

PROCESSO: OFÍCIO GS Nº 474/2012 (SF 12091-1113197/2012)

PARECER: PA Nº 43/2013

INTERESSADO: FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA

ASSUNTO: SERVIDOR CELETISTA. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. VANTAGEM PECUNIÁRIA. INCORPORAÇÃO. Vantagem pecuniária denominada “gratificação de função” tem natureza de adicional. Não incidência do artigo 457, § 1º, da CLT. Integra o salário apenas no período de sua percepção em razão de seu fundamento e objetivo. Pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo (artigo 468, parágrafo único, da CLT). Cessação do pagamento não caracteriza ofensa ao princípio da irredutibilidade de salário (artigo 7º, VI, da CF). Súmula 372, I, do TST. Gratificação de função percebida por dez anos ou mais. Incorporação, salvo quando a destituição ocorre por justo motivo (ato para o qual o empregado dá causa). Princípio da estabilidade financeira. Jurisprudência é fonte normativa supletiva no Direito do Trabalho (força jurídica). Artigo 8º da CLT. Estado quando contratado pelo regime celetista deve reconhecer ao servidor todos os direitos assegurados pela legislação trabalhista. **Precedentes: Pareceres PA-3 nº 348/1994, PA nº 05/2005 e PA nº 89/2008.** No regime celetista, ainda que o Estado seja o empregador, o princípio da legalidade estrita não se sobrepõe a direito reconhecido pela ordem trabalhista. Divergência com entendimento apresentado no Parecer PA nº 32/2013.

1. Após incursões em temas que ao final foram afastados pelas manifestações dos órgãos jurídicos pré-opinantes¹, a Gerência Administrativa da Fundação Memorial da América Latina, partindo dos argumentos constantes no Parecer

1 Destaco, entre elas, a Manifestação GPG/CEF nº 04/2011, fls. 102/108, que teve a aprovação do Senhor Procurador-Geral do Estado, fl. 109, na qual ficou esclarecido que “(...) a) o direito à incorporação de décimos, previsto no artigo 133 da Constituição Estadual não beneficia os empregados celetistas das fundações governamentais, consoante entendimento da PGE consolidado no Parecer PA-3 nº 216/91; e b) gratificação de representação, nos moldes da prevista no artigo 135, III, do Estatuto do Funcionário Público, disciplinada pela Lei Complementar nº 1001/2006 e cuja incorporação vem prevista na Lei Complementar nº 813/96, pode ser concedida aos empregados das fundações, mas desde que observado o regramento aplicável (lei específica da entidade e Decreto nº 51660/2007, que institui a Comissão de Política Salarial), como preconiza o Parecer PA nº 191/2007.”.

PA-3 nº 216/1991², apresenta questão sobre a qual se pretende obter a necessária orientação jurídica. Indaga aquele órgão se, consoante exposto na peça opinativa mencionada, as gratificações de função, pagas aos empregados celetistas da fundação, são incorporadas automaticamente, conforme artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal³ e, se afirmativa a resposta, em quais situações pontuais tal incorporação é aplicada (fls. 113/115).

2. A Gerência de Assuntos Jurídicos da Fundação Memorial da América Latina, em manifestação juntada às fls. 119/126, entende, com esteio no disposto no artigo 457, *caput* e § 1º, da CLT⁴ e na Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho⁵, “*que a função gratificada concedida aos servidores celetistas [da] Fundação, nos termos do Decreto nº 33.299, de 28 de maio de 1991⁶, Anexo IV, tanto para aqueles que ingressaram por meio de concurso público, como para aqueles que estão contratados em cargos de livre provimento (Decreto nº 43.462, de 17 de setembro de 1998, que alterou o Decreto nº 33.299/91) incorpora automaticamente o salário (...)*”⁷.

3. Encaminhados os autos à Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e de Contratações Eletrônicas – CEDC pela Secretária Executiva do CODEC⁸ (fl.

2 Parecerista Procuradora do Estado Dra. FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA. Parecer aprovado pelas instâncias superiores da PGE que, após fazer remissão ao artigo 457 da CLT, assevera: “(...) o servidor celetista incorpora automaticamente a diferença de remuneração pelo exercício de função diversa daquela para a qual foi contratado, enquanto tal não ocorre no regime estatutário, em que esse tipo de vantagem, considerada não fixa, não é passível de incorporação, só sendo percebida enquanto dura o exercício da função.” (cópia às fls. 84/92).

3 **Constituição Federal** – “Artigo 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;”.

4 **Consolidação das Leis do Trabalho** – “Artigo 457 – Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber:

§ 1º – Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.”.

5 **Súmula 372 do TST** – “**GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES.** (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 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).”.

6 Fixa o Quadro, os vencimentos e as vantagens do pessoal da Fundação Memorial da América Latina e dá outras providências.

7 Negrito no original.

8 Órgão ao qual se teve por necessária a remessa dos autos em razão do disposto no **Decreto estadual nº 55.870/2010** (“Artigo 5º – O Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC tem as seguintes

146), a autoridade do órgão ratifica a Informação nº 275/G/2012 (fls. 147/150vº), na qual, à luz do que expressamente dispõe o § 1º do artigo 457 da CLT, se sustenta não poder ser ampliativamente interpretado o mencionado dispositivo – que trata da **integração** das verbas de natureza salarial para efeitos legais – para o fim de assegurar o pagamento da gratificação propriamente dita e a sua **incorporação automática**.

3.1. No que toca à aplicação da Súmula 372 do TST, o órgão aponta a necessidade de manifestação específica da Procuradoria Geral do Estado “*para dirimir a questão acerca da possibilidade de incorporação da gratificação de função à remuneração dos empregados da Fundação Memorial, inclusive, fixando os critérios a serem observados para a situação, se for o caso, uma vez que a matéria envolve entendimento jurídico com repercussão no âmbito das empresas e fundações estaduais.*”⁹.

4. Mantendo o posicionamento antes apresentado, a Gerência de Assuntos Jurídicos da Fundação Memorial da América Latina aduz “*que, na hierarquia das normas, a Consolidação das Leis do Trabalho deve prevalecer sobre a legislação estadual, pois de acordo com o art. 22, I, da Constituição Federal, compete à União privativamente legislar sobre direito do trabalho, sendo, portanto, prevalente o Decreto-Lei Federal sobre o Estadual, no que tange ao direito do trabalho.*”¹⁰.

5. Num primeiro momento os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Empresas e Fundações da PGE que, por entender cuidar-se de hipótese prevista no artigo 21, inciso I, da Lei Orgânica da PGE¹¹, submeteu a questão à análise da Subprocuradoria-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, com proposta de envio a esta Especializada (fls. 165/172, não numeradas), o que veio a ocorrer (fl. 173).

6. O Parecer PA nº 32/2013, fls. 174/201, analisando todo o processado, concluiu:

“a) tal como assentado no Parecer PA-3 nº 216/91, o artigo 133 da Constituição Estadual não se aplica aos empregados submetidos à legislação trabalhista;

atribuições: (...) III – manifestar-se, previamente à submissão da matéria à Comissão de Política Salarial, acerca de pleitos apresentados pelas empresas controladas pelo Estado e pelas fundações por ele mantidas ou instituídas, relativos a reajuste salarial, concessão de benefícios, aplicação de convenções coletivas, implantação ou alteração de plano de cargos e salários e programa de participação nos lucros ou resultados;”.

9 Penúltimo parágrafo da fl. 150.

10 Fls. 156/162, negrito no original.

11 **Lei Complementar Estadual nº 478/1986** – “Artigo 21 – São atribuições da Procuradoria Administrativa: I – emitir pareceres em processos sobre matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral;”.

b) o termo “incorporação” mencionado no Parecer PA-3 nº 216/91 refere-se especificamente à regra prevista no artigo 457, § 1º, da CLT, que, por sua vez, utiliza o termo “integração”;

c) o artigo 457, § 1º, da CLT, está a significar que a gratificação recebida pelo empregado deve ser considerada para efeitos dos reflexos eventualmente devidos, tais como horas extras, décimo terceiro salário, férias, parcelas do FGTS do período, etc.;

d) tal dispositivo não dá suporte a qualquer incorporação, à remuneração do empregado, do valor de gratificação de função recebida, ainda que por longo período;

e) o parágrafo único do art. 468 autoriza, expressamente, ao empregador fazer com que o empregado ocupante de posto de confiança reverta a seu antigo cargo efetivo;

f) tal dispositivo não determina qualquer incorporação do valor da gratificação, em caso de reversão, o que não configura qualquer redução de vencimentos;

g) não há qualquer norma na CLT estabelecendo que o recebimento de gratificação de função, por determinado período, acarreta o direito à sua incorporação automática à remuneração do empregado;

h) o pleito da Interessada – incorporação automática, à remuneração de seus empregados, do valor das gratificações de função por eles recebidas – não decorre de lei, mas de orientação advinda de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, no caso, consolidada na Súmula 372 daquele Tribunal;

i) não é possível acolher-se pleito fundado unicamente em Súmulas de Tribunais;

j) tal Súmula é, inclusive, inaplicável à Interessada, na medida em que cuidando-se de cargos em comissão e funções de confiança, desempenhados em Fundação Estadual, a simples perda dessa confiança, por qualquer razão e independentemente do período, é justo motivo tanto para a reversão, se o empregado for concursado, quanto para a exoneração, caso se trate de cargo em comissão exercido por não funcionário;

k) a incorporação pleiteada pela Interessada é vedada pelo artigo 14 do Decreto Estadual nº 33.299/91.^[12]”.

12 Decreto estadual nº 33.299/1991 – “Artigo 14 – Os empregados designados para Funções Gratificadas ou para Emprego em Comissão não terão direito a incorporar à sua remuneração as respectivas gratificações ou diferenças.”.

7. Antes de se manifestar a respeito do parecer emitido, a Senhora Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa entendeu conveniente colher outra manifestação, razão porque os autos foram a mim redistribuídos (fl. 202).

É o relatório. Opino.

8. Urge assentar minha concordância com a primeira conclusão alcançada no Parecer PA nº 32/2013, que, como afirmado, já se encontra resolvida no PA-3 nº 216/1991, qual seja, a não aplicação do disposto no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo aos servidores celetistas¹³. Esta, e **exclusivamente esta**, é a orientação fixada naquele precedente¹⁴.

9. Quanto ao mais, passo a apresentar meu entendimento a respeito da matéria, o qual se distancia de parte da argumentação trazida no Parecer PA-3 nº 216/1991 e também da abordagem feita pelo douto subscritor do Parecer PA nº 32/2013.

10. No caso específico, apesar de instituída como fundação de direito público¹⁵, a Fundação Memorial da América Latina, como outras, se estabeleceu na zona cinzenta descrita em tantos precedentes desta Especializada¹⁶, com quadro de pessoal sujeito ao regime da legislação trabalhista¹⁷.

11. Antigo, e inalterado até o presente momento, é o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado no sentido *“de que quando o Estado contrata sob o regime celetista, fica obrigado a observar os direitos e vantagens estabelecidos pela legislação federal, sendo tal regime afetado pelos dispositivos constitucionais aplicáveis aos servidores em geral.”*¹⁸.

13 Entendimento já externado no aditamento ao Parecer PA-3 nº 110/1990, ratificado pela então Procuradora do Estado Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa (v. cópia juntada à fl. 91 destes autos).

14 As demais considerações constantes do corpo daquela peça opinativa (v. item 1 do relatório supra, nota de rodapé 2) não repercutiram na manifestação da então Procuradora do Estado Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa, Dra. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que, não obstante ter se alinhado à conclusão do parecer, ratificou entendimento próprio externado quando do aditamento ao Parecer PA-3 nº 110/1990, in verbis: *“Trata-se de indagação sobre a gratificação, aos servidores celetistas, das disposições do art. 133 da Constituição do Estado. A PA-3, no parecer nº 216/91, concluiu em sentido negativo, o que coincide com entendimento por nós adotado em aditamento ao parecer PA-3 nº 110/90, proferido no processo PAJ nº 11.202/89 (cópia anexa). Com essa conclusão, que ora ratificamos, encaminhe-se o expediente à Procuradoria Geral do Estado.”*

15 *Lei estadual nº 6.472/1989 – “Artigo 1º – Fica o Poder Executivo autorizado a instituir a ‘Fundação Memorial da América Latina’, pessoa jurídica de direito público, vinculada à Secretaria da Cultura, a qual se regerá por esta lei e por estatutos aprovados por decreto.”*

16 Parecer PA nº 191/2007, PA nº 118/2008, PA nº 187/2008, PA nº 01/2010, PA nº 112/2010, PA nº 146/2010, PA nº 150/2010, etc.

17 Artigo 13 da Lei estadual nº 6.472/1989.

18 Despacho do então Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria, Dr. LUIZ SÉRGIO DE SOUZA RIZZI, ao aprovar o Parecer PA-3 nº 348/1994 que também foi acolhido pelo Chefe desta Instituição.

12. O entendimento a respeito da questão aqui tratada surge a partir das definições específicas trazidas pela legislação trabalhista, normatização que, por vezes, como acontece com as disposições que cuidam das vantagens pecuniárias dos servidores estatutários, não são precisas, o que dificulta o seu reconhecimento e distinção.

13. Importante é saber, inicialmente, qual a acepção das “**gratificações ajustadas**” indicadas no § 1º do artigo 457 da CLT¹⁹, que, por esse dispositivo, integram o salário e **se** nestas pode ser enquadrada a “**gratificação de função**”, prevista no Anexo IV do artigo 13 do Decreto estadual nº 33.299/1991.

13.1. O artigo 13 dispõe que:

“Artigo 13 – As Funções Gratificadas são aquelas para as quais a Diretoria ou o Conselho Curador, conforme os Estatutos da Fundação, podem livremente designar e dispensar, dentre os ocupantes de Emprego na Fundação, respeitadas as qualificações necessárias, e cujo número, denominação e respectiva gratificação estão listados no Anexo IV deste decreto.” (grifos nossos).

13.2 O Anexo IV do decreto traz as seguintes “**funções gratificadas**”: motorista de diretoria, chefia de setor, chefias de divisão/assessoria de diretoria, gerências de departamento, diretorias/chefia de gabinete e presidência.

14. Pois bem, consoante abalizada doutrina, **gratificações** são aquelas parcelas salariais cujo **fato ensejador** “não é tido como gravoso ao obreiro ou às condições de exercício do trabalho (ao contrário do verificado com os adicionais); também não depende estritamente da conduta pessoal do trabalhador ou grupo de trabalhadores (ao contrário do verificado com os prêmios). Tende a ser fato objetivo (...). São seus expressivos exemplos as gratificações de festas, de aniversário da empresa (...) gratificações semestrais, anuais ou congêneres, etc.” (grifos nossos)²⁰.

14.1. Identifica-se:

i) **gratificação “stricto sensu”** é a “manifestação livre do empregador por simples liberalidade ou júbilo, em face de certo acontecimento ligado ao empregado ou à empresa, sem promessa anterior”²¹. Assim, como liberalidade, “haverá, pois, de ser tida a gratificação não ajustada. Nessa hipótese, não integrará o salário do empregado.”

19 V. nota de rodapé 4 supra.

20 DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, Editora LTr, 6. ed., 2007, p. 740.

21 CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Editora Saraiva, 35. ed., 2010, p. 349/350.

podendo ser livremente suprimida. (...) O que faz com que a gratificação se repute liberalidade é o seu caráter casual;” (grifos nossos)²²;

ii) gratificação ajustada é aquela em que “a simples reiteração da parcela, tornando-a habitual, produz sua integração ao contrato e, em consequência, ao salário, independentemente da intenção de liberalidade afirmada no ato contratual instituidor da gratificação.”(grifos nossos)²³; “é autêntico salário que somente não obedece às restrições de periodicidade mensal nem integra o salário mínimo;” (grifos nossos)²⁴;

iii) gratificação normativa é a “criada por norma jurídica (como são as regras componentes de convenção, acordo ou contrato coletivos de trabalho), e não simples ato unilateral ou bilateral das partes contratuais, deverá o intérprete ater-se aos limites expressamente fixados pela norma jurídica instituidora da verba.” (grifos nossos)²⁵.

15. Por outro lado, “gratificação de função é o complemento de salário tendente a compensar maior diligência ou mais elevado grau de responsabilidade exigido do empregado. Esse complemento de salário costuma ser atribuído aos ocupantes de cargo de confiança ou então a empregados em regime de substituição interina.” (grifos nossos)²⁶.

16. Vê-se que, tecnicamente, a denominada “gratificação de função” melhor se adequa ao conceito de adicional:

“Os adicionais consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude de exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas. (...)”

(...) O que distingue os adicionais de outras parcelas salariais são tanto o fundamento como o objetivo de incidência da figura jurídica. Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um ‘plus’ em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório(...)

22 MAGANO, Octavio Bueno, *Manual de Direito do Trabalho – Volume II: Direito Individual do Trabalho*, Editora LTR, 4. ed. revista e atualizada, 1993, p. 239.

23 DELGADO, Mauricio Godinho, ob. cit., p. 742.

24 CARRION, Valentin, ob. cit., p. 349.

25 DELGADO, Mauricio Godinho, ob. cit., p. 742.

26 MAGANO, Octavio Bueno, ob. cit., p. 263.

(...) *O fundamento e objetivo dos adicionais justificam a normatização e efeitos jurídicos peculiares que o Direito do Trabalho confere a tais parcelas de natureza salarial. Embora sendo salário, os adicionais não se mantêm organicamente vinculados ao contrato, podendo ser suprimidos, caso desaparecida a circunstância tipificada ensejadora de sua percepção durante certo período contratual. (...)*

(...) *Recebido com habitualidade, íntegra, no período de sua percepção, o salário obreiro para todos os efeitos legais. Irá refletir-se, desse modo, no cálculo de 13º salário, férias com 1/3, FGTS (com 40%, se for o caso), aviso prévio, além da contribuição previdenciária.” (grifos nossos)²⁷.*

17. Não se identifica a parcela recebida pelos empregados da Fundação Memorial da América Latina, que exercem as funções previstas no artigo 13, do Decreto estadual nº 33.299/1991, na definição dada à “gratificação ajustada” (artigo 457, § 1º, da CLT). Aquela tem natureza jurídica de adicional e não de gratificação.

17.1. A “**gratificação de função**” é parcela salarial, **íntegra o salário no período de sua percepção**, não com fulcro no artigo 457, § 1º, da CLT, mas em razão de sua natureza jurídica, de seu *fundamento* (exercício de função de confiança) e *objetivo* (compensar o empregado pela maior responsabilidade e encargos superiores recebidos). Distingue-se da *gratificação* que, se não for habitual, não se caracteriza como *ajustada* e, conseqüentemente, não se enquadra no dispositivo da legislação laboral.

17.2. Enquanto a “gratificação ajustada” é tida como tacitamente convenionada, isto é, não pode ser unilateralmente alterada (artigo 468 *caput* da CLT), a “**gratificação de função**”, como adicional que é, pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo, deixando o exercício da função de confiança (artigo 468, parágrafo único, da CLT).

18. Identificada a “**gratificação de função**” como adicional, a pretensão de **incorporação automática** dessas parcelas, com fundamento no artigo 457, § 1º, da CLT²⁸, não se sustenta, razão porque discordo do argumento constante no Parecer PA-3 nº 216/1991, utilizado pela fundação em seu pleito²⁹.

27 DELGADO, Mauricio Godinho, ob. cit., p. 737/738.

28 V. nota de rodapé 4.

29 V. item 1 do relatório supra e respectiva nota de rodapé 2.

19. No que se refere à observância do princípio da irredutibilidade de salário (artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal³⁰), verifica-se que as funções a que se refere o artigo 13 do Decreto estadual nº 33.299/1991³¹ são dirigidas exclusivamente a trabalhadores que já têm emprego na fundação e, em razão de designação das autoridades competentes, passam a exercer funções consideradas de confiança dentro da estrutura da própria fundação, que não implicam, porém, em progressão funcional, senão em exercício temporário de atividades de comando.

19.1. Logo, consoante doutrina colacionada, em razão de seu fundamento e objetivo, a “**gratificação de função**” não está organicamente vinculada ao contrato laboral, é **parcela salarial condicionada**, isto é, desaparecida a circunstância que a originou (com a dispensa da função de confiança³²), esta não é mais devida, não caracterizada, com isso, ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial. A aplicação deste princípio está adstrita, no caso, ao vínculo laboral efetivo do empregado, ao qual retornará, salvo se comprovado o cometimento de falta grave³³.

20. O quadro se modifica quando a função gratificada passa a ser ocupada pelo mesmo empregado por **longo período de tempo**, o que desnatura a sua temporariedade e precariedade.

20.1. Sob o prisma da ordem justabalhista, a anterior instabilidade financeira cede lugar à necessidade de garantia da segurança salarial no que se refere ao adicional (“gratificação de função”) recebido³⁴.

20.2. Calcada nessa premissa, a Súmula 372 do TST não nega o direito potestativo do empregador de, sem justo motivo, destituir o empregado da função de confiança, mas garante que seja mantida a estabilidade econômica do trabalha-

30 V. nota de rodapé 3.

31 V. item 13 supra.

32 **Consolidação das Leis do Trabalho – “Artigo 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.”.

33 **Consolidação das Leis do Trabalho – “Artigo 499 – Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.**

§ 1º – Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado.”.

34 TST, E-ED-RR 88.144/93.6, Ronaldo Leal, Ac. SBDI-1 684/96.

dor, princípio que nutre o ramo do Direito do Trabalho³⁵, fixado o prazo de dez anos para que a situação reste configurada³⁶.

21. Entendo que a Súmula 372 do TST afasta os diferentes caminhos que poderiam surgir a partir do reconhecimento do direito à estabilidade financeira do empregado que, **por longo período**, recebeu a “**gratificação de função**” e foi revertido a seu cargo efetivo, fixado, pelo enunciado, **tempo mínimo** (dez anos) que justifica a sua incorporação.

22. O princípio da legalidade é certamente o pilar da atuação da Administração, porém, consoante já explanado nestes autos, a não adoção pelo Estado de São Paulo do regime jurídico único implica, no que se refere aos empregados públicos, não só na observância das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, como também na obediência aos princípios e conceitos que regem o ramo denominado Direito do Trabalho, com inarredáveis consequências.

23. De forma contundente, a legislação trabalhista identifica a jurisprudência como uma das fontes a se recorrer para supressão de lacuna contratual ou legal. Em seu artigo 8º, a Consolidação das Leis do Trabalho determina expressamente que:

“Artigo 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.”

35 Também nas relações estatutárias, regidas por norma específica do Estado/empregador, a observância ao princípio da estabilidade financeira resta reconhecida. A esse respeito, anote-se o seguinte julgado proferido pelo STF: “**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 3º DA LEI Nº 1.145, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PREVISÃO DE REAJUSTE DE VALORES FIXADOS REFERENTES ÀS VANTAGENS NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEIS PARA OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE DIREÇÃO E DE GERÊNCIA SUPERIOR, NA MESMA PROPORÇÃO. 1. Configurada situação de pagamento de vantagem pessoal, na qual se enquadra o princípio da ‘estabilidade financeira’, e não da proibição constitucional de vinculação de espécies remuneratórias vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição da República. 2. Previsão legal que não iguala ou equipara vencimentos, apenas reconhece o direito dos que exerceram cargos ou funções comissionadas por certo período de tempo em continuar percebendo esses valores como vantagem pessoal. Precedentes. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.**” (ADI nº 1.264-9/Santa Catarina, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, v.u., julgada improcedente, data do julgamento 29.11.2007. DJE nº 026. Divulgação 14.02.2008. Publicação 15.02.2008).

36 A fixação do prazo de dez anos tomou por esteio a anterior garantia de estabilidade de emprego (artigo 492 da CLT, revogado tacitamente pela CF/88).

Parágrafo único – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.” (grifos nossos).

23.1. Comentando esse dispositivo, VALENTIN CARRION assinala que:

“A aplicação da norma jurídica, em cada momento, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, considera-se todo o universo de normas vigentes, os precedentes históricos, a evolução da sociedade, os conflitos das leis no espaço, no tempo e na hierarquia e os princípios (...) Como em cada área do Direito as normas dos outros ramos somente se recebem após atender-se o dispositivo imediato, que é o do Direito do Trabalho, aqui essa admissão tem de considerar a ‘tensão existente entre os princípios individualistas do direito civil e os sociais do direito do trabalho’ (Borrajo e Oviedo, apud cit), afastando-se assim a possível incompatibilidade também apontada na CLT.

O direito do trabalho possui princípios específicos, além dos de direito comum. Sua tutela principal se resume em: a) norma mais favorável; b) condição mais benéfica; c) primazia da realidade.” (grifos nossos)³⁷.

23.2. Não é demais lembrar aqui assertiva constante do Parecer PA-3 nº 348/1994 que, recentemente, foi destacada em outro parecer desta Especializada, *in verbis*: “constituído o vínculo entre o Estado e o servidor sob o regime laboral, não poderá o primeiro deixar de reconhecer ao segundo todos os direitos que aquela legislação assegura, embora possa, como qualquer outro empregador, conceder ao empregado vantagens não previstas expressamente na legislação de regência, sem que isso implique em alteração do vínculo inicial.” (destaques nossos)³⁸.

23.3. Por certo, no entendimento acima transcrito, os direitos assegurados aos servidores celetistas são aqueles reconhecidos conforme a interpretação sistemática do Direito do Trabalho³⁹.

37 Ob. cit., p. 84.

38 Item 43 do Parecer PA nº 89/2008, superiormente aprovado. No mesmo sentido, Parecer PA nº 05/2005.

39 Sob o título **VARIA A INTERPRETAÇÃO CONFORME O RAMO DO DIREITO**, CARLOS MAXIMILIANO ensina: “Preceito preliminar e fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de Direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo, além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e frequentes. As disposições de Direito Público se não interpretam do mesmo modo que as do Direito Privado; e em um e outro ainda os preceitos variam conforme o ramo particular a que pertencem as normas: os utilizáveis no Constitucional diferem dos empregados no Criminal; no Comercial não se procede exatamente como no Civil, e, no seio deste, ainda a exegese dos

23.4. Nesse campo ganha vulto a jurisprudência como fonte subsidiária do Direito do Trabalho. É o que nos ensina MAURICIO GODINHO DELGADO:

“(...) No âmbito justrabalista, o simples exame de certas súmulas de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho demonstra a clara qualidade de comando geral, impessoal e abstrato de que se revestem tais súmulas. (...) Essas orientações jurisprudenciais (...), embora não filiadas ao princípio estrito da reserva legal (se interpretado rigidamente esse princípio, é claro), tem inquestionável força jurídica (e jurígena).

Note-se que no Direito do Trabalho a própria legislação já cuidou de enfatizar a jurisprudência como fonte normativa – ao menos supletiva, é verdade (art. 8º, CLT). (...)

No Direito Comum, entretanto, é mais tenaz a resistência e dominância teórica da concepção tradicional (...)

(...) Como já observado, a CLT – diferentemente dos dois mencionados diplomas do Direito Comum [LICC e CPC] arrola a jurisprudência como fonte subsidiária do Direito do Trabalho (a par do Direito comparado), assumindo, expressamente, o papel jurígeno da prática decisória reiterada e uniforme dos tribunais.” (grifos nossos)⁴⁰.

24. A despeito de não existir norma expressa quanto aos efeitos da substancial alteração da natureza da “função gratificada” quando exercida por dez anos ou mais, o direito ao recebimento da respectiva “**gratificação de função**” advém, de forma inequívoca, da Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho.

24.1. Não há como desconsiderar a súmula mencionada, mesmo em confronto com o princípio da legalidade que, no caso, a despeito de ser o Estado o empregador, deve ser aplicado consoante a ordem justrabalista.

25. A existência de norma local expressa, artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/1991⁴¹, não se sobrepõe ao princípio da estabilidade financeira que embasa a Súmula 372 do TST, porquanto é, em relação a esta, mais restritiva.

25.1. O Tribunal Superior do Trabalho, em julgados que tratam de situação semelhante, reconhece a prevalência do enunciado sumular:

contratos e das leis excepcionais se exercita mediante regras especiais.” (in: Hermenêutica e Aplicação do Direito, Editora Forense, 19. ed., 2010, p. 247.

40 Ob. cit, p. 170/171 e 242.

41 V. nota de rodapé 12 supra.

“(...) Discute-se na hipótese a prevalência ou não de regulamento interno que mitiga a integralidade da incorporação de gratificação exercida por 10 anos ou mais, ou seja, a questão consiste em saber se norma interna unilateral (dito apenas para reforço) da empresa pode reduzir o percentual de integração (100%) implicitamente previsto no item I da Súmula nº 372 desta Corte, in verbis:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 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)

Tal entendimento não tem supedâneo legal explícito e poder-se-ia dizer que o princípio da estabilidade financeira decorre da amplitude do disposto no art. 7º, VI, da CF, que trata do princípio da irredutibilidade salarial, resultando, portanto, de um esforço interpretativo – uma construção jurisprudencial que certamente leva em conta o disposto nos arts. 8º da CLT, 4º e 5º da LICC e 126 do CPC –, sem que o direito à incorporação integral da gratificação exercida por dez anos ou mais decorra diretamente de preceito de lei.

Logo, se o direito à incorporação integral da gratificação deriva de uma construção jurisprudencial calcada no ordenamento jurídico e este, singelamente conceituado, representa o conjunto de normas e princípios jurídicos destinados a disciplinar a conduta humana, tem-se tal incorporação como um interesse juridicamente relevante que, apesar de não previsto expressamente em norma legal, não pode sofrer restrição por norma unilateral do empregador que intente se sobrepor à irredutibilidade salarial.

No caso, o empregado percebeu gratificação de função por período superior a dez anos a determinar o reconhecimento do direito à incorporação integral da gratificação suprimida, conforme o entendimento consubstanciado na Súmula 372 desta Corte.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para, destrancando o recurso de revista, dele conhecer quanto à prescrição, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto à

*incorporação da gratificação ao salário, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.”(grifos nossos.)*⁴².

26. No que toca à caracterização do *justo motivo* para fins de reversão ao cargo efetivo, o Tribunal Superior do Trabalho assentou que este deverá decorrer de “*ato que rompa a relação de confiança entre o empregador e o empregado, impedindo que o trabalhador, em dado momento da relação de emprego, não cumpra com as atribuições que lhe foram atribuídas e ainda se beneficie da remuneração destinada a um cargo de confiança, mesmo exercendo funções de menor responsabilidade.*” (grifos nossos)⁴³.

26.1. O *justo motivo* não é a simples perda de confiança, senão a comprovação de que o empregado **deu causa** à sua destituição do cargo ou função de confiança.

27. Assim, data vênua do entendimento em contrário, concluo não haver fundamento robusto que possa sobrepor o princípio da legalidade estrita à aplicação da Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho para os servidores estaduais que têm sua relação laboral regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 18 de junho de 2013.

CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES
Procuradora do Estado

⁴² Processo nº TST – RR-1110-95.2010.5.06.0000, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, j. em 10.11.2010. No mesmo sentido: TST – RR 1598/2003-006-13-00.2, 2ª Turma, Relator Ministro José Simpliciano Fernandes, DJ 13/04/2007; TST – ERR 1598/2003-006-13-00.2, SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DJ 29/06/2007.

⁴³ TST – RR 2486/1999-016-15-00.8, Terceira Turma, Relator Ministro Alberto Bresciani, DEJT 28/11/2008, página 783.

PROCESSO: OFÍCIO GS nº 474/2012 (SF nº 12091-1113197/2012)
INTERESSADO: FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA
PARECER: PA nº 32/2013 e PA 43/2013

Discute-se nos autos se o servidor celetista pode incorporar gratificação de função percebida em sua relação laboral com a Fundação Memorial da América Latina. Se acaso admitida a incorporação, discute-se os parâmetros a serem adotados para tanto.

O Parecer PA 32/2013 sustenta que não há norma legal a autorizar a incorporação, razão pela qual não existe esse direito. Irrelevante, no entender do parecerista, que a matéria tenha sido sumulada pela Justiça do Trabalho.

Submetido o tema a outra posição jurídica, sobreveio o Parecer PA nº 43/2013 que, sob outro enfoque, sustenta a possibilidade de haver referida incorporação, desde que percebidos os valores de forma ininterrupta por prazo superior a 10 (dez) anos, nos precisos termos em que fixado pela Súmula 372 do TST. Invoca a parecerista o artigo 8º da CLT, para apontar a necessária observância pela Administração Pública, “na falta de disposições legais ou contratuais” da jurisprudência e das normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho.

Um primeiro ponto a ser assentado é a exegese a ser dada ao artigo 457, § 1º, da CLT. O Parecer PA nº 216/91 entendeu que o dispositivo, ao prever que as verbas arroladas “integram o salário”, está determinando que os valores recebidos além do montante fixo ficam a ele “incorporados”.

As duas peças opinativas ora em exame, corretamente, não endossam esse entendimento. De fato, a integração ao salário prevista no dispositivo legal não é, ao contrário do que possa parecer numa primeira leitura, sinônimo de “incorporação”. A integração referida pela lei diz respeito aos valores que devem ser considerados na base de cálculo de outras vantagens, como 13º salário e férias. Não significa que os valores passam imediata e/ou automaticamente a integrar o patrimônio do trabalhador.

Ademais, o artigo 468, parágrafo único, da CLT, igualmente tratado por ambos os pareceristas, assegura ao empregador o direito de fazer reverter o empregado “ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

A jurisprudência trabalhista, em entendimento que está sumulado (Súmula 372 do TST), garantiu ao trabalhador que tiver percebido valores a título de gratificação de função por prazo igual ou superior a dez anos, o direito de incorporar esse montante.

Não existe, é certo, norma legal garantindo esse direito aos empregados da Fundação Memorial, o que enseja a discussão dos autos. Mais do que isso, o Decreto estadual nº 33.299/91, que fixa o Quadro, os vencimentos e as vantagens do pessoal da Fundação Memorial da América Latina, dispõe, em seu artigo 14, que “os empregados designados para Funções Gratificadas ou para Emprego em Comissão não terão direito a incorporar à sua remuneração as respectivas gratificações ou diferenças”.

Assentadas essas premissas, enquanto o Parecer PA 32/2013 nega totalmente o direito pleiteado por falta de fundamento legal, o Parecer PA nº 43/2013 assegura o direito nos estritos termos da Súmula 372 do TST, invocada com fundamento no artigo 8º da CLT.

Entendo que a razão está com o Parecer PA nº 43/2013, fazendo jus os empregados celetistas, como regra, à incorporação dos valores percebidos a título de gratificação de função por mais de dez anos. A aplicação da citada norma do artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91, por si só, em função de seu caráter unilateral, parece não ser suficiente para embasar a tese de inexistência do direito à incorporação, nos termos da jurisprudência trabalhista citada no item 25 do Parecer PA nº 43/2013.

Observo, não obstante, que não consta dos autos modelo de contrato de trabalho firmado com os empregados da Fundação. Na hipótese de existir cláusula nesse contrato reproduzindo o disposto no artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91, a questão poderá mudar de enfoque, na medida em que haveria uma norma contratual a embasar a negativa de incorporação. Lembre-se que a aplicação da jurisprudência trabalhista como fundamento para as decisões das autoridades administrativas, nos termos do artigo 8º da CLT, se dá “na falta de disposições legais ou contratuais”. Essa questão, no entanto, deverá ser sopesada na hipótese de existir referida norma contratual para que se possa aferir a viabilidade da tese.

Pelo exposto, deixando de acompanhar o entendimento do Parecer PA nº 32/2013, manifesto concordância com os termos do Parecer PA nº 43/2013.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria.

São Paulo, 10 de julho de 2013.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

PROCESSO: Ofício GS nº 474/2012 (SF nº 12091-1113197/2012)
INTERESSADO: FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA
ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO.
 Decreto estadual nº 33.299/1991. Servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho.

Analisa-se, nos Pareceres PA nº 32/2013 e nº 43/2013, questão relativa à incorporação de gratificação de função à remuneração percebida por servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina em razão do que dispõem o artigo 457, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁴ e a Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁵.

No Parecer PA nº 32/2013, após cuidadoso e circunstanciado exame da matéria, o parecerista alcança as seguintes conclusões: “a) tal como assentado no Parecer PA-3 nº 216/91, o artigo 133 da Constituição Estadual não se aplica aos empregados submetidos à legislação trabalhista; b) o termo “incorporação” mencionado no Parecer PA-3 nº 216/91 refere-se especificamente à regra prevista no artigo 457, §1º, da CLT, que, por sua vez, utiliza o termo “integração”; c) o artigo 457, §1º, da CLT está a significar que a gratificação recebida pelo empregado deve ser considerada para efeitos dos reflexos eventualmente devidos, tais como horas extras, décimo terceiro salário, férias, parcelas do FGTS do período, etc; d) tal dispositivo não dá suporte a qualquer incorporação, à remuneração do empregado, do valor de gratificação de função recebida, ainda que por longo período; e) o parágrafo único do art. 468 autoriza, expressamente, ao empregador fazer com que o empregado ocupante de posto de confiança reverta a seu antigo cargo efetivo; f) tal dispositivo não determina qualquer incorporação do valor da gratificação, em

44 Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 457 – Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953) § 1º – Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)” (g.n.).

45 Confira-se: “GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 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) “ (g.n.).

caso de reversão, o que não configura qualquer redução de vencimentos; g) não há qualquer norma na CLT estabelecendo que o recebimento de gratificação de função, por determinado período, acarreta direito à sua incorporação automática à remuneração do empregado; h) o pleito da Interessada – incorporação automática, à remuneração de seus empregados, do valor das gratificações de função por eles recebidas – não decorre de lei, mas de orientação advinda de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, no caso, consolidada na Súmula 372 daquele Tribunal; i) não é possível acolher-se pleito fundado unicamente em Súmulas de Tribunais; j) tal Súmula é, inclusive, inaplicável à Interessada, na medida em que cuidando-se de cargos em comissão e funções de confiança, desempenhados em Fundação Estadual, a simples perda dessa confiança, por qualquer razão e independentemente do período, é justo motivo para a reversão, se o empregado for concursado, quanto para a exoneração, caso se trate de cargo em comissão exercido por não funcionário; k) a incorporação pleiteada pela Interessada é vedada pelo artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91” (item 68 do Parecer PA nº 32/2013, fls. 201).

A Chefia da Procuradoria Administrativa optou por redistribuir os autos para colheita de outra opinião sobre o tema.

Veio a lume, então, o Parecer PA nº 43/2013. Nele, após o relato do processado, a parecerista principia por alinhar-se ao entendimento externado na peça jurídico-opinativa precedente em relação à inaplicabilidade, aos servidores celetistas, do disposto no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo. Esse dispositivo constitucional estabelece que o “*servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos*”. Decerto, assevera a parecerista que “*Urge assentar minha concordância com a primeira conclusão alcançada no Parecer PA nº 32/2013, que, como afirmado, já se encontra resolvida no PA-3 nº 216/1991, qual seja, a não aplicação do disposto no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo aos servidores celetistas. Esta, e exclusivamente esta, é a orientação fixada na-quele precedente*” (item 8 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 208).

Dessa forma, tanto no Parecer PA nº 32/2013 como no Parecer PA nº 43/2013, prevaleceu o entendimento segundo o qual o artigo 457, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao dispor que as verbas neles discriminadas integram o salário, está a estabelecer que tais valores devam ser levados em consideração para o cálculo de outras vantagens – tais quais horas extras, décimo terceiro salário, férias, etc; e não que esses valores devam ser incorporados ao salário. Em suma, como bem salientado pela Chefia da Procuradoria Administrativa, “*Não significa que os valores passam imediata e/ou automaticamente a integrar o patrimônio do trabalhador*” (fl. 224).

Sem embargo desse ponto de intersecção, no Parecer PA nº 43/2013 traça-se orientação jurídica distinta da sustentada na peça jurídico-opinativa que o precedeu.

Ao sumariar a argumentação cerzida no Parecer PA nº 43/2013, é possível constatar que a parecerista ancora-se, de início, em posicionamento sedimentado desta Procuradoria Geral do Estado de acordo com o qual o Estado, ao contratar segundo o regime celetista, *“fica obrigado a observar os direitos e vantagens estabelecidos pela legislação federal, sendo tal regime afetado pelos dispositivos constitucionais aplicáveis aos servidores em geral”* (item 11 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 208).⁴⁶ Assentada tal premissa, a parecerista envereda pela análise da natureza jurídica das *“gratificações ajustadas”*, que, na dicção do §1º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, integram o salário, para, à luz de tais contornos jurídicos, verificar se a gratificação de função percebida pelos servidores celetistas se amolda ao conceito de gratificação ajustada. Passa-se, então, a perquirir, com escólio em abalizada doutrina, o sentido e alcance das expressões *“gratificação”*, em seu sentido lato e estrito, *“gratificação ajustada”*, *“gratificação normativa”*, e, por fim, *“gratificação de função”* (itens 14 a 15 do Parecer PA nº 43/2013, fls. 210/212).

Após incursão nesse tema, a parecerista defende o seguinte entendimento: a gratificação de função de que ora se trata melhor se acomoda no conceito de adicional. Com efeito, de acordo com a exegese proposta no Parecer PA nº 43/2013, *“Não se identifica a parcela recebida pelos empregados da Fundação Memorial da América Latina, que exercem as funções previstas no artigo 13, do Decreto estadual nº 33.299/1991, na definição dada à “gratificação ajustada” (artigo 457, §1º da CLT). Aquela tem natureza jurídica de adicional e não de gratificação”* (item 17 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 213).

Prossegue, ainda, a parecerista para assentar que *“A “gratificação de função” é parcela salarial, integra o salário no período de sua percepção, não com fulcro no artigo 457, § 1º, da CLT, mas em razão de sua natureza jurídica, de seu fundamento’ (exercício de função de confiança) e ‘objetivo’ (compensar o empregado pela maior responsabilidade e encargos superiores recebidos) (...) 17.2. Enquanto a “gratificação ajustada” é tida como tacitamente convencionada, isto é, não pode ser unilateralmente alterada (artigo 468 ‘caput’ da CLT), a “gratificação de função”, como adicional que é, pode ser suprimida caso o empregador venha a determinar o retorno do empregado ao cargo efetivo, deixando o exercício da função de confiança (artigo 468, parágrafo único, da CLT). 18. Identificada a “gratificação de função”*

⁴⁶ O excerto mencionado pela parecerista foi abeberado de despacho do então Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria, por ocasião da aprovação do Parecer PA nº 348/1994.

como adicional, a pretensão de incorporação automática dessas parcelas, com fundamento no artigo 457, § 1º, da CLT, não se sustenta, razão porque discordo do argumento constante no Parecer PA-3 nº 216/1991, utilizado pela fundação em seu pleito “ (itens 17 a 18 do Parecer PA nº 43/2013, fls. 213/214).

De mais a mais, para afastar a invocação do princípio da irredutibilidade de salário decorrente da dispensa da função de confiança, aponta a parecerista que a gratificação de função ora tratada se destina exclusivamente a trabalhadores que já detêm vínculo de emprego com a fundação, e que, por conta de designação de autoridade competente, passam a exercer funções de confiança dentro da estrutura fundacional. Isso, contudo, não implica progressão funcional, mas exercício temporário de atividade de comando, como bem ressalta a parecerista. Desse modo, “a **“gratificação de função”** não está organicamente vinculada ao contrato laboral, é **parcela salarial condicionada**, isto é, desaparecida a circunstância que a originou (com dispensa da função de confiança), esta não é mais devida, não caracterizada, com isso, ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial” (item 19.1 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 214).

Ainda segundo se depreende do Parecer PA nº 43/2013, tal panorama se altera a partir do momento em que a função de confiança é exercida “**pelo mesmo empregado por longo período de tempo, o que desnatura a sua temporariedade e precariedade**” (item 20 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 215). Diante dessa circunstância e “**Sob o prisma da ordem justralhista, a anterior instabilidade financeira cede lugar à necessidade de garantia da segurança salarial no que se refere ao adicional (“gratificação de função”) recebido**” (item 20.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 215). Nesse passo, apontou-se que “**a Súmula 372 do TST não nega o direito potestativo do empregador de, sem justo motivo, destituir o empregado da função de confiança, mas garante que seja mantida a estabilidade econômica do trabalhador; princípio que nutre o ramo do Direito de Trabalho, fixado o prazo de dez anos para que a situação reste configurada**” (item 20.2. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 215).

Ao contrapor o argumento de acordo com o qual a Administração Pública, por conta do princípio da legalidade, não pode dar guarida à pretensão de incorporação da gratificação de função percebida pelos servidores celetistas da fundação com base em súmula do Tribunal Superior do Trabalho, assevera a parecerista que “**a não adoção pelo Estado de São Paulo do regime jurídico único implica, no que se refere aos empregados públicos, não só a observância das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, como também na obediência aos princípios e conceitos que regem o ramo denominado Direito do Trabalho, com inarredáveis consequências**” (item 22 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 216). Acresça-se, ainda, que o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que a jurisprudência

constitui uma das fontes de colmatação de lacuna contratual ou legal. Dessa forma, *“A despeito de não existir norma expressa quanto aos efeitos da substancial alteração da natureza da “função gratificada” quando exercida por dez anos ou mais, o direito ao recebimento da respectiva “gratificação de função” advém, de forma inequívoca, da Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho”* (item 24 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 219).

Com relação ao disposto no artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/1991⁴⁷, que expressamente veda a incorporação de gratificações ou diferenças à remuneração percebida pelos empregados para função gratificada, invocou a parecerista entendimento assentado no Tribunal Superior do Trabalho de acordo com o qual a *“incorporação como um interesse juridicamente relevante que, apesar de não previsto expressamente em norma legal, não pode sofrer restrição por norma unilateral do empregador que intente se sobrepor à irredutibilidade salarial”* (excerto do Acórdão mencionado no item 25.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 219). E, à vista do que se infere do Parecer PA nº 43/2013, o Decreto estadual constitui ato jurídico unilateral, razão pela qual não pode obstar a incorporação da gratificação de função à remuneração dos servidores celetistas.

Em arremate, ao tratar do justo motivo a que alude a súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho, remata a parecerista que *“O ‘justo motivo’ não é a simples perda de confiança, senão a comprovação de que o empregado deu causa à sua destituição do cargo ou função”* (item 26.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222).

Ambas as peças jurídico-opinativas foram submetidas ao escrutínio da Chefia da Procuradoria Administrativa, que externou o seguinte posicionamento: *“Entendo que a razão está com o Parecer PA n.º 43/2013, fazendo jus os empregados celetistas, como regra, à incorporação dos valores percebidos a título de gratificação de função por mais de dez anos. A aplicação da citada norma do artigo 14 do Decreto estadual nº 33.299/91, por si só, em função de seu caráter unilateral, parece não ser suficiente para embasar a tese de inexistência do direito à incorporação, nos termos da jurisprudência trabalhista citada no item 25 do Parecer PA nº 43/2013”* (fls. 225/226).

A Chefia da Procuradoria Administrativa ressaltou, contudo, que esse panorama pode ser alterado na hipótese de o contrato de trabalho reproduzir a vedação constante do artigo 14º do Decreto estadual nº 33.299/1991, *“na medida*

47 O Decreto estadual nº 33.299/1991, que fixa o quadro, os vencimentos e as vantagens do pessoal da Fundação Memorial da América Latina e dá outras providências, estabelece em seu artigo 14: *“Os empregados designados para Funções Gratificadas ou para Emprego em Comissão não terão direito a incorporar à sua remuneração as respectivas gratificações ou diferenças.”*

em que haveria uma norma contratual a embasar a negativa de incorporação. Lembre-se que a aplicação da jurisprudência trabalhista como fundamento para as decisões das autoridades administrativas, nos termos do artigo 8º da CLT se dá ‘na falta de disposições legais ou contratuais’” (fl. 225).

Alinho-me às conclusões do Parecer PA nº 43/2013 e às achegas da Chefia da Procuradoria Administrativa. Entendo possível a incorporação da gratificação de função prevista no Decreto estadual nº 33.299/1991 à remuneração dos servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina, desde que, na linha do entendimento pretoriano cristalizado na Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho, os valores tenham sido recebidos **ininterruptamente e sem solução de continuidade** por 10 (dez) ou mais anos pelo servidor celetista.

Permito-me, contudo, apenas reforçar uma exigência constante do Parecer PA nº 43/2013 na parte em que, ao tratar do justo motivo para a reversão, alude à comprovação de que o empregado deu causa à destituição do cargo ou função (item 26.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222). Embora seja possível reconhecer o direito à incorporação da gratificação de função à remuneração dos servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina, a existência desse direito se subordina a uma condição, que se traduz na ausência de ato do empregado que possa romper com a relação de confiança. Com efeito, “*a contrario sensu*” do que se depreende da Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho, a reversão do empregado ao cargo efetivo poderá ser acompanhada da retirada da gratificação se houver justo motivo para tanto.

Tal como bem apontado no Parecer PA nº 42/2013, o justo motivo “*deverá decorrer de ‘ato que rompa a relação de confiança entre o empregador e o empregado, impedindo que o trabalhador, em dado momento da relação de emprego, não cumpra com as atribuições que lhe foram atribuídas e ainda se beneficie da remuneração destinada a um cargo de confiança, mesmo exercendo função de menor responsabilidade.’ (grifo nosso)*” (item 26 do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222). E “*O justo motivo’ não é a simples perda de confiança, senão a comprovação de que o empregado deu causa à sua destituição do cargo ou função de confiança*” (item 26.1. do Parecer PA nº 43/2013, fl. 222).

Nessa linha de raciocínio, parece-me lícito concluir que a incorporação da gratificação de função à remuneração é direito que se subordina à inexistência de ato por parte do empregado que rompa a relação de confiança com o empregador. E, sobrevindo um ato dessa natureza, poderá ocorrer, diante do justo motivo, a reversão do empregado ao cargo de origem com a retirada da gratificação.

Desse modo, para que o interesse da Administração seja devidamente resguardado, nas hipóteses em que houver justo motivo para a reversão ao cargo de

origem, recomenda-se, na medida do possível, a reunião – e preservação – de elementos de prova idôneos a demonstrar que a reversão decorreu da prática de ato apto a romper a relação de confiança que o empregador depositava no empregado. Com essa providência, será possível contrapor eventual pleito de empregado que tenha perpetrado ato que impeça a sua manutenção no desempenho do cargo ou funções de confiança, e ainda assim pretenda a incorporação da gratificação de função à sua remuneração.

Ante tais ponderações, propõe-se ao Procurador-Geral do Estado a desaprovção do Parecer PA nº 32/2013, aprovando-se o Parecer PA nº 43/2013.

Submeta-se à consideração superior.

SubG. Consultoria, em 25 de outubro de 2013.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado

PROCESSO: Ofício GS nº 474/2012 (SF nº 12091-1113197/2012)

INTERESSADO: Fundação Memorial da América Latina

ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. Decreto estadual nº 33.299/1991. Servidores celetistas da Fundação Memorial da América Latina. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, desaprovo o Parecer PA nº 32/2013 e aprovo o Parecer PA nº 43/2013.

Restitua-se o expediente à Fundação Memorial da América Latina, por intermédio da Coordenadoria das Empresas e Fundações, para ciência e adoção das providências cabíveis.

GPG, em 31 de outubro de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador-Geral do Estado de São Paulo