”) e não entre a lei nova e fonte inidônea para criar direito novo. 8. Nesses termos, inexistindo direito adquirido à incorporação da gratificação de função, ainda que exercida por mais de 10 anos, frente à norma expressa do art. 468, § 2º, da CLT, é de se dar provimento ao recurso de revista patronal, para restabelecer a sentença que julgou improcedente a reclamação trabalhista em que a vantagem era postulada. Recurso de revista conhecido e provido. TST-RR-377-71.2017.5.09.0010

Carine Aparecida de Santana Bellini – Sócia no Estigaribia Advogados, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Metodista de Piracicaba/SP e em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Advocacia/SP. Possui curso de extensão em Compliance Digital e Proteção Geral de Dados pela PUC Campinas/SP. **Ricardo Calcini** – Professor de Direito do Trabalho em Cursos Jurídicos e de Pós-Graduação. Palestrante em Eventos Corporativos e Instrutor de Treinamentos "In Company". Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela EPM (TJ/SP). Especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador do e-book “Reforma Trabalhista: Primeiras Impressões”, considerada a maior obra digital do país sobre a Lei 13.467/2017, publicada pela Eduepb (2018). Autor de mais de 100 artigos jurídicos e coautor em obras jurídicas.