



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO – FD/UNB
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Desafios e perspectivas da incorporação de gratificação de função após a reforma trabalhista

Rafaela Côrtes Faria

**Brasília
2023**

RAFAELA CÔRTEZ FARIA

**Desafios e perspectivas da incorporação de gratificação de função
após a reforma trabalhista**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique
Blair de Oliveira

Brasília

2023

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso (TCC)
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Brasília, 16 de janeiro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira
Universidade de Brasília

Professora Doutora. Érica Fernandes Teixeira
Universidade de Brasília

Professor Doutor Wilson Roberto Theodoro Filho
Universidade de Brasília

“Estabilidade não existe.”

Flávio Augusto

AGRADECIMENTOS

À Deus, porque dele, por ele e para ele são todas as coisas.

Aos meus pais, por oferecerem todo o apoio emocional, intelectual e material necessário para minha caminhada. O exemplo arrasta, agradeço por terem multiplicado os talentos que lhes foram confiados e por oferecerem toda a estrutura necessária para que eu tivesse condições de multiplicar os talentos que me confiaram. Ao meu pai, em especial, pelo efetivo auxílio para estruturação desta pesquisa.

Aos meus irmãos e a todos os demais familiares, pelo sentimento de pertencimento compartilhado no grupo familiar. A aceitação nesse grupo é essencial para manter o foco e a disciplina necessários para alcançar até os mais audaciosos objetivos.

Aos bons amigos que construí nessa trajetória, cuja relação se estendeu para muito além dos corredores da universidade. Agradeço, também, às amigadas que já trazia de longa data por terem permanecido comigo nos momentos de alegria e de dificuldade.

Aos professores, aos supervisores de estágio e aos chefes que tive na trajetória acadêmica e no início da trajetória profissional, agradeço o papel de liderança que conseguiram exercer. Vocês foram essenciais para fortalecer a minha convicção de que o trabalho deve ser realizado com dedicação e comprometimento e que a sociedade merece colher resultados não apenas de qualidade, mas de excelência.

Ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Blair, por gentilmente aceitar o convite para orientação, por estar disponível em todas as muitas vezes que entrei em contato para conversar sobre a pesquisa e pela paciência que teve em relação ao tempo de desenvolvimento da monografia.

RESUMO

Trata-se de pesquisa sobre os desafios e perspectivas da incorporação da gratificação de função, após a Reforma Trabalhista de 2017. Com vistas ao entendimento do tema e ao estabelecimento de critério para análise da regra de direito estudada, utilizou-se a metodologia de revisão de referencial teórico documentado em livros, legislação e jurisprudência aplicável. O presente trabalho apresenta a construção do instituto da incorporação da gratificação de função no direito trabalhista brasileiro; faz um retrato da incorporação de gratificação de função no Brasil ao longo das últimas décadas; e, por fim, aborda os desafios e perspectivas para a incorporação de gratificação de função no Brasil atual. O resultado desta pesquisa é a clareza de que, mesmo após a robusta produção teórica no campo social após a modernidade, o modelo marxista segue pertinente para a compreensão da dinâmica das relações de produção. Nesse contexto, o modelo suscita o entendimento de que o princípio da estabilidade seria uma construção de caráter meramente programático, cuja efetiva concretização levanta um verdadeiro desafio, dado o equilíbrio dinâmico que emerge na negociação entre as partes interessadas. Assim, apesar de a trajetória do instituto da gratificação de função apontar na direção da possibilidade da garantia trabalhista, o tema ainda não foi pacificado. Até entre os membros do Tribunal Superior do Trabalho (TST), instância mais elevada de julgamento para temas que envolvem o direito trabalhista brasileiro, encontramos divergências ideológicas no que se refere à garantia desse direito arduamente conquistado pelos trabalhadores.

Palavras-chave: Gratificação de função; Reforma Trabalhista; direito adquirido.

ABSTRACT

This is a research about the challenges and perspectives of the incorporation of bonus payments, after the Brazilian Labour Reform, in 2017. With a view to understanding the theme and establishing criteria for analysing the rule of law studied, it was used as the methodology the reviewing of theoretical framework documented in books, legislation and applicable jurisprudence. The present work presents the construction of the institute of the incorporation of bonus payments in the Brazilian labour law; it makes a portrait of the incorporation of bonus payments in Brazil over the last decades; and, finally, it addresses the challenges and perspectives for the incorporation of bonus payments in Brazil today. The result of this research is the clarity that, even after the robust theoretical production in the social field after modernity, the Marxist model remains relevant for understanding the dynamics of production relations. In this context, the model raises the understanding that the principle of stability would be a construction of a merely programmatic nature, whose effective implementation raises a real challenge, given the dynamic balance that emerges in the negotiation between the interested parties. Thus, although the trajectory of the bonus payments institute points in the direction of the possibility of labour guarantee, the theme has not yet been pacified. Even among the members of the “Tribunal Superior do Trabalho” (TST), the highest level of judgment for issues involving Brazilian labour law, we find ideological divergences regarding the guarantee of this hard-won right by workers.

Keywords: Bonus payments; Brazilian Labour Reform; vested right.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas

TST - Tribunal Superior do Trabalho

OJ - Orientação Jurisprudencial

SBDI -1 - Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SbDI-1

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO ARRANJO CONTRATUAL TRABALHISTA..	12
1.1. RELAÇÃO DE EMPREGO	12
1.2. CARGO DE CONFIANÇA.....	17
1.3. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO	20
2. RETRATOS DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO BRASIL	22
2.1. A TRAJETÓRIA DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
2.2. A INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA.....	26
2.3. ESTUDO E COMPARAÇÃO DOS RESULTADOS DE PESQUISA (CONVERGÊNCIAS, DIVERGÊNCIAS E CONFLITOS)	28
3. PERSPECTIVAS E DESAFIOS DA INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO POR FUNÇÃO NO BRASIL APÓS A REFORMA TRABALHISTA.....	31
3.1. DIREITO ADQUIRIDO: O DESAFIO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA	31
3.2. PERSPECTIVAS PARA A INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO	37
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o propósito de contribuir para o entendimento a respeito da existência, da eficácia e da validade do instituto da incorporação da gratificação de função no ordenamento jurídico brasileiro após a Reforma Trabalhista. Para isso, serão analisados os posicionamentos da doutrina, da legislação e da jurisprudência.

O Congresso Nacional, mediante essa reforma trabalhista, de iniciativa do chefe do Poder Executivo, aprovada na Lei nº 13.467, de 2017, estabeleceu restrições à incorporação da gratificação de função. As restrições foram inseridas no § 2º do art. 8º e no § 2º do art. 468, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevendo a não obrigatoriedade da concessão da mencionada incorporação e vetando a possibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ou de os Tribunais Regionais do Trabalho, mediante súmulas e outros enunciados, estabelecerem restrição de direito legalmente previsto ou criarem obrigação que não esteja prevista lei.

As inovações na CLT, advindas desses dispositivos da Reforma Trabalhista, se contrapõem, por exemplo, ao entendimento que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), estabeleceu na Súmula 372. Com fundamento no princípio da estabilidade financeira, a Súmula 372 obrigava o empregador a conceder a incorporação da gratificação de função percebida pelo empregado por dez ou mais anos, quando revertido, sem justo motivo, a seu cargo efetivo.

Desse modo, o presente trabalho visa a analisar a modulação de efeitos em relação às alterações legislativas que a reforma trabalhista, aprovada pela Lei nº 13.467, de 2017, promoveu para a incidência da súmula que garantia a incorporação da gratificação de função. Esse é, assim, o objetivo geral desta análise crítica.

Para isso, um objetivo específico é apresentar a trajetória da construção do instituto da incorporação da verba salarial no direito trabalhista brasileiro. Outro objetivo específico é abordar como a jurisprudência tratou a incorporação do benefício em acórdãos específicos que trataram sobre o tema.

Com essa análise, pretende-se evidenciar elementos jurídicos e político-institucionais para contribuir na formulação de resposta ao principal problema da pesquisa, qual seja: encontrar quais são os principais desafios da incorporação da gratificação de função após a reforma trabalhista e quais são as perspectivas sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Este estudo sobre princípios e sua ponderação justifica-se por se referir a tema que precisa de maior atenção por parte de juristas e dos trabalhadores, em razão de sua importância para

aplicação do direito de forma coerente. Nesse contexto, esta monografia contribui para mostrar o estudo do instituto, a fim de evitar-se antinomias indesejáveis, decorrente seja de lei, seja do aplicador do direito.

Esta pesquisa jurídica apoia-se metodologicamente em pesquisa bibliográfica para alcance do objetivo proposto. Com vistas ao entendimento do tema e ao estabelecimento de critério para análise da regra de direito estudada, foi realizada revisão de referencial teórico documentado em livros, legislação e jurisprudência aplicável.

Posto isto, a presente monografia é constituída de três capítulos. O primeiro capítulo apresenta a construção do instituto da incorporação da gratificação de função no direito trabalhista brasileiro; o segundo capítulo, faz um retrato da incorporação de gratificação de função no Brasil ao longo das últimas décadas; e o último capítulo aborda os desafios e perspectivas para a incorporação de gratificação de função no Brasil atual.

1. A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO ARRANJO CONTRATUAL TRABALHISTA

O presente capítulo discorre sobre como o ordenamento jurídico brasileiro trata o instituto da gratificação de função no arranjo contratual trabalhista, a fim de analisar os efeitos da remoção do empregado da função de confiança antes e depois da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

A gratificação de função faz parte da remuneração dos trabalhadores que exercem função de confiança dentro de um contrato de emprego. Portanto, para falar de gratificação de função, trataremos primeiro sobre os requisitos da relação de emprego, depois sobre o funcionamento da questão remuneratória para empregados que exercem função de confiança e, em seguida, apresentaremos a conceituação da gratificação de função nesse contexto.

Nos capítulos seguintes trataremos dos efeitos da remoção do empregado da função de confiança em relação ao recebimento da gratificação de função antes da Reforma Trabalhista, das alterações trazidas pela modificação legislativa e da modulação de efeitos para a mudança da regra.

1.1.RELAÇÃO DE EMPREGO

Relação de trabalho é uma expressão ampla que compreende uma série de arranjos contratuais visando ao estabelecimento de vínculos laborais. Assim, a relação de emprego seria uma das formas de estabelecer o vínculo de trabalho, e deve seguir alguns requisitos específicos para que seja configurada.

Nesse contexto, Godinho Delgado discorre sobre a relação de trabalho da seguinte maneira:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. (DELGADO, 2019)

O mesmo autor explica que alguns tipos de relações de trabalho exigem requisitos específicos para que se configurem. Ao tratar sobre a relação de emprego, o autor explica que se trata de um tipo de relação de trabalho que deve, obrigatoriamente, cumprir alguns requisitos objetivos para que reste configurada.

Nesse sentido, Godinho Delgado explica que a relação de emprego exige alguns requisitos objetivos, quais sejam: o exercício da atividade por pessoa física, a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade. O autor elucida que para configurar a relação como uma relação de emprego é suficiente que estes elementos fático-jurídicos estejam presentes, ainda que estejam ausentes outros requisitos, como a formalização contratual.

Nas palavras do autor:

Por outro lado, à medida que esse contrato pode ser tácito (caput dos artigos 442 e 443 da CLT), a simples prestação de serviços, sem qualquer formalização, não é óbice a que se considere pactuado um vínculo empregatício entre tomador e prestador de trabalho (desde que presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, obviamente).

No conceito acima encontram-se os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob subordinação ao tomador). Reunidos, portanto, esses cinco elementos, será empregado o prestador de serviços.

O conceito legal de empregado está lançado no art. 3º, caput, da CLT: toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. O preceito celetista, entretanto, é incompleto, tendo de ser lido em conjunto com o caput do art. 2º da mesma Consolidação, que esclarece que a prestação pelo obreiro há de ser pessoal. Harmonizados os dois preceitos (caput do art. 3º e caput do art. 2º, ambos da CLT), encontram-se reunidos os cinco elementos componentes da figura sociojurídica de empregado. (DELGADO, 2019)

Assim, além da posição doutrinária em relação às premissas necessárias ao estabelecimento do vínculo empregatício, há também a previsão legal sobre a necessidade do cumprimento dessas condições. Os cinco requisitos presentes na composição da figura sociojurídica do empregado estão previstos no caput do art. 2º e no art. 3º da CLT.

O referido diploma legal determina que:

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.

(...)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Desta forma, estando presente estes cinco aspectos, o vínculo de emprego fica configurado. Para o objetivo dessa pesquisa, cabe discorrer a respeito da conceituação de cada um dos institutos jurídicos necessários à caracterização do vínculo empregatício na relação de trabalho.

Primeiramente, tem-se o requisito que determina a realização do trabalho por pessoa física. Tal requisito denota que a contratação deve estabelecer um vínculo entre o empregador

(esse poderia ser pessoa física ou pessoa jurídica) e um empregado que deve ser, necessariamente, uma pessoa física¹. Esse elemento caracterizador da relação de emprego tem a finalidade de assegurar a defesa de garantias trabalhistas aos trabalhadores que não seriam importantes às pessoas jurídicas.

Conforme ensina Godinho Delgado (2019):

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade física e psíquica, segurança, igualdade em sentido substancial, bem estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo, em grande parte, ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

A realização do serviço por pessoa física é, portanto, essencial para proteger a dignidade da pessoa humana e salvaguardar as garantias individuais que o direito trabalhista visa a proteger dentro do contrato de emprego. Algumas dessas garantias sequer fariam sentido serem pensadas para pessoas jurídicas.

Com clara relação com o requisito anterior, tem-se a exigência da pessoalidade para configuração do vínculo de emprego. A pessoalidade implica na impossibilidade da troca da pessoa física que figura como empregado na relação de emprego, com exceção das hipóteses estabelecidas por norma (legislação ou norma autônoma), como férias, licença-gestante, cumprimento de mandato sindical etc.

O mesmo não vale para o polo empregatício da relação de emprego. No caso da falta do empregador a diretriz aplicada é a da despersonalização da figura do empregador. Godinho Delgado, ao tratar do tema, defende que:

Enfatize-se, por fim, que a pessoalidade é elemento que incide apenas sobre a figura do empregado. No tocante ao empregador, ao contrário, prevalece aspecto oposto, já que vigorante no Direito do Trabalho a diretriz da despersonalização da figura do empregador. Em consequência, pode ocorrer, na relação empregatícia, a constante alteração subjetiva do contrato — desde que no polo empresarial —, mantendo-se em vigor as regras contratuais anteriores com relação ao mesmo empregado. É o que se prevê, a propósito, nos arts. 10, 448 e 448-A da CLT, que tratam da chamada sucessão trabalhista.” (DELGADO, 2019)

Assim, nos contratos de emprego pode haver a alteração subjetiva do contrato, desde que a parte sub-rogada seja o empregador. Nesses casos, continuam válidos os contratos de trabalho dos empregados da empresa sucedida e serão mantidos os direitos adquiridos por eles anteriormente.

¹ Nesse contexto, a pejetização é um verdadeiro desafio para concretização das garantias trabalhistas.

É a previsão legal da CLT:

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

(...)

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, às obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

Esse trecho demonstra a tendência de o direito do trabalho zelar pelo princípio da continuidade das relações de emprego. Esse princípio justifica a tendência do ramo trabalhista de estabelecer arranjos jurídicos que favoreçam o estabelecimento de vínculos que se prolonguem ao máximo.

Também em consonância com o princípio da continuidade das relações de emprego, temos o requisito da não eventualidade como elemento caracterizador do contrato de emprego. A não eventualidade significa a continuidade no vínculo laboral e é o requisito mais controvertido na doutrina, na jurisprudência e nos próprios textos legais (DELGADO, 2019, p. 341).

Há quatro principais teorias da noção de eventualidade: i) a teoria da descontinuidade, ii) a teoria do evento, iii) a teoria dos fins do empreendimento e iv) a teoria da fixação jurídica. A primeira estabelece que o trabalho eventual seria aquele realizado de maneira descontínua e interrupta com relação ao tomador focado. Consoante a doutrina e a jurisprudência dominante, esta doutrina é incompatível com a CLT.

A segunda considera que o trabalho eventual ocorre quando a admissão do trabalhador na empresa deve-se a um fato determinado e específico, que enseje determinada obra ou serviço. A terceira, chamada teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa), determina que trabalhador eventual é aquele convidado para realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa e que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração. Dentre as teorias sobre a noção de eventualidade, talvez esta seja a mais prestigiada.

A quarta e última teoria em relação ao requisito da não eventualidade é a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços. Trata-se de uma teoria que define o trabalhador eventual como sendo aquele “que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo. A fixação é jurídica” (NASCIMENTO, 1989, apud DELGADO, 2019). Assim, de acordo com

essa teoria, não é possível configurar uma relação de emprego nos casos em que um trabalhador exercer uma atividade profissional de modo contínuo, caso os destinatários variem com o tempo, pois não seria possível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles.

A onerosidade como requisito para o estabelecimento dos contratos de emprego deve-se ao fato de a relação empregatícia ter um claro fundo econômico. Atualmente, o vínculo de emprego é a principal forma de inserir o trabalhador no processo produtivo e garantir a contrapartida econômica pelo exercício das atividades laborais do obreiro, que se perfectibiliza no complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.

A análise da presença do requisito da onerosidade deve ser feita em dois diferentes planos: o plano objetivo e o plano subjetivo. A presença do elemento objetivo se dá pela remuneração feita pelo empregador ao empregado como contrapartida ao exercício das atividades laborais prestadas, ele pode ser facilmente verificado pelo recebimento de qualquer verba, pelo trabalhador, que possua natureza salarial em razão de um trabalho prestado.

O elemento subjetivo se manifesta pela intenção das partes de firmar um contrato de caráter econômico e oneroso para contratação da força de trabalho. Assim, é necessário que o empregador e o empregado – este, em especial – estabeleçam o negócio jurídico com *animus contrahendi* e intenção de firmar o acordo com a intenção de o prestador de serviços receber uma contrapartida. Nesse contexto, as atividades realizadas com clara natureza voluntária, em *affectionis vel benevolentias causa* (por amor à causa, em tradução livre), como as realizadas em contexto comunitário, com finalidade política, religiosa ou filantrópica não teriam a característica da onerosidade.

Por fim, passa-se à caracterização do último requisito para configuração do vínculo de emprego, qual seja a subordinação. A subordinação é o elemento de diferenciação mais relevante entre a relação de emprego e as demais formas de vínculo de contratação para o exercício de atividades laborais.

Trata-se de um requisito que pode ser compreendido em três diferentes dimensões, quais sejam: i) a clássica (tradicional), ii) a objetiva e iii) a estrutural. A subordinação clássica está vinculada ao contrato de trabalho e manifesta-se pelo acolhimento, por parte do trabalhador das ordens diretas daquele que contrata seus serviços. A perspectiva objetiva da subordinação está relacionada à integração do trabalhador e do seu trabalho nos objetivos empresariais daquele que contrata sua força laboral. A terceira perspectiva da subordinação, por fim, refere-se à

inserção do obreiro e de suas atividades à dinâmica empresarial daquele que toma seus serviços, independentemente de ele receber ou não receber ordens diretas do empregador.

Dessa forma, a constituição da subordinação como requisito da relação empregatícia possui caráter multidimensional e deve, portanto, ser concebida a partir destas três esferas, de forma harmônica e complementar. Sobre isso, a lei ampliou o texto que tratava sobre o quesito da subordinação no texto legal, explicitando que:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Esse dispositivo importa porque abraça na legislação trabalhista as dimensões objetiva e estrutural, que não estão presentes nos artigos 2º e 3º, da CLT, anteriormente mencionados. É relevante essa abrangência conceitual no texto legal para acolher as peculiaridades que as transformações na ordem econômica e social geram na forma de empregadores e empregados se relacionarem.

Para inserir os empregados nas atividades produtivas da empresa, elabora-se uma minuciosa e abrangente hierarquia entre setores, cargos e funções. Nesse contexto, surgem assimetrias de prerrogativas e de poderes, de forma que alguns empregados passam a exercer atividades de direção e gestão que usualmente são próprias do empregador. Esses empregados exercem função de confiança.

1.2. CARGO DE CONFIANÇA

Os empregados, ao ocuparem posições internas de chefia, função de gestão ou outros cargos de elevada confiança, são tratados pela legislação trabalhista de forma diferenciada em relação ao parâmetro genérico dos demais trabalhadores da organização empresarial.

Apesar de haver diversas possibilidades de diferenciação dos empregados no arranjo empresarial, interessa abordar a situação jurídica dos empregados ocupantes de cargos ou funções de gestão ou de confiança, objeto do art. 62 da CLT (cargo/função de alta confiança). É uma situação que abrange todo o mercado de trabalho e respectivas categorias profissionais.

Os trabalhadores em exercício de cargos de confiança representam os interesses do empregador e têm poder para intervir e influenciar diretamente em decisões importantes. Nas palavras do Ministro do TST, Alexandre Ramos, em entrevista concedida ao TST, compete àquele que ocupa cargo de confiança:

O poder diretivo, de coordenar atividades, o poder de fiscalização, de dar ordens, e eventualmente conforme o grau de delegação que a empresa de, inclusive, o poder disciplinar com aplicações de advertência e até mesmo aplicar uma justa causa.

Dessa maneira, as atribuições inerentes ao exercício de cargos de confiança estabelecem responsabilidades e ônus distintos daqueles regularmente impostos aos demais cargos dentro da estrutura organizacional da empresa. A legislação trabalhista permite, por exemplo, que o empregador transfira esses funcionários, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato de trabalho (art. 469, §1º, da CLT) ou que afaste normas sobre duração do trabalho envolvendo questões de descanso, de horas extras, adicional noturno do contrato desses trabalhadores (art. 62, parágrafo único, da CLT).

Para analisar o exercício de cargos e funções de gestão ou confiança no Direito do Trabalho brasileiro recente é importante visualizar como o instituto foi tratado pela legislação justralhista em dois momentos distintos, antes e depois da alteração feita no art. 62 da CLT, pela Lei nº 8.966/1994.

No texto anterior à alteração de 1994, os gerentes eram descritos como aqueles que “investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, só diferenciem aos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal”. Abraçado este conceito, todos os trabalhadores que chegaram ao cargo de confiança pelo cumprimento de regras objetivas estariam excluídos deste regime e, por mais amplos que fossem os poderes decorrentes do cargo, não estariam exercendo um cargo de confiança, por prescindir da exclusiva vontade do empregador para investidura.

A lei era clara em restringir a noção de cargo/função de confiança apenas àqueles investidos de mandato. Nessa linha, também se exigia que os cargos de confiança oferecessem ao empregado função e poderes elevados de gestão com respeito à dinâmica da empresa; função e poderes de representação e inequívoca distinção remuneratória, em face dos demais empregados da mesma organização.

Nesse contexto, os cargos de gestão para os quais o trabalhador tivesse se habilitado por regras objetivas decorrentes de lei, contrato ou regimento interno não estariam sujeitos aos efeitos restritivos da legislação. A mesma situação se aplicava aos cargos que apesar de serem nominalmente designados como de gerência ou de diretoria, por exemplo, não oferecessem ao empregado o elevado poder de mando e de representação, que eram exigidos por lei. Pelo mesmo motivo, os simples chefes de serviço que cuidavam de rotinas de trabalho permanente não estavam sujeitos às restrições legais estabelecidas para os gerentes.

Em que pese o entendimento restritivo da lei à época, a doutrina e a jurisprudência já se mostravam uníssonas na divergência. Já estava apaziguado o entendimento do grande jurista Mario de La Cueva sobre o tema no sentido de que: “seriam funções de confiança aquelas cujo exercício colocasse em jogo a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade” (SÜSSEKIND, et al, 1981, apud DELGADO, 2019).

Com a Lei nº 8.966/94, a função de confiança tomou um novo contorno. O novo texto normativo estabelecia que:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

(...)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

A mudança na lei trouxe mais clareza aos requisitos necessários para definir o cargo de confiança. A nova definição legal trouxe mais objetividade em relação aos critérios do padrão salarial mais elevado, definindo que este deveria ser igual ou superior à 40% do salário efetivo e manteve o requisito de exercício de elevadas funções e atribuições de gestão, elencando nesse rol as funções de diretor e de chefe de departamento ou filial. Godinho Delgado defende que a referência aos chefes de departamento é uma inovação que conflita com o entendimento que fora pacificado a respeito da natureza do instituto. Nas palavras do autor:

A referência a chefes de departamento é, de fato, inovatória, em contraponto à interpretação que anteriormente se fazia sobre o status desse cargo de confiança. Não há dúvida de que chefe de departamento não tende a deter poderes tão elevados quanto aqueles exigidos pela leitura inspirada, por exemplo, em Mario de La Cueva (que falava em alter ego do empregador) (DELGADO, 2019, p. 427).

Nesse sentido, o autor explica que apesar do novo texto da modificação legislativa, os poderes do chefe de departamento ainda precisam ser significativos no contexto da organização. A justificativa é que, se esses poderes não forem significativos, a diferenciação entre os regimes de fiscalização e controle do chefe de departamento e dos demais empregados subordinados não seria suficiente para as regras que tratam sobre o controle da jornada de trabalho.

Quanto ao requisito de função de representação para configuração do cargo como um cargo de confiança, a lei foi silente. Isso ampliou, em mais um aspecto, a incidência do cargo de confiança. Dessa maneira, não há mais o requisito da concessão de poderes de representação

para que se configure o cargo de confiança, apesar de ser um forte reforço à presença de poderes do trabalhador no exercício do cargo.

Em resumo, a modificação legislativa de 1994 restringiu para apenas dois os requisitos para o cargo de confiança, estabelecidos no art. 62, da CLT. Passou a ser necessário apenas a distinção remuneratória de, no mínimo, 40% a mais que o cargo efetivo e as elevadas atribuições e poderes de gestão do obreiro.

1.3. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

Por fim, este último tópico do capítulo versa sobre a gratificação de função, objeto de estudo da presente pesquisa, com vistas a subsidiar a análise sobre o tratamento dado ao instituto antes e depois da Reforma Trabalhista feita pela Lei nº 13.467 de 2017. Assim, este capítulo trata sobre a definição da gratificação de função e suas aplicações práticas.

A gratificação de função é um acréscimo pecuniário previsto em lei para a remuneração dos empregados que exerçam função de confiança. O texto celetista define um patamar mínimo para o acréscimo salarial pela remuneração e estabelece que a investidura e a permanência do empregador nessa situação são condicionadas estritamente à vontade do empregador.

O surgimento das gratificações de função se deu pela reiterada prática trabalhista na comunidade intraempresarial de conceder, por liberalidade do empregador, essa parcela na remuneração. Isso deu origem, do ponto de vista técnico-jurídico, a um costume, isto é, a uma regra jurídica tacitamente criada em decorrência da reiteração de certa conduta genérica no cenário interno da empresa.

Conforme explica Sussekind (2010):

Originalmente, as gratificações constituíam recompensas ou prêmios que o patrão concedia arbitrariamente aos seus empregados. Com a evolução do Direito do Trabalho, como escrevemos alhures “ampliou-se consideravelmente o conceito de salário, estabelecendo-se a tendência, de sentido universal, de integrar no complexo salarial todas as parcelas que o empregado perceber do empregador na execução do contrato de trabalho, desde que expressa ou tacitamente ajustadas. E, em consequência, as gratificações contratadas passaram a ser conceituadas salário, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência de inúmeros países. Mas já aí, a gratificação não possui aquele caráter de doação pura; se ajustada, é salário e não prêmio”. Toda dificuldade atinente à conceituação de determinada gratificação como salário consiste, portanto, na aferição, em cada caso, da existência ou não de um contrato pelo qual a empresa obrigue-se a concedê-la em determinadas épocas e condições. Se existe essa obrigação, a gratificação é salário; caso contrário, representará uma liberalidade do empregador.

Inicialmente, as gratificações não possuíam natureza salarial. Ao serem pagas mensalmente, entretanto, as gratificações se tornaram parte que integra o complexo salarial do

obreiro. Nesse contexto, elas devem ser levadas em consideração para o cálculo de horas extras, férias, aviso-prévio e todas as outras parcelas que tenham como base o salário recebido mensalmente pelo empregado.

A gratificação de função, conforme visto no tópico anterior, é um acréscimo igual ou superior a 40% no salário-base pago aos empregados durante o exercício de cargos de gestão e de confiança dentro do contexto intraempresarial. Portanto, a gratificação de função pode ser suprimida por pura liberalidade do empregador, mas enquanto o empregado estiver no exercício do cargo de confiança, a gratificação de função, como uma gratificação legal, integrará o salário do obreiro (§1º do art. 457 da CLT).

2. RETRATOS DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO BRASIL

Conhecidos os fundamentos teóricos para estudo do objeto, passa-se às considerações acerca da incorporação da gratificação na legislação trabalhista. Este capítulo apresenta uma análise da trajetória da gratificação de função nos casos em que o empregado é removido da função de confiança, com vistas a subsidiar a análise da incorporação da gratificação de função no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocupar um cargo de confiança costuma ser uma posição vantajosa ao trabalhador, visto que nesta posição ele terá o benefício da vantagem remuneratória da gratificação de função. Assim, a destituição do cargo de confiança e consequente retorno do empregado ao cargo efetivo tende a ser prejudicial ao empregado e a contrariar seu interesse econômico, porque esse retorno afasta o pagamento da gratificação que é devida em razão do exercício da função de confiança.

Apesar disso, a lei é clara ao estabelecer que não existe estabilidade nos casos de confiança imediata do empregador (art. 499, CLT) e que o obreiro não adquire direito à permanência no cargo de confiança após ser investido na função. Esse tipo de cargo possui ligação direta com o poder diretivo do empresário, portanto, o empregador possui autonomia para reverter da forma que entender conveniente a decisão unilateral de investir o empregado no cargo de confiança para retorná-lo ao cargo efetivo, retirando dele as vantagens e prerrogativas do cargo.

A partir desses pressupostos, parte-se para o estudo sobre a possibilidade de incorporação da gratificação à remuneração do empregado após a remoção do empregado do exercício do cargo de confiança e retorno ao cargo efetivo. Para isso, foram analisadas as modificações realizadas pela Reforma Trabalhista no que diz respeito a esse tema e o tratamento anterior que o ordenamento jurídico brasileiro oferecia a ele.

2.1. A TRAJETÓRIA DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O exercício do cargo de confiança é uma condição na estrutura intraempresarial para a qual não há estabilidade para o empregado. É inerente ao poder diretivo do empresário a possibilidade de, unilateralmente, optar pela manutenção do empregado nessa função de confiança ou pelo seu retorno para o cargo efetivo para o qual fora contratado, com a consequente supressão das vantagens inerentes à função de gerência.

Conforme ensina Godinho Delgado (2019), historicamente, o direito do trabalho nega a estabilidade aos trabalhadores no exercício do cargo de confiança. Apesar disso, até a reforma trabalhista, a jurisprudência sempre caminhara no sentido de permitir a incorporação da gratificação de função à remuneração dos trabalhadores que fossem revertidos ao cargo de origem, caso tivessem permanecido no cargo de confiança por um período mínimo de dez anos.

O autor defende que esse entendimento era uma forma de manter o equilíbrio entre a norma legal celetista que nega ao empregado a estabilidade no exercício da função de confiança e a necessidade de oferecer um mínimo de segurança aos empregados alçados a esses cargos. Entendia-se que o exercício por muito tempo dos cargos de confiança construía uma incorporação cultural, pelos obreiros daquele padrão remuneratório. Nas palavras dele:

A jurisprudência, contudo, também sempre buscou encontrar medida de equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 citado (ou do novo § 1º desse mesmo preceito celetista) e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança. A preocupação dos tribunais era de que a presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas, pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extremamente prejudicial a reversão e suas consequências. Nesse contexto, procurou a jurisprudência apreender na ordem jurídica uma fórmula que, embora preservando a direção empresarial sobre a condução das atividades laborativas (mantendo, portanto, a prerrogativa de reversão independentemente dos anos de ocupação do cargo), minorasse — proporcionalmente ao período de ocupação do cargo — as perdas materiais advindas da decisão reversiva (DELGADO, 2019).

Assim, a jurisprudência se posicionou no sentido de estabelecer na ordem jurídica uma forma de minorar os danos causados pela reversão desses empregados ao cargo efetivo sem afetar a autonomia empresarial do empregador. O debate jurisprudencial sobre o tema da incorporação da gratificação de função vem desde a década de 1980 e até hoje levanta divergências.

A normatização de um regramento sobre a incorporação da gratificação no direito trabalhista brasileiro teve início com a Súmula 209 do TST. A referida Súmula determinava que o retorno do empregado que vinha exercendo função de confiança ao cargo efetivo não geraria para ele perda das vantagens salariais em relação ao cargo de confiança se o exercício do cargo tivesse se dado por pelo menos dez anos ininterruptos. Nesse sentido:

Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 - Republicada DJ 04, 07 e 08.10.1985

Nº 209 Cargo em comissão - Reversão.

A reversão do empregado ao cargo efetivo implica na perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos.

A Súmula supracitada, entretanto, não permaneceu vigente por muito tempo. Logo depois de editada, a Súmula nº 209 foi cancelada pela Resolução Administrativa n. 81, de 25 de novembro de 1985, do TST, com a justificativa de que havia contradição entre o texto da Súmula e a jurisprudência oferecida para sua elaboração.

Depois desse episódio, houve muitos anos de instabilidade nesse tema, com significativa oscilação jurisprudencial em relação à possibilidade da incorporação e, diante da possibilidade, ao tempo de exercício necessário para que ela fosse incorporada.

Em 1996, o critério sumulado anteriormente voltou a ser adotado. A Orientação Jurisprudencial (OJ) 45 da SBDI-1 do TST estabeleceu que nos casos em que a gratificação de função pelo exercício de cargo de confiança tivesse sido percebida por dez ou mais anos, haveria manutenção do pagamento nos casos em que o afastamento não se desse por justo motivo. *In verbis*:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO PERCEBIDA POR 10 OU MAIS ANOS.
AFASTAMENTO DO CARGO DE CONFIANÇA SEM JUSTO MOTIVO.
ESTABILIDADE FINANCEIRA. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO.

Essa OJ inovou ao apresentar o princípio da estabilidade financeira como fundamento para a manutenção da gratificação de função. Essa fundamentação seguiu sendo abraçada quando o entendimento no sentido de haver direito de incorporação da gratificação de função aos empregados que retornassem ao cargo efetivo após 10 anos de exercício da função de confiança foi transformado em Enunciado de Súmula do TST.

Abraçando esse entendimento e o entendimento que anteriormente já havia se consolidado no Enunciado da Súmula 303, também do TST, surgiu uma nova Súmula. O TST editou a Súmula 372, estabelecendo a impossibilidade de redução no valor da gratificação de função dos empregados mantidos na função de confiança e a manutenção da gratificação de função dos funcionários que a receberam por mais de 10 anos e foram revertidos ao cargo efetivo sem justo motivo. Os limites definidos no sentido da impossibilidade de supressão e redução de gratificação de função nessas circunstâncias foi fundamentado no princípio da estabilidade financeira.

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES.
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)

Observação: (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

A Súmula supracitada reiterou o entendimento que já estava apaziguado na doutrina e na jurisprudência. A incorporação já vinha acontecendo e, conforme doutrina de Godinho Delgado, o valor incorporado era calculado pela média dos valores das gratificações recebidas ao longo dos dez anos precedentes do contrato, caso não houvesse cláusula contratual ou regulamentar mais vantajosa ao obreiro.

O entendimento no sentido de que havia possibilidade de incorporação de gratificação de função encontra amparo em outros doutrinadores. Luciano Martinez defende que não era necessário que o obreiro estivesse designado para a mesma função de confiança por todo o período em que recebeu gratificação de função. Ele explica que seria possível considerar o exercício de uma pluralidade de funções de confiança ao longo do tempo necessário para adquirir o direito à incorporação da gratificação e que, diante da pluralidade de funções de confiança com diferentes gratificações ao longo desse período, seja feita a média aritmética para estabelecer o valor da gratificação que seria incorporada ao trabalhador. Nas palavras deste autor:

Para que a gratificação de função seja incorporada ao salário depois de dez ou mais anos de exercício, não é necessário que o empregado tenha passado todo esse tempo na mesma função. Havendo uma pluralidade de funções, é razoável que as diversas gratificações recebidas no período supramencionado sejam consideradas em sua média aritmética (MARTINEZ, 2020).

No mesmo sentido, caminhava a jurisprudência do TST:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 E DA IN 40 DO TST. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO RECEBIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. SUPRESSÃO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. No caso em tela, a controvérsia que gira em torno do debate acerca do direito à incorporação da gratificação de função em caso de supressão da gratificação percebida por mais de dez anos detém transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. Transcendência reconhecida. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO RECEBIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. SUPRESSÃO. MÉDIA. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT ATENDIDOS. RECLAMAÇÃO AJUIZADA ANTES DA LEI 13.467/2017. Segundo a Súmula 372, I, do TST, 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 devido ao princípio da estabilidade financeira. Tendo o reclamante recebido gratificações diversas no período de mais dez anos, deve o mesmo obedecer à média dos valores efetivamente percebidos a título de gratificação nos últimos 10 anos. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1000146-26.2017.5.02.0332, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 03/09/2021).

Portanto, até o momento recente no contexto justralhista, a aplicação do princípio da estabilidade para manutenção da verba laboral gratificatória estava apaziguada na doutrina e na jurisprudência. A doutrina sobre o tema mostrava convergências não só no sentido de entender que seria devida a incorporação da gratificação de função, mas também na forma de calcular qual seria o valor da incorporação nos casos em que tivesse havido valores diferentes que pudessem ser levados em consideração.

Entretanto, após a Lei nº 13.467/17, que instituiu a Reforma Trabalhista, tivemos mudanças significativas no direito do trabalho brasileiro. A redução de garantias trabalhistas feita pela reforma afetou expressamente a incorporação da gratificação de função aos empregados pelo exercício de função de confiança, tema que já tinha entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência no sentido da permissão.

A lei levanta polêmica. Muitos defendem que diversos dispositivos geraram precarização das condições de trabalho e restringiram o acesso do trabalhador ao Judiciário. Mas há, também, quem aplauda o texto, defendendo com a argumentação de que a nova lei contribuirá para a criação de novos postos de trabalho, e reduzirá a litigiosidade na Justiça trabalhista.

2.2. A INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

A Reforma Trabalhista, aprovada pela Lei nº 13.467, de 2017, modificou vários temas fundamentais no âmbito do direito do trabalho. Os defensores da reforma afirmam que ela surgiu com o objetivo de reduzir a litigiosidade na esfera trabalhista e ampliar o espaço de negociação entre o trabalhador e o empregador e que seria uma forma de reduzir as taxas de desemprego.

Há controvérsias. Em um sistema jurídico de proteção ao trabalho humano, as premissas constitucionais devem ser reconhecidas e reafirmadas constantemente. Assim, diante da previsão constitucional de que o valor social é um dos fundamentos do direito brasileiro, a doutrina entende que cabe debate a respeito das interfaces entre os ditames constitucionais sobre o direito trabalhista e as regras estabelecidas pelo texto celetista.

Nesse contexto, os doutrinadores Godinho Delgado e Neves Delgado defendem que a reforma trabalhista sedimentou zonas de tensão em relação à Constituição de 1988. Eles explicam que o texto constitucional é o fundamento condutor para análise lógica, sistemática e prática da modificação normativa inserida na ordem justralhista a partir da sanção dessa

reforma. Fundamental e digna de destaque a nota dos autores sobre a análise prática da modificação normativa, visto que, conforme Miguel Reale ensina:

É sempre a finalidade prática que conduz ou orienta a pesquisa jurídica. O jurista, quando interpreta um texto e tira conclusões, coordenando-as e sistematizando-as, segundo princípios gerais, visa ao problema da aplicação” (REALE, 2001).

Conforme visto anteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), tendo em vista o princípio da estabilidade financeira, na prática, obrigava, por meio da Súmula 372, o empregador a conceder a incorporação da gratificação de função percebida pelo empregado por dez ou mais anos, quando revertido, sem justo motivo, a seu cargo efetivo.

Essa Súmula oferecia ao empregado uma proteção em relação ao proveito econômico obtido no exercício de função de confiança. Não era permitido a redução em relação ao valor da gratificação enquanto permanecesse no exercício do cargo e nem a supressão da gratificação nos casos em que fosse revertido ao cargo de origem.

Essa garantia proporcionava tranquilidade ao obreiro em relação ao seu padrão de vida e à manutenção de suas próprias necessidades e de sua família. Entretanto, o Congresso Nacional, mediante reforma trabalhista de iniciativa do chefe do Poder Executivo, positivou regra aprovada na Lei nº 13.467, de 2017, prevendo expressamente a não obrigatoriedade da concessão da mencionada incorporação. *In verbis*:

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.

§ 1º 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. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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 da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

O referido dispositivo determina que as alterações em contratos trabalhistas devem sempre ser estabelecidas por mútuo consentimento e dispõe sobre o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, determinando que as alterações de caráter lesivo ao empregado cláusula seriam consideradas nulas. O princípio da inalterabilidade contratual lesiva estabelece que, dentro das circunstâncias regulares, não pode haver modificações contratuais que resultem em prejuízos para o empregador.

O texto legal manteve, no §1º do art. 468 da CLT, o entendimento anterior de que seria lícita a decisão de remover o empregado do cargo de confiança que vinha exercendo e de

retorná-lo ao seu cargo efetivo. A modificação substancial no tema surgiu no §2º do art. 468 da CLT, ao vedar expressamente o direito à incorporação da gratificação de função, tema já pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Não bastasse a vedação expressa ao direito normatizado por Enunciado de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, o instituto da incorporação da gratificação de função também foi afetado indiretamente por outra modificação feita pela reforma. O §2º do art. 8º da CLT vetou a possibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho ou de os Tribunais Regionais do Trabalho, mediante súmulas e outros enunciados, estabelecerem restrição de direito legalmente previsto ou criarem obrigações que não estejam previstas em lei.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

(...)

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

O posicionamento uníssono da doutrina e da jurisprudência em defesa do direito à incorporação da gratificação de função para garantia do princípio da estabilidade estava normatizado em Enunciado de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Desta forma, dispositivo que veda a restrição de direitos legalmente previstos e a criação de obrigações não previstas em lei por súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho desconstitui as súmulas e enunciados como fontes de direito.

Nesse sentido, a referida alteração modifica todo o sistema justralhista. É uma forma de alteração das fontes do direito que regem esse ramo e das possibilidades de arranjar normas já estabelecidas que garantiam o gozo de uma série de direitos conquistados pelos trabalhadores. Trata-se, portanto, de mais um, entre os muitos óbices instituídos por lei na reforma trabalhista, para restringir a concretização dos direitos arduamente conquistados pelos trabalhadores ao longo da história.

2.3. ESTUDO E COMPARAÇÃO DOS RESULTADOS DE PESQUISA (CONVERGÊNCIAS, DIVERGÊNCIAS E CONFLITOS)

Inicia-se, agora, o estudo do tratamento dado ao instituto da incorporação da gratificação de função nos casos de remoção do empregado, sem justo motivo, ao seu cargo efetivo depois

de dez ou mais anos no exercício da função de confiança. Partimos de uma breve análise da trajetória da construção do entendimento pacífico e favorável no sentido de haver possibilidade de incorporação da gratificação no ordenamento justralhista brasileiro e caminhamos até as alterações suprimindo esse direito na reforma trabalhista.

É coerente concluir que a legislação, a doutrina e a jurisprudência caminharam sempre na mesma direção, no que se refere à possibilidade de o empregador remover o funcionário do exercício da função de confiança. Esse foi um ponto de convergência em relação à variação na trajetória do objeto em análise, entende-se que essa alteração é uma liberalidade inerente ao poder diretivo do empresário e que o empregado está sujeito a esse *ius variandi*.

Esse estudo permitiu, também, descobrir que o direito trabalhista brasileiro divergiu em relação às fontes de direito ao longo do tempo. A lei celetista, que antes era silente em relação à possibilidade de criação de direito por súmulas e enunciados de jurisprudência dos TRTs e do TST, foi alterada com a reforma trabalhista e excluiu expressamente a possibilidade de elas servirem como fonte normativa no direito justralhista.

No que se refere ao tema central do presente trabalho: quanto à incorporação da gratificação de função percebida por dez ou mais anos pelo exercício de função de confiança nos casos em que o empregado é revertido, sem justo motivo, ao cargo efetivo, o resultado foi um cenário de divergências entre o estado anterior e o posterior à Reforma Trabalhista. A conquista desse direito e o apaziguamento desse entendimento passou por uma longa trajetória e estava consolidado no ordenamento jurídico, apesar disso a Reforma Trabalhista tratou de suprimir esse direito dos trabalhadores.

A supressão ocorreu não só de maneira expressa, na vedação do art. 468, §2º, da CLT, mas também de forma implícita ao modificar a eficácia da fonte que normatizou o referido direito na esfera trabalhista. Logo, importa verificar se essa nova regra fere princípios jurídicos, dada a importância destes para criação de regras e para interpretação destas de modo a dar coerência ao ordenamento jurídico, evitando-se antinomias indesejáveis, seja decorrente de ato de lei, seja de ato do aplicador do direito.

Assim, o conhecimento sistematizado nesta monografia fornece elementos à defesa de pretensão de direito pelas partes interessadas. Esse referencial atende tanto à fundamentação do empregado para pleitear tal direito, por exemplo, pela ponderação de princípio, quanto à fundamentação do empregador para se negar a se submeter à obrigação de conceder tal incorporação da gratificação de função do empregado, fundamentando-se em ponderação de princípio e na regra contida na Lei nº 13.3467, de 2017.

Em certa medida, a luta de classes sociais e econômicas em torno do direito à incorporação da gratificação de função dialoga com o direito constitucional. Essa relação se estabelece entre o texto da Constituição Federal de 1988 e as forças determinantes do poder para ela existir, dando vida ao poder constituinte, conforme ensina Ferdinand Lassale.

3. PERSPECTIVAS E DESAFIOS DA INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO POR FUNÇÃO NO BRASIL APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Após o estudo sobre o instituto da gratificação de função no direito justralhista brasileiro e as hipóteses de incorporação deste proveito econômico nos casos em que o empregado é revertido sem justo motivo ao seu cargo efetivo, partimos à análise crítica do tema. Esse capítulo discorre, principalmente, sobre os desafios e perspectivas da incorporação da gratificação de função após as modificações legislativas promovidas pela reforma trabalhista.

Para isso, foi feito um estudo a respeito da jurisprudência acerca desse tema criada após a reforma trabalhista. O principal fator avaliado foi a questão do direito adquirido como fundamento para concessão da incorporação da gratificação de função nos casos de cumprimento dos requisitos para incorporação da verba remuneratória antes das modificações feitas pela reforma.

3.1. DIREITO ADQUIRIDO: O DESAFIO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Após a entrada em vigência da reforma trabalhista, uma das principais questões de direito que o judiciário precisou analisar nos casos em que o pedido era de incorporação da gratificação de função foi a incidência do direito adquirido sobre o instituto. Trata-se de uma garantia constitucional essencial para a manutenção do Estado de Direito.

O direito adquirido está definido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Essa lei estabelece no §2º do art. 6º que que direito adquirido é aquele que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a juízo de outrem.

As regras inseridas pela Lei da Reforma Trabalhista nas normas de Direito Material do Trabalho possuem efeitos imediatos sobre as relações materiais trabalhistas constituídas a partir de quando a lei nova entrou em vigor, em 11 de novembro de 2017. No ordenamento jurídico brasileiro, há previsão constitucional, no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, para que uma nova lei não prejudique o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Nesse sentido, a expectativa de direito se distingue do direito adquirido. O direito adquirido se dá quando já foram adimplidas as condições para o efetivo exercício do direito, enquanto a expectativa de direito trata de um direito que se encontra na iminência de ocorrer, mas que não produz os efeitos do direito adquirido, pois não foram cumpridos todos os

requisitos que a lei exige. Pereira apresentou uma diferenciação clara entre os institutos, nas palavras do autor:

[...] Enquanto o direito adquirido é a consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro, a expectativa de direito, que traduz uma simples esperança, resulta de um fato aquisitivo incompleto (PEREIRA, 2006).

Diante de uma alteração legislativa, portanto, não haverá a possibilidade de uma hipótese de direito, que tenha sido removida da lei por tal alteração, ser incorporada ao patrimônio jurídico de alguém, se algum dos requisitos constitutivos do direito ainda não tiver sido cumprido até o momento da modificação. É uma consequência lógica do conceito de expectativa de direito.

É o caso da incorporação da gratificação de função após a Lei n. 13.467/2017. O novo § 2º do art. 468 da CLT apresentou um contraponto com a interpretação assentada na Súmula 372, I, do TST e extirpou a possibilidade de incorporação da verba salarial. Portanto, a modificação legislativa impossibilitou a incorporação da gratificação para todos aqueles que tivessem percebido a referida gratificação por um período inferior a 10 anos e que, por esse motivo, ainda não tivessem conquistado o *status* de direito adquirido em relação a ela no momento da reforma.

A discussão sobre o direito adquirido à incorporação da gratificação de função percebida por mais de 10 anos, quando o empregado é revertido ao cargo efetivo, foi 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. Trata-se de tema de índole constitucional, de especial relevância para trabalhadores e empregadores, e que ainda não foi tratada pelo STF. A SDI-1 do TST decidiu pela existência do direito adquirido.

Sobre o tema o TST decidiu, sob relatoria do Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, pela possibilidade de a gratificação de função ser incorporada, trazendo luz à questão do direito adquirido na fundamentação:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO DESEMPENHADA POR MAIS DE DEZ ANOS. SÚMULA Nº 372, ITEM I, DO TST. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO DISPOSTO NO ARTIGO 468, § 2º, DA CLT, INSERIDO PELA REFORMA TRABALHISTA - LEI Nº 13.467/2017. Não merece provimento o agravo que não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática, pela qual se concluiu ser devida a incorporação da gratificação de função, haja vista o disposto na Súmula nº 372, item I, do TST. Ressalta-se, ainda, que, no caso dos autos, a alteração introduzida no artigo 468 da CLT, pela Lei nº 13.467/2017, não se aplica à demanda em exame, uma vez que, à época da sua entrada em vigor, o reclamante já havia preenchido o requisito exigido para a

incorporação da gratificação de função previsto na Súmula nº 372 do TST, conforme asseverou o Regional. Agravo desprovido.

Na decisão, foi decidido pela impossibilidade de aplicação retroativa do disposto no art. 468, §2º, da CLT, inserido pela Reforma Trabalhista na Lei nº 13.467/2017. Entenderam que a súmula 372 deveria ser aplicada porque na época que a modificação inserida pela Reforma Trabalhista entrou em vigor o requisito para a incorporação da verba salarial já havia sido preenchido.

Também sobre a questão da incorporação da gratificação de função nos casos de preenchimento dos requisitos antes da modificação legislativa, a decisão do TST, sob relatoria do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, foi pela possibilidade de a gratificação de função ser incorporada (apesar de apresentadas as ressalvas do relator). Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO PATRONAL I) MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS - AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA - DESPROVIMENTO. 1. Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra despacho denegatório de recurso de revista referente a acórdão regional publicado após a entrada em vigor da Lei 13.467/17, tem-se que o apelo ao TST deve ser analisado à luz do critério da transcendência previsto no art. 896-A da CLT. 2. Quanto à multa por embargos de declaração protelatários, tem-se que, pelo prisma da transcendência, o recurso de revista não atende a nenhum dos requisitos do art. 896-A, § 1º, da CLT, uma vez que a referida questão não é nova no TST (inciso IV) nem o Regional a decidiu em contrariedade com jurisprudência sumulada do TST ou do STF (inciso II) ou em confronto com direito social constitucionalmente assegurado (inciso III), para uma causa cujo valor da condenação, de R\$ 43.504,58, não pode ser considerado elevado, a justificar um novo reexame do feito. II) INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EXERCIDA POR MAIS DE 10 ANOS - SÚMULA 372, I, DO TST FRENTE AO ART. 468, § 2º, DA CLT - DEBATE EM TORNO DA EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA DA CAUSA POR AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DO STF - JURISPRUDÊNCIA DA SDI-1 FAVORÁVEL AO DIREITO - DESPROVIMENTO. 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 de índole constitucional, de especial relevância para trabalhadores e empregadores, e ainda não foi deslindada pelo STF, em que pese a SDI-1 do TST ter decidido pela existência do direito adquirido. Assim, reconhece-se a transcendência jurídica do tema, até que seja pacificado pela Suprema Corte. 3. Esta Turma, anteriormente ao julgamento, em 09/09/21, do precedente de número E-ED-RR-43- 82.2019.5.11.0019 (Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa), pela SDI-1 do TST, entendia não haver direito adquirido com base em

jurisprudência não calcada em dispositivo de lei. 4. Com efeito, no entendimento da 4ª Turma, o inciso I da Súmula 372 do TST teve como leading case o precedente do processo E-RR-01944/1989 (Red. Min. Orlando Teixeira da Costa, DJ de 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 ". 5. 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. 6. 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). 7. 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. 8. 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 de 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. 9. 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, esta Turma entendia não mais aplicável a Súmula 372 do TST à hipótese. No entanto, com ressalva de entendimento pessoal e por disciplina judiciária, em face da orientação jurisprudencial firmada pela SDI-1 do TST, aplica-se ao caso dos autos, de exercício de função gratificada por mais de 10 anos, o entendimento vertido na Súmula 372 do TST, que se constitui, assim, em óbice ao processamento da revista patronal. Agravo de instrumento desprovido.

O acórdão explicou que anteriormente ao julgamento, em 09/09/21, do precedente de número E-ED-RR-43- 82.2019.5.11.0019 (Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa), pela SDI-1 do TST, entendia não haver direito adquirido com base em jurisprudência não calcada em dispositivo de lei. Apesar disso, o acórdão traz que, no entendimento da 4ª Turma, o inciso I da Súmula 372 do TST fundamentava o deferimento da pretensão incorporativa com base nos princípios da

habitualidade, da irredutibilidade salarial, da analogia com direito reconhecido aos servidores públicos e da continuidade da jurisprudência.

Segundo o acórdão, a *ratio decidendi* do precedente que embasou o inciso I, da Súmula 372, do TST, não tratou a lacuna legislativa como a ausência de exceções à regra. O relator defende que houve um ativismo judiciário e voluntarismo jurídico com a inovação e que isso estabeleceu vantagem trabalhista não prevista em lei, de forma discricionária, ao definir 10 anos como tempo de percepção para incorporação, e a não reversão por justa causa, como condição de manutenção da gratificação.

O julgado trouxe, ainda, o dispositivo legal que vedou a incorporação do proveito econômico pelo exercício de função de confiança. Foram apresentadas as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista em relação à vedação explícita à redução ou criação de direitos por súmula, estabelecida pelo art. 8º, § 2º, da CLT, e o óbice imposto à manutenção da gratificação de função, independentemente do tempo durante o qual a tenha recebido quando houver reversão ao cargo efetivo, estabelecido pelo art. 468, § 2º, da CLT.

Por fim, o relator defende que o direito adquirido surge quando há um conflito de direito intertemporal, entre lei antiga e lei nova e não entre a lei nova e fonte inidônea para criar direito novo. Diante disso, ele apresenta seu entendimento divergente, no sentido de que como o fundamento para incorporação de gratificação de função vinha de súmula criando direito sem base legal não haveria direito adquirido em relação à Lei 13.467/2017.

Mesmo assim, por disciplina judiciária, em face da orientação jurisprudencial firmada pela SDI-1 do TST, ele entende pela aplicação do entendimento vertido na Súmula 372 do TST, para que haja incorporação de função gratificada exercida por mais de 10 anos e revertida sem justo motivo.

No mesmo sentido, o TST decidiu em sede de embargos de declaração que, em havendo a percepção de gratificação de função por mais de 10 anos antes da Reforma Trabalhista, não seria possível suprimir o valor da remuneração do trabalhador, nos termos da Súmula 372, I, do TST. O acórdão esclarece que a alteração legislativa proporcionada pela Lei 13.467/2017 não pode retroagir para alcançar situações consolidadas anteriormente à sua vigência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO RECLAMADO OPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO RECEBIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. SÚMULA 372, I, DO TST. AQUISIÇÃO DO DIREITO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. OMISSÃO E OBSCURIDADE NÃO CONFIGURADAS. 1. Hipótese em que não se constata omissão ou contradição no julgado, porquanto restaram expressa e claramente expostos os fundamentos adotados por esta Turma para dar provimento ao recurso de revista da autora, considerando que, no caso, houve a percepção de gratificação de função por

mais de 10 anos pela autora, não sendo possível suprimi-la, nos termos da Súmula 372, I, do TST. 2. Ademais, o acórdão embargado esclareceu que a alteração legislativa proporcionada pela Lei 13.467/2017 não retroage para alcançar situações consolidadas anteriormente à sua vigência, sob pena de afrontar os princípios básicos de direito intertemporal previstos no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. 3. Dessa forma, a decisão proferida por esta Turma julgadora está devidamente fundamentada e resolve de forma lógica e coesa as questões postas em juízo. Embargos de declaração não providos.

O acórdão, de relatoria da Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, resolveu de forma lógica e coesa as questões postas em juízo. Ele apresenta fundamentação para a impossibilidade dessa supressão ao defender que a impossibilidade da incorporação da gratificação seria uma afronta aos princípios básicos de direito intertemporal previstos no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, o TST ratificou o entendimento no sentido de permitir a incorporação da gratificação de função em acórdão que tratou sobre o mesmo tema, também sob relatoria da Ministra Delaide Alves Miranda Arantes. A decisão está em harmonia com a tese firmada pela SbDI-1 da Corte, no sentido de que as inovações introduzidas pela Lei 13.467/2017 não podem ser aplicáveis, retroativamente, em especial o atual art. 468, § 2º, da CLT:

AGRAVO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO RECEBIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. REQUISITOS IMPLEMENTADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. SÚMULA 372, I, DO TST. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. No caso, foi mantida a decisão do Tribunal Regional que, com amparo na Súmula nº 372 desta Corte, reconheceu o direito do reclamante à incorporação da gratificação de função uma vez " comprovado o efetivo e contínuo exercício de função de confiança por mais de 10 anos e ausente o justo motivo para o descomissionamento [...] sobretudo quando incorporado o direito ao patrimônio jurídico da empregada em período pretérito à vigência da Lei nº 13.467/2017 ". A propósito, a SbDI-1 desta Corte firmou tese no sentido de que são inaplicáveis, retroativamente, as inovações introduzidas pela Lei 13.467/2017, em especial o atual art. 468, § 2º, da CLT. Estando a decisão agravada em consonância com a jurisprudência desta Corte, resta inviabilizado o reconhecimento da transcendência. Agravo não provido.

A relatora nesse caso, com amparo na Súmula nº 372 do TST, em vigor antes da reforma trabalhista, reconheceu o direito à incorporação da gratificação de função por restar comprovado o efetivo e contínuo exercício de função de confiança por mais de 10 anos e pela ausência de justo motivo para o descomissionamento, explicando que o reconhecimento se deu pelo direito ter sido incorporado ao patrimônio jurídico da empregada em período anterior à

vigência da Lei nº 13.467/2017. A *ratio decidendi* da decisão inclui princípios como o da segurança jurídica e da irretroatividade das leis, de forma que a referida alteração legislativa não alcança situações já consolidadas.

Essa decisão segue em consonância com a jurisprudência da corte superior trabalhista. Isso demonstra que, em que pese exista entendimento divergente entre os juízes do TST, a perspectiva que se pode ter a respeito do tema é de que a jurisprudência caminha rumo à pacificação sobre o tema, seguindo a tese firmada pela SbdI-1 do TST.

3.2. PERSPECTIVAS PARA A INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Diante do exposto, o direito trabalhista brasileiro enfrenta questões relevantes no que se refere à modulação dos efeitos das alterações legislativas promovidas pela reforma trabalhista para os contratos que estavam em curso. Os resultados relatados neste estudo sobre a incorporação de gratificação de função demonstram bem a complexidade do panorama atual.

Apesar de a lei ter sido muito clara sobre a impossibilidade de haver incorporação da gratificação de função nos casos em que o empregado é revertido ao cargo efetivo, o tema segue sendo objeto de discussão. A principal polêmica a respeito do assunto gira em torno da possibilidade de incorporação da verba remuneratória nos casos em que o empregado já havia cumprido os requisitos previstos no Enunciado da Súmula 372, do TST, antes da modificação legislativa.

Embora a SBDI-1 já tenha elaborado tese sobre o tema no sentido de reconhecer que existe o direito adquirido à incorporação de função para esses trabalhadores, não há de se pensar que se trata de questão ganha. O direito à incorporação da gratificação de função toca em um assunto profundamente sensível à luta de classes sociais e econômicas: a mais-valia.

Marx e Engels defenderam que a história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes e, ainda que toda luta de classes é uma luta política. Como uma luta política, a perspectiva sobre o tema é de, ainda que a questão aparente esteja apaziguada, a sociedade precisa permanecer em constante vigilância. Nesse sentido, Neto e Cavalcante defendem:

Para se compreender a atual concepção do trabalho humano é importante uma análise da história, para lembrarmos que os direitos hoje existentes não são originários de dádivas, mas, ao contrário, são frutos de incessantes lutas dos trabalhadores. (NETO, CAVALCANTE, 2019).

Desse modo, a questão trabalhista dialoga com o direito constitucional. Nas lições de Ferdinand Lassale, essa relação se estabelece entre o texto da Constituição Federal de 1988 e as forças

determinantes do poder para ela existir, dando vida ao poder constituinte. Portanto, conforme estabelece o texto constitucional, o direito do trabalho é instrumento que visa à proteção do trabalhador e à melhoria de sua condição social, devendo defender o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o óbice imposto à incorporação da gratificação de função pela modificação legislativa promovida pela Reforma Trabalhista não nasce de um fenômeno contemporâneo. A questão se origina no modo capitalista de produção, modelo no qual as raízes que sustentam as sociedades humanas se desenvolvem pela luta de classes.

No que se refere ao tratamento dado a este instituto, sua defesa perpassa longa trajetória do ordenamento justralhista até o momento em que Enunciado de Súmula garantiu o direito à incorporação dessa verba salarial. Posteriormente, a incorporação do instituto foi vedada não só por texto de lei, mas também por dispositivo legal que estabeleceu que súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderiam restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. Ora, como tratava-se de direito previsto em Súmula, este dispositivo da reforma funcionou como mais um óbice à concretização dessa garantia trabalhista.

O resultado da presente pesquisa é a clareza de que, mesmo após a robusta produção teórica no campo social após a modernidade, o modelo marxista segue pertinente para a compreensão da dinâmica das relações de produção. Nesse contexto, o modelo levanta o entendimento de que o princípio da estabilidade seria uma construção de caráter meramente programático, cuja efetiva concretização denota um verdadeiro desafio em razão do equilíbrio dinâmico que emerge na negociação entre as partes interessadas.

Portanto, apesar de a trajetória do instituto da incorporação de função apontar na direção da possibilidade da garantia trabalhista (pelo menos no contexto de direito adquirido, nos casos em que os requisitos para a incorporação da verba salarial já tivessem sido adimplidos antes da Reforma), o tema ainda não foi pacificado. Até entre os membros do TST, instância mais elevada de julgamento para temas que envolvem o direito trabalhista brasileiro, encontramos divergências ideológicas no que se refere à garantia desse direito arduamente conquistado pelos trabalhadores.

Os direitos dos trabalhadores são, portanto, instáveis. A mais-valia se mantém na pauta de interesse dos donos dos meios de produção e as complexidades construídas no contexto contemporâneo não foram suficientes para superar o paradigma da luta de classes no âmbito das relações capitalistas.

Os direitos sociais estão sujeitos, mesmo após momento de pacificação jurisprudencial, a modificações legislativas e entendimentos divergentes por parte dos membros do judiciário.

Nesse contexto, emerge a necessidade do valor social do trabalho e dos direitos que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, Acesso em: 17 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2022.

BRASIL. Medida Provisória Nº 808. Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 81, de 25 de novembro de 1985. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 22352, 4 dez. 1985. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/4362>. Acesso em: 17 de novembro de 2022.

BRASIL, TRIBUNAL 3ª Turma. Ag-AIRR-566-27.2019.5.10.0018 – ESTADO. Relator: Ministro Jose Roberto Freire Pimenta. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos ou Sentença, DEJT 23/09/2022. Disponível em: (<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/418ad6714dbfa40f0fe67a5572a0e83a>). Acesso em: 17 de novembro de 2022.

BRASIL, TRIBUNAL 8ª Turma. Ag-ED-AIRR-20444-51.2020.5.04.0702 – ESTADO. Relatora: Ministra Delaide Alves Miranda Arantes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos ou Sentença, DEJT 05/12/2022. Disponível em: (<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/7c8ad2b73575cf569d31b8e6cb46a68bsite>). Acesso em: 17 de novembro de 2022.

BRASIL, TRIBUNAL 4ª Turma. AIRR-1000248-07.2020.5.02.0441 – ESTADO. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos ou Sentença, DEJT 02/12/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/6a122889055b4e27a649de013ae900a6>. Acesso em 17 de novembro de 2022.

BRASIL, TRIBUNAL 8ª Turma. ED-RR-100193-47.2019.5.01.0020 – ESTADO. Relatora: Ministra Delaide Alves Miranda Arantes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos ou Sentença, DEJT 05/12/2022. Disponível em: [https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/d306e21c20f15565a5dabcb628c3f300\(site\)](https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/d306e21c20f15565a5dabcb628c3f300(site)) . Acesso em: 17 de novembro de 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**, 18ª. Ed. São Paulo: LTr., 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**, 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.

NETO, Francisco F.; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P. **Direito do trabalho** – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1.

RAMOS, Alexandre. **Quais são os direitos de um trabalhador em cargo de confiança?** Entrevista concedida ao TST. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/noticia-destaque-visualizacao/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24792806>, acesso em 23 de novembro de 2022

REALE, Miguel. **LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO**. 2001. Disponível em: <http://www.isepe.edu.br/images/biblioteca-online/pdf/direito/REALE_Miguel_Lies_Preliminares_de_Direito.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2022.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho** – 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.