

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: 18487-966718/2017

INTERESSADO: FUNDAÇÃO CASA - CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE

PARECER: PA nº 46/2018

EMENTA: SERVIDOR TRABALHISTA. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Reforma Trabalhista. Gratificação de Função. Artigo 468, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Súmula nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho. A inovação legal não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao direito adquirido, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013. As normas regulamentares que determinam incorporações integram o contrato laboral (critério da aderência plena) e não são afetadas pela Reforma Trabalhista. Parcialmente prejudicado o exame conclusivo da consulta formulada diante da ausência de elementos. Direito intertemporal e Reforma Trabalhista. Matéria controvertida e que merece o acompanhamento da evolução da jurisprudência para formulação de orientação geral à Administração Pública. Ementário da Consultoria Jurídica.

1. Cuida-se de consulta formulada pelo Senhor Secretário de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania, enquanto responsável pelo expediente da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente - FUNDAÇÃO CASA/SP concernente à aplicação do parágrafo 2º ao artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (fls. 2/3).
2. De acordo com o órgão jurídico da Fundação, conquanto o Plano de Cargos, Carreiras e Salários - PCCS adotado no ano de 2013, em seu artigo 27¹, garanta a incorporação da gratificação de função por simples reque-

1 Segundo reproduzido às fls. 4vº: “Artigo 27 – Ao empregado abrangido pelo Artigo 12 na data de entrada em vigor do presente Plano, será garantida uma Gratificação de Função Incorporada – GFI, caso já perceba tal vantagem pecuniária, ou quando retornar ao seu cargo de origem, se tiver permanecido no cargo ou função por período supe-

rimento administrativo, até o máximo de 3 (três) décimos, muitos servidores socorrem-se ao Poder Judiciário, que vem lhes reconhecendo a aplicação do artigo 133 da Constituição Estadual. De outro turno, aduz que a Reforma Trabalhista abalou a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho cristalizada na Súmula 372, a qual assegurava a manutenção do pagamento da gratificação de função quando o empregado for revertido à função de origem, sem justo motivo, após dez anos na função comissionada. Diante das circunstâncias reportadas, o órgão jurídico da Fundação suscita o seguinte questionamento à Procuradoria Geral do Estado:

Será aplicada a nova regra aos cargos comissionados que já exerciam esta função quando da entrada do novo PCCS 2013, ou seja, não terão direito à gratificação de função de 3/10; ou permanecerá o direito à percepção via administrativa, bastando que seja feito o requerimento?
(fls. 4/8)

3. Manifestou-se ao cabo a Assessoria de Empresas e Fundações, do Gabinete do Procurador Geral do Estado, por meio do criterioso Parecer AEF nº 6/2018² (fls. 10/21), aprovado pelo Procurador do Estado Assistente respondendo pelo expediente do órgão de assessoria³ (fls. 22/27), o qual apresentou as seguintes conclusões:

25. Por todo o exposto, entendo que o §2º do art. 468 da CLT importou a superação da Súmula nº 372 do TST, pelo que, após a entrada em vigor da reforma trabalhista, o empregado revertido ao emprego permanente não faz jus à manutenção da gratificação de função, independentemente do período em que exerceu a função ou do motivo da reversão.

Com relação aos empregados revertidos ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Lei federal nº 13.467/2017, diante da existência de direito adquirido, subsiste o entendimento firmado no Parecer PA nº 43/2013, que conclui pela necessária observância da Súmula nº 372 do TST.

26. Por outro lado, a inovação legislativa ora em exame não derroga o regulamento interno da Fundação no que toca à incorporação de até 3/10 da gratificação de função, cuja disposição encontra-se vigente e deve ser observada.

rior a 3 (três) anos. §1º - O valor da GFI será igual a tantos décimos da última Gratificação de Função percebida, tantos quantos forem os períodos de 3 (três) anos em que tenha permanecido no exercício de Gratificação de Função ou Cargo de Livre Provedimento, até um máximo de 3 (três) décimos. §2º - Não fará jus à GFI o empregado designado para exercício de uma Função Gratificada ou Cargo de Livre Provedimento após a implantação deste Plano”.

2 De autoria da Procuradora do Estado Renata Santiago Pugliese.

3 Procurador do Estado Vinicius Teles Sanches.

27. Não obstante as conclusões ora apresentadas, não é possível afirmar se a nova disposição legal será reputada constitucional pelo Judiciário e, caso seja, em que medida será interpretada. Entretanto, diante do princípio da legalidade e da presunção de constitucionalidade das normas, cabe ao administrador público, com as cautelas necessárias, aplicar a lei em vigor, podendo, futuramente, caso haja a declaração de inconstitucionalidade da norma, rever seus atos.

4. Ante a repercussão da matéria, em especial no âmbito das Autarquias que têm em seus quadros servidores admitidos pela legislação trabalhista, bem ainda a diretoria firmada no Parecer PA nº 43/2013, propôs o órgão de assessoria do Gabinete do Procurador Geral do Estado a oitiva desta Especializada, com o que anuiu a Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria (fls. 28).

Feito o relato do essencial, opinamos.

5. Dentre as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017), o tema tratado neste expediente é um que vem causando intenso debate no meio jurisprudencial e doutrinário. Nos termos do acréscimo trazido ao artigo 468, por meio do parágrafo 2º, *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.

(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

6. Como Vólia Bonfim Cassar bem anotou, “A intenção do legislador foi, sem dúvida, alterar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, contido na Súmula 372, I”⁴. De fato, havia entendimento cristalizado por aquela Corte no seguinte sentido:

4 *Direito do Trabalho: de acordo com a Reforma Trabalhista e a MP 808/2017*. 15ª edição. São Paulo: Método, 2018, p. 790.

SÚMULA 372 - 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.)

7. Logo, a teor do novel parágrafo 2º do artigo 468, a reversão do empregado ao posto permanente, com ou sem justo motivo, não mais autoriza a incorporação da gratificação de função, independentemente do tempo de exercício nos postos de confiança.
8. Estamos diante do que a doutrina convencionou denominar de **jus variandi extraordinário**, o qual se traduz na prerrogativa empresarial em “implementar modificações contratuais eventualmente desfavoráveis ao obreiro *nos precisos e restritos limites da autorização direta ou indireta contida na ordem jurídica trabalhista*”⁵. Cuida-se, assim, de situação excepcionadora à regra da vedação a alterações contratuais lesivas ao empregado (art. 468, *caput*, CLT).
9. A par disso, não se pode perder de vista que a gratificação de função é espécie de salário-condição⁶, visando, pois, a compensar o maior desgaste do empregado no desempenho de funções de maior responsabilidade. Logo, cessadas as circunstâncias que ensejam a contraprestação pela gratificação de função é, em princípio, lícita sua supressão. Sergio Pinto Martins aborda o tema sob esta perspectiva ao afirmar que “não constitui redução de salário a cessação do pagamento da gratificação”, eis que o fato gerador deste estipêndio é o exercício do cargo de confiança⁷. Cuida-se de hipótese excepcionadora à regra da irredutibilidade salarial, consoante a doutrina de Mauricio Godinho Delgado: “Uma segunda restrição à regra da irredutibilidade salarial diz respeito à circunstância de que a garantia não atinge as parcelas salariais tidas como condicionadas. Efetivamente, o chamado salário-condição pode ser até

5 Grifos no original da doutrina de Mauricio Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. 17ª edição. São Paulo: LTr, 2018, p. 1210).

6 Cf. Vólia Bonfim Cassar (ob. cit., p. 790).

7 *Direito do Trabalho*. 34ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 450.

mesmo suprimido, caso desaparecidas as circunstâncias responsáveis por seu pagamento”⁸.

10. Não se faz em jogo, contudo, o exame da constitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 468 da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista. Conquanto não se tenha notícia da deflagração de controle em sede abstrato da norma ora debatida⁹ e esta conte com o endosso de parcela da doutrina que divisava no referido enunciado sumular evidente violação ao princípio da legalidade¹⁰, é certo que respeitados autores advogam a inconstitucionalidade de tal retrocesso no direito dos trabalhadores¹¹, de modo que cumprirá à Administração e aos órgãos jurídicos acompanhar o desenlace do tema no âmbito do Poder Judiciário. Enquanto não retirada do ordenamento jurídico, cumpre-lhe o seu acatamento, com as cautelas que o tema inspira.
11. Dito isso, avancemos à consulta formulada neste expediente. Já de início, releva registrar o entendimento firmado e revigorado ao longo de décadas nesta Instituição no sentido da inaplicabilidade da incorporação de décimos de diferença remuneratória prevista no art. 133 da Constituição Estadual¹² aos servidores admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho¹³. Não é desconhecida a jurisprudência dos Tribunais trabalhistas em sentido diverso, contudo, a diretriz ora vigente preconiza a aplicabilidade do referido dispositivo apenas aos servidores ocupantes

8 Ob. cit., pp. 930/931.

9 Segundo matéria veiculada no site Conjur, na qual se divulgou tabela de ADI s interpostas até o momento no Supremo Tribunal Federal contra dispositivos da Reforma Trabalhista (disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-05/supremo-registra-primeira-acao-favor-reforma-trabalhista>, acesso aos 17 ago. 2018).

10 É a opinião de Roberto Dala Barba Filho: “Embora compreenda as razões que levaram à construção jurisprudencial mencionada por Mauricio Godinho Delgado, e que inspiraram e serviram de precedente para o atual item I da Súmula acima transcrita, a verdade é que sempre foi muito difícil de escapar à conclusão de se tratar de uma afronta ao princípio da legalidade. Não é possível falar-se, do ponto de vista jurídico, nem a legislação trabalhista abona esta construção, da existência de um princípio de ‘estabilidade financeira’” (*Reforma Trabalhista & Direito Material do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 187).

11 V. Luciano Martinez (*Reforma Trabalhista - entenda o que mudou: CLT Comparada e Comentada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 15/17). Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado ressaltam “o caráter anti-humanista e antissocial da Lei da Reforma Trabalhista, dirigida, essencialmente, à redução de custos trabalhistas e previdenciários em favor da empresa empregadora” (*A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 175).

12 Verbis: “Artigo 133 - 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”.

13 V. Pareceres PA 67/2015, PA 7/2011, PA-3 216/1991, PA-3 110/1990.

de cargo ou função, em sentido estrito, uma vez submetidos a normas próprias os servidores regidos pela legislação trabalhista.

12. No tocante ao enfrentamento da questão suscitada pela Fundação – relativamente à aplicação da inovação legal trazida pela Reforma Trabalhista aos empregados que se encontram albergados pelas regras do PCCS da Fundação –, convém desde logo registrar que os autos não trazem a íntegra do Plano de Carreiras, Cargos e Salários vigente, para que se possa analisar corretamente o teor da cláusula que garantiria o direito à incorporação.
13. Aparentemente a norma regulamentar em questão beneficia apenas os trabalhadores que já recebiam gratificação de função ao tempo de sua edição, como se infere do parágrafo 2º do art. 27, transcrito a fls. 4 v.¹⁴. Não se sabe, entretanto, como vem procedendo a Fundação Casa em casos concretos, tendo em vista o teor da Súmula nº 372 do TST que estabelecia a incorporação não apenas de três, mas de dez décimos da referida gratificação; também se desconhece se o referido enunciado sumular vinha sendo observado pela Fundação nas hipóteses de empregados não abrangidos pela disposição regulamentar.
14. Sem todos esses elementos, não há como oferecer resposta segura à consulta, de modo que o opinativo terá em mira abordar alguns aspectos relevantes relacionados à questão em tese posta pela Fundação, nos limites dos elementos que instruem os autos.
15. A primeira situação a ser analisada é relativa aos empregados que alcançaram dez anos de exercício de cargo comissionado ou função de confiança na Fundação **antes da entrada em vigor da reforma trabalhista**. Viável, nesta hipótese, a incorporação da gratificação de função nos exatos termos da Súmula 372, I do Tribunal Superior do Trabalho, sem que se possa cogitar de supressão desse direito, por se cuidar da aplicação meridiana e indiscutível do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade do direito adquirido. Nesse mesmo sentido dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *verbis*:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

.....

14 Reproduzido na nota de rodapé nº 1.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

.....

16. Confira-se, a propósito, a orientação já assentada pela II Subseção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho estampada no recentíssimo acórdão proferido nos autos dos Embargos de Declaração em Recurso Ordinário nº 21284-38.2017.5.04.0000, da Relatoria do Min. ALEXANDRE AGRA BELMONTE, JULGADO EM 26 DE JUNHO DE 2018, DO QUAL SE COLHE A SEGUINTE EMENTA:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EXERCIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. AQUISIÇÃO DO DIREITO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE FINANCEIRA. SÚMULA 372, I, DO TST.

1 - Nas razões de embargos de declaração, o Banco do Brasil – litisconsorte – afirma que esta Subseção incorreu em omissão/contradição quanto à conclusão de que deve ser mantida a decisão de restabelecimento do pagamento da gratificação de função ao impetrante em virtude da reforma legislativa operada pela Lei 13.467/2017, em que fora consolidado entendimento oposto ao estabelecido na Súmula 372, I, desta Corte.

2 - Não se verifica no acórdão embargado vício para determinar efeitos infringentes aos declaratórios, porém a controvérsia merece maiores esclarecimentos em decorrência da questão temporal e das alterações legislativas ocorridas na norma celetista.

3 - No caso concreto, é fato incontroverso o exercício de funções comissionadas no período superior a dez anos (4/2/2005 até 31/1/2017).

4 - A reforma trabalhista, estabelecida pela Lei 13.467/2017, dentre as suas diversas alterações, introduziu um segundo parágrafo ao art. 468 da CLT, o qual passou a dispor que: “A alteração de que trata o § 1º deste artigo [antigo parágrafo único], 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”.

5 - Como visto, a redação deste dispositivo (art. 468, § 2º, da CLT) vai de encontro ao que prevê a Súmula 372, I, desta Corte, levantando questionamentos quanto à sua aplicabilidade a fatos e situações contratuais prévias à sua vigência.

6 - O art. 5º, XXXVI, da Carta Magna e o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB dispõem que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A título argumentativo cita-se ainda o estabelecido no art. 5º, XL, da CF que consagra o princípio da irretroatividade da norma penal para prejudicar o réu, bem como o disposto no artigo 150, III, “a”, também da CF, que constitui um dos mais importantes princípios constitucionais limitadores da tributação, o qual prevê a impossibilidade da cobrança de tributo sobre fatos que aconteceram antes da entrada em vigor da lei que o instituiu - irretroatividade da lei tributária.

7 - Dessa forma, conclui-se que a regra geral adotada pelo ordenamento jurídico pátrio é de que a lei nova não será aplicada às situações constituídas sob a vigência da lei revogada ou modificada (princípio da irretroatividade). Este princípio visa a assegurar a segurança, a certeza e a estabilidade jurídica.

8 - Assim, os empregados que completaram 10 anos de exercício de cargo comissionado ou função de confiança antes da entrada em vigor da reforma trabalhista serão beneficiados pela Súmula 372 deste Tribunal, que interpretou o disposto na redação original do art. 468 da CLT (legislação modificada) e, portanto, terão garantido o direito à incorporação do valor da gratificação percebida, o que se aplica ao caso dos autos.

9 - Ressalta-se que, em julgamentos atuais e semelhantes, esta subseção reconheceu o direito à tutela antecipatória. Precedentes. Embargos de declaração conhecidos e providos apenas para prestar esclarecimentos sem a concessão de efeito modificativo.

(ED-RO - 21284-38.2017.5.04.0000 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 26/06/2018, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018)

(g.n.)

17. Logo, o parágrafo 2º do artigo 468, incluído pela Reforma Trabalhista, não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao **direito adquirido**, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013¹⁵. Como bem anotou a parecerista preopinante:

Com relação aos empregados revertidos ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Lei federal nº 13.467/2017, diante da existência de direito adquirido, subsiste o entendimento firmado no Parecer PA nº 43/2013, que conclui pela necessária observância da Súmula nº 372 do TST.

15 De autoria da Procuradora do Estado Célia Almendra Rodrigues e aprovado superiormente.

18. De se observar, contudo, que, ao contrário do que concluiu a Assessoria de Empresas e Fundações, pensamos que a garantia da proteção ao direito adquirido socorre igualmente aqueles empregados que, embora não tenham retornado ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, alcançaram, até essa data, dez anos de percepção de gratificação de função. Com efeito, não nos parece ser requisito para a constituição do direito à incorporação a reversão ao posto de origem.
19. De outro passo, acompanhamos o entendimento do órgão de assessoria relativamente à espécie de **aderência das normas regulamentares ao contrato de trabalho**. Conquanto a doutrina seja dividida no reconhecimento do regulamento de empresa como fonte formal de direito¹⁶, parece ser unânime a compreensão de que, uma vez fixadas, as normas regulamentares ingressam nos contratos individuais dos empregados como se fossem cláusulas desses contratos. Trata-se do entendimento vertido na **Súmula 51, I, do TST**¹⁷ e ensinado por MAURICIO GODINHO DELGADO, COM O DIDATISMO DE SEMPRE, NOS SEGUINTE TERMOS:

Registre-se que, à medida que a jurisprudência tem negado caráter de norma jurídica aos preceitos componentes de regulamentos empresariais – considerando-os meras cláusulas do contrato –, também os preceitos desse tipo de diploma submetem-se à regência padrão aplicável às cláusulas contratuais (isto é, o **critério da aderência plena**, salvo modificação mais favorável). Noutras palavras, **os dispositivos de regulamento de empresa, após editados, aderem aos contratos obreiros, neles permanecendo ainda que alterado, posteriormente, o respectivo regulamento**. É o que está, ilustrativamente, sedimentado na Súmula nº 51, I, do TST.¹⁸

(g.n.)

16 Como bem retratado na doutrina de Vólia Bonfim Cassar, “o regulamento em seu todo não é fonte de direito por constituir-se em uma regra relativa à atividade econômica do empregador. Outros argumentam que não pode ser fonte de direito por se tratar de fonte unilateral, isto é, expedida por um só agente: o empregador. Não incluem o regulamento de empresa como fonte formal de Direito do Trabalho: Délio Maranhão, Süsskind e Martins Catharino. Sob o argumento de que o regulamento cria direitos abstratos e gerais para os trabalhadores, Orlando Gomes, Russomano, Amauri, Valentim Carrion, Evaristo de Moraes Filho e Sergio Pinto Martins incluem o regulamento como fonte de direito” (ob. cit., p. 90) (sem a transcrição das notas de rodapé).

17 “SUM -51 NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973) II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-I - inserida em 26.03.1999)”.

18 Ob. cit., p. 282.

20. É também como pensa Délio Maranhão, para quem a adesão tácita ou expressa dos empregados às cláusulas regulamentares sobre condições do trabalho tornam-nas bilaterais, passando, assim, a integrar os contratos de trabalho, “criando para os empregados um *direito contratualmente adquirido*”¹⁹.
21. Logo, as disposições regulamentares contidas no PCCS da Fundação incorporaram ao contrato laboral e estão protegidas na condição de direito adquirido, “e o fato de haver alteração na fonte heterônoma não afeta os efeitos produzidos pelas demais fontes de direito, e nem mesmo a Lei 13.467/17 dispõe de forma contrária neste aspecto”²⁰. Endossamos, no ponto, o entendimento manifestado pelo órgão de assessoria quando assevera que
- o advento de norma geral trabalhista afastando a manutenção do pagamento de gratificação de função não parece implicar a derrogação de norma regulamentar mais protetiva, que prevê a incorporação parcial de gratificação de função como benefício transitório, como é o caso do PCCS da Fundação CASA.
22. Finalmente, pedimos vênias para nos apartar do entendimento do órgão de assessoria relativamente aos empregados em exercício em postos de confiança e que não lograram reunir os requisitos para a incorporação antes do início da vigência da Lei nº 13.467/2017²¹. Isto porque há considerável discussão sobre a aplicabilidade de lei nova *in pejus* aos contratos celebrados anteriormente ao início da vigência da Reforma Trabalhista.
23. O estudo do direito intertemporal adquire contornos de especial complexidade no Direito do Trabalho em razão do caráter de trato sucessivo dos contratos laborais e da multiplicidade de fontes normativas e contratuais que caracteriza o ordenamento justralhista. Assim, além de sofrer os elementares influxos das teorias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, a doutrina e a jurisprudência são marcadas pelo debate acerca da espécie de aderência contratual que incide sobre as normas jurídicas

19 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol.1, 22ª edição. São Paulo: LTr, 2005, p. 535.

20 BARBA FILHO, Roberto Dala. *Reforma Trabalhista & Direito Material do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2018, pp. 15/16.

21 Segundo o órgão jurídico preopinante, havia “mera expectativa de direito de manter a gratificação percebida quando de sua reversão – frustrada pelo advento de lei nova que dispõe de forma diversa – e considerando inexistir direito adquirido a regime jurídico, não me parece relevante a data de celebração do contrato de trabalho ou o momento em que começou a perceber a gratificação de função; na verdade, há que se considerar, apenas, a data em que o empregado preencheu os requisitos para a incorporação” (fls. 18).

– se será plena ou absoluta, como ocorre com as cláusulas contratuais ou regulamentares – ou relativa.

24. O tema vem dividindo a doutrina²² e a aplicação das normas alteradas pela Reforma Trabalhista aos contratos em curso é assunto controvertido no âmbito da última instância em matéria trabalhista. Com efeito, no bojo de Correição Parcial contra decisão proferida por tribunal regional que manteve determinação para que o requerente (Banco do Brasil) mantivesse e se abstinhasse de suprimir o pagamento correspondente à função gratificada recebida por seus empregados por 10 (dez) anos ou mais, assim decidiu o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, do qual colhemos o seguinte trecho de sua decisão monocrática proferida no dia 25 de janeiro de 2018:

Este Presidente tem decidido pelo cabimento de medida correicional nos casos de ofensa inequívoca do texto legal. Como exemplo, podem ser citadas liminares concedidas na hipótese de resistência à aplicação de dispositivo da Reforma Trabalhista, sobre despedida coletiva de empregados, violado em sua literalidade, sem verbete jurisprudencial em vigor que o contrarie, e com sinalização plenária do TST de adaptação da jurisprudência da Corte ao disposto na Lei nº 13.467/2017.

No entanto, ainda que a posição pessoal deste Presidente seja no sentido de aplicação literal do disposto no § 2º do art. 468 da CLT, a permitir a reversão do empregado ao cargo original sem a possibilidade de incorporação da gratificação de função, independente do tempo de exercício da função de confiança, ou do motivo da reversão, o fato é que a matéria é de interpretação controvertida, e amparada no argumento do direito adquirido e da aplicação da atual Súmula 372 do TST. Nessa linha, a Comissão de Jurisprudência desta Corte sugeriu a alteração do verbete citado, havendo divergência entre os Ministros integrantes, **justamente pelas possibilidades interpretativas de supressão da gratificação de**

22 Dentre os autores que defendem a aplicação das normas alteradas em direito material pela Reforma Trabalhista somente aos novos contratos, citamos Sergio Pinto Martins (*Reforma Trabalhista: comentários às alterações das Leis nº 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória nº 808/2017*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 209/2010) e Luciano Martinez (ob. cit., pp. 15/17). Parcela significativa da doutrina, contudo, inclina-se à aplicação geral e imediata das normas (CLT, art. 912), respeitados os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), como encontramos na lição de Délio Maranhão (ob. cit., p. 172); Alice Monteiro de Barros (*Curso de Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2007, pp. 166/168); Octavio Bueno Magano (*Manual de Direito do Trabalho*. 4ª edição. São Paulo: LTr, 1993, pp. 132/135); Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges (*Comentários à Reforma Trabalhista*. 2ª edição. São Paulo: Método, 2018, pp. 3/4); Roberto Dala Barba Filho (ob. cit., pp. 13/19) e Gustavo Filipe Barbosa Garcia (*Reforma Trabalhista: Análise crítica da Lei 13.467/2017*. 3ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, pp. 403/406).

função caso a reversão ocorra na vigência da Lei nº 13.467/2017 ou do reconhecimento do direito adquirido dos empregados que já alcançaram 10 anos de exercício da função ao tempo da vigência do § 2º do art. 468 da CLT. Com isso, **a decisão impugnada não é teratológica, envolve interpretação controvertida de novo dispositivo legal e ampara-se em súmula atual deste Tribunal.** Com isso, não cabe à instância correicional atuar sobre a decisão impugnada, seja para analisar a viabilidade da ação civil pública, seja para analisar a configuração de motivo justo para a reversão, seja para cassar a liminar deferida para fins de antecipação da tutela.

(CorPar 1000019-37.2018.5.00.0000, Min. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, DEJT 25/01/2018)

(grifos nossos e no original)

25. Por conseguinte, cuidando-se de matéria de controvertida interpretação, bem ainda pendente o trabalho final da comissão instaurada para discutir propostas de revisão de súmulas e orientações jurisprudenciais em função das mudanças introduzidas pela Reforma Trabalhista²³⁻²⁴, no qual incluída proposta de aplicação do parágrafo 2º do artigo 468 da CLT somente aos contratos firmados após 11 de novembro de 2017, conforme amplamente divulgado na mídia²⁵, entendemos, respeitosa-mente divergindo do órgão jurídico preopinante, prematuro submeter ao Procurador Geral do Estado a fixação de orientação geral sobre o polêmico ponto.

23 Os trabalhos encontram-se suspensos em razão da deliberação em se aguardar o julgamento de arguição de inconstitucionalidade do artigo 702, inciso I, alínea “f”, da CLT, que estabelece o procedimento para edição e alteração da jurisprudência do Tribunal (disponível em http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24515894, acesso aos 21 ago.2018).

24 O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Instrução Normativa nº 41, de 21 de junho de 2018, que explicita aplicação de normas de direito processual relativas à Reforma Trabalhista. Já no tocante às questões de direito material, a comissão incumbida pelos trabalhos consignou que serão elas “discutidas caso a caso, no julgamento no primeiro e no segundo graus, bem assim no julgamento dos recursos sobre os temas que chegarem ao TST. A parte do direito material constante da reforma é a que trata de temas como férias, tempo à disposição do empregador, teletrabalho, reparação por dano extrapatrimonial, trabalho intermitente e extinção do contrato por comum acordo. ‘Em relação a esses temas, deverá haver uma construção jurisprudencial a partir do julgamento de casos concretos’, explica o ministro Aloysio” (disponível em http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24604377, acesso aos 21 ago.2018).

25 Notícia veiculada no site do jornal “O Estado de S. Paulo” (disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/para-ministros-do-tst-pontos-da-lei-trabalhista-so-valem-em-contrato-novo,70002143533>, acesso aos 20 ago.2018).

26. Em sendo colhidos novos elementos, preferencialmente a partir de casos concretos com que venha a se deparar a Administração, o assunto poderá a vir a ser examinado de forma conclusiva por esta Especializada.
27. Das considerações expostas, parece-nos possível firmar as seguintes conclusões sobre o tema, conquanto parcialmente prejudicado o exame conclusivo da consulta formulada diante da ausência de elementos, nos termos adrede apontados:
- (i) o parágrafo 2º do artigo 468, incluído pela Reforma Trabalhista, não afeta incorporações ocorridas antes de sua entrada em vigor, em respeito ao direito adquirido, mantendo-se, no ponto, intocada a orientação firmada no Parecer PA nº 43/2013;
 - (ii) a garantia da proteção ao direito adquirido socorre igualmente aqueles empregados que, embora não tenham retornado ao emprego permanente antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, alcançaram, até essa data, dez anos de percepção de gratificação de função;
 - (iii) as normas regulamentares que determinam incorporações integram o contrato laboral (critério da aderência plena) e não são afetadas pela Reforma Trabalhista;
 - (iv) a fixação de orientação geral da Instituição sobre a forma de aplicação da regra do parágrafo 2º do art. 468, afora as hipóteses acima, depende de elementos de convicção mais seguros, preferencialmente obtidos a partir do exame de casos concretos e da verificação da evolução da jurisprudência sobre o assunto, ainda incipiente.

É o parecer, subscritura.

São Paulo, 24 de agosto de 2018.

SUZANA SOO SUN LEE
Procuradora do Estado
OAB/SP nº 227.865

PROCESSO: 18487-966718/2017

INTERESSADA: FUNDAÇÃO CASA – CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE

PARECER: PA nº 46/2018

Coloco-me de acordo com o bem-elaborado **Parecer PA nº 46/2018** e com as conclusões alcançadas em seu derradeiro item, que refletem cautela no trato de assunto de ainda minguado desenvolvimento.

Igualmente, tenho por prematura a fixação de orientação geral de espectro mais amplo sobre a forma de aplicação do art. 468, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído pela Lei nº 13.467, de 13 de janeiro de 2017, dada a oscilação inicial da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria e a necessidade de melhor contextualização das dúvidas jurídicas a partir de casos concretos conhecidos pelas autoridades administrativas.

Por ora, recomendo seja deferida aos órgãos jurídico-consultivos competentes – nomeadamente, as Consultorias Jurídicas, o Núcleo de Direito de Pessoal da Subprocuradoria Geral do Estado da Consultoria Geral e a Assessoria de Empresas e Fundações do Gabinete do Procurador Geral do Estado – a análise de questões pontuais que não tenham sido apreciadas no parecer e que demandem pronta resposta, sem prejuízo de nova intervenção desta Especializada quando satisfeitos os pressupostos legais de sua atuação.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, com proposta de aprovação do opinativo em apreço.

P.A., em 31 de agosto de 2018.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: 18487-966718/2017

INTERESSADO: FUNDAÇÃO CASA - CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIO-EDUCATIVO AO ADOLESCENTE

ASSUNTO: Ofício G.P. nº 1736/2017. Solicita orientação sobre como proceder em relação ao disposto no artigo 468, § 2º, acrescentada pela Lei nº 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista. Encaminha Parecer AJ/Trabalhista nº 421/2017.

PARECER: PA nº 46/2018

Aprovo o Parecer PA nº 46/2018, por seus próprios fundamentos e com os acréscimos trazidos pelo Chefe da Procuradoria Administrativa. Tal como mencionado na peça opinativa, entendo que a matéria ainda não se encontra suficientemente amadurecida a ensejar orientação geral sobre o tema, especialmente considerando a incerteza quanto à interpretação a ser dada pelos tribunais superiores.

Dê-se ciência²⁶ e, após, restitua-se à d.Assessoria de Empresas e Fundações. SubG-Consultoria, 21 de dezembro de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Procuradora Geral do Estado Adjunta
Consultoria Geral

26 Listagem PA completa.

