

## DIREITO A HORAS EXTRAS x GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

A Reforma Trabalhista inaugurou uma nova forma de interação entre direitos legalmente previstos e condições previstas em normas coletivas: a prevalência do negociado sobre o legislado. Recentemente, foi divulgado o Acordo Coletivo de Trabalho 2018/2020 firmado entre a Caixa e as entidades sindicais representantes dos trabalhadores. Trata-se da primeira norma coletiva assinada pós-Reforma, a qual, infelizmente, contém cláusula de expressivo prejuízo econômico aos empregados da Caixa: **a compensação de horas extras reconhecidas judicialmente com valores pagos a título de gratificação de função.**

Temos sido diariamente demandados por clientes que buscam esclarecimentos sobre o conteúdo daquilo que foi pactuado na Cláusula 9ª do ACT assinado pela CONTRAF e na Cláusula 17 do ACT assinado pela CONTEC (embora a numeração das cláusulas seja diversa, suas redações são idênticas). Assim, expomos a seguir algumas informações relevantes sobre o assunto.

### **GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA OU CARGO EM COMISSÃO**

Havendo decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção prevista no § 2º do art. 224 da CL T, estando este recebendo ou tendo já recebido a gratificação de função pelo exercício de Função Gratificada ou Cargo em Comissão, que é a contrapartida ao trabalho prestado além da 6ª (sexta) hora diária, de modo que a jornada somente é considerada extraordinária após a 8ª (oitava) hora trabalhada, o valor devido relativo às horas extras e reflexos será integralmente deduzido/compensado com o valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado.

**Parágrafo Primeiro** - A dedução/compensação prevista nesta cláusula deverá observar os seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) será limitada aos meses de competência em que foram deferidas as horas extras e nos quais tenha havido o pagamento da gratificação prevista nesta cláusula; e
- b) o valor a ser deduzido/compensado não poderá ser superior ao auferido pelo empregado, de modo que não pode haver saldo negativo.

A redação dada à cláusula é expressa: se reconhecido judicialmente o direito do empregado ao recebimento de horas extras (quaisquer horas excedentes da 6ª hora diária), o valor mensal destas horas extras será integralmente compensado com o valor que o empregado tiver recebido no mesmo mês a título de gratificação de função. Isto é, se a quantia recebida a título de gratificação de função for superior ou igual ao montante apurado como horas extras, o valor resultante da ação naquele mês será ZERO.

Neste ponto, há dúvida se a gratificação de função referida na norma se limita às parcelas Função Gratificada e Cargo em Comissão (gratificações estrito senso) ou se engloba também outras parcelas que, em determinados casos, são pagas em razão do exercício de funções/cargos

comissionados (CTVA, Porte de Unidade, Adicional Provisório do PFG – APPA e até mesmo Adicional de Incorporação).

**Parágrafo Segundo** - A dedução/compensação prevista no *caput* desta cláusula será aplicável às ações ajuizadas a partir de 01/12/2018.

O Parágrafo Segundo acima transcrito estabelece que a compensação prevista na cláusula será aplicada às ações ajuizadas a partir de 01/12/2018, isto é, não poderá ser determinada nas ações ajuizadas antes da referida data.

Ainda que a redação do Parágrafo Segundo seja clara, sua validade é bastante duvidosa. Se interpretada literalmente, aplicar-se-ia tal compensação às ações ajuizadas a partir de dezembro, mesmo que estas ações busquem o pagamento de horas extras prestadas antes da vigência do ACT 2018/2020. Este efeito retroativo é bastante discutível.

**Parágrafo Terceiro** - Exclusivamente no caso do exercício de cargos em comissão/funções gratificadas técnicas em que há opção do empregado pela jornada de 6 ou 8h, se vier a ser reconhecida judicialmente a ineficácia da adesão à jornada de 8h, o que importa no retorno à jornada de 6h, o valor a ser deduzido/compensado corresponderá à diferença entre as respectivas gratificações de função de 8 e 6hs, de modo a não haver saldo negativo.

**Parágrafo Quarto** -A dedução/compensação prevista no Parágrafo Terceiro desta cláusula será aplicável em todas às ações judiciais, independentemente da data de ajuizamento, não se aplicando a regra do Parágrafo Segundo.

Em seus dois últimos parágrafos, a cláusula traz uma exceção à compensação antes referida. Quando o empregado estiver no exercício de cargo comissionados para os quais há previsão regulamentar de jornada de 6h e de 8h, a compensação da gratificação de função será no limite da diferença entre o valor da gratificação da função de 8h e o valor da gratificação de 6h. Na verdade, esta cláusula reflete entendimento jurisprudencial firmado há alguns anos pelo Tribunal Superior do Trabalho. Ainda que chancela condição de questionável legalidade, seu efeito pecuniário é menos danoso: não se compensa integralmente o valor da gratificação de função, mas só uma boa parte desta.

A cláusula coletiva em comento não prejudica o reconhecimento do direito à jornada de 6h em si; o prejuízo gerado pela nova norma está na quantificação do direito, que pode até mesmo resultar zerado. Neste sentido, é bastante recomendável a análise caso a caso da situação funcional individual do empregado, o que só é possível através de ações individuais.

Àqueles que desejam postular o direito à jornada de 6h, nossa recomendação é de que ajuízem a correspondente ação até o dia 30/11/2018. Assim, o empregado elimina o risco da compensação em comento, garantindo a execução da ação pelo seu valor integral.

Todavia, isso não quer dizer que, a partir de 01/12/2018, o empregado não terá mais nada a postular quanto a este direito. É perfeitamente defensável a tese de que a compensação prevista no ACT 2018/2020 não retroage ao período anterior à sua data-base (antes de 01/09/2018). Além do que, é provável que, na maior parte dos casos, ainda haja crédito a executar, ainda que reduzidos se comparados à situação até então vivenciada.

\* \* \*