

Pontifícia Universidade Católica

COGEAE

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

LYGIA CASTRO

**IGUALDADE DE TRATAMENTO NO TRABALHO: EQUIPARAÇÃO
SALARIAL POR IDENTIDADE**

São Paulo

2012

Pontifícia Universidade Católica

COGEAE

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

LYGIA CASTRO

**IGUALDADE DE TRATAMENTO NO TRABALHO: EQUIPARAÇÃO
SALARIAL POR IDENTIDADE**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica, perante a Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE, como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho, orientada pela Professora Mestre Cristina Paranhos Olmos.

São Paulo

2012

Pontifícia Universidade Católica

COGEAE

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

LYGIA CASTRO

**IGUALDADE DE TRATAMENTO NO TRABALHO: EQUIPARAÇÃO
SALARIAL POR IDENTIDADE**

Banca Examinadora:

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

À minha família, pelo eterno
incentivo e compreensão.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

Rui Barbosa

SUMÁRIO

Introdução	07
1. Igualdade salarial	08
1.1. Breve histórico	08
1.2. Princípio constitucional da igualdade salarial	14
2. Equiparação salarial por analogia	17
2.1. A inconstitucionalidade do artigo 358 da CLT	20
3. Equiparação salarial por equivalência	27
4. Equiparação salarial por identidade	30
4.1. Conceito	30
4.2. Identidade funcional	31
4.2.1. Situações especiais sobre a identidade funcional	35
4.3. Trabalho de igual valor	41
4.3.1. Identidade produtiva	42
4.3.2. Identidade qualitativa	45
4.4. Identidade de empregador	48
4.5. Identidade de local de trabalho	56
4.6. Identidade de tempo de serviço	60
4.7. Causas excludentes da equiparação salarial	62
4.7.1. Readaptação por motivo de saúde	63
4.7.2. Quadro de carreira	66
4.8. Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula nº 6 do TST	69
5. Ônus da prova	75
Conclusão	79
Bibliografia	82

Introdução

O objetivo primordial do presente trabalho é estudar a equiparação salarial por identidade, prevista no artigo 461 da CLT, como decorrência e aplicação do princípio constitucional da igualdade salarial.

Tal abordagem é de extrema relevância, porque objetiva conferir igualdade de tratamento, no que diz respeito ao salário, entre os trabalhadores, rechaçando eventuais discriminações em decorrência do sexo, da idade, da nacionalidade, da cor, do estado civil, enfim, de inúmeros outros motivos que não justificam tratamento desigual.

Este trabalho foi dividido em cinco capítulos, sendo que no primeiro, foi conceituada a igualdade salarial na legislação trabalhista, seguindo por um breve histórico internacional e nacional sobre o tema, tendo em vista sua enorme influência no mercado de trabalho interno e mundial, e, por fim, abordou-se o princípio constitucional da igualdade salarial.

No segundo capítulo, foi mencionada a equiparação salarial por analogia, conforme estatui o artigo 358 da CLT, que aborda a hipótese de equiparação salarial quando o paradigma é estrangeiro e o equiparando é brasileiro. Neste capítulo, também se discutiu acerca da inconstitucionalidade do artigo 358 da norma celetista.

Por sua vez, o capítulo três teve como escopo a equiparação salarial por equivalência, dada pelo artigo 460 da CLT, sendo ela uma das modalidades de equiparação salarial.

No capítulo quatro passou-se ao estudo da equiparação salarial por identidade, como ensina o artigo 461 da CLT. O capítulo seguiu à análise de todos os requisitos necessários para a constatação do direito à isonomia salarial, assim como destacou os fatos que desautorizam tal direito.

Finalmente, o sexto capítulo mencionou acerca da distribuição do ônus da prova do pedido de equiparação salarial, matéria de fundamental importância, tendo em vista que o meio adequado para fazer valer o direito à equiparação salarial é o processo trabalhista.

1. Igualdade Salarial

Calcado no teor antiscriminatório, a equiparação salarial ou isonomia salarial tem seu alicerce na Constituição Federal Brasileira, estampado no artigo 5º, *caput* e inciso I, no artigo 7º, XXX e XXXII, bem como no Texto Consolidado, nos artigos 5º e 461.

Nessa vereda, Renato Saraiva¹ alerta sobre a proibição de qualquer diferença de salários por conta do sexo, da idade, da cor ou do estado civil.

Assim, se duas pessoas exercem a mesma função na empresa, desde que atendidos os requisitos legais, devem receber o mesmo valor de salário, podendo o empregado, se isso não ocorrer, pleitear na Justiça do Trabalho a equiparação salarial com o modelo ou paradigma indicado.

Amauri Mascaro do Nascimento², por sua vez, ensina que:

... o estudo da igualdade salarial deve partir da verificação, em cada caso concreto, das desigualdades justificáveis.

É o que está em consonância, também, com a Convenção nº 111 da OIT que ao conceituar a igualdade ressalva que os casos justificáveis desautorizam a aplicação do princípio.

No entanto, na sua aplicação, em certos casos, vai além dos seus limites extrapolando a sua função e a finalidade para a qual nasceu como desdobramento do princípio maior da igualdade de todos perante a lei e do princípio do combate à discriminação.

Terminologicamente, ao colega com o qual é pretendida a equiparação entre salários, dá-se o nome de paradigma. Por sua vez, é chamado de equiparando aquele que pede a equiparação salarial. Utilizam-se, também, as expressões paradigma e paragonado.

1.2. Breve histórico

¹ SARAIVA, Renato. Direito do trabalho : versão universitária. São Paulo : Método, 2008. Pag. 245

² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011. Pag. 764

Historicamente, com o capitalismo crescente e visando à busca incessante pelo lucro, os empregadores, com a dinâmica do mercado de trabalho, aproveitando-se do excesso de mão-de-obra, passaram a diminuir o valor da remuneração de seus empregados.

Com a diminuição dos salários, os empregadores passaram a conferir tratamento desigual, especialmente à mulher trabalhadora, que, antigamente não tinha a mesma formação técnica dos homens, discriminando, também, os trabalhadores por conta da idade, da nacionalidade, do menor. Nesse sentido, pagava-se menos às minorias, ainda que desempenhassem as mesmas atividades que outro obreiro.

Muito se discutiu a respeito dessa desigualdade, dando origem aos primeiros passos para consagrar o princípio da igualdade de tratamento para combater, especialmente, o tratamento desigual entre o trabalho do homem e o da mulher.

No direito estrangeiro, o respeito à igualdade no âmbito do trabalho também foi levado em consideração.

No México, a Constituição de 1917 trouxe a baila o princípio de que a todo trabalho igual deveria corresponder a um salário também igual.

Nessa linha foi a Constituição de Weimar, da Alemanha.

No Tratado de Versalhes, em 1919, o princípio do salário igual para o trabalho igual foi consagrado, fazendo menção a não distinção em razão do sexo.

Criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho – OIT – consagrou tal princípio no preâmbulo do instrumento de constituição da seguinte forma:

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre justiça social;

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao

recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, **à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário"**, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;

Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios³. (grifos acrescentados)

A partir de então, o princípio do “trabalho igual, salário igual” passou a se disseminar no âmbito do trabalho, constando, inclusive da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Em 1952, a Conferência Geral da OIT adotou a Convenção nº 100, que instituiu a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor, ditando que:

Art. 1 — Para os fins da presente convenção:

a) o termo ‘remuneração’ compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ou trabalhador em razão do emprego deste último;

b) a expressão ‘igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor’, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

Art. 2 — 1. Cada Membro deverá, por meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das taxas de remuneração, incentivar e, na medida em que tudo isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor.

2. Este princípio poderá ser aplicado por meio:

a) seja da legislação nacional;

b) seja de qualquer sistema de fixação de remuneração estabelecido ou reconhecido pela legislação;

³Consultado em http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf, no dia 20/09/2012 às 20h26.

c) seja de convenções coletivas firmadas entre empregadores e empregados;

d) seja de uma combinação desses diversos meios.

Art. 3 — 1. Quando tal providência facilitar a aplicação da presente convenção, tomar-se-ão medidas para desenvolver a avaliação objetiva dos empregados sobre a base dos trabalhos que eles comportam.

2. Os métodos a seguir para esta avaliação poderão ser objeto de decisões, seja da parte das autoridades competentes, no que concerne à fixação das taxas de remuneração, seja, se as taxas forem fixadas em virtude de convenções coletivas, pelas partes destas convenções.

3. As diferenças entre as taxas de remuneração, que correspondem, sem consideração de sexo, às diferenças resultantes de tal avaliação objetiva nos trabalhos a efetuar, não deverão ser consideradas como contrárias aos princípios de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina, por um trabalho de igual valor.

Art. 4 — Cada Membro colaborará, da maneira que convier, com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, a fim de efetivar disposições da presente convenção.

Importante trazer, também, o primeiro artigo da Convenção nº 111 da OIT, que trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação:

Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Já a Convenção de nº 117 de 1962, também da OIT, acrescenta, na Parte V, a não-discriminação em matéria de raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, sendo que o seu artigo 14º que ensina que:

Art. XIV — 1. Um dos fins da política social será o de suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, em matéria de:

- a) legislação e convenções de trabalho, as quais deverão oferecer um tratamento econômico eqüitativo a todos aqueles que residam ou trabalhem legalmente no país;
 - b) admissões aos empregos, tanto públicos quanto privados;
 - c) condições de recrutamento e promoção;
 - d) oportunidades de formação profissional;
 - e) condições de trabalho;
 - f) medidas relativas à higiene, à segurança e ao bem-estar;
 - g) disciplina;
 - h) participação na negociação de acordos coletivos;
 - i) níveis de salário, os quais deverão ser fixados de conformidade com o princípio de retribuição idêntica por trabalho idêntico, no mesmo processo e na mesma empresa.
2. Serão tomadas todas as medidas práticas e possíveis no sentido de reduzir quaisquer diferenças nos níveis de salário resultante de discriminação fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, mediante elevação dos níveis aplicáveis aos trabalhadores de menor remuneração.
3. Os trabalhadores oriundos de um país e recrutados para trabalhar em outro país poderão obter, além de seu salário, vantagens em espécie ou em bens para fazer face a todas as despesas pessoais ou familiares decorrentes do emprego fora de seus lares.
4. As disposições precedentes do presente artigo não prejudicarão as medidas que a autoridade competente julgar necessário ou oportuno tomar com vistas a salvaguardar a maternidade e assegurar a saúde, segurança e bem-estar das trabalhadoras.

No Brasil, diante da crescente imigração da época, a primeira proteção criada foi a do trabalhador nacional, ao proibir que o trabalhador estrangeiro recebesse maior salário do que o brasileiro, de acordo com o Decreto nº 20.291/1931.

Posteriormente, evoluindo sobre o assunto, o Decreto-Lei 1843/39 mencionou acerca da identidade de salários entre o trabalhador estrangeiro e o trabalhador brasileiro.

Constitucionalmente, o princípio da identidade salarial só veio a ser aderido, no Brasil, pela Constituição de 1934, que em seu artigo 121, § 1º aduziu que:

A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colidem em melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

Por seu turno, a Constituição de 1937 foi omissa sobre o assunto, sendo que a de 1946 repetiu o teor da Constituição de 1937.

Em 1967, a Constituição Brasileira permitiu a diferenciação salarial em decorrência da idade, mas consagrou a proibição de discriminações no critério de admissão do trabalhador.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, abordou o princípio da igualdade, especialmente, nos artigos 5º e 7º, XXX e XXXI, assegurando que:

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

(...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Por fim, na legislação ordinária, a CLT enraizou o princípio da igualdade salarial em seus artigos 5º e 461, conforme abaixo destacados:

Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

(...)

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional. (Incluído pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial. (Incluído pela Lei nº 5.798, de 31.8.1972)

1.2. Princípio constitucional da igualdade salarial

Em uma visão preliminar, é importante mencionar que o salário, por sua própria função alimentícia, tem proteção pela ordem jurídica. Citam-se três delas, quais sejam: a *proteção do valor do salário*, a *correção automática do salário* e o *patamar salarial mínimo imperativo*.

A primeira proteção – do valor do salário – é mais conhecida como a irredutibilidade salarial. Ela está fundamentada no ditame da inalterabilidade dos contratos, tratada no artigo 468 da CLT e no artigo 7º, VII da CF, assim como no princípio do *pacta sunt servanda*.

É vedada a redução direta do salário e, também, a indireta, como, por exemplo, a redução da jornada de trabalho, que, por consequência, reduz o valor do salário.

Menciona-se, entretanto, que essa não redução não atinge as parcelas salariais tidas como condicionadas (artigos 194, 463, § 3º da CLT, Súmulas 60, 265, 291, 80 e 248 do TST), que podem até ser suprimidas. Como exemplo, citam-se o adicional de horas extras, o adicional noturno etc.

A Carta Maior em seu artigo 7º, VI permite a redução salarial, condicionando à negociação em convenção ou acordo coletivo:

Art. 7º, VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo...

Vale ponderar, todavia, que a redução salarial pode até configurar a justa causa do empregador, nos termos do artigo 483, d e g da CLT.

Sobre a segunda proteção – *correção salarial automática* – tem-se a preservação do valor real do salário.

Com a Medida Provisória nº 1.053 de 1995, há a determinação para a fixação de uma data de início para a livre negociação coletiva para o reajuste de salário. Este momento é chamado de data-base, que deve ter periodicidade anual.

Por fim, estuda-se a proteção do *patamar salarial mínimo imperativo*. É o conhecido salário mínimo, que pode ter abrangência genérica ou destinar-se a certas profissões ou categorias profissionais específicas.

Nesse sentido, tem-se o salário mínimo legal (artigo 7º, IV da CF c/c Lei Complementar nº 03 de 2000), o salário profissional, que é destinado a determinados trabalhadores integrantes de certas profissões legalmente regulamentadas e, ainda, o salário normativo e o salário convencional.

Diante de todo o exposto, ressalta-se a importância do salário e de sua proteção no âmbito do trabalho.

Derivado do princípio da isonomia, a igualdade salarial também deve ser preservada, sendo uma garantia a todos os trabalhadores de que a todo trabalho igual corresponderá ao pagamento igual.

Historicamente, como já abordado neste capítulo, o tratamento igualitário é preocupação de todos os Estados e veda a discriminação, no que tange ao salário, em razão do sexo, da idade, do estado civil etc., ou seja, proíbe a discriminação salarial por qualquer motivo injustificável, tendo em vista que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, conforme disposto no artigo 5º, caput, da Carta Maior.

Ainda, a Constituição Federal, em seu artigo 7ª, que trata dos direitos sociais, traz a proteção à igualdade salarial determinando a:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

Nessa vereda, para trazer segurança jurídica e efetivar a proteção da igualdade salarial, a ordem jurídico-trabalhista prevê o direito à equiparação salarial, sempre que dois empregados, concomitantemente, exercerem as mesmas funções, com o mesmo valor, ou seja, com a mesma produção e a mesma perfeição técnica, a um mesmo empregador, no mesmo local de trabalho, simultaneamente.

Com a finalidade de tratar de forma diferenciada os que são diferentes, a lei trabalhista também resguarda o tratamento diferenciado e que justifica a disparidade salarial como, por exemplo, a instituição do quadro organizado em carreira.

2. Equiparação salarial por analogia

A maioria dos doutrinadores, ao referir-se à isonomia salarial, reconhece, tão somente, à hipótese cristalizada no artigo 461 da CLT, que exige a efetiva igualdade das funções exercidas pelo paradigma e pelo paragonado.

A equiparação salarial por igualdade (artigo 461 da CLT) é a regra no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, a Consolidação das Leis do Trabalho aborda de forma diferenciada o princípio da isonomia salarial quando o paradigma é estrangeiro. A matéria, diversamente do tratamento conferido pelo artigo 461 do mesmo diploma, é regulamentada pelo artigo 358, que está inserido no “Título III – DAS NORMAS ESPECIAIS DE TUTELA DO TRABALHO – CAPÍTULO II – DA NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO” e assim estabelece:

Art. 358 - Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste, excetuando-se os casos seguintes:

- a) quando, nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreira, o brasileiro contar menos de 2 (dois) anos de serviço, e o estrangeiro mais de 2 (dois) anos;
- b) quando, mediante aprovação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, houver quadro organizado em carreira em que seja garantido o acesso por antiguidade;
- c) quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, e não o for o estrangeiro;
- d) quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa.

Parágrafo único - Nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à de brasileiro que exerça função análoga.

Fernando Américo Veiga Damasceno⁴ distingue a equiparação salarial regida pelo artigo 461 da estabelecida no artigo 358, ambos da CLT, elucidando que:

⁴DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 113.

Enquanto a equiparação, regida pelo art. 461 da CLT, exige igualdade de funções, o art. 358 da CLT menciona apenas a analogia, ou seja, que a função exercida pelo empregado nacional tenha similitude ou parecença com a do empregado estrangeiro, a despeito de serem diferentes. Essa analogia há de ser formalmente reconhecida pelo Ministério do Trabalho, como condição essencial para que se possa pleitear a equiparação.

De acordo com o artigo celetista transcrito, a mera semelhança entre as funções exercidas pelo empregado brasileiro e pelo empregado estrangeiro confere direito ao primeiro de ter o mesmo salário percebido pelo segundo. Não há a necessidade, portanto, de existir a igualdade ou a identidade entre as funções exercidas, bastando a simples semelhança entre as atividades, ou seja, a existência de funções análogas.

José Luiz Ferreira Prunes⁵ acrescenta

(...) a possibilidade de comparação de um brasileiro que se pretende igualar a um estrangeiro cujos salários são superiores aos seus apresenta outras facetas que são distintas daquelas ditas pelo art. 461 e que se encontram no art. 358 da CLT. Quando da comparação, a proibição de salário maior para o natural doutro país, dando a conseqüente equiparação ao brasileiro, baseia-se no princípio da simples analogia e não da igualdade.

Cumprе ressaltar que o artigo 358 da CLT, que trata da equiparação salarial por analogia, traz norma específica direcionada à hipótese de equiparação salarial de empregado brasileiro a empregado estrangeiro. Assim, sendo o equiparando estrangeiro, a regra a ser utilizada é a geral, ou seja, a equiparação salarial por identidade, transcrita no artigo 461 da norma celetista.

Nesse sentido, Fernando Américo Veiga Damasceno⁶ identificou quatro hipóteses envolvendo o princípio “trabalho igual, salário igual”, quando se trata de empregado estrangeiro.

A primeira hipótese é verificada quando o equiparando é estrangeiro e o paradigma, brasileiro. Neste caso, em existindo pedido de equiparação salarial, a questão deverá ser resolvida, conforme as regras estabelecidas pelo artigo 461 da CLT.

⁵MAGANO, Otávio Bueno. *Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano / Coordenação de Octavio Bueno Magano*, SP : Saraiva, 1985, pág. 281.

⁶DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 112.

A segunda hipótese é evidenciada quando os comparados são estrangeiros. Essa situação também deverá ser resolvida da mesma forma que a anterior.

A terceira hipótese citada pelo doutrinador é o caso em que o equiparando é brasileiro e o paradigma é estrangeiro, sendo que ambos exercem as mesmas funções. Em tal exemplo, o pedido de equiparação salarial deverá ser fundamentado no artigo 461 da CLT, já que o ordenamento jurídico não traz nenhuma norma específica sobre o assunto, fazendo valer, assim, a regra geral estabelecida em lei.

Por fim, sendo o equiparando brasileiro e o paradigma estrangeiro, não exercendo funções idênticas, mas existindo tão somente analogia entre as funções, dever-se-á aplicar a regra especificada no artigo 358 da CLT, objeto de estudo neste momento.

Todavia, a CLT trouxe excludentes a essa equiparação salarial específica. A primeira delas é a diferença de dois anos de serviço (artigo 358, *a*, CLT). Assim, se o empregado estrangeiro contar com mais de dois anos de serviço em relação ao empregado brasileiro, este último não terá direito ao salário do primeiro.

Pondera-se, entretanto, que a expressão “tempo de serviço” é utilizada nos artigos 358 e 461, ambos do Texto Celetista. Assim sendo, a interpretação que deverá ser dada à expressão não poderia ser diversa do entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula 6, II do TST, qual seja, “Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.”.

A segunda excludente da equiparação salarial por analogia é a existência de quadro organizado em carreira em que seja garantida a ascensão por antiguidade ou merecimento, desde que haja a aprovação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (artigo 358, *b*, CLT). Neste caso, as ascensões profissional e salarial dependerão de requisitos objetivos pré-estabelecidos. Contudo, poderá existir desigualdade salarial por erro de enquadramento do empregado no quadro de carreira, de tal modo que poderá pleitear na Justiça

Trabalhista o correto enquadramento e, por conseguinte, o salário correspondente.

Ainda, quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, e não o sendo o estrangeiro (artigo 358, c, CLT), não haverá, também, direito ao salário deste último, já que enquanto os primeiros estão apenas aprendendo a profissão, o segundo já é profissional.

Outra excludente é verificada quando a remuneração do paradigma estrangeiro resultar de sua maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa (artigo 358, d, CLT). Esta hipótese decorre da maior entrega de serviço, sendo, evidentemente, permitida a desigualdade salarial. Entretanto, é vedada a diferença nos valores unitários das tarefas ou das comissões, podendo gerar direito às diferenças salariais.

Por fim, o legislador pátrio, com o claro intuito de proteger o trabalhador brasileiro, preteriu o empregado estrangeiro no caso de falta ou de cessação do serviço, determinando que, primeiramente, seja procedida a dispensa do empregado estrangeiro para, somente depois, dispensar o empregado brasileiro, que exerça função análoga (Parágrafo Único do artigo 358 da CLT).

3.1. A inconstitucionalidade do artigo 358 da CLT

De acordo com a Constituição Federal Brasileira datada de 1988, é assegurado aos estrangeiros residentes no País os mesmos direitos e deveres que os dos brasileiros. Esta garantia fundamental está assegurada no *caput* do artigo 5º da Carta Constitucional, que esclarece que:

Art. 5º *Todos* são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade (...). (grifos acrescentados).

Desse modo, será inconstitucional qualquer tratamento que discrimina ou diferencia os brasileiros natos, os brasileiros naturalizados assim como os estrangeiros residentes no País.

No entanto, no âmbito do Direito do Trabalho, o legislador pátrio, ao redigir o artigo 358 da CLT, visou conferir certos privilégios aos trabalhadores brasileiros em detrimento dos estrangeiros, implicando em um protecionismo ao diferenciar o direito à equiparação salarial quando o estrangeiro é o paradigma e o brasileiro, o equiparando.

Os privilégios trazidos pela CLT ao labutador brasileiro são a exigência do exercício de função análoga ao do paradigma, e não a identidade entre as funções, regra geral do direito do trabalho, assim como a ordem de dispensa do empregado estrangeiro, procedido pelo empregado brasileiro, que exerçam funções análogas, nos casos de falta ou cessação de serviço.

Sobre o assunto em pauta, Fernando Américo Veiga Damasceno⁷ acrescenta que:

Ao aquinhoar o trabalhador brasileiro com regalias especiais, protegendo a mão-de-obra nacional, o legislador pátrio visou evitar desestímulos decorrentes do trabalho imigratório. Não se trata de regionalismo exacerbado mas de importante princípio ligado à própria evolução e desenvolvimento nacional. Em país marcadamente influenciado pela mão-de-obra alienígena, em que os investimentos multinacionais constituem parte ponderável da economia, a edição de normas impondo a retenção dos resultados técnicos, materiais e imateriais recolhidos, terá de se erigir em postulado.

Historicamente, o tratamento diferenciado dispensado aos trabalhadores brasileiros, conferindo-lhe, através da lei, certos privilégios tinha justificativa de ser, já que não havia igualdade de tratamento entre o trabalhador brasileiro e o estrangeiro, especialmente no que diz respeito ao salário. Por conseguinte, essas regalias dadas aos trabalhadores brasileiros implicaram na própria evolução e desenvolvimento nacionais, pois conferiu equilíbrio à relação.

A desigualdade no tratamento entre brasileiros e estrangeiros era encontrada, especialmente, no âmbito do mercado de trabalho, na medida em que os maiores salários eram oferecidos aos estrangeiros, assim como eram reservadas mais vagas, principalmente nos cargos mais elevados da empresa, também aos estrangeiros, sob a alegação de maior qualificação técnica.

⁷DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 112.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico, visando restabelecer o desequilíbrio encontrado naquela época, oferecia alguns privilégios aos brasileiros em detrimento dos estrangeiros.

Entre esses privilégios, menciona-se o Decreto nº 19.482/30, que esclarece a respeito da proporcionalidade, que é citada no *caput* do artigo 358 da CLT.

O referido Decreto assim estabeleceu:

Art. 1º Fica, pelo prazo de um ano, a contar de 1 de janeiro de 1931, limitada a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe.

Art. 3º Todos os indivíduos, empresas, associações, companhias e firmas comerciais, que explorem, ou não, concessões do Governo federal ou dos Governos estaduais e municipais, ou que, com esses Governos contratem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras, ficam obrigadas a demonstrar perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de noventa dias, contados da data da publicação do presente decreto, que ocupam, entre os seus empregados, de todas as categorias, dois terços, pelo menos, de brasileiros natos.

Por outro lado, com o advento da Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade para contratar empregados brasileiros e estrangeiros, conforme ora estudado, deixou de existir. A nova Carta Maior prevê, como fundamento da República Federativa do Brasil, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, nos termos do seu artigo 1º, inciso IV, sendo “livre o exercício de qualquer trabalho...” (art. 5º, XIII da CF). O trabalho, portanto, é um direito social, assegurado no *caput* do artigo 6º da CF.

No âmbito do Direito Internacional, a Organização Internacional do Trabalho – OIT também disciplina sobre o tema da igualdade de tratamento entre os trabalhadores brasileiros e estrangeiros, conforme examinado, a título de exemplo, na Convenção nº 111, ratificada pelo Brasil, que prescreve, em seu primeiro artigo, que:

Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Ainda, cita-se a Convenção nº 118, que resguarda a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros no que diz respeito à previdência social.

Diante de todo o exposto e considerando o teor do artigo 358 da Carta Trabalhista, a doutrina se mostra divergente em relação à constitucionalidade do artigo celetista, notadamente no que diz respeito ao tratamento desigual entre estrangeiro e brasileiro.

Fernando Américo Veiga Damasceno⁸ ensina que não há inconstitucionalidade na redação do artigo 358 da CLT, esclarecendo que:

As Constituições de 1967 (art. 158, III) e de 1969 eliminaram o vocábulo “nacionalidade”, que não foi retomado pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º - XXX), encontrando-se atualmente a seguinte redação:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Portanto, não está constitucionalmente vedado o tratamento salarial discriminatório entre o empregado nacional e o estrangeiro, não havendo qualquer eiva de inconstitucionalidade a macular o art. 358 da CLT.

Com entendimento oposto, Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁹ elucida que esse tratamento desigual não foi recepcionado pela Carta de 1988, tendo sido revogado, implicitamente, pela Constituição Federal.

Analisando a redação das Constituições Brasileiras, Fabíola Marques¹⁰ explana que:

⁸DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 115.

⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Método, 2008. Pag. 423

(...) da análise histórica das Constituições nacionais, bem como das convenções internacionais, ratificadas pelo País, concluímos ser inconstitucional o Capítulo II, da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da nacionalização do trabalho, uma vez que estabelece, em seus artigos, distinções que hoje não podem ser aceitas. Não há como negar a discriminação do estrangeiro, no exercício do trabalho, contida na legislação ordinária.

(...)

Ademais, pelo princípio do trabalho igual, salário igual, o que se objetiva é assegurar uma justa retribuição ao emprego. Assim, o que se proíbe são as discriminações, as distinções sem fundamento material, designadamente porque assentes em meras categorias subjetivas. Se as diferenças de remuneração assentarem-se em critérios objetivos, elas serão materialmente fundadas e não discriminatórias.

(...)

É óbvio que a legislação deve proteger o trabalhador nacional contra a exploração estrangeira e o desemprego, mas não pode violar princípios internacionalmente garantidos, como o princípio da igualdade.

Por seu turno, como bem ressalta José Martins Catharino¹¹, é compreensível o protecionismo e o nacionalismo do constituinte de 1937, mas, atualmente a discriminação não se justifica, diante do princípio da igualdade de direitos trazida pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, Maurício Godinho Delgado¹² esclarece que na doutrina:

Tem prevalecido a interpretação, entretanto, de que tais especificidades normativas teriam perdido validade, em virtude da determinação de tratamento igual perante a lei efetivada pela Constituição de 1988 (art. 5º, *caput*, CF/88).

Diante de todo o exposto, ao confrontar o artigo 358 celetista com o preceito magno da igualdade, tem-se clara desigualdade de tratamento entre o brasileiro e o estrangeiro, uma vez que este último não terá o mesmo direito assegurado ao primeiro.

A Carta Magna, ainda, resguarda no parágrafo 2º do artigo 12º que “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.”, como é o caso, por exemplo, dos cargos

¹⁰MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo : LTr, 2001, pág. 39, 40 e 45.

¹¹CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo : LTr, 1997, pág. 359.

¹²DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho - 10ª ed.* São Paulo : LTr, 2011, pág. 762.

privativos de brasileiro nato como de Presidente e Vice-Presidente da República, de Ministro do Supremo Tribunal Federal etc., de acordo com o artigo 12 da CF.

Todavia, menciona-se que o entendimento trazido pelo artigo 358 da CLT ainda vem sendo aplicado na Justiça Trabalhista, sob a alegação de que traz norma mais favorável ao empregado brasileiro, sem instituir qualquer discriminação, concretizando o princípio da igualdade.

Nesse sentido, transcreve-se o recente julgado do TST aplicando o teor do artigo 358 da norma celetista:

ISONOMIA SALARIAL. RECLAMANTE BRASILEIRO E PARADIGMA ESTRANGEIRO. ARTS. 5º, CAPUT E 7º, CAPUT DA CF E 358 DA CLT. O art. 358 da CLT estabelece uma proteção singular ao empregado brasileiro que desempenha funções análogas ao empregado estrangeiro. O escopo da Lei é evitar que o fator da nacionalidade, por si só, seja motivo de discriminação salarial num contexto de similaridade funcional. Essa proteção é plenamente compatível com a Constituição Federal de 1988 que, ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais (Título II), fixou, no Capítulo II (Dos direitos sociais), art. 7º, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Harmoniza-se, outrossim, com o princípio da igualdade (aqui entendida no seu aspecto material) previsto no art. 5º, caput. A Carta de 1988, portanto, ampliou as proteções jurídicas aos empregados, compatibilizando normas legais de índole protetiva aos trabalhadores. Vale enfatizar que a ordem justtrabalhista, amparada no princípio tutelar, estabelece um largo sistema de proteções aos trabalhadores no contexto da relação de emprego. Entre elas, a que busca equalizar tratamento jurídico entre pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Visa também a evitar o tratamento salarial diferenciado a trabalhadores que desempenhem funções de grande similitude. Nesse sentido, o art. 461 da CLT criou figura jurídica típica - o instituto da equiparação salarial -, com requisitos específicos. Outra, a situação prevista no mencionado art. 358 da CLT. Diz esse dispositivo: - *Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste...*-. O preceito legal contém normatividade diversa daquela do art. 461 da CLT. A dicção do art. 358 da CLT é expressa: - função análoga -. Ou seja, função semelhante, próxima - sem englobar um feixe de atribuições que conduzam a uma significativa igualdade na função, como é o caso da equiparação salarial. Essa exatamente a situação dos autos, em que o Reclamante e o paradigma estrangeiro exerciam funções análogas: o Reclamante era Diretor de Recursos Humanos, e o paradigma, Diretor de Engenharia. Ocorre que, não obstante a convicção de que, na hipótese, as funções eram análogas, o próprio preceito legal excetua a possibilidade de isonomia - quando,

nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreira, o brasileiro contar menos de dois anos de serviço, e o estrangeiro mais de dois - (art. 358, - a -, CLT). Inicialmente, quanto a essa alínea, deve-se pontuar que a referência a tempo -de serviço- deve ser interpretada em consonância com o mesmo parâmetro temporal adotado pela jurisprudência quanto à equiparação salarial (art. 461 da CLT), ou seja, o tempo conta-se na função e não exatamente no emprego. E, considerado o fator – tempo -, para se afastar o direito à isonomia salarial, devem ser observadas concomitantemente as seguintes circunstâncias (fato impeditivo inscrito no art. 358, - a -, da CLT): a) o Reclamante ter tempo na função inferior a dois anos e b) o paradigma ter tempo na função superior a dois anos. No caso concreto, consubstancia-se o óbice da alínea a do art. 358da CLT, porquanto o Reclamante foi admitido na Reclamada em 21/06/1999, já na função de Diretor de Recursos Humanos; o paradigma, por sua vez, vinha exercendo a função de Diretor de Engenharia desde de 1995, no exterior, e passou a desempenhá-la, no Brasil, em abril de 1999. Logo, depreende-se que, além de o obreiro contar menos de dois anos de serviço na função - no momento em que se iniciou a simultaneidade -, o paradigma também já exercia a função por mais de dois anos, o que, conforme salientado, inviabiliza o deferimento das diferenças salariais pretendidas. Assim, embora por fundamentos diversos daqueles adotados pelo Tribunal Regional, não há como ser reformada a decisão da origem. Recurso de revista não conhecido no aspecto.¹³

Contudo, a aplicação do artigo 358 da CLT ainda permite o tratamento desigual, já que não estabelece a equiparação salarial em decorrência de atividades iguais, mas apenas por mera semelhança, conferindo, assim, privilégio ao brasileiro.

¹³Consultado em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/index.jsp>, referente ao Processo: RR - 4885-59.2010.5.01.0000 **Data de Julgamento:** 08/02/2012, **Relator Ministro:** Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 24/02/2012, no dia 10/09/2012 às 23h43.

4. Equiparação salarial por equivalência

Apesar de não existir consenso entre os doutrinadores, a equiparação salarial por equivalência é uma das modalidades de equiparação salarial e está prevista no artigo 460 da CLT, que ensina que:

Art. 460 - Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

Preliminarmente, cumpre apresentar que a expressão equivalência não traz a noção de igualdade efetiva, mas sim de algo que de uma forma geral é parecida.

Em sendo assim, pela equivalência, os fatos não se igualam, pois possuem natureza e espécie diversas. Todavia, eles possuem valores iguais e, por isso, devem ser considerados equivalentes. Não se trata, portanto, de identidade de função, que é prevista no artigo 461 da CLT, mas de serviços semelhantes ou equivalentes.

Nota-se que o artigo 460 da CLT traz a aplicação da equiparação salarial por equivalência complementando a vontade das partes, sempre que não existir estipulação de salário ou quando não houver provas sobre a importância ajustada.

Desta forma, como a onerosidade é uma das características da relação de emprego, o empregado tem o direito de receber as parcelas dirigidas a remunerar pelos serviços prestados, já que o contrato de trabalho é, segundo definição de Maurício Godinho Delgado¹⁴, “um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis”.

Diante do exposto, conclui-se que as partes do contrato de trabalho devem estipular, tácita ou expressamente, o valor da remuneração pela prestação do

¹⁴DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho* - 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011, pág. 287.

serviço, já que a presunção do referido contrato é de onerosidade. No entanto, a falta de ajuste sobre a remuneração ou a inexistência de prova sobre o valor acordado faz com que haja a aplicação do dispositivo celetista ora estudado.

Nessa vereda, o artigo 766 do Texto Celetista esclarece que “Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.”.

Ao juiz, portanto, caberá analisar a situação fática com a finalidade de encontrar equilíbrio na fixação do salário do empregado, estipulando um valor razoável e capaz de atender as necessidades vitais básicas do obreiro e às de sua família, assegurando-lhe o salário mínimo, fixado em lei, como reza o artigo 7º, inciso IV da Carta Magna, assim como garantir que o empregador tenha a sua margem de lucro, em respeito a livre iniciativa.

Essa disposição, que é aplicada tanto nos dissídios individuais como nos dissídios coletivos de trabalho, é especialmente verificada quando há reconhecimento de vínculo de emprego pela Justiça do Trabalho, não tendo existido estipulação prévia de salário. Citam-se, também, outros exemplos de fixação de salário pelo Judiciário, como a omissão em relação ao salário no contrato individual de trabalho, pagamento de salário ilegal, entre outros, destacando, ainda, as situações apontadas por Fabíola Marques¹⁵, “... como a baixa retribuição salarial decorrente da promoção funcional, sem a correspondente elevação salarial”.

O princípio constitucional da igualdade salarial, estampado no artigo 5º da Constituição Federal, não se limita, como ora estudado, ao trabalho igual. Tal princípio também deve ser resguardado a qualquer trabalhador, inclusive em situações em que não exista um paradigma que desempenhe, na mesma empresa, as mesmas funções.

¹⁵MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo : LTr, 2001, pág. 48.

Nesse sentido, o artigo 460 da CLT prevê duas hipóteses distintas da que traz o artigo 461 deste mesmo diploma. As hipóteses são: a falta de estipulação de salário e a impossibilidade de provar qual era a importância ajustada.

Assim, para resolver tais impasses, evitando a afronta ao princípio da igualdade salarial, o enriquecimento ilícito por parte do empregador e resguardando o direito à remuneração pelo serviço prestado, o legislador celetista elencou, de forma excludente e sucessiva, duas soluções: o pagamento de salário igual ao de empregado, da mesma empresa, que fizer serviço equivalente ou, na ausência de empregado na mesma empresa que exerça atividades equivalentes, o pagamento de salário habitualmente pago a empregados que exerçam serviço semelhante no mercado de trabalho.

Na primeira hipótese, o empregado tem direito a receber salário igual àquele que desempenha, na mesma empresa, serviço equivalente, não sendo exigida a igualdade entre as funções, como disciplina o art. 461 e a Súmula 6, III do TST.

No segundo caso, por sua vez, em uma ação judicial, o juiz, ao deparar com a inexistência de empregado, na mesma empresa, que exerça atividade equivalente, deverá fixar o salário a ser pago ao empregado, observando os usos e os costumes da região, bem como a média salarial praticada aos que exerçam atividades equivalentes ou semelhantes ao do reclamante, sendo irrelevante a categoria da empresa a que se busca o parâmetro salarial.

4. Equiparação salarial por identidade

4.1. Conceito

Os salários deverão ser equiparados sempre que duas pessoas exercerem a mesma função na empresa, desde que atendidos os requisitos legais.

Para resguardar o direito dos empregados a perceber salário igual, quando o trabalho é igual, a CLT determina que:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional. (Incluído pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952)

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial. (Incluído pela Lei nº 5.798, de 31.8.1972)

Maurício Godinho Delgado¹⁶ define a equiparação salarial como sendo

... a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador..

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011. Pag. 762

Conclui-se que a equiparação por identidade é uma garantia do trabalhador contra eventual discriminação salarial sempre que exercer as mesmas funções, com o mesmo valor do trabalho realizado por outro empregado.

Os requisitos para fazer valer o direito à equiparação salarial são, *cumulativamente*, identidade de funções exercidas, identidade de empregador, identidade de localidade do exercício das funções e a simultaneidade nesses exercícios.

O artigo 461 da CLT regula o instituto da equiparação salarial por identidade e discorre acerca dos requisitos ora citados, além dos fatos impeditivos ou extintivos do direito, conforme será estudado a seguir.

4.2. Identidade funcional

Um dos requisitos do direito à equiparação salarial, conforme previsto no artigo 461 da CLT, é a identidade de funções.

Em um primeiro momento, convém trazer a distinção doutrinária do se entende por “função” e por “cargo”.

Fabíola Marques¹⁷ esclarece que “cargo é a posição ocupada pelo empregado na empresa, e função é a atividade desenvolvida pelo trabalhador em razão do cargo.”.

Trazendo outra visão sobre o assunto, José Martins Catharino¹⁸ conclui que “cargo tem um caráter formal e a função um aspecto real”, ou seja, empregados que têm o mesmo cargo não necessariamente exercem as mesmas funções.

¹⁷MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo : LTr, 2001, pág. 57.

¹⁸CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo : LTr, 1997, pág. 368.

Para melhor elucidar a questão, Fernando Américo Veiga Damasceno¹⁹, assinala a distinção entre cargo, função e tarefa, destacando que:

Tarefa – é cada uma das atribuições de um empregado, consideradas unitariamente. São tarefas: datilografar um ofício; polir determinada peça; costurar um botão etc.

Função – é o conjunto de tarefas exercidas por um empregado. É o caso de um escriturário que datilografa ofícios diariamente, elabora folhas de pagamento uma vez por semana, preenche guias de recolhimento das contribuições previdenciárias uma vez por mês e, esporadicamente, representa o empregador perante a Justiça do Trabalho, como preposto. Esse complexo de tarefas, guardando determinada proporcionalidade entre si, faz caracterizar uma função.

Cargo – é a posição de determinada função na organização de pessoal da empresa. Exemplifica-se: o cargo denominado “auxiliar de pessoal” tem as funções descritas no parágrafo supra, e uma de suas tarefas é elaborar folhas de pagamento.

Para a legislação brasileira, existirá o direito à equiparação salarial quando idênticas as funções exercidas entre dois empregados, paradigma e paragonado, além de outros requisitos exigidos pela lei.

Nessa vereda, cumpre ressaltar que a nomenclatura do cargo não é relevante para conferir o direito à equiparação salarial, apontando, tão somente, uma presunção relativa de identidade de função, que deverá ser provada, seguindo o princípio da primazia da realidade, norteador do Direito do Trabalho, que, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado²⁰

“... amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85, CCB/1996; art. 112, CCB/2002).”.

No âmbito do Direito Trabalhista, deve-se buscar a realidade fática, a prática concreta efetivada ao longo do contrato de trabalho para que seja provada a identidade de funções para poder valer o direito à equiparação salarial.

Assim sendo, não será suficiente a igualdade na nomenclatura do cargo. Será indispensável que, de fato, os empregados exerçam as mesmas atividades, implicando na identidade das tarefas executadas pelos empregados

¹⁹DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 28.

²⁰DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho* - 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011, pág. 201.

comparados, a ponto de os mesmos se sobreporem sem que exista nenhum elemento diferenciador.

José Luiz Ferreira Prunes²¹ afirma que

... existem funções idênticas quando dois empregados exercem permanentemente as mesmas funções de ordem técnica ou administrativa, isto é, quando trabalham na mesma especialidade e executam os mesmos serviços, ainda ocupando o mesmo grau de hierarquia do pessoal da empresa. (...) mesmo com denominações idênticas no que se refere aos cargos no seu aspecto formal, é de se tomar a expressão “função” como aquele conteúdo real...

Ainda, assinala-se que a equiparação salarial só é devida se o empregado exercer as mesmas funções de forma permanente, pois o próprio conceito de função já afasta a transitoriedade. A diferença salarial quando se trata de trabalho eventual, por curto período de tempo e atendendo a uma situação excepcional não caracteriza tratamento discriminatório.

Cita-se, a título de exemplo, o fato de um empregado engenheiro, que tem salário maior, realizar, transitoriamente, funções idênticas a um contador da mesma empresa, durante uma semana, em decorrência de acúmulo de tarefas na área da contabilidade. O contador, neste caso, não terá direito a perceber salário igual ao do engenheiro dada a transitoriedade do exercício da função.

Contudo, Fernando Américo Veiga Damasceno²² observa que não há a exigência de que os empregados exerçam os mesmos atos e operações, mas somente que exerçam as mesmas funções em face das responsabilidades e atribuições gerais da empresa, esclarecendo que as diferenças secundárias de tarefas não desigalam as funções.

Para melhor exemplificar, o mesmo doutrinador destaca a seguinte hipótese:

... encontram-se três datilógrafas em uma empresa. A datilógrafa “A” é incumbida de datilografar ofícios, com base em minutas que lhe são entregues pelos interessados; a datilógrafa “B” preenche datilograficamente notas fiscais, copiando rascunhos que lhe são fornecidos por outro empregado; a datilógrafa “C” datilografa guias de recolhimento de tributos, mediante dados que recolhe em outra unidade administrativa.

²¹MAGANO, Otávio Bueno. *Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano / Coordenação de Octavio Bueno Magano*, SP : Saraiva, 1985, pág. 281.

²²DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 31.

Todas são datilógrafas e as respectivas tarefas não são idênticas. Mas as funções das duas primeiras são idênticas, a despeito de suas tarefas serem diferentes, considerados os resultados que produzem e os meios utilizados para atingir o objetivo da função: instrumentos datilografados (objeto), com base em minutas (meio de realização). Já a datilógrafa “C”, também tendo a missão de elaborar instrumentos datilografados (objeto), executa tarefas com base em dados que lhe são fornecidos, desenvolvendo atividade intelectual, ainda que pequena, para o correto preenchimento das guias; há uma diferença no meio de realização e sua função não é idêntica às das datilógrafas “A” e “B”.²³

Na situação ora transcrita, verifica-se que é importante que os empregados exerçam as mesmas atividades, da mesma forma e com os mesmos objetivos, sendo que a existência de diferença eventual entre os serviços prestados pelos ocupantes da mesma função não lhe retira o direito à equiparação salarial.

No caso em análise, a datilógrafa “C” efetivamente exercia função distinta das demais, tendo em vista que ela utilizava de meios diversos para realizar as mesmas atividades.

A jurisprudência converge sobre o assunto e editou a Súmula 6, III do TST, que estabelece que: “A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação.”.

Sergio Pinto Martins²⁴, em seus Comentários às Súmulas do TST, acrescenta que:

Não existe igualdade absoluta para o efeito do desempenho de tarefas pelas mesmas pessoas. O importante é se elas exercem as mesmas tarefas, não interessando os cargos que têm ou a denominação atribuída à função pelo empregador.

Vale destacar, ainda, que para a aplicação do princípio da isonomia salarial, devem ser consideradas tão somente as funções realmente exercidas pelos empregados e não a sua capacidade ou condições de exercer função superior.

Essa ponderação é válida para o empregado que possui título ou qualificação profissional, intelectual, cultural superior ao do empregado a que se pretende ver reconhecida a equiparação salarial. O que se deve ter em conta é o que,

²³DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 31.

²⁴MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST - 6ª ed.* São Paulo : Atlas, 2009, pág. 12.

efetivamente, os comparados fazem, ou seja, quais funções desempenham no âmbito do trabalho, sendo relevante, na apreciação do pedido de equiparação salarial, se tal qualificação pessoal do empregado seja o objeto do contrato, indispensável para o exercício profissional. Caso contrário, as potencialidades de um ou de outro não afasta o princípio da identidade salarial.

4.2.1. Situações especiais sobre a identidade funcional

O requisito exigido para conferir o direito à equiparação salarial, qual seja, a identidade de funções, traz algumas situações excepcionais, que merecem destaque.

Uma das situações, que atualmente ainda é constatada no mercado de trabalho brasileiro, é a discriminação salarial em decorrência do sexo. O sexo feminino ainda sofre com a desigualdade de tratamento tanto no acesso aos cargos mais elevados dentro das empresas ou a algumas profissões ou posições profissionais, assim como no que concerne ao salário, mesmo que os empregados do sexo oposto exerçam as mesmas atividades.

Essa discriminação decorre da falsa ideia de que a mulher é menos preparada, profissionalmente, para o mercado de trabalho. Todavia, essa questão, que tem natureza cultural, está evoluindo, especialmente com a segurança trazida pelo artigo 461 da CLT, que confere direito à equiparação salarial nos casos em que for constatada a discriminação em razão do sexo.

Outra situação também relevante a ser citada é a equiparação salarial quando se trata de trabalho intelectual.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXXII, trata da “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos...”. Nessa mesma linha, a CLT apresenta, no parágrafo único do artigo 3º, que “Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”.

Assim sendo, a legislação brasileira não diferencia o trabalhador, seja qual for a sua profissão. Nessa vereda, o princípio da igualdade salarial é garantido a qualquer empregado.

Entretanto, ao tratar de trabalho intelectual, devem ser observadas algumas características peculiares que podem rechaçar a isonomia salarial, como é o caso, conforme citado por Fernando Américo Veiga Damasceno²⁵, do estilo literário, da imaginação, da criatividade e de outros fatores culturais. “Tais diferenças, em virtude de sua própria singularidade, tornam quase impossível a equiparação.”

Essas singularidades tornam o trabalho personalizado, não sendo possível serem objetos de equiparação salarial.

De toda forma, há que se analisar o caso específico para distinguir o trabalho personalizado daquele que não o é.

O TST se posicionou sobre o tema, conforme ditado pela OJ 298, da SBDI-1, no sentido de que “Desde que atendidos os requisitos do artigo 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos.”.

Outra questão importante é o trabalho artístico, que não pode ser equiparado, uma vez que é impossível mensurar e comparar o seu valor.

O nome do artista e o seu trabalho têm valores extrínsecos e intrínsecos, cuja natureza é eminentemente subjetiva e que não é possível ser medido ou comparado. Deste modo, mesmo que os comparados exerçam as mesmas funções, com a mesma produtividade e com a mesma habilidade técnica, não será possível medir o seu valor, não fazendo *jus* ao direito à equiparação salarial.

Mais uma situação que deve ser destacada é o exercício de profissões regulamentadas.

²⁵DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 39.

Neste caso, se o paragonado, que não tenha habilitação para desempenhar a profissão regulamentada, exercer as mesmas funções do paradigma, que tem a habilitação, desde que preenchidos os requisitos legais, terá direito ao salário igual a este.

Como bem argumentado por Fernando Américo Veiga Damasceno, ao vedar o direito à equiparação salarial entre aquele que tem habilitação profissional regulamentada a outro que não a tem,

... abrir-se-ia campo à fraude, quando o empregador, exigindo trabalho privativo de profissão regulamentada, pagaria salário inferior ao ajustado com profissional habilitado, sob a única escusa de que o primeiro empregado não teria condições legais para exercer atribuições de um cargo que, na realidade, está ocupando.²⁶

Nessa linha, também haverá a possibilidade de equiparar o trabalho exercido entre advogados.

Sobre a comparação entre advogados, o autor ora citado, Fernando Américo Veiga Damasceno²⁷, acredita ser, "... em face das características próprias da atividade desses profissionais, nas quais preponderam parâmetros essencialmente subjetivos, em especial a confiança no discernimento do profissional...", praticamente impossível a aplicação do instituto da equiparação salarial.

Todavia, há que se analisar cada caso concreto para poder mensurar o direito à identidade salarial.

Outro ponto de grande discussão é mensurar a equiparação salarial entre professores.

Em se tratando de professores que lecionam a mesma matéria, a questão fica mais clara, já que preenchido, pelo menos, um dos requisitos legais, qual seja, a identidade de funções: lecionar. Assim, haverá a necessidade da análise das demais exigências legais para constatar o direito ao mesmo salário.

²⁶DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 41.

²⁷DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 41.

Por outro lado, a problemática é encontrada quando os professores lecionam disciplinas diversas.

Analisando superficialmente a situação, constata-se que o requisito identidade de função não foi preenchido, já que as funções não são as mesmas: um comparado dá aula de português e o outro, de matemática. Contudo, avalia-se a hipótese de ambos os professores lecionarem as matérias diferentes para um mesmo nível de ensino, como, por exemplo, ao ensino médio.

Nesse caso, levando-se em conta que ambos têm o mesmo valor curricular, poderá ser evidenciada a equiparação salarial.

Há discussão, também, na comparação entre trabalhadores que exercem suas atividades em horários diferentes. No entanto, fica evidente que a diferença no horário de trabalho não obsta o direito à equiparação salarial. A lei somente conferiu tratamento diferenciado para o trabalhador noturno, visando compensar a condição mais penosa, computando, por exemplo, hora do trabalho noturno equivalente a 52 minutos e 30 segundos (artigo 73, § 1º da CLT).

Ainda, cumpre esclarecer outra situação especial que encontramos a igualdade funcional: a substituição.

O instituto do salário substituição, emanado da ideia estampada no artigo 450 da norma celetista, assim aduz:

Art. 450 - Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior.

O substituto, no caso em tela, ocupará, precariamente, o cargo do titular, fazendo valer o poder diretivo do empregador de alterar, unilateralmente, o trabalho do empregado, desde que seja temporariamente, garantindo o retorno do trabalhador ao cargo anteriormente ocupado, sob pena de afrontar aos artigos 9º e 448 da CLT.

A substituição eventual ou transitória ocorrerá de forma esporádica, uma ou outra vez, em determinado período de tempo, quando o substituído precisar se ausentar momentaneamente do trabalho.

Por outro lado, a substituição não eventual será verificada quando o substituto passa a cobrir férias, licença do substituído. Tais substituições não são eventuais, já que são fatos previsíveis.

Além disso, poderá existir, também, a substituição de um empregado que foi desligamento do quadro de funcionários da empresa ou que tenha mudado de área dentro da empresa.

Neste caso, a pessoa que passa a ocupar o cargo da que se desligou ou mudou de área não a substitui, mas a sucede, tendo em vista a vacância do cargo, não fazendo *jus*, portanto ao salário do sucessor.

Baseando-se nessas orientações, o TST editou a Súmula 159, que explica quem tem direito à isonomia salarial:

SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 112 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. (ex-Súmula nº 159 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor. (ex-OJ nº 112 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

Por fim, faz-se referência ao direito à equiparação salarial nas situações em que o servidor público é cedido.

O jurista Fernando Américo Veiga Damasceno²⁸ traz que:

A Administração Pública, no intuito de colaborar com empreendimentos privados, em geral a ela direta ou indiretamente vinculados, por vezes determina que os servidores submetidos ao regime jurídico único ou contratados pelo regime trabalhista normal prestem serviços àqueles, o que se opera em situação dicotômica: como funcionários públicos

²⁸DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 48.

colocados apenas à disposição de outra entidade ou a ela cedidos.

Na hipótese de o servidor público ser colocado à disposição de outra entidade, não haverá motivos para se falar em equiparação salarial, uma vez que o vínculo estatutário estará ainda vigente.

Já na cessão do servidor público para prestar o serviço em empresa privada, grande parte da doutrina entende que o vínculo entre a empresa e o servidor passa a ser o de emprego, ficando latente, todavia, o vínculo estatutário. Em sendo assim, tal servidor poderá ser paradigma ou equiparando dentro da empresa privada, excluindo-se da equiparação, de toda sorte, as vantagens oriundas de sua situação perante o cedente, na condição de servidor público.

Fernando Américo Veiga Damasceno²⁹ ainda ressalva a hipótese em que um empregado de empresa privada ser colocado à disposição de um órgão do poder público ou, ainda, a situação de um empregado de um dos membros da federação ser colocado à disposição de outro membro.

Ocorrendo a situação do empregado de empresa privada ser colocado à disposição de um órgão do poder público, situação excepcional, cedente e cessionário assumirão, solidariamente, a obrigação de respeitar os direitos trabalhistas do empregado, especialmente no que tange ao direito isonomia salarial. Entretanto, se o empregado é cedido a órgão público, ele não poderá pleitear equiparação a funcionário público, nos termos da Súmula 6, V do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, que assim estabelece:

A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula nº 111 - RA 102/1980, DJ 25.09.1980).

Nessa linha, Sergio Pinto Martins³⁰ elucida que:

Se o órgão governamental responde pelos salários do paradigma e do reclamante, é o mesmo empregador. Assim, os salários entre paradigma e reclamante deveriam ser os mesmos.

²⁹DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 49.

³⁰MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST - 6ª ed.* São Paulo : Atlas, 2009, pág. 12 e 13.

Pouco importa que o paradigma e reclamante exerçam a função em órgão estranho àquele que os cedeu.

Há necessidade de que sejam atendidos os requisitos do artigo 461 da CLT, ou seja, exercício da mesma função, igual produtividade e perfeição técnica, tempo de serviço na função até dois anos.

Veda o inciso XIII do artigo 37 da Constituição a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito da remuneração de pessoal do serviço público. A Orientação Jurisprudencial nº 297 da SBDI-1 do TST entende que é impossível a equiparação salarial para o efeito da remuneração do pessoal do serviço público, tanto da administração pública direta, como autárquica ou fundacional, não podendo ser aplicado o artigo 461 da CLT quando se pleiteia equiparação salarial entre servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pela CLT.

Nessa vereda, há que se destacar a possibilidade de pleitear equiparação salarial quando se trata de empregado de sociedade de economia mista, conforme exposto na OJ 353 da SBDI-1 do TST:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ART. 37, XIII, DA CF/1988. POSSIBILIDADE (DJ 14.03.2008)

À sociedade de economia mista não se aplica a vedação à equiparação prevista no art. 37, XIII, da CF/1988, pois, ao contratar empregados sob o regime da CLT, equipara-se a empregador privado, conforme disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988.

4.3. Trabalho de igual valor

Inicialmente, afirma-se que o empregado mais produtivo, qualitativamente ou quantitativamente, deveria ser bem mais remunerado do que o empregado menos produtivo.

De forma positiva, tal afirmativa implicaria em um maior estímulo aos demais empregados para que o esforço do mais produtivo no trabalho seria retribuído financeiramente e, em contrapartida, a empresa lucraria com a maior produtividade do empregado.

Nesse sentido, não haveria discriminação ou injustiça ao pagar maior salário para aquele que seja mais produtivo, mesmo que exerça as mesmas atividades

que outro empregado, que não é produtivo, tendo em vista tais desigualdades em relação ao *valor do trabalho executado*.

Para a aplicação do princípio da isonomia, seria necessário, dentro do pedido de equiparação salarial, que os empregados comparados exercessem as mesmas funções, com o mesmo valor.

Fabíola Marques³¹ aclara que:

A noção de *trabalho de igual valor* está intimamente ligada à identidade de função, complementando essa idéia e permitindo a verificação da equiparação salarial. Na prática, dois empregados podem desempenhar o mesmo conjunto de atividades e chegar a resultados valorativamente distintos. Ademais, é regra de equidade que o empregado que execute suas atividades em maior quantidade ou com melhor qualidade de serviço deva receber salário superior.

O conceito de trabalho de igual valor, apesar de definido por lei, é impreciso e restritivo. No entanto, foi a única forma encontrada pelo legislador para tentar evitar uma *desigualdade legal*.

Diante do exposto, a CLT, em seu artigo 461, § 1º, determina que:

Sendo idêntica a função, *a todo trabalho de igual valor*, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - *Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica*, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos. (destaque acrescido),

Ainda sobre o trabalho de igual valor, a norma celetista, em seu artigo 5º diz que “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.”.

Assim, a análise sobre a produtividade e sobre a perfeição técnica, o que corresponde, respectivamente, à análise quantitativa e qualitativa do trabalho do empregado, no pedido de equiparação salarial, é de extrema relevância.

4.3.1. Identidade produtiva

³¹MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo : LTr, 2001, pág. 67.

Um dos requisitos para ser conferido o direito à isonomia salarial, estampado no § 1º do artigo 461 da CLT, é a igualdade de produtividade entre os comparados.

Em um primeiro momento, Fernando Américo Damasceno³² apresenta a distinção das expressões produtividade e produção.

Produção é o ato de produzir, criar, gerar, elaborar, realizar; é aquilo que é fabricado pelo homem e, em especial, por seu trabalho associado ao capital e à técnica. Já a produtividade é a faculdade de produzir. Portanto, produção é a quantidade de trabalho efetuada pelo empregado, enquanto produtividade é a capacidade, ou seja, o conjunto de aptidões que ele tem de efetuar o trabalho.

Nesse sentido, a produtividade equivale à quantidade de serviço produzido pelo empregado, analisando, também, a habilidade e a capacidade do trabalhador diante das condições impostas pelo empregador para a realização do trabalho.

Dessa forma, para comparar a produtividade de dois empregados, haverá a necessidade, também, de verificar se o empregador concedeu, de forma igualitária, as mesmas condições de trabalho aos obreiros. Somente desta forma haverá a possibilidade de mensurar qual trabalhador é mais produtivo.

Na análise da produtividade, dever-se-á, ainda, comparar os empregados, para constatar se preenchido o requisito legal para conceder o direito à equiparação salarial, em um tempo razoável a fim de não desvirtuar a avaliação.

José Luiz Ferreira Prunes³³ cita exemplo elucidativo, na obra coordenada por Octavio Bueno Magano:

Um trabalhador pode ter uma produção de mil peças e outro de apenas cem peças; a produção do primeiro é evidentemente dez vezes maior que a do segundo. Entretanto, se o primeiro trabalhador gastou quinhentas horas para aquela produção de mil peças e o segundo conseguiu produzir cem peças em apenas quarenta horas tem-se que a produção do segundo foi menor, mas em razão do tempo muito menor, sua

³²DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 57.

³³MAGANO, Otávio Bueno. *Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano / Coordenação de Octavio Bueno Magano*, SP : Saraiva, 1985, pág. 285.

produtividade foi maior. Para o art. 461 da CLT o legislador deixou de lado, por óbvio, o aspecto produção e premiou o empregado que com diligência consegue, numa unidade qualquer de tempo, uma proporção maior de peças ou tarefas realizadas.

Destaca-se, também, outro exemplo bastante ilustrativo, retirado de uma sentença do Tribunal da 3ª Região:

Carece de clarear ainda mais o pensamento, a fim de completar a primeira fala. A de que a verdadeira igualdade consiste em tratar de modo desigual aqueles que são desiguais. Por exemplo, o Foro trabalhista de Belo Horizonte tem 40 Varas. Logo, tem 40 juízes. Todavia, embora sejam todos juízes e exerçam a mesma função, há enorme diferença entre a produtividade das Varas. A afirmativa pode ser confirmada no site do Tribunal que publica, mensalmente, a produção de cada uma.

Mas isto nem é necessário. Basta invocar o testemunho dos próprios advogados que patrocinam as partes. Eles sabem bem das coisas. Veja o caso desta demanda mesmo. Foi distribuída em 19/12/2011 ver f. 3, teve a audiência inicial dia 25/01/2012 ver f. 79, em que pese ter tido uma audiência adiada ver f. 475, teve a instrução encerrada em 29/02/2012 ver f. 477 e sentença, hoje, dia 7 de março. Pode pesquisar aqui no site do Tribunal, que vai encontrar demanda distribuída naquela mesma data e que ainda não teve nem audiência inicial.

Assim é a vida. Ninguém é igual a ninguém. Logo, a cada um de acordo com o seu merecimento.

Diante de todo o exposto, para o empregador é importante o resultado do trabalho do empregado, o que implicará nos lucros de sua empresa.

Pondera-se, ainda, uma discussão doutrinária para saber se a assiduidade do empregado é pressuposto para avaliar a sua produtividade, no que diz respeito à equiparação salarial.

Para Fernando Américo Damasceno³⁴, a frequência e a pontualidade do empregado não poderão ser, por si só, elementos capazes de ensejar na diferença salarial atribuída a um empregado.

Em sentido oposto, Amauri Mascaro Nascimento³⁵ aponta que “A assiduidade é um elemento para a verificação da produtividade do trabalhador. Os seus

³⁴DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 60.

³⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O salário*. Ed. fac-sililada. São Paulo :LTr, 1996, pág. 238.

efeitos, portanto, são relevantes na apreciação das condições objetivas da prestação de serviços...”.

Levando-se em conta a nova dinâmica do mercado de trabalho, na qual visa lucro efetivo e a crescente flexibilização da jornada de trabalho, a assiduidade do trabalhador passa a ser secundária e, até mesmo irrelevante, para mensurar a produtividade, tendo em vista que o eu é realmente importante é o resultado, que não está adstrito à frequência do empregado.

Acrescenta-se, também, que se o empregado que recebe salário por comissão, a diferença na produtividade implicará na desigualdade salarial, sem importar, em tese, em discriminação. Haverá, todavia, direito às diferenças salariais se o empregador aplicou porcentagem diferente para a mesma unidade de trabalho, privilegiando um empregado em detrimento do outro.

Sobre esse aspecto, Maurício Goginho Delgado³⁶ aponta que:

A equiparação desse modo apenas terá sucesso caso se fundamente em um tratamento discriminatório relativo ao preço unitário diferenciado das peças produzidas; se não houver essa discriminação quanto ao preço da unidade referencial do salário, o fato modificativo da equiparação transparecerá inquestionavelmente, já que o salário global recebido tenderá a ser a demonstração objetiva da intensidade laborativa de cada trabalhador comparado.

Por fim, o antigo artigo 358 da CLT elucidava a questão ao apontar que não haverá equiparação “... quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa.”.

4.3.2. Identidade qualitativa

O outro requisito legal para auferir o valor do trabalho é a perfeição técnica, também trazida pelo artigo 461, § 1º da CLT.

³⁶DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho* - 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011, pág. 768.

A diferença de perfeição técnica está fundamentada essencialmente no teor qualitativo entre os trabalhos comparados, sendo um caráter valorativo e, portanto, subjetivo, correspondendo a um fato modificativo de direito.

Por ser uma característica tão subjetiva, caberá ao aplicador do direito à análise da perfeição técnica com certa prudência, em cada caso concreto.

Em sendo assim, a maior perfeição técnica do paradigma corresponde diretamente à diferenciação entre as funções, que obsta o direito a equiparação salarial.

Fabíola Marques³⁷ define que: “A perfeição técnica relaciona-se à boa realização da obra ou serviço, o cuidado e capricho com que é executado, as habilidades para a sua concretização, a superação das dificuldades inerentes ao trabalho e a boa conclusão do serviço.”.

Maurício Godinho Delgado³⁸ acrescenta que a perfeição técnica é “A superior qualidade na concretização laborativa efetuada pelo paradigma terá o condão de tornar efetivamente distinto o real trabalho realizado, inviabilizando a equiparação.”.

Como exemplo para demonstrar a análise da perfeição técnica, que muitas vezes pode sofrer fatores externos, menciona o trabalho de dois gerentes de conta de um Banco: um gerente que cuida de uma carteira de clientes do varejo e outro, de uma carteira de clientes com condições financeiras mais elevadas. Apesar de os dois gerentes exercerem as mesmas atividades como, abertura de conta corrente, atendimento ao cliente, orientações sobre investimentos etc., é necessário reconhecer que a qualidade técnica do último gerente deverá ser superior ao outro, tendo em vista as exigências da clientela envolvida em sua carteira, que exige maior atenção e melhor tratamento no trabalho do gerente, principalmente no que diz respeito às orientações sobre investimentos.

Outro fator importante é o fato de o paradigma possuir curso profissionalizante.

³⁷MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo : LTr, 2001, pág. 72.

³⁸DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho - 10ª ed.* São Paulo : LTr, 2011, pág. 767.

Sobre esse tema, esclarece-se que a maior capacitação técnica apenas faz presumir uma maior escolaridade, sendo que somente influenciará na análise da equiparação salarial caso tal capacitação influencie no contrato de trabalho, já que se busca, no Direito do Trabalho, a primazia da realidade. Em sendo assim, a escolaridade, por si só, não excluirá o direito à igualdade salarial.

Essa técnica analisada, no entanto, deve agregar ao trabalhado, repercutindo diretamente ou indiretamente no contrato de trabalho. Se assim não for, não haverá que se falar em diferença na qualificação técnica.

Ressalta-se, ainda, certa dificuldade em mensurar a perfeição técnica em algumas profissões, como é o caso do atleta, do artista, do profissional liberal entre outros.

O mesmo raciocínio poderá ser aplicado às profissões regulamentadas, destacando, tão somente, que se a atividade profissional exigir a habilitação ou licença, analisando o caso concreto, não se reconhecerá o direito à equiparação salarial.

Todavia, o TST assim entende:

OJ 296 da SBDI-1: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ATENDENTE E AUXILIAR DE ENFERMAGEM. IMPOSSIBILIDADE (DJ 11.08.2003)

Sendo regulamentada a profissão de auxiliar de enfermagem, cujo exercício pressupõe habilitação técnica, realizada pelo Conselho Regional de Enfermagem, impossível a equiparação salarial do simples atendente com o auxiliar de enfermagem.

Vale destacar, também, a respeito da dificuldade de comparar, no que diz respeito à perfeição técnica, o trabalho intelectual, como já destacado neste trabalho.

No entanto, menciona-se o posicionamento extremo de Valentim Carrion³⁹, apesar de o artigo 461 da CLT não excetuar a equiparação de atividades predominantemente intelectual:

O Trabalho intelectual e o artístico não são mensuráveis, nos termos do texto legal, e não podem ser objeto de equiparação. É o caso do professor, do crítico ou do figurinista; o TST,

³⁹CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho* - 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo : Saraiva, 2008, pág. 327.

entretanto, permitiu a equiparação de jornalistas, rejeitando o brilhante e fundamentadíssimo voto do relator Milton de Moura França, em sentido contrário. Os efeitos da uniformização pretendida pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) são de ordem administrativa e não se estendem às relações de emprego (Port. MT 3.654/77 e MT/GM 1.334/94, DOU, 23.12.94). A proibição de discriminações salariais foi objeto das Convenções 100/51 (homens e mulheres) e 111/58 (igualdade de oportunidades).

4.4. Identidade de empregador

Tem-se que o artigo 461 da CLT exige, para o pedido de equiparação salarial que, a idêntica função seja prestada ao mesmo empregador.

Sobre esse requisito, insta esclarecer que a norma celetista conceitua o que é empregador em seu artigo 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”.

Portanto, para a CLT, o empregador é a própria empresa. Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁴⁰, tal conceituação é bastante criticada pela doutrina, tendo em vista que, tecnicamente, a empresa é a atividade econômica organizada, não apresentando, portanto, personalidade jurídica para figurar como parte na relação de emprego.

Cita-se, a esse respeito, o exposto por Fábio Ulhoa Coelho⁴¹, para quem a: “(...) empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade.”.

Por outro lado, o mesmo doutrinador aborda que a definição trazida pela CLT é de grande valia para alguns dos efeitos práticos que decorrem da sucessão trabalhista, tendo em vista que, sendo a empresa o empregador, uma vez que alterada a titularidade, propriedade ou estrutura jurídica da empresa, o

⁴⁰GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : Método, 2007, pág. 152.

⁴¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. II, 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003, pág. 64.

empregador permanecerá inalterado, caracterizando, dessa forma, a despersonalização do empregador⁴².

Nesse sentido, pondera-se que não é admissível a equiparação de salários entre empregados de empresas distintas, ainda que pertencentes ao mesmo proprietário, por afrontar o princípio da liberdade contratual. Excetua-se, no entanto, quando constatada fraude, verificada quando o empregador cria outra empresa com o mesmo fim econômico apenas para evitar a igualdade salarial, sendo que neste caso, o artigo 9º da CLT será aplicado.

Ainda falando sobre a figura do empregador, vale analisar o pedido de equiparação salarial quando da existência de uma fusão, de uma incorporação ou de uma sucessão de empresas.

Na primeira hipótese, duas empresas distintas, A e B, passam a constituir uma nova empresa C.

No caso de uma incorporação, a empresa A incorpora e integra todo o acervo da empresa B, sendo que esta última desaparece, passando, no entanto, a existir somente a empresa A.

Por último, a sucessão, que não deixa dúvidas pertinentes à equiparação salarial, pois a lei é clara e traz, expressamente, em seu artigo 10º que “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”, sendo que “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados” – artigo 448 do mesmo diploma.

Assim sendo, em ocorrendo a fusão, a empresa sucedida arcará com todo o ônus advindo do vínculo empregatício.

Destarte, ocorrendo a fusão ou a incorporação, surge uma problemática no que diz respeito à isonomia salarial, já que o empregador passa a ser único e as circunstâncias anteriores não elidem o direito à igualdade salarial.

Nessa vereda, Fernando Américo Damasceno⁴³ esclarece que:

⁴²GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : Método, 2007, pág. 152.

Unificados sob o mesmo comando empresarial, os empregados, que antes compunham quadros de pessoal distintos, passam a ser titulares de direitos isonômicos, em decorrência de servirem a um mesmo empregador. Não pode a empresa limitar-se à mera observância dos direitos adquiridos; com a fusão ou a incorporação não há mais que se cogitar de empregados oriundos de um outro empregador, conservando-se critérios diversos para o pagamento de vantagens salariais a trabalho igual. O princípio isonômico obriga a um critério único e indiscriminatório.

Entretanto, parecer ser mais razoável a análise de cada caso concreto, quando se trata de fusão ou de incorporação.

Acrescenta-se, por exemplo, uma fusão entre empresas que tenham empregados exercendo as mesmas atividades, porém o padrão salarial de uma das empresas que sofreu a fusão maior que o da outra.

Analisando o caso concreto, podemos nos deparar com algumas problemáticas e injustas, levando-se em consideração que, muitas vezes, as transações econômicas, como compra, venda, fusões, cisões etc. são forçosamente exigidas por conta da própria dinâmica do mercado de trabalho: um setor da economia não está bom e obriga uma empresa, por exemplo, a ser incorporada por outra.

Nesse sentido, a aplicação do dispositivo legal da igualdade de salários poderá acarretar em sérios prejuízos para a empresa incorporadora, que tem em seu quadro, empregados com salários inferiores, mas que exercem as mesmas atividades que os empregados da empresa incorporada. Ao tentar expandir seus negócios, gerando novos empregos e mantendo tantos outros, ela poderá ser ver impedida de prosseguir com a negociação comercial, caso seja exigido que todos os salários se igualem.

Sobre esse tema Amauri Mascaro Nascimento⁴⁴ traz uma solução brilhante:

A avaliação dessa questão deve ser feita com indagações como as seguintes sobre a disparidade salarial: a) é resultante de preconceito?; b) foram causadas por discriminação entre dois trabalhadores, o da empresa alienada e o da alienante?; c) é uma situação de desigualdade justificável?; d) enquadra-se nas exceções da Convenção n. 111 da OIT?

⁴³DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 69.

⁴⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula n. 6 do C. TST*. Revista LTr. 71-09/1031. Vol. 71, nº 09, Setembro de 2007.

Se as respostas forem: a) não houve preconceito; b) não resultaram de propósitos discriminatórios, mas de um fato objetivo, a aquisição de uma empresa por outra; c) enquadra-se nas exceções da Convenção Internacional sobre o tema que excluem o direito de equiparação salarial.

(...)

Pondo-se a questão, como deve ser feito, sob a perspectiva da discriminação, o que se deve ver, em cada caso concreto, é se a disparidade salarial resulta ou não de preconceito, no primeiro caso sendo devidas diferenças salariais, no segundo caso sendo indevidas essas diferenças.

(...)

Se não há intenção de discriminar nem preferência por um empregado em detrimento de outro e se o motivo da desigualdade salarial é a preservação de empregos e não discriminar salários, o princípio da igualdade salarial não se aplica.

Não são discriminatórias diferenças salariais quando a sua causa, clara e demonstrável, é a aquisição de uma empresa por outra com padrões salariais diferentes.

Primeiro, porque os salários do pessoal da empresa incorporada não foram fixados pela adquirente uma vez que já o haviam sido pelo respectivo empregador antes da incorporação, como, também, os padrões remuneratórios do quadro de pessoal do incorporador foram definidos muito antes da incorporação, o que afasta, liminarmente, a possibilidade de se afirmar que houve valores salariais introduzidos com o propósito de discriminar empregados.

(...)

Segundo, porque não se configura o propósito de discriminar salários quando eventuais desníveis de valores surgem não por iniciativa de um empregador em relação aos seus respectivos empregados, o que não houve, mas por força de uma circunstância superveniente e ocasional, o negócio jurídico do qual resultou a aproximação entre duas empresas antes autônomas e independentes que mantêm padrões salariais originariamente diferentes, aspecto que por si afasta a possibilidade de cogitar-se de um ato premeditado de preconceito, pois tudo surgiu circunstancialmente.

Terceiro, porque quando uma empresa adquire outra que tem padrões salariais diferentes, para equipará-los terá quatro alternativas: a) rebaixar os padrões salariais vigentes na empresa adquirida, o que se esbarra na proibição da lei, o art. 448 da CLT, segundo o qual a alteração na propriedade da empresa, não afetará os contratos individuais de trabalho; b) elevar os padrões salariais de sua empresa o que pode provocar uma situação de desequilíbrio financeiro em detrimento da normalidade dos seus negócios; c) despedir empregados obstativamente para evitar os efeitos da equiparação salarial em empresas diferentes.

Todavia, esse não é o entendimento atual da jurisprudência, que eleva o princípio da proteção ao trabalhador.

Outro ponto importante é a transformação de um órgão público em pessoa jurídica de direito privado, fazendo com que os seus empregados sejam regidos pela legislação trabalhista comum.

Nesta espécie, a aplicação do artigo 461 da CLT só será devida a partir da alteração para a pessoa jurídica de direito privado.

Vale mencionar, também, a aplicação do princípio da igualdade salarial quando o serviço é prestado no âmbito do grupo econômico. A dúvida que se coloca é saber se um empregado da empresa A, componente de um grupo econômico e que recebe salário X, terá direito ao salário X + Y percebido por outro empregado da empresa B, também integrante do mesmo grupo econômico.

Levando-se em consideração o grupo econômico, encontramos duas situações possíveis.

Preliminarmente, há que se mencionar que o grupo econômico é formado por diversas sociedades, sendo cada uma delas independente, apesar da conceituação legal de que todas elas, para "... os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis...", ou seja, as empresas de um mesmo grupo econômico são solidárias para figurar no polo passivo das demandas trabalhistas:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 2, § 2º da CLT.

Assim, na hipótese de apenas uma sociedade aproveitar dos serviços de um empregado, o vínculo trabalhista firmar-se-á com apenas esta sociedade do grupo. Em sendo assim, a este empregado só será devido o pedido de equiparação salarial, considerando os empregados da mesma sociedade com a qual se vinculou.

De outro lado, existe a figura do empregador único, que implica em um único contrato de trabalho.

Essa tese pondera que as funções exercidas pelo empregado atingem as empresas do grupo, e não somente determinada sociedade isoladamente. Nesse sentido, a equiparação salarial poderá ser pleiteada com empregado de qualquer uma das sociedades.

Sobre o tema, Homero Batista Mateus da Silva⁴⁵ entende que:

Não há impedimento legal neste sentido. O art. 461 se ateve a dizer “mesmo empregador”, sem entrar em detalhes sobre o conceito. A conclusão de que empregador abrange as empresas coligadas, ademais, empresta maior efetividade ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, o que é altamente salutar, bem como à Convenção 100 da Organização Internacional do Trabalho. Em momento algum prejudica o direito de defesa, pois ambas as empresas atacadas podem elaborar manifestação conjunta ou, ainda, que se apresentem de forma separada, compartilharão documentos e estratégias.

Alice Monteiro de Barros⁴⁶ também se posiciona a respeito da questão acrescentando que:

Ora, a equiparação é um efeito da relação de emprego, e o legislador, ao definir a natureza da responsabilidade em exame, não estabeleceu qualquer distinção no tocante às obrigações contratuais, entre as quais encontra-se o respeito ao princípio da isonomia. Dessa forma, as empresas integrantes de um mesmo grupo econômico serão consideradas a mesma empresa para fins de equiparação

Sob esta perspectiva, o grupo econômico – empregador único – passa a ser o beneficiário do trabalho prestado pelo empregado, o que, em princípio, serão aplicados os requisitos legais que conferem isonomia de tratamento dos salários, conforme previsão do artigo 461, *caput*, da CLT, e respectivos parágrafos.

Segue julgado que aborda o tema do empregador único:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. GRUPO ECONÔMICO. I - O artigo 461 da CLT exige, para a equiparação salarial, identidade de funções, de localidade e de empregador. Além desses requisitos, a doutrina e a jurisprudência indicam ser necessária a simultaneidade. II - Extrai-se do acórdão regional que foram

⁴⁵SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Livro da Remuneração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 276.

⁴⁶BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 781.

preenchidos todos os requisitos. Assim, descabe a discussão acerca da identidade de função, de localidade e simultaneidade, por serem estes aspectos fáticos, refratários à cognição do TST, dados os termos do Enunciado nº 126 do TST. III - Resta saber se realmente existe a identidade de empregadores, visto ser incontroverso que paradigma e paragonado prestavam serviços para empresas diversas de um mesmo grupo econômico. IV - O conceito legal de grupo econômico para fins de Direito do Trabalho é estabelecido pelo parágrafo 2º do artigo 2º da CLT: "Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas". V - Desse conceito, extrai-se que as empresas componentes de grupo econômico são responsáveis solidariamente para efeitos da relação de emprego. VI - Apesar de parte da doutrina e da jurisprudência pretender que esta responsabilidade seja apenas garantia do crédito trabalhista, da exegese do dispositivo citado não se depreende tal limitação, pois ali foi expressa e literalmente consignada a responsabilidade solidária para efeitos da relação de emprego, a dar o tom que se trata de solidariedade dual, isto é, ativa e passiva. VII - Tese que vem a ser corroborada pelo Enunciado nº 129 deste Tribunal Superior, segundo o qual "a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário". VIII - Ora, se por um lado o empregado pode exigir a contraprestação do contrato de trabalho de qualquer das empresas componentes do grupo econômico, dado serem solidariamente responsáveis, e por outro, pode ver-se compelido à prestação do trabalho para qualquer das empresas de um mesmo grupo econômico, sem que tal exigência configure mais de um contrato, a conclusão lógica é de que o grupo econômico caracteriza o empregador único. IX - Sendo assim, correta a decisão recorrida ao deferir a equiparação salarial.⁴⁷

Outra questão relevante, ainda sobre o tema da identidade de empregador, refere-se à possibilidade ou não de se ver a equiparação salarial quando se trata de terceirização ou de contratação de trabalhador temporário.

A terceirização está prevista no teor da Súmula 331 do TST, que assim delimita:

⁴⁷Consultado em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>, referente ao Processo: RR - 11400-65.2006.5.03.0107 Data de Julgamento: 12/09/2007, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/09/2007, no dia 18/09/2012 às 13h59.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

(nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação)
- Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Por seu turno, o trabalho temporário "... é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.", conforme expõe o *caput* do artigo 2º da Lei 6.019/1974.

Na doutrina existem diversos entendimentos sobre a aplicabilidade do instituto da equiparação salarial para o trabalhador temporário e para o trabalhador terceirizado.

De toda forma, pondera-se que se não houver fraude na prestação de serviços terceirizado ou no serviço temporário, não haverá a aplicação da isonomia salarial destes empregados com os empregados da empresa que contratou tais serviços.

De maneira inversa, em existindo a fraude, diante do princípio da primazia da realidade, haverá a correção da relação jurídica que foi desvirtuada e, conseqüentemente, a declaração do vínculo de emprego do trabalhador terceirizado ou do trabalhador temporário diretamente com o tomador dos serviços, evidenciando, nesse sentido, uma relação de emprego, na qual caberá a aplicação do artigo 461 da CLT.

4.5. Identidade de local de trabalho

Aponta a CLT, em seu artigo 461, que, entre outras condições para assegurar o direito à equiparação salarial, fazendo *jus* ao princípio da isonomia, os comparados devem trabalhar na mesma localidade.

Preliminarmente, é preciso ter presente que, em regra, o dinamismo do mercado de trabalho, enseja uma diversidade de salários, em face da singularidade de trabalhador e de cada empregador, fazendo valer a livre concorrência, a livre iniciativa, a livre contratação do valor salarial e a busca do pleno emprego. Todavia, para evitar certos abusos e discriminações arbitrárias do empregador, o legislador ditou a regra estudada neste trabalho, a estampada no artigo 461 da CLT, resguardando o direito à identidade salarial, desde que preenchidos os requisitos legais.

Nessa vereda, o princípio da igualdade, que norteia a equiparação salarial, não pode encontrar guarida tão somente no salário nominal, desconsiderando o seu valor real, a sua finalidade. Dever-se-á, em sendo assim, ser observada, também, a sua qualidade econômica, que tem suas características de lugar para lugar.

O jurista Fernando Américo Veiga Damasceno⁴⁸ ilustra que:

As necessidades do trabalhador, medidas pelo custo de vida, as vantagens marginais advindas do emprego, o mercado de mão-de-obra e a situação econômica do empregador variam de lugar para lugar, combinando-se de forma diferente. Por isso é

⁴⁸DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 75.

que a equiparação salarial só deve ter lugar quando o trabalho é efetuado no mesmo local, por presumir-se a identidade daquelas circunstâncias.

Diante do exposto, para que se seja protegido e resguardado o princípio de igualdade, deverá-se observar, também, a localidade dos comparados a fim de conferir tratamento igual para os iguais e o tratamento desigual para os desiguais.

A título de exemplo, não haverá justiça ao igualar o salário de um empregado que trabalha no interior da Bahia com o salário do empregado que trabalha na capital de São Paulo. Por mais que os comparados exerçam, simultaneamente, as mesmas atividades, com o mesmo valor, ao mesmo empregador, um salário de R\$ 2.000,00 no interior da Bahia trará melhor qualidade de vida ao trabalhador, comparando com o que trabalha em São Paulo, tendo em vista que o custo de vida nesta última localidade é bem mais elevado que o da outra. Assim sendo, os R\$ 2.000,00 não tem o mesmo valor nessas duas localidades, ou seja, ele valerá muito mais no interior da Bahia do que na capital de São Paulo.

Conclui-se, conseqüentemente, que o objetivo é o de assegurar o direito à igualdade salarial, dentro de igualdade de condições, já que as localidades podem apresentar, ou não, as mesmas exigências sociais, o mesmo custo de vida e as mesmas condições socioeconômicas. Da mesma forma, na mesma localidade podemos constatar diversidades a ponto de não justificar a equiparação salarial.

Diante de todo o exposto, é importante destacar o conceito de localidade verificado na doutrina. José Luiz Ferreira Prunes⁴⁹ ensina, na obra coordenada por Octavio Bueno Magano, que:

As cidades hoje se entrelaçam, os transportes em muitos casos são abundantes, os hábitos das populações são os mesmos, igualando-se municípios não só pela proximidade física, como pela fisionomia sócio-econômica. Se as localidades são comparáveis, os salários também serão se atendidas as restantes exigências do art. 461 da CLT.

(...)

Justifica-se que o empregador pague a dois empregados salários distintos, se prestam serviços em locais diferentes,

⁴⁹MAGANO, Otávio Bueno. *Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano / Coordenação de Octavio Bueno Magano*, SP : Saraiva, 1985, pág. 283.

pois se supõe que os lucros possam ser também distintos. Além disso as necessidades do obreiros, mesmo iguais noutros sentidos, podem ser diferentes em razão do meio em que habitam. Sabendo-se que as condições de local fazem com que as necessidades possam ser divergentes, impõe-se a equiparação apenas na mesma localidade, ou, pelo menos, que a equiparação seja possível em localidades diversas mas participantes de um mesmo conjunto sócio-econômico.

Para Maurício Godinho Delgado⁵⁰

O tipo celetista de localidade diz respeito ao mesmo sítio geográfico básico, o mesmo lugar que tenha as mesmas precisas características socioeconômicas, a ponto de não justificar tratamento salarial diferenciado entre os trabalhadores pelo empregador.

(...)

Por outro lado, a urbanização acentuada e crescente do país tem possibilitado, em certos casos, a ultrapassagem pelo tipo legal celetista das fronteiras máximas das noções de cidade ou mesmo município. É o que ocorre com as chamadas *regiões metropolitanas*. O grupo de cidades componentes dessas regiões, desde que configurando, efetivamente, o mesmo espaço socioeconômico, pode corresponder ao tipo legal da localidade aventado pela CLT, embora componham municípios diversos. Neste último caso, porém o operador jurídico deverá aferir, sensatamente, se o mesmo espaço socioeconômico abrange, de fato, todas as cidades da região metropolitana considerada, ou se atinge apenas algumas específicas cidades dessa mesma região.

Por seu turno, a jurisprudência cristalizou o conceito de “mesma localidade”, requisito exigido pelo artigo 461 da norma celetista, conforme destaca o teor da Súmula 6, X do TST: “O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.”.

A localidade citada no artigo 461 da CLT teve ser entendida como o mesmo sítio geográfico, que tenham as mesmas características socioeconômicas, não comportando, portanto, discriminação de tratamentos.

Com a crescente urbanização, essa localidade estampada no artigo celetista em comento passou a tomar proporções maiores, chegando-se a falar em regiões metropolitanas. Em sendo assim, poderão existir casos de equiparação salarial entre empregados que tenham trabalhado em municípios diferentes.

⁵⁰DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho* - 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011, pág. 765.

Nesse contexto, ao julgador caberá o importante papel de interpretar a essência da lei ao analisar o caso concreto, entendendo se a localidade citada merece ou não o mesmo tratamento, ou seja, se se refere ao mesmo espaço socioeconômico, conferindo direito igualitário e, por consequência, a equiparação salarial.

Finalmente, destacam-se dois pontos relevantes comentados por Fernando Américo Veiga Damasceno⁵¹, quais sejam, a transferência entre empregados e o trabalho realizado em várias localidades.

No primeiro caso, esclarece-se que a transferência de local de trabalho pode ser provisória ou definitiva. Se provisória, o empregador será obrigado a pagar adicional de 25% sobre o salário do empregado. Se definitiva a transferência, não haverá obrigatoriedade de pagar o adicional.

Neste último caso, o empregado transferido poderá pleitear equiparação salarial com os colegas da nova localidade, bem como também poderá ser paradigma deles, caso em que o empregador arcará com o esse ônus.

Por outro lado, a problemática passa a existir quando o empregado transferido, provisoriamente, passa a ser paradigma ou requer a equiparação salarial com os novos colegas de trabalho da localidade para a qual foi transferido. Se deferida a equiparação salarial com modelo que trabalha na localidade da transferência, por conta do princípio da irredutibilidade salarial, o seu salário, após o retorno para a localidade a qual foi contratado, não poderá sofrer redução. Assim, certamente ele será paradigma para os demais colegas do local de onde foi transferido.

O outro ponto abordado pelo jurista ora citado, é o trabalho realizado em várias localidades. Na hipótese de o empregado trabalhar em várias localidades, o requisito legal “mesma localidade” não deverá ser exigido, pois é da própria natureza do trabalho a prestação de serviços em diversas localidades: paradigma e paragonado trabalharão em diversas localidades.

⁵¹DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 80 e 81.

Todavia, se o empregado trabalhar em zonas, o requisito legal “mesma localidade” deverá ser observado.

4.6. Identidade de tempo de serviço

O artigo 461, § 1º da CLT define que a equiparação salarial é devida, desde que o trabalho exercido entre os comparados seja de igual valor, tenham igual produtividade e igual perfeição técnica, ao mesmo empregador, na mesma localidade, desde que prestado por pessoa cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a dois anos. Assim sendo, a lei permite a desigualdade salarial daquele que tem tempo de serviço superior a dois anos.

Em um primeiro momento, é de grande valia abordar o significado da expressão “tempo de serviço”, implicando, mais uma vez, na simultaneidade da prestação de serviços entre equiparando e paradigma.

A grande divergência encontrada na doutrina é a dúvida se a contagem do tempo de serviço seria na empresa ou na função.

Mozart Victor Russomano⁵² entendia que o requisito legal “tempo de serviço” deveria ser contado na prestação de serviços dentro da empresa. Ele esclarece que:

A finalidade da norma seria atribuir certa autonomia ao empregador, no sentido de remunerar melhor os trabalhadores mais antigos e merecedores, por isso, de sua maior consideração. Para esse fim, naturalmente, influiria o tempo total do trabalhador na empresa e não, especificamente, o período de serviço realizado em certa função.

Nesse mesmo sentido José Martins Catharino⁵³ entende.

Em sentido diametralmente oposto encontramos o pensamento de Maurício Godinho Delgado⁵⁴, que elucida que “É, pois, irrelevante que o paradigma

⁵²MAGANO, Otávio Bueno. *Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano / Coordenação de Octavio Bueno Magano*, SP : Saraiva, 1985, pág. 285 e 286.

⁵³CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo : LTr, 1997, pág. 362.

⁵⁴DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho - 10ª ed.* São Paulo : LTr, 2011, pág. 768.

tenha tempo de serviço no emprego no emprego vários anos superior ao equiparando; apenas se tiver tempo de serviço na *função* superior a dois anos é que o fato impeditivo irá configurar-se.”.

Esse é o entendimento majoritário encontrado na doutrina e que corresponde com o fundamento do direito à equiparação salarial, tendo em vista que o que se busca é conferir tratamento igualitário a quem exerce as mesmas funções, com igual valor, sendo justificável a disparidade salarial àquele que exerce a mesma função há um tempo razoável, que o legislador entendeu ser de dois anos.

A diferença dos dois anos na função é justificada, pois permitirá que o empregado com mais tempo na função tenha um maior reconhecimento salarial, em retribuição à sua dedicação e maior experiência, sem que isso implique no ônus para o empregador de comparar salários de todos os empregados.

A jurisprudência solidificou o mesmo entendimento, editando a Súmula 6, II do TST, que traz que “Para o efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.”.

Ainda, aborda-se o procedimento para a contagem do tempo na função para poder valer o direito à isonomia salarial.

Fernando Américo Veiga Damasceno⁵⁵ ensina que a contagem do tempo na função, por conta da ausência de norma específica, deverá ser adotada a regra geral para a contagem do tempo de serviço. Assim sendo, o período de suspensão do contrato de trabalho não será subtraído do tempo de função para aferir a diferença dos dois anos, na equiparação salarial, por exemplo.

Por fim, destaca-se que, apesar de não expresso na lei, o direito à equiparação salarial faz presumir a contemporaneidade da prestação de serviços.

Nessa linha, ressalva que a equiparação salarial poderá ser pleiteada ainda que o interessado tenha alterado a sua função ou até mesmo quando um dos comparados já não faz mais parte do quadro da empresa.

⁵⁵DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 86.

Sobre a matéria, o TST apresentou a Súmula 6, IV: “É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.”.

Sergio Pinto Martins⁵⁶ explica que:

Empregado e paradigma devem ter exercido a mesma função na empresa em algum momento. Isso não implica dizer que a ação deve ser proposta na vigência do contrato de trabalho.

O empregado pode já ter saído da empresa e postular a equiparação salarial em relação a outro colega que exercesse a mesma função. O importante é que eles tenham trabalhado juntos em algum momento na empresa. Nesse período, o salário deles deveria ser igual. Se não foi, gera o direito a diferenças.

Pondera-se, ainda, que a mudança da propriedade ou na estrutura da empresa não afetará o contrato de trabalho, nos termos dos artigos 10 e 448 da CLT. Nessa vereda, o tempo de serviço prestado antes e após a alteração será computado, indistintamente, para conferir o direito à isonomia salarial, mesmo que o tempo de serviço tenha sido prestado em empresas distintas, como é o caso de uma fusão, em que um empregado, antes da alteração na estrutura da empresa – empresa A, exerceu as mesmas funções na empresa há três anos e, após a fusão – empresa B – continuou a exercer as mesmas funções. Esse empregado, portanto, não poderá ser paradigma.

4.7. Causas excludentes da equiparação salarial

A CLT, em seu artigo 461, disciplina que, apesar de preenchidos todos os requisitos exigidos para a equiparação salarial, conforme já estudado, não seria possível deferir o direito à igualdade salarial, se constatados os seguintes casos: a empresa possuir quadro de pessoal organizado em carreira ou quando o paradigma indicado for readaptado em nova função por motivo de

⁵⁶MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST* - 6ª ed. São Paulo : Atlas, 2009, pág. 12.

deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

Os casos ora citados impedem o direito à equiparação salarial, conforme expõe a Súmula 6, VIII do TST.

No primeiro caso, a existência de quadro organizado em carreira na empresa, com promoções impessoais justificadas por merecimento e antigüidade afasta o direito a equiparação de salários, não implicando em discriminação, já que traz garantia a todos os empregados o direito à ascensão profissional, desde que preenchidos requisitos pré-estabelecidos.

Do mesmo modo não haverá tratamento desigual ao afastar o direito à isonomia salarial quando o paradigma, a despeito de exercer as mesmas atividades de outros empregados, é readaptado.

Neste caso, o legislador teve a clara intenção de integrar à sociedade o empregado readaptado pela Previdência Social por deficiência física ou mental, conferindo incentivo à empresa ao afastar o direito à equiparação salarial, tendo em vista que, em regra geral, os readaptados são transferidos para atividades mais simples e, por conta da impossibilidade de redução salarial, acabam percebendo salário superior aos dos demais colegas, o que é permitido por lei, não ensejando o direito ao pleito equiparatório.

4.7.1. Readaptação por motivo de saúde

A ordem jurídica aponta como fato impeditivo à equiparação salarial o exercício, pelo paradigma, de função a qual se pretende a isonomia salarial, quando se trata de readaptação previdenciária por deficiência física ou mental.

Em um primeiro momento, pondera-se que, para que o empregado possa ser readaptado, tais doenças sejam adquiridas após o início do vínculo de emprego.

Neste caso, o empregador, ao invés de rescindir o contrato de trabalho, atribui tarefas diversas daquelas que o obreiro exercia, desde que compatíveis com a limitação imposta por sua nova condição de saúde. Todavia, como já exposto, geralmente o readaptado é colocado para exercer funções mais simples, por conta da sua enfermidade, passando a trabalhar com outros empregados que recebem salário inferior e, por conta do princípio constitucional da irredutibilidade salarial (artigo 7º, VI da CF), continua a receber o mesmo salário, o que não implicará direito à equiparação.

O desnível salarial, neste caso, não decorreu como forma de discriminação ou predileção do empregado readaptado em relação aos demais, por isso, o permissivo legal de não considerá-lo paradigma para os empregados que exercem as mesmas atividades para a qual o obreiro foi alocado.

Nesse sentido, o legislador teve a intenção de oferecer a inclusão social do empregado acometido com a deficiência física ou mental, conferindo privilégio ao empregador ao impedir o direito à equiparação salarial.

Cumprе mencionar, nessa vereda, o disposto na Lei 8.213/1991, que prevê a hipótese de dispensa de empregado readaptado:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

(...)

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

Fernando Américo Damasceno⁵⁷ ensina que:

... o trabalhador equiparando e o paradigma ocupavam cargos diferentes, e se passaram a exercer as mesmas funções por motivo de saúde do empregado de maior categoria, não cabia a equiparação salarial entre ambos. Isso porque a igualdade de salário e o direito subjetivo à equiparação traduzem um limite à autonomia da vontade, ao estabelecer a presunção de que o desnível remuneratório provém de mero arbítrio do empregador. Se este, na readaptação profissional, não tem liberdade de reduzir o salário da vítima da incapacidade parcial, que passa a cumprir tarefas de qualificação inferior, não se lhe pode exigir o dever de majorar os salários dos demais empregados. No direito à equiparação, pressupõe-se a correspondência entre o valor do trabalho e o da remuneração atribuída ao paradigma e, por isso, eleva-se o salário do equiparando; esse pressuposto inexistente quando a contraprestação do primeiro e do segundo foram originalmente estabelecidas para tarefas distintas.

Maurício Godinho Delgado⁵⁸, por sua vez, explica que:

Efetivamente, qualquer programa de reaproveitamento e readaptação de trabalhador com deficiência física ou mental superveniente estaria comprometido caso o obreiro deslocado de função (em geral removido para função mais simples) passasse a se tornar parâmetro para equiparações salariais, ao chegar em sua nova função. Nesse contexto, em virtude do fato impeditivo absorvido pela CLT, o trabalhador readaptado, embora recebendo maior salário do que os colegas ocupantes da nova função, não pode ser tomado como paradigma.

Alerta-se, no entanto, a necessidade de nexos de causalidade entre a doença adquirida e o trabalho executado pelo empregado, antes da readaptação, bem como a constatação do requisito formal previsto na CLT, que é o atestado da deficiência física ou mental dado pelo órgão competente da Previdência Social (§ 4º do artigo 461 da CLT).

Somente se preenchidos todos esses requisitos é que surgirá o impeditivo legal de o empregado readaptado ser considerado paradigma no direito à equiparação dos salários.

Acrescenta-se, por outro lado, a hipótese de o readaptado conseguir pleitear equiparação salarial, desde que preenchidos os requisitos legais, se, após a readaptação, trabalhar em função mais bem remunerada que a anterior.

⁵⁷DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004, pág. 112.

⁵⁸DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho - 10ª ed.* São Paulo : LTr, 2011, pág. 770.

Entretanto, não poderá requerer a equiparação entre dois empregados readaptados em decorrência da moléstia ditada pelo artigo celetista ora estudado, tendo em vista que o desnível salarial de ambos é oriundo da função anterior e não da nova atividade que passou a exercer.

Aqui vale o mesmo entendimento dado para o caso do pedido de isonomia salarial pretendida por empregado que passou a exercer as mesmas atividades que um paradigma readaptado na mesma função.

4.7.2. Quadro de carreira

A existência de quadro organizado de carreira na empresa, com promoções impessoais justificadas por merecimento e por antiguidade afasta o direito a equiparação de salários, a partir de sua vigência. Todavia, a existência do quadro de carreira, por si só, não afasta, de pronto, o direito à isonomia salarial. A norma celetista prevê o preenchimento de alguns requisitos para poder valer a exceção a este direito:

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

Preliminarmente, menciona o significado da expressão “categoria profissional”, utilizado pelo § 3º do artigo 461 da CLT.

Fabíola Marques⁵⁹, sobre essa expressão, aborda que:

... as promoções devem ser feitas dentro de uma mesma classe, e não na categoria profissional, sob pena de a empresa sujeitar-se ao princípio da equiparação salarial. Disso conclui-se que, não existindo o quadro de carreira, ou mesmo quando este existir, se não observar os critérios traçados por lei, a empresa estará sujeita à equiparação salarial prevista no artigo 461 da CLT.

⁵⁹MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo : LTr, 2001, pág. 125.

O primeiro requisito para excetuar a aplicação do artigo 461 é a organização do pessoal da empresa em quadro de carreira.

O outro requisito para validação do quadro de carreira é a sua homologação pelo Ministério do Trabalho e Emprego, preenchendo o requisito formal, conforme estabelece a jurisprudência em sua Súmula 6, I do TST. Entretanto, as entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autarquia competente, estão excluídas deste requisito (Súmula 6, I, *in fine*, do TST).

I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº 06 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000)

Esse quadro de carreira deve prever “efetiva e real sistemática de promoções alternadas por merecimento e antiguidade, de modo a neutralizar eventuais discriminações salariais entre empregados”, importando em um requisito substancial.⁶⁰

Comumente, o quadro de carreira prevê dois tipos de promoções: a horizontal e a vertical. O primeiro tipo indica a promoção dentro de determinado nível, categorial. Já o segundo, aponta para a ascensão profissional.

Destaca-se, ainda, que as empresas não são obrigadas a possuir quadro organizado em carreira. Trata-se, pois de uma faculdade para melhor organizar a administração de pessoal, proporcionando incentivos e visando a retenção de mão-de-obra.

Sobre o quadro de carreira, Valentin Carrion⁶¹ assim determina:

Sua existência impede a decretação da igualdade salarial; para tanto, deve estar homologado e que, efetivamente, as promoções por merecimento não superem as de antiguidade e se alternem. A não-homologação do quadro de carreira poderá não trazer os efeitos previstos no art. 461, mas fará nascer todos os demais, como quaisquer outras declarações de

⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011. Pag. 772

⁶¹ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho* - 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo : Saraiva, 2008, pág. 328.

vontade do empregador produzem (portarias, avisos, regimento interno, cláusulas contratuais etc.). O merecimento, por ser subjetivo, não estará sujeito à apreciação judicial, pertencendo sua avaliação de pleno direito à empresa.

Vale destacar, ainda, que a existência de quadro de carreira, não obsta litígios acerca de sua aplicação ao caso concreto, conforme dispõe a Súmula 19 do TST:

Súmula nº 19 do TST QUADRO DE CARREIRA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A Justiça do Trabalho é competente para apreciar reclamação de empregado que tenha por objeto direito fundado em quadro de carreira.

Tais litígios podem decorrer, conforme exposto por Maurício Godinho Delgado⁶², de preterição do obreiro no fluxo de promoções; ou do incorreto enquadramento do empregado no referido quadro de carreira; ou, ainda, da ausência de reenquadramento ou reclassificação do empregado no novo quadro implantado.

Essas situações são abarcadas pela jurisprudência, conforme Súmula 127 do TST:

Súmula nº 127 do TST QUADRO DE CARREIRA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Quadro de pessoal organizado em carreira, aprovado pelo órgão competente, excluída a hipótese de equiparação salarial, não obsta reclamação fundada em preterição, enquadramento ou reclassificação.

Em sendo assim, se a empresa não observar, de forma correta, do quadro de carreira não importará na aplicação do artigo 461 da CLT. O empregado que se sentir lesado poderá pleitear na Justiça do Trabalho – Súmula 19 do TST – a aplicação correta do quadro de carreira.

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 125 da SDI-1 do TST aponta que o “simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988”.

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011. Pag. 772

A mesma jurisprudência, que entende que o reenquadramento é ato único do empregado, destaca que a prescrição aplicada a este pedido é total, sendo considerada de cinco anos, iniciando-se o lapso bienal após a extinção do contrato de trabalho.

Será parcial, entretanto, a prescrição quinquenal caso o pedido decorra de não cumprimento de regulamento da empresa (Plano de Cargos e Salários, por exemplo). Neste caso, trata-se de lesões sucessivas e que se renovam a cada mês (OJ 404 da SDI-1 do TST).

4.8. Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula nº 6 do TST

Com a intenção de proporcionar tratamento igualitário no que diz respeito à isonomia salarial, o TST mantinha o entendimento abaixo esposado:

Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.

Nesse sentido, as decisões, especialmente do TRT da 3ª Região – Minas Gerais – conferiam o direito à equiparação entre os salários do reclamante e do paradigma, levando-se em consideração o salário majorado deste último, por conta de outra decisão judicial que lhe concedeu, também, o direito à equiparação salarial. Para isso, no entanto, deveriam existir, entre paradigma e paragonado direto, os fatos constitutivos do direito, conforme preconiza o artigo 461 da CLT.

Para exemplificar, cita-se o caso do empregado A que pede equiparação salarial ao empregado B, sendo-lhe deferido tal direito, em uma reclamação trabalhista. O empregado C, por sua vez, ajuíza ação pleiteando equiparação salarial com A. Desta forma, se conferido tal direito a C, ele passaria a receber o salário de B, tendo em vista que, na antiga redação da Súmula 6, VI do TST, citada no início deste tópico, seria “... irrelevante a circunstância de que o

desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma.”.

Nessa vereda, os pedidos de equiparação salarial deferidos neste Tribunal, em especial, geravam cadeias equiparatórias, muitas vezes enormes, com diversos paradigmas envolvidos. Daí o nome utilizado usualmente: equiparação em cadeia ou equiparação em cascata.

Vale destacar, também, que, em regra, os processos com muitos paradigmas, em cadeia, implicavam em execuções com valores elevadíssimos, dependendo da empresa demandada, já que a diferença salarial entre o reclamante e o paradigma do topo da cadeia é, em regra, elevada.

Esse antigo entendimento gerou certo desconforto doutrinário e, principalmente, nas empresas reclamadas sobre a justiça da aplicação do teor da Súmula 6, VI do TST, tendo em vista o evidente desvirtuamento do princípio constitucional estampado no artigo 7º, XXX e XXXI da Constituição Federal, que está condicionado ao artigo 461 da CLT. Tal princípio veda as “... diferenças de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade cor ou estado civil.”. Ainda, há ampliação o referido princípio para abarcar outros fatores proibitivos de discriminação como a nacionalidade, a deficiência física etc.

Para conferir maior riqueza de detalhe às discussões havidas sobre a aplicação do teor da Súmula 6, VI do TST, aponta-se a hipótese de o paradigma ter seu salário majorado por decisão judicial, corrida à revelia da reclamada (A pleiteando equiparação salarial com B). Neste caso, por conta da revelia e da confissão da matéria fática – equiparação salarial, o pedido foi julgado procedente.

Conseqüentemente, se houver a demonstração, em outro processo, de que o reclamante C exerceu as mesmas atividades do reclamante acima citado – A – (aqui apontado como paradigma), pelo antigo teor da Súmula 6, VI do TST, ter-se-ia evidenciada a equiparação salarial com B, não existindo, no entanto, efetiva justiça na decisão, pois no processo anterior, o pedido só foi julgado procedente por questões processuais.

Com a redação antiga da Súmula aqui estudada, não havia a necessidade de provar os requisitos legais da equiparação salarial entre o reclamante e o paradigma do topo da cadeia equiparatória.

Ainda, vale ponderar o exposto por Amauri Mascaro Nascimento⁶³ de que a coisa julgada ocorrida no processo dos empregados A e B, dos exemplos acima citados, passavam a servir, indistintamente, de base para novas reclamações trabalhistas da mesma natureza, sem a necessidade de se provar a existência dos requisitos legais em relação ao modelo do topo da cadeia. Tal absurdo afronta brutalmente o teor do artigo 472 do CPC, que aponta que:

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. A coisa julgada não poderá se estender a terceiros, seja para prejudicar, seja para beneficiar alguma das partes.

Outro exemplo, também utilizado por Amauri Mascaro Nascimento⁶⁴, deve ser mencionado:

Um empregado chamado José que desempenhava suas funções há quatro anos e que é apontado paradigma em reclamação movida por João que vinha exercendo as mesmas atividades há dois anos e dois meses. Neste caso, diante da impossibilidade de se argüir, como fato impeditivo do direito do autor, a diferença de experiência na função, haja vista não ser ele superior a dois anos, o pedido de equiparação de João é deferido.

Ciente deste fato, um outro reclamante, de nome Júlio, que exerce a mesma função dos dois acima referidos, há apenas seis meses, ajuíza reclamação postulando equiparação com João e não com José. Mais uma vez o pedido é deferido em razão da impossibilidade de se argüir, como fato impeditivo, a diferença de experiência na função porque não é superior a dois anos.

Prevalecendo a aplicação indiscriminada do inciso VI da Súmula n. 6, do TST, tem-se que Júlio, ao se equiparar a João, conseguiria, também, igualar o seu salário ao de José, não obstante este último tenha três anos e seis meses de experiência na função a mais do que aquele.

⁶³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula n. 6 do C. TST*. Revista LTr. 71-09/1031. Vol. 71, nº 09, Setembro de 2007.

⁶⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula n. 6 do C. TST*. Revista LTr. 71-09/1031. Vol. 71, nº 09, Setembro de 2007.

Outra situação, também abordada pelo mesmo autor, merece destaque:

Mário pediu equiparação salarial a Antônio empregado readaptado, e o pleito foi indeferido transitando em julgado tal decisão. Cláudia, colega de trabalho e ocupante do mesmo cargo de Mário, em razão de processo mal instruído pelo empregador, obteve êxito em pleito idêntico, equiparando seu salário ao de Antônio. Mário, ao ter conhecimento do resultado obtido pelo colega, ajuíza nova reclamação trabalhista com pleito equiparatório, porém agora apontando Cláudia como modelo, utilizando como fundamento legal o indigitado inciso VI, da S. 6, do TST.

Significa dizer que Mário, desta forma, obteve nova possibilidade de buscar provimento jurisdicional sobre a matéria já sepultada pela coisa julgada, na medida em que, de forma indireta e por via transversa, se utilizará de Cláudia para alcançar o salário de Antônio.⁶⁵

As situações acima detalhadas aconteciam por conta da falta do confronto direto e indireto com todas as testemunhas da cadeia equiparatória. Ainda, por conta dos valores elevados deste pedido, houve certo fomento no ajuizamento de ações desta natureza, sendo que muitas testemunhas, em outras ocasiões eram as próprias interessadas, na medida em que o reclamante em um processo é testemunha ou paradigma em outro.

Em sendo assim, após enormes discussões doutrinárias e diversos recursos para provocar o Judiciário acerca do tema, houve a mudança da redação da Súmula 6, inciso VI, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.11.2010, passando-se a se apresentar da seguinte forma:

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, **na hipótese de equiparação salarial em cadeia, se não demonstrada a presença dos requisitos da equiparação em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, caso arguida a objeção pelo reclamado.** (destaque acrescido)

Com esse entendimento do TST, o reclamante que se utiliza do pedido de equiparação salarial em cadeia deveria demonstrar os fatos constitutivos do seu direito em relação ao paradigma apontado, bem como a presença dos

⁶⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula n. 6 do C. TST*. Revista LTr. 71-09/1031. Vol. 71, nº 09, Setembro de 2007.

mesmos requisitos em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, ou seja, de todos os paradigmas da cadeia equiparatória.

Segue ementa para melhor elucidar a questão:

EMENTA: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ESPELHAMENTOS SUCESSIVOS EM MODELOS QUE OBTIVEREM AUMENTO EM OUTRAS AÇÕES. SÚMULA 6, VI/TST. NECESSIDADE DE PROVAR A IDENTIDADE FUNCIONAL EM RELAÇÃO AO PARADIGMA "MATRIZ". POSICIONAMENTO RECENTE DO COLENDO TST. Ainda que o item VI da Súmula 6/TST disponha que "presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma", o próprio colendo TST tem se posicionado no sentido de que, para o êxito de espelhamentos sucessivos em modelos que obtiverem equiparação salarial em outras ações, faz-se imprescindível a prova de que o reclamante atual trabalhou com identidade funcional em relação ao paradigma "matriz", sob pena de afronta ao conteúdo do art. 461 da CLT. A propósito, os julgados RR-63400-16.2009.5.03.0017, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 26/05/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 11/06/2010; RR-15300-19.2007.5.03.0108, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 19/05/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: 28/05/2010; RR-114040-77.2005.5.03.0109, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 12/05/2010, 7ª Turma, Data de Publicação: 21/05/2010. Recentemente, a matéria foi assim examinada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do col. TST, com seguinte ementa: "**EMBARGOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - EQUIPARAÇÃO SALARIAL - DIFERENÇAS SALARIAIS ENTRE RECLAMANTE E PARADIGMA DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL - REQUISITOS DO ART. 461 DA CLT -** 1. A Súmula nº 6, item VI, do TST, em harmonia com a disciplina do art. 461, da CLT, estabelece a possibilidade de equiparação salarial com paradigma judicial nas condições que enuncia. 2. Para tanto, a prova dos requisitos ao reconhecimento do direito à equiparação salarial alcança a todos os integrantes da cadeia equiparatória, inclusive ao paradigma matriz, que gerou o primeiro desnível salarial, sob pena de equiparar empregados que desatendem aos pressupostos legais. 3. Assim, indevida a equiparação salarial por via transversa postulada apenas em relação ao paradigma judicial imediato. Embargos conhecidos e desprovidos" (E-RR-53640-56.2007.5.03.0003, Relatora Ministra: Maria Cristina

Mais recentemente, o TST, em sessões do Tribunal Pleno e do Órgão Especial, realizada no dia 14 de setembro de 2012, mais uma vez, alterou a redação da referida Súmula, passando a sua nova e atual redação a seguinte desta forma:

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia suscitada em defesa, o reclamado produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto. (destaque acrescido)

Com a atual redação, entende-se que não houve alteração na essência do pedido de equiparação salarial em cadeia, conforme já explorado neste trabalho, ocorrendo apenas a inversão da redação que antes apontava que era ônus do reclamante provar os fatos constitutivos do seu direito, inclusive com os paradigmas indiretos, deixando implícito, no entanto, que era ônus do reclamado provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial.

Agora, deixou explícito o ônus do empregador e implícito, portanto, o ônus do empregado de provar o seu direito.

No entanto, a atual disposição da Súmula, no que se refere à equiparação salarial em cadeia, certamente vai gerar conflitos em sua interpretação, uma vez que ela não deixa claro que é ônus do reclamante provar o preenchimento dos pressupostos do artigo 461 da CLT com o topo da cadeia equiparatória e, com isso, todos os impasses já abordados neste tópico voltarão a trazer injustiças nas decisões.

Esse atual entendimento, pode levar à conclusão de que bastará, tão somente, a prova do direito do autor com o paradigma direto para poder ter direito ao salário do paradigma reconhecido em outra ação trabalhista.

⁶⁶Consultado em 18/09/2012 às 13h no site http://gsa.trt3.jus.br/search?q=sumula+6%2C+VI&partialfields=&requiredfields=&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&entqr=3&output=xml_no_dtd&entsp=0&client=trt3Juris&ud=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&proxystylesheet=trt3Juris&proxyreload=1&site=JurisEmenta&filter=0&getfields=*

Mais acertado seria acrescentar toda a distribuição do ônus da prova no que diz respeito à equiparação salarial em cascata, conferindo, assim, maior segurança jurídica nas decisões trabalhistas.

Ainda sobre a redação da Súmula 6, VI do TST, cumpre citar que é excluído do direito à equiparação salarial a desigualdade salarial decorrente de vantagem pessoal do paradigma, assim como de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior, ainda que presentes todos os requisitos exigidos pelo artigo 461 da CLT.

Para esclarecer a questão, segue ementa ilustrativa sobre o tema:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Não se reconhece violação do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho quando a decisão proferida pela Corte regional encontra-se calcada no fato de que a diferença salarial apontada não resultou do tratamento discriminatório dispensado ao reclamante em relação ao paradigma, mas da situação funcional especialíssima deste último. É cediço que a disparidade decorrente de condições de natureza personalíssima incorporadas ao patrimônio jurídico do empregado não rendem ensejo ao pleito de equiparação salarial. Não vinga a pretensão equiparatória deduzida em face de modelo que, por força de reestruturação da empresa, acabou readaptado em função de hierarquia inferior, mantendo-se, todavia, o seu patamar salarial, em respeito ao princípio da irredutibilidade dos salários. Precedente da Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento. **Processo:** AIRR - 34200-02.1999.5.17.0121 **Data de Julgamento:** 07/04/2010, **Relator Ministro:** Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 07/05/2010.⁶⁷

5. Ônus da prova

A distribuição do ônus da prova em uma reclamação trabalhista é de suma relevância para o trabalhador poder ter o reconhecimento do seu direito perante o Judiciário, para o reclamado defender-se do direito resistido, assim como para o magistrado poder proferir uma decisão justa.

A problemática do ônus da prova, em síntese, se resume no seguinte questionamento: quem deve provar?

⁶⁷Consultado em 18/09/2012 às 14h no site <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>

Sobre o ônus da prova aplicado na Justiça Trabalhista, Renato Saraiva⁶⁸ destaca que:

O art. 818 da CLT estabelece que o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer. No entanto, considerando a insuficiência do conceito relativo ao ônus da prova constante no texto consolidado, a doutrina majoritária aplica, de forma subsidiária, o art. 333 do CPC, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Nessa vereda, a jurisprudência cristalizou o seu entendimento a respeito da distribuição do ônus da prova do pedido de equiparação salarial, estampando no teor da Súmula 6, VIII, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho que: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)”.

Por consequência lógica da Súmula ora estudada, ao empregado caberá provar o fato constitutivo do seu direito.

Especificamente sobre o pedido de equiparação salarial e seguindo o caminho da doutrina majoritária e da jurisprudência nacional, Maurício Godinho Delgado⁶⁹ elucida que:

Não obstante, é indubitável que *os fatos constitutivos* são aqueles que, *no seu conjunto, formam tipo construído pela norma*. No que diz respeito à equiparação, trata-se de requisitos (ou elementos) constitutivos: identidade de função; identidade de empregador; identidade de localidade; simultaneidade no exercício funcional.

Os demais fatos são aqueles que atuam sobre o tipo legal já concretamente configurado, quer modificando seus efeitos jurídicos originariamente cabíveis, quer impedindo esses efeitos, quer extinguindo tais efeitos jurídicos originariamente cabíveis.

Na temática equiparatória, compõem tais fatos: diferença de perfeição técnica na realização do trabalho; diferença de produtividade no tocante a essa realização laboral; diferença de tempo de serviço na função não superior a dois anos; existência de quadro de carreira na empresa, com promoções alternadas por merecimento e antiguidade; paradigma ocupando a função em decorrência de readaptação previdenciária por “deficiência física ou mental”.

⁶⁸SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho* - 5ª ed. São Paulo : Método, 2008, pág. 374.

⁶⁹DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho* - 10ª ed. São Paulo : LTr, 2011, pág. 770 e 771.

No tocante aos fatos obstativos à equiparação salarial em situações em que o desnível resulte de *decisão judicial* (isto é, desnível resultante de *vantagem pessoal* do paradigma, desnível resultante de *tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior* na decisão que beneficiou o paradigma ou, finalmente, desnível resultante de *equiparação salarial em cadeia*, isto é, pleito equiparatório que envolva, de modo reflexo, outro paradigma cujo salário se projetou no primeiro espelho) o ônus da prova é também, naturalmente, da defesa. Trata-se de fatos impeditivos (Súmula 6, VIII), somente trazidos aos autos *caso arguida a objeção do reclamado* (Súmula 6, VI, *in fine*).

Ainda sobre o mesmo pedido, Raymundo Antônio Carneiro Pinto⁷⁰, em seus comentários às Súmulas do TST, ensina que:

(...) quando o empregado, na petição inicial de uma ação, afirma que exercia idêntica função à de outro colega, fica implícito que ele acredita estar a equiparação de acordo com as regras legais já explicitadas. Se a empresa se defende, sustentando que um (ou mais) daqueles requisitos não foi (ram) preenchido (s), compete-lhe comprovar os fatos modificativos ou impeditivos.

Vale ressaltar, todavia, a respeito do ônus da prova em relação ao pedido de equiparação salarial em cadeia, nos termos dados pela Súmula 6, VI do TST, acima citado por Maurício Godinho Delgado.

Com a antiga redação da Súmula 6, VI, abaixo transcrita, o ônus da prova cabia ao empregador por se tratar de fato obstativo do direito do obreiro.

Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.⁷¹

Entretanto, o Colendo TST modificou recentemente o seu entendimento sobre o pedido de equiparação salarial em cadeia, e, conseqüentemente, o ônus da prova. Com a nova redação, entende-se que cabe ao empregado provar o fato constitutivo do seu direito em relação a todos os paradigmas da cadeia equiparatória, passando, assim, a ser adotada a regra geral estampada no artigo 818 da CLT, complementada, subsidiariamente, pelo artigo 333 do CPC, inteligência da Súmula 6, VIII do TST.

⁷⁰PINTO, Raimundo Antônio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas* - 9ª ed. São Paulo : LTr, 2007, pág. 59.

⁷¹CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho* - 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo : Saraiva, 2008, pág. 1125.

Conseqüentemente, ao empregador caberá “prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto.”.

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, **na hipótese de equiparação salarial em cadeia suscitada em defesa, o reclamado produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto.**

Todavia, como já abordado no presente trabalho, a nova disposição da Súmula, no que se refere à equiparação salarial em cadeia, certamente vai gerar conflitos em sua interpretação, uma vez que ela não deixa claro que é ônus do reclamante provar o preenchimento dos pressupostos do artigo 461 da CLT com o topo da cadeia equiparatória e, com isso, todos os impasses já abordados no tópico específico voltarão a trazer injustiças nas decisões.

Conclusão

O estudo sobre o direito à equiparação salarial é regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 358, 460 e 461, sempre que houver comparação entre o trabalho realizado por brasileiro e estrangeiro; quando não houver estipulação de salário ou prova dela; ou quando confrontar trabalhadores brasileiros entre si, respectivamente.

A intenção do legislador é a proteção do trabalhador, em obediência ao princípio da igualdade de tratamento, trazendo equilíbrio às relações, independentemente do sexo, da cor da idade, da nacionalidade, do estado civil, garantindo o princípio maior do salário igual para o trabalho igual.

Esse estudo teve como escopo, principalmente, a equiparação salarial por identidade, apesar de apresentar, em linhas gerais, a equiparação salarial por analogia e a equiparação salarial por equivalência.

Regulada pelo artigo 461 da CLT, a equiparação por identidade exige alguns requisitos para conferir o direito à isonomia salarial. Os comparados, paradigma e paragonado, devem, concomitantemente, exercer as mesmas funções, com o mesmo valor, ou seja, com a mesma produção e a mesma perfeição técnica, a um mesmo empregador, no mesmo local de trabalho, simultaneamente. Ainda, destaca-se que o empregado terá direito à equiparação salarial, desde que preenchidos tais requisitos, inclusive com o paradigma remoto, sendo irrelevante a circunstância de que o desnível salarial do paradigma tenha origem em decisão judicial que o beneficiou.

Tais requisitos validam o direito a perceber salário igual, já que os iguais devem ser tratados de maneira igual.

Por sua vez, a legislação trabalhista, com a finalidade de reequilibrar algumas situações excepcionais, aduziu que, mesmo que preenchidos todos os requisitos legais da equiparação salarial, conforme ora mencionado, determinou a não aplicação do direito à equiparação salarial. Tais situações são: paradigma exercendo a mesma função há mais de dois anos; quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento;

quando o paradigma for readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social.

Essas situações são excepcionais, pois autorizam a desigualdade salarial, tendo em vista que o empregado que trabalhada há mais de dois anos na mesma função tem maior experiência e *expertise* naquela função; ainda, quando a empresa institui e organiza seu pessoal em quadro de carreira, desde que obedeçam às promoções seguindo critérios claros e objetivos de antiguidade e merecimento, validando o quadro no órgão competente, implica em uma forma não discriminatória de remunerar os seus empregados; por fim, o empregado readaptado, que é indicado como paradigma, justifica o recebimento do salário maior, pois geralmente muda de função em razão da sua deficiência física ou mental causada pelo trabalho e atestada pelo órgão competente da Previdência Social, mantendo o seu salário mais elevado, por conta do princípio da irredutibilidade salarial.

Essa é uma maneira justificável de desigualdade salarial, pois visa tratar os desiguais de maneira desigual.

Cumprir, ainda, a exclusão do direito à equiparação salarial quando se trata de vantagem pessoal do paradigma, assim como de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior, ainda que presentes todos os requisitos exigidos pelo artigo 461 da CLT.

Por fim, esclarece que pra fazer valer o direito à igualdade salarial, o empregado deverá fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito: igualdade de funções, com o mesmo valor, ou seja, com a mesma produção e a mesma perfeição técnica, a um mesmo empregador, no mesmo local de trabalho, simultaneamente. Para rechaçar tal direito, ao empregador caberá provar os fatos impeditivos, extintivos, modificativos do direito do empregado, como o quadro de carreira instituído pela empresa, a diferença no tempo de serviço superior a dois anos, a situação do paradigma como readaptado.

Nota-se, por fim, que os princípios e as regras estudadas neste trabalho são fundamentais para garantir o direito de salário igual a trabalho igual, implicando

no objetivo maior que é a justiça e o tratamento igualitário, inclusive no âmbito do trabalho.

Bibliografia

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho - 33ª ed. atual.* por Eduardo Carrion. São Paulo : Saraiva, 2008,

CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo : LTr, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. II, 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – Isonomia Salarial*. Barueri, SP : Manole, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho - 10ª ed.* São Paulo : LTr, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : Método, 2007.

_____ *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo : Método, 2008.

MAGANO, Otávio Bueno. *Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano / Coordenação de Octavio Bueno Magano*, SP : Saraiva, 1985.

MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo :LTr, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST - 6ª ed.* São Paulo : Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O salário*. Ed. fac-sililada. São Paulo : LTr, 1996.

_____ *Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula n. 6 do C. TST*. Revista LTr. 71-09/1031. Vol. 71, nº 09, Setembro de 2007.

PINTO, Raimundo Antônio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas* - 9ª ed. São Paulo :LTr, 2007.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho* - 5ª ed. São Paulo : Método, 2008.

_____ *Direito do trabalho: versão universitária*. São Paulo : Método, 2008.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Livro da Remuneração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Páginas eletrônicas consultadas:

<http://www.oit.org.br/>

<http://www.tst.gov.br/>

<http://mg.trt.gov.br/>