

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RODOLFO ITALO WEBER DEL MOURA

**NUANCES RELACIONADAS AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E
EQUIPARAÇÃO SALARIAL**

ESPECIALISTA EM DIREITO DO TRABALHO

**São Paulo
2018**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RODOLFO ITALO WEBER DEL MOURA

**NUANCES RELACIONADAS AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E
EQUIPARAÇÃO SALARIAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho sob a orientação da Prof^a Doutora Cátia Guimarães Raposo.

**São Paulo
2018**

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a minha futura esposa, Debora Melo, por nunca deixar de acreditar em mim. É fundamental reforçar os meus sentimentos por quem eu mais amo e ratificar que esse é apenas o início da nossa jornada. Amar-lhe-ei pela vida toda. Até onde o tempo me permitir.

Agradeço a minha querida orientadora, Prof^a Cátia Guimarães Raposo pela atenção a mim dispensada durante todos os meses de curso, pesquisa e redação deste trabalho.

E, por último mas não menos importante, agradeço aos meus familiares, em especial pai e mãe por sempre me apoiar de todas as formas e pelo auxílio nessa jornada no mundo do Direito.

RESUMO

NUANCES RELACIONADAS AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A finalidade da presente monografia é analisar as questões salariais relacionadas à isonomia salarial e a equiparação salarial, analisando suas evoluções e a aplicação no Direito Laboral Brasileiro, observando os aspectos materiais do artigo 461 da CLT de 01 de Maio de 1943 e seus requisitos sob a ótica constitucional, objetivando esclarecer as principais dúvidas encontradas pelos operadores e aplicadores do direito na aplicação prática do Princípio Constitucional da Isonomia Salarial. Aborda principalmente a nova redação do artigo 461 da CLT trazidos pela lei 13467 de 13 de Julho de 2017, levando em consideração os julgados atuais. Estuda-se os temas procurando mostrar as evoluções históricas de forma clara e objetiva.

A pesquisa foi desenvolvida por meio de análise à legislação, doutrina e jurisprudência, verificando-se a evolução dos institutos, confrontando preceitos tradicionais aos conceitos atuais.

Concluindo pela importância do tema no contexto jurídico e socioeconômico do país, destacando em especial a sua fundamental relevância na vida dos trabalhadores, que não podem aceitar a discriminação salarial, a concretização dos abusos patronais, incentivados pelo medo dos problemas econômicos e o crescente desemprego atual no Brasil.

Palavras-Chaves: Salário, Equiparação Salarial; isonomia salarial; salário igual

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze wage issues related to wage equalization and wage equalization, analyzing its evolution and application in Brazilian Labor Law, observing the material aspects of Article 461 of the CLT of May 1, 1943 and its requirements under constitutional principle, aiming to clarify the main doubts encountered by the operators and applicators of the law in the practical application of the Constitutional Principle of the Salary Isonomy. It deals mainly with the new wording of article 461 of the CLT brought by law 13467 of July 13, 2017, taking into account the current judgements.

The subjects are studied trying to show historical evolutions in a clear and objective way. The research was developed through analysis of legislation, doctrine and jurisprudence, verifying the evolution of the institutes, confronting traditional precepts to the current concepts.

Concluding on the importance of the issue in the legal and socioeconomic context of the country, highlighting in particular its fundamental relevance in the lives of workers, who can not accept wage discrimination, the implementation of employer abuses, encouraged by fear of economic problems and rising current unemployment in Brazil.

Keywords: Salary, Salary equalization; salary isonomy; equal salary

Sumário

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO.....	1
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO.....	2
AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO	4
ABSTRACT	5
1) INTRODUÇÃO	7
2) SALÁRIO.....	9
2.1 Conceito de Salário.....	9
2.2. Princípios Constitucionais Salariais	11
2. 3. Outras proteções Constitucionais	14
3) ISONOMIA SALARIAL.....	16
3.1. Conceito.....	16
3.2. Normatização do princípio da igualdade e isonomia salarial	17
3.3. Consequências por não aplicação do princípio da isonomia salarial	18
4) EQUIPARAÇÃO SALARIAL	20
4.1. Evolução Constitucional do Princípio	20
4.2 Conceito de equiparação salarial	21
4.3 REQUISITOS PARA EQUIPARAÇÃO SALARIAL.....	24
4.3.1. – Contemporaneidade	24
4.3.2. – Mesmo empregador.....	24
4.3.3. – Mesmo estabelecimento.....	30
4.3.4. - Identidade de funções/atribuições	31
4.3.5. Tempo de serviço	33
4.3.6. Mesma produtividade e perfeição técnica.....	36
4.3.7. Plano de Carreira	39
4.3.8. Mesmo Regime Jurídico e Empregado Público	41
4.3.9. Empregado Readaptado.....	42
4.3.10. Equiparação em Cadeia	43
4.3.11. Discriminação Salarial por Etnia ou Sexo	43
5) ÔNUS DA PROVA.....	45
6) CONCLUSÃO.....	50
7) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

1) INTRODUÇÃO

A isonomia resulta do princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei. De forma indistinta e em igualdade de condições “todos são iguais perante a lei”, conforme determina o artigo 5º, inciso XXXVI da CF.¹

Diante de expressa garantia de um direito constitucional que garante a isonomia, não poderíamos permitir no direito do trabalho que algo fato, seja ele qual for, autorize a diferença salarial.

A equiparação é o ato pelo qual se coloca em posição de igualdade duas coisas ou dois fatos que se apresentam desiguais, procurando imprimir em coisas diferentes, efeitos jurídicos perfeitamente idênticos, como se fossem coisas realmente da mesma espécie ou natureza.

O princípio da Isonomia, basicamente, visa dois objetivos: propiciar a garantia individual contra perseguições e impedir favoritismos dentro do ambiente de trabalho. Para chegar ao atual conceito de isonomia, se tem que ele está previsto na Constituição da República Federal, em seu artigo 5º, caput, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e que em seu artigo 7º, XXX e XXXI determinação a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.²

Para chegarmos ao princípio da igualdade em si, se faz uma breve análise sobre o instituto da contraprestação, sendo a importância paga pelo empregador ao empregado pelo serviço prestado, instituto conhecido como salário.

Utiliza-se os princípios norteadores do direito do trabalho relacionados ao tema, conceituando-os, como o princípio da proteção, princípio da não discriminação, dentre outros argumentos de cunho Constitucional.

¹ Artigo 5, inciso XXXVI da CF.

² <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_5_.asp> - Acesso: 01.out.2017.

Para entender sobre igualdade salarial, é importante conhecer os sujeitos relacionados ao instituto da equiparação, para que não ocorram as constantes diferenças de salário. Para que essas diferenças sejam eliminadas da sociedade é importante que haja uma conscientização geral dos empregadores.

Portanto, este estudo visa evidenciar a importância da isonomia sob o prisma trabalhista, ressaltando o direito de um salário igual por um trabalho igual, afastando discriminações de quaisquer espécies.

O presente trabalho apresentará a importância do Princípio da Isonomia no âmbito legal, em especial no Direito do Trabalho no que se refere ao salário dos empregados que exercem atividade profissional em condições idênticas. Aborda-se uma breve discussão sobre as consequências da aplicação do artigo 461 do Diploma Trabalhista Consolidado de 1943, objetivando evitar explorações, discriminações e injustiças, decorrente do sexo, idade, nacionalidade, cor, crença, estado civil dos trabalhadores, entre muitos outros motivos.³

Realizar-se-á um comparativo trazido pela nova redação do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, alterado pela lei 13.467/2017, que “modernizou” os requisitos para equiparação salarial.⁴

A legislação 5.452/1943 prevê no artigo 461 que trabalhadores que atuam na mesma função, local e prestam serviços ao mesmo empregador devem receber salários iguais. A lei 13467 de 2017 (reforma trabalhista) mantém essa regra, entretanto, a partir de 11 de novembro de 2017, o funcionário que quiser exigir a chamada equiparação salarial terá que usar como parâmetro um paradigma que entrou na mesma época na empresa.⁵

Nos últimos anos a discussão em torno da flexibilização das relações trabalhistas tem se intensificado, ocorrendo, portanto, diversas alterações.

3

<<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+461+Consolida%C3%A7%C3%A3o+das+Leis+do+Trabalho.htm>> – Acesso: 01.out.2017

4 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> Acesso: 01.out.2017

5 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso: 01.out.2017

2) SALÁRIO

2.1 Conceito de Salário

Salário deriva do latim *salarium*, que teve sua origem na palavra *salis*, que significa sal. Para os romanos o sal era a moeda de troca.⁶

Salário é a contraprestação devida pelo empregador em função do serviço prestado pelo empregado, ou seja, é a remuneração regular atribuída pelo exercício das funções. O termo deriva do latim *salarium*, que está relacionado com o “sal” (outrora, era a forma primária de pagamento).⁷

Conforme ensina Mauricio Godinho Delgado, “Salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”⁸

Já Vólia Bomfim, ensina que:

“Salário é toda contraprestação ou vantagem em pecúnia ou em utilidade devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude do contrato de trabalho”⁹

Trata-se de um crédito para o trabalhador, sendo para este o mais importante direito trabalhista e um débito para o empregador sendo a principal obrigação trabalhista.

Para Silva e Martins Filho (1994, p. 22): “Salário é a contraprestação devida ao empregado, pela prestação de serviços, em decorrência do contrato de trabalho (pago diretamente pelo empregador).

A legislação brasileira fornece a definição do termo “salário”, nos

⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho – De acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017.14ª edição revista e atualizada. Ed. Método. p.739.

⁷ <https://conceito.de/salário> . Acesso em 01.out.2017

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. “Curso de Direito do Trabalho” 15ª edição, 2016, pp. 781

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho – De acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017.14ª edição revista e atualizada. Ed. Método. p.740.

dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse sentido, importa destacar, em primeiro lugar, a disposição do artigo 76 do referido diploma legal (BRASIL, 1943) da qual é possível extrair característica essencial à elaboração desse conceito. *In verbis*:

“Art. 76 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.”

O salário tem natureza alimentar, assim reconhecido amplamente pela jurisprudência, tendo em vista que é o meio pelo qual se satisfaz as necessidades alimentares do trabalhador e toda sua família.

Para Delgado (2016, p.810) “ A figura salário é aquela que, no conjunto das demais verbas trabalhistas, tem a melhor concentrar os traços distintivos e marcantes do próprio Direito do Trabalho. As características centrais do salário, conforme sistematização efetuada pela doutrina são as seguintes: caráter alimentar; caráter “forfetário”; indisponibilidade; irredutibilidade; periodicidade; persistência ou continuidade; natureza composta; tendência à determinação heterônoma; pós-numeração.

Duas ideias principais permitem identificar, entre os pagamentos efetuados pelo empregador ao seu pessoal, o salário, afastando do seu âmbito outras atribuições patrimoniais desvinculadas do mesmo: A habitualidade e a contraprestatividade dos pagamentos.

Quanto a habitualidade, podemos entender que trata-se do período legal de seu recebimento, conforme dispõe o artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), *in verbis*:

Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.
§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

Para Delgado (2016, p.811) “ A periodicidade é marca essencial do salário,

na qualidade de obrigação de trato sucessivo que a verba consubstancia. No Direito Brasileiro, a parcela salarial básica (salário básico) não pode ser calculada e paga por além do parâmetro temporal mensal (art. 459, CLT)”

No que tange a contraprestação, esta funda-se em dispositivo legal (CLT, 1943, art. 459) com o que pagamentos não contraprestativos do trabalho não se incluem no salário, salvo determinação legal. Comissões, percentagens e gratificações, apesar de terem natureza salarial não estão necessariamente submetidas ao parâmetro mensal de pagamento.

Seu valor é determinado pelo mercado de trabalho, em função da demanda de mão-de-obra. Assim, o salário tem o seu valor fixado de acordo com a lei da oferta e da procura, sempre respeitado o mínimo legal. O salário deve constar obrigatoriamente do contrato de trabalho.

O salário não é devido tão-somente pela contraprestação do serviço, mas também pelo tempo em que o empregado fica à disposição do empregador.

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 7º inciso IV, que o salário mínimo será fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.¹⁰

Portanto, entendemos que salário é a contraprestação paga pelo empregador ao empregado, em função do contrato de trabalho.

2.2. Princípios Constitucionais Salariais

A Constituição proíbe a diferença de salários, conforme prevê o artigo 7º *in verbis*:

art. 7.º, XXX da CF/88: Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

¹⁰ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 10.ago.2018

art. 7.º, XXXI da CF/88: Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

A legislação vigente, proíbe expressamente a diferença salarial, ao criar diversos princípios para garantir a isonomia entre os trabalhadores, um dos principais princípios é o da não discriminação do salário, além do princípio da irredutibilidade salarial, entre outros que veremos abaixo:

O princípio da irredutibilidade salarial além de proteger o valor nominal do salário, protege também eventuais reduções indiretas do salário, nos termos do art. 7.º, inciso VI, da CF/88: "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo de trabalho". (Brasil, 1988)

Para Delgado (2016, p. 811): "O salário não pode ser objeto de supressão (ideia de indisponibilidade), como também não pode, em princípio, ser reduzido por ato unilateral ou bilateral na dinâmica empregatícia.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2011, p. 447-448) defende que apenas o salário em sentido estrito pode ser reduzido via negociação coletiva, mas que o entendimento predominante é pela abrangência de todas as parcelas de natureza salarial. Trata-se, portanto, da impossibilidade de reduzir o salário de forma a prejudicar o trabalhador.

Já o princípio da suficiência o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família, como: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Para Silva e Filho (1994, p. 23) Salário profissional ou piso salarial: determinadas atividades ou categorias têm o salário mínimo fixado em lei (p. ex.: engenheiros – seis vezes o salário mínimo) ou em sentença normativa.

O princípio da inalterabilidade prejudicial é tratado, de forma genérica, no art. 468, da CLT de 1943. Na esteira de tal princípio, o empregador não pode modificar a forma e o modo de pagamento do salário, isto é, não cabe ao empregador, por exemplo, transformar o salário pago por unidade de tempo em

salário por unidade de obra, tampouco procede alteração que transforme o salário composto em salário simples.

Há também, o princípio da integralidade do salário, que garante o não abatimentos nos salários dos empregados, com as exceções previstas no art. 462 da CLT: "Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo." (Brasil, 1943)

O alcance de tal dispositivo está delineado pela Súmula 342, do TST, com o seguinte teor:

Súmula 342, TST: "Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico".

O princípio da proteção do salário, proíbe expressamente a retenção dolosa de salários constitui crime, nos termos do art. 7.º, X, da CF/88: "proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa".

Já as garantias mínimas do salário mínimo, são elencadas em princípio próprio que trata-se da garantia do salário mínimo tipificado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador, salário este que deve sofrer reajustes periódicos que preservem ao trabalhador o poder aquisitivo de sanar suas necessidades básicas e as de sua família, como moradia, alimentação, vestuário, educação, saúde, lazer, higiene, transporte e previdência social.

Também são garantidos pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho.

A Lei 10.101/2000 regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho

e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição, garantia prevista no princípio da participação dos empregados nos lucros da empresa ou resultados da empresa.¹¹

A verba de participação nos lucros ou resultados não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade. Esta verba não tem natureza salarial, e sim natureza indenizatória.

2. 3. Outras proteções Constitucionais

Existem outras regras Constitucionais relacionadas ao salário, a saber:

As horas laboradas além da jornada normal de trabalho, devem ter o acréscimo salarial. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 7º, Inciso XVI, que o valor do trabalho em horas extras deve ser acrescido de no mínimo mais 50%. Os cinquenta por cento de acréscimo pagos nas horas extras é o chamado adicional de horas extras.

Também é direito garantido Constitucionalmente, a garantia do adicional ao salário pelo labor noturno, conforme dispõe o inciso IX do artigo 7º da Constituição Federal.

Garantia do salário mínimo para os trabalhadores com remuneração variável, amparado pela Constituição Federal no artigo 7º, inciso VII.

Proteção Constitucional conhecida como 13º salário, com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria. A gratificação de natal foi instituída no Brasil em 1962, e garante ao trabalhador o correspondente a 1/12 de sua remuneração mensal. Seria, em outras palavras, o pagamento de um salário extra ao trabalhador ao final de cada ano, previsto no artigo 7º, inciso VIII da CF/88.

Ainda de cunho Constitucional, são assegurados aos trabalhadores o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, a licença

¹¹<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm> - Acesso : 01.julho.21018

maternidade, sem prejuízo do salário, adicionais de natureza salarial para atividades penosas (insalubres ou perigosas), na forma da lei.

Cada país tem sua Constituição Federal que também é chamada de Carta Magna ou Lei Maior. Portanto, uma Constituição é sempre concebida pelos cidadãos do país.

3) ISONOMIA SALARIAL

3.1. Conceito

O princípio da isonomia, ou princípio da igualdade, garante um tratamento justo e igualitário para quem possui as mesmas condições, no caso da justiça do trabalho, garante condições iguais para quem exerce a mesma função.

A isonomia resulta do princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei. De forma indistinta e em igualdade de condições todos são submetidos às mesmas regras jurídicas.

A isonomia representa um o símbolo da democracia, pois indica um tratamento justo para os cidadãos. É essencial dentro dos princípios constitucionais, porém complexo e para sua completa compreensão é necessário entender o contexto cultural e histórico em que foi criado.¹²

Para entender a noção exata do princípio se deve, inicialmente, compreender a sua evolução histórica, com destaque das principais contribuições dos povos que influenciaram a construção deste princípio, uma vez que a igualdade como ideologia sempre foi discutida em todas as regiões, em todas as épocas, por todos os indivíduos.¹³

Aristóteles acreditava que a igualdade e a justiça só seriam alcançadas em sua totalidade quando os individuais iguais, fossem tratados igualmente, na medida da desigualdade de cada um. Em Roma, a desigualdade ainda prevalecia, pois os direitos eram dados de acordo com a classe social, na época era formado por patrícios e plebeus (1984, Vallandro e Bornheim).

O Princípio da Igualdade veio como forma de demonstração da racionalidade humana moderna, atingida pelo desflorar da evolução sócio-

¹² <<http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>> - Acesso: 01.julho.2018

¹³ <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343> Acesso: 01.julho.2018

cultural e com o surgimento de movimentos de pensadores contra as imposições negativas feitas pela Igreja/Estado. A partir do momento em que o homem se preocupa com a sua forma de pensar e de se expressar, questionando o mundo, entra em contato com a nova Era “Luzes”, a Era onde todos procuram ser “iguais” e avançar na construção das ciências.

3.2. Normatização do princípio da igualdade e isonomia salarial

O princípio da Isonomia, atualmente, está previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), com a redação que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Da mesma forma, a Carta magna trata desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades com intuito de torná-los iguais.

O constituinte no artigo 5º, inciso I, especificou de maneira clara a abrangência de sua determinação: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Esse inciso, trata de forma exemplificativa a igualdade formal dos integrantes dos sexos masculino e femininos no que tange a direitos e obrigações.

Ressalte-se ainda o artigo 7º nos incisos XXX e XXXI, nos quais a Constituição veda a diferença de salários, de exercício de funções, ou de critério de admissão por motivo de gênero, idade, cor, estado civil e a proibição de discriminação salarial e critérios admissionais ao deficiente. Trata-se, portanto, da fundamentação da isonomia salarial.

Assim, o direito de qualquer trabalhador de ser tratado sem discriminação quanto à sua idade, sexo, cor, ou estado civil é irrenunciável tendo em vista a finalidade buscada pelo Constituinte, ou seja, a de preservar a igualdade de tratamento dos cidadãos, sem preconceitos injustificados.

Tais regras são de aplicabilidade plena e imediata, não dependendo de leis complementares para torná-las válidas. Logo, toda e qualquer legislação,

normas coletivas, acordos, contratos e qualquer outro tipo de normatização que contrarie tal regra não merecem prosperar, sendo consideradas Inconstitucionais.

3.3. Consequências por não aplicação do princípio da isonomia salarial

O não cumprimento de tais princípios gera discriminação no ambiente de trabalho, o que é vetado por nosso ordenamento jurídico. Não respeitar a igualdade salarial também gera o direito à Equiparação Salarial.

Uma vez que, não podemos remunerar de forma diversa dois funcionários que exerçam exatamente a mesma funções, desde que preenchidos todos os requisitos que veremos em breve.

Segundo Delgado (2016, p. 884 e 885) “ Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.

A causa da discriminação reside, muitas vezes, no preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, etnia, sexo ou gênero, nacionalidade, deficiência, riqueza, opção sexual, etc.).

Conforme exposto, a discriminação salarial gera o direito à Equiparação Salarial, o que apontaremos todos os seus requisitos em item próprio. Delgado (2016. p. 907) traz o princípio antidiscriminatório e a consequência em equiparação de salários: “ O princípio antidiscriminatório objetiva também evitar tratamento salarial diferenciado àqueles trabalhadores que cumpram trabalho igual para o empregador. Uma das mais relevantes de tais situações é a da equiparação salarial.”

Para que não ocorram as constantes diferenças de salários entre empregados que realizam as mesmas tarefas, bem como a exoneração da discriminação, é necessário que haja uma conscientização geral dos

empregadores.

3.3. Não discriminação e Isonomia: Distinções

O princípio da não-discriminação tem relação umbilical com o princípio da igualdade. Pode-se dizer, inclusive, que o princípio da não discriminação é fruto de processo evolutivo constatado sobre princípio da igualdade, ao passo que a mera igualdade perante a lei, própria do Estado Liberal, não se mostrou suficiente para tutelar os indivíduos.

Segundo Delgado (2016, p.885 e 886) não discriminação e isonomia não são conceitos efetivamente idênticos. Para o autor o princípio da não discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta, que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas.

Ao passo que o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais tenso. Ele ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante.

4) EQUIPARAÇÃO SALARIAL

4.1. Evolução Constitucional do Princípio

O princípio da equiparação salarial foi consagrado, pela primeira vez, na Constituição do México de 1917 em termos gerais (art. 123, VII, combinado com os artigos. 4º, 5º e 86 da Lei do Trabalho, como consequência lógica do princípio da igualdade de tratamento para todos trabalhadores); depois, ainda que de modo implícito, foi incluído na Constituição Alemã de Weimar 1919 (título V - Vida Econômica, arts. 151 a 165).

No Brasil, tivemos a equiparação salarial elevada a preceito constitucional com a Constituição de 1934, em razão da profunda inspiração nos princípios da Constituição Alemã de Weimar, consagrando constitucionalmente a proteção ao trabalhador brasileiro do Decreto n. 20.261 de 1931, proibindo o pagamento de maiores salários aos estrangeiros. Bem como o Decreto 21.417 de 17.05.1932, que regulava as condições das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais.

A referida Constituição de 16 de julho de 1934, em seu art. 121, § 1º, alínea “a”, proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

A Carta Magna de 10 de novembro de 1937 foi omissa, limitando-se ao princípio genérico pelo qual todos são iguais perante a lei, possibilitando o surgimento de possibilidades de aberrações como o do Decreto-lei nº. 2.548 de agosto de 1940, que permitia ao empregador pagar às mulheres salários inferiores ao dos homens, autorizando uma redução de 10%. A norma em questão não vigorou muito, pois o Decreto-lei nº. 5.452 de 1º de maio de 1943 aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, que observado os limites estritos do Tratado de Versalhes, disciplinou o assunto nos arts. 5º e 461, “caput”.

A Constituição de 1946 restaurou os princípios consagrados na Constituição de 1934. E em seu art. 157, item II, restabeleceu o *status* constitucional do Princípio da Igualdade Salarial.

O princípio novamente foi assegurado pela Constituição de 1967, que em seu art. 158, inciso III, proibia diferenças de salários e critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil.

A Constituição vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, ampliou ainda mais o princípio da isonomia no âmbito trabalhista, disciplinando no Capítulo II - DOS DIREITOS SOCIAIS, art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII.

Analisando a atual Constituição, percebemos que o critério da nacionalidade para igualdade salarial continuou sem previsão específica.

Além do artigo acima mencionado, a legislação ordinária também disciplinou a matéria e preencheu a lacuna existente, como pode se observar no próprio artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

4.2 Conceito de equiparação salarial

Primeiramente cumpre destacar que aborda-se neste capítulo da monografia todo o conceito e requisitos da equiparação salarial sob o aspecto da lei 5.452 de 1º de Maio de 1943, bem como por súmulas do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho. Os novos conceitos/requisitos atualizados pela Lei 13.467/2017 relacionados ao tema equiparação salarial serão esboçados em item próprio.

A origem da palavra equiparação deriva de equiparar, do latim *aequiparare* (igualar). Tendo o sentido de igualdade, ou seja, é o ato pelo qual se apresentam em posição de semelhança dois fatos ou duas coisas, aparentemente distintas.¹⁴

A equiparação salarial é um princípio internacionalmente consagrado que por uma questão de justiça, ao trabalho igual deve corresponder igual salário, sem discriminação de qualquer espécie.

¹⁴ Dicionário Aurelio.

Para Vólia Bomfim, a equiparação salarial é uma garantia prevista no princípio da igualdade salarial, que visa a proteção contra a discriminação entre empregados, tal garantia é assegurada no artigo 7º, XXX e XXXI da Constituição Federal.¹⁵

Segundo Delgado, equiparação salarial no âmbito nacional é 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.

Outros doutrinadores, seguem a mesma definição, limitando a isonomia salarial e a equiparação salarial a hipótese do artigo 461 Consolidado, dentre estes encontramos: Arnaldo Süsenkind, Orlando Gomes e Élon Gottschalk, Amauri Mascaro Nascimento, Isis de Almeida, Odonel Urbano Gonçalves e José Luis Ferreira Prunes.

Outra corrente doutrinária, entende que a equiparação salarial e o princípio isonômico se apresentam em três formas distintas no contexto brasileiro.

A primeira, prevista no art. 461 da CLT, refere-se a equiparação por identidade, quando equipara-se dois empregados brasileiros, garantindo-se salário igual, para trabalho igual, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

A segunda, disciplinada pelo art. 358 da C.L.T. de 1943, seria uma equiparação por analogia, pois garante a proteção ao trabalhador nacional, impedindo que o empregado estrangeiro que exerça função análoga ao trabalhador brasileiro receba salário superior. Observa-se nessa circunstância que não há necessidade de igualdade de trabalho, bastando mera analogia para o atendimento da pretensão do equiparado. Como dispõem próprio artigo:

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

¹⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho – De acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017.14ª edição revista e atualizada. Ed. Método. p.921.

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.

A equiparação, tem por finalidade elevar os salários e não, diminuir os salários altos, para igualá-los aos mais baixos. Mesmo porque tal hipótese é vedada pelo princípio constitucional da irredutibilidade do salário, como preconiza nossa Carta Magna em seu Artigo 7.º, VI.

Observando a isonomia salarial esculpida na norma ordinária, constatamos que o art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, complementa de forma específica o preceito Constitucional trazendo requisitos essenciais e cumulativos. E na falta de alguns deles, não será concedida a equiparação, sendo os seguintes:

- a) Contemporaneidade;
- b) Mesmo empregador;
- c) Mesmo estabelecimento;
- d) Identidade de atribuições (mesma função);
- e) Tempo de serviço;
- f) Mesma produtividade e perfeição técnica;
- g) Inexistência de plano de cargos e salários que pode conter critérios de promoção por antiguidade e/ou merecimento, dispensada a homologiação ou registro em qualquer órgão;
- h) Mesmo Regime Jurídico e Empregado Público;
- i) Empregado readaptado;
- j) Equiparação em Cadeia
- k) Discriminação Salarial por etnia ou sexo

O jurista Mozart Victor Russomano (1998, p.159) evidencia que a equiparação salarial é uma conquista dos povos civilizados, atendendo aos anseios de justiça, atendo-se ao princípio “político” (mesmas condições de

serviços, mesmo salário) e ao princípio “econômico” (salários correspondentes à qualidade e à quantidade de serviço prestado). E esclarece que: As preferências injustificadas do empregador por certos empregados não podem encontrar guarida à sombra do Direito do Trabalho, ao menos no tocante aos salários pagos, vistos que aí se joga com matéria alimentar, onde, mais do que nunca, os cidadãos devem ser igualados diante da lei”.

Como ensina o professor ORLANDO GOMES (1981, vol. I, p.297): “O pagamento de salário igual tem cabimento, tão só quando dois trabalhadores exercem função idêntica, na mesma circunscrição territorial, produzindo igualmente, em empresa que não possua quadro organizado em carreira e desde de que um deles não tenha tempo de serviço superior a dois anos sobre o outro.”

4.3 REQUISITOS PARA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

4.3.1. – Contemporaneidade

Para Vólia Bomfim, a contemporaneidade consiste em o empregado e o paradigma devem exercer as mesmas funções concomitantemente, ou terem exercido no mesmo período.

Com isso a Ilustre doutrinadora consgrada o entendimento do legislador em não permitir que um funcionário que venha a ocupar um cargo vago, tenha direito ao salário do funcionário que saiu.

As atividades devem ser desenvolvidas no mesmo período, assim determina o § 5º do artigo 461 da CLT, e a súmula 6, IV, do TST.

4.3.2. – Mesmo empregador

Aprende-se, no direito do trabalho, o empregador como devedor de prestação sociais e assistenciais, como ponto majoritário de autoridade hierárquica inerentes à empresa. O empregador caracteriza pessoa física ou jurídica que assumindo o risco do negócio, dirige e assalaria os serviços de

outrem em virtude de um contrato de trabalho.

O conceito de empregador está previsto no artigo 2º da CLT de 1943.

A Lei 13.467/17 trouxe novas considerações e uma nova redação ao artigo 2º Consolidado, razão pela qual necessário se faz um comparativo:

Lei 5.452/43	Lei 13.467/17
<p data-bbox="427 712 880 913">Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.</p> <p data-bbox="427 949 880 1249">§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.</p> <p data-bbox="427 1285 880 1756">§ 2º - 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.</p>	<p data-bbox="912 712 1366 913">Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.</p> <p data-bbox="912 949 1366 1249">§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.</p> <p data-bbox="912 1285 1382 1720">§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.</p> <p data-bbox="912 1765 1382 2060">§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.” (NR)</p>

São profissionais equiparados, em observância ao art. 2º §1º, da CLT os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos que admitam trabalhadores como empregados.

Sua subsistência não está condicionada a vida de seus mentores, constitui fonte permanente de trabalho, incorporam todos os elementos essenciais para a caracterização de uma instituição, quais sejam:

- a) Organização;
- b) Autoridade;
- c) Número de empregados;
- d) Finalidade e/ou tarefa a realizar.

Segundo ORLANDO GOMES o legislador cometeu um erro imperdoável ao definir empregador como sendo a empresa, o qual foi causado pelo consolidador ao absorver a ideia de institucionalizar o Direito do Trabalho. Gomes (1981, vol. I . p.128): “Se o empregador é empresa, esta não pode sofrer ofensas físicas, não obstante, está entre as justas causas rescisivas de contrato o ato lesivo da honra da boa fama ou ofensas físicas contra o empregador. Admitir-se-iam, assim, ofensas físicas contra a empresa”.

Divergência que teve origem sobre a natureza jurídica da empresa, para alguns, sujeito de direito, para outros, objeto (conjunto de bens), algo não equiparável ao sujeito de direito.

No entendimento de Amauri Mascaro Nascimento (1998. p.180) “O empregador é todo ente, dotado ou não de personalidade jurídica, como também o será tanto a pessoa física ou jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado. Será empregador o ente que tiver empregado, chega-se à identidade do empregador através da presença de empregados”.

Mesmo empregador é pressuposto essencial para isonomia salarial, em que podemos verificar desvios sobre a expressão utilizada pela norma, tendo em vista que o art. 461 da CLT prevê trabalho prestado “ao mesmo empregador”, enquanto o art. 460 da CLT, ao assegurar o empregado na falta de estipulação, salário igual ao daquele que, “na mesma empresa”, fizer serviço semelhante.

É claro que no ordenamento jurídico a figura do empregador é confundida com a empresa (art. 2.º da C.L.T e parágrafos). Assim o conceito de empregador usado pela norma legal, abrange todos os casos do artigo 2º da CLT de 1943, o empregador sucedido (art. 10 e 448 da C.L.T. 1943) e até a massa falida representada pelo síndico (art. 449 C.L.T. 1943).

Portanto, para que haja a equiparação salarial a lei exige que o empregado preste serviço para o mesmo empregador, não sendo possível a equiparação entre empregados de empresas diversas, que dependendo das condições e do tamanho adotam salários diversos.

Para Delgado (2016, p.909): Identidade de Empregador – Por identidade empresarial entende-se a circunstância de os trabalhadores comparados laborarem para o mesmo empregador.

Existe ainda a hipótese do trabalho prestado para o mesmo grupo, sendo possível a igualdade salarial, uma vez que o verdadeiro empregador é o grupo econômico (§2.º do art. 2.º da C.L.T. 1943), onde o empregado pode ser transferido de uma empresa para outra do grupo, não se interrompendo o contrato de trabalho, dando-se continuidade a contagem do tempo de serviço para todos os efeitos.

Para Delgado (2016, p.2009): “Caso se acate a tese de o grupo ensejar solidariedade passiva e ativa (solidariedade dual) entre seus entes integrantes (formando, pois, o chamado empregador único), obviamente que será possível considerar-se a incidência da figura da equiparação envolvendo empregados vinculados a distintas empresas no mesmo grupo. Deste modo, seria viável falar-se em equiparação entre empregados contratados por diferentes empresas do

mesmo grupo econômico, desde que presentes os demais requisitos da figura do art. 461 da CLT.”

A corrente majoritária acata esse entendimento, por tratar-se da figura do empregador único, gerando responsabilidade dual de todos seus integrantes, vigorante conceito atribuído e aplicado ao direito do Trabalho.

O entendimento é tipificado pela Súmula 129 do E.TST, in verbis:

CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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.

Os processos de fusão, incorporação e sucessão entre empresas também podem ensejar a igualdade salarial, uma vez, que o empregador passa a ser o mesmo. De todo modo, o empregado ainda terá que preencher todos os demais requisitos exigidos no ordenamento jurídico.

A fusão ocorre quando duas ou mais empresas reúnem-se e constituem-se uma nova personalidade jurídica. Assim, com a extinção das antigas empresas os trabalhadores da nova empresa terão o mesmo empregador, e observados os demais requisitos para a equiparação, será possível a equiparação destes empregados.

Na incorporação não há a criação ou surgimento de uma nova empresa, pois as instituições que se reúnem, na verdade não se fundem, são absorvidas, integradas a uma das empresas que continua existindo. As empresas incorporadas deixam de existir e seus funcionários passam a trabalhar para a empresa incorporadora de forma automática. Verificamos novamente nesta hipótese a possibilidade de equiparar os funcionários em questão, pois caiu o óbice da diferenciação do empregador, atentando também para cumprimento das demais exigência do art. 461 do Diploma Consolidado, 1943.

Já a sucessão acontece na ocasião de uma mudança na titularidade da

empresa. Aceita-se, também, que há sucessão quando a organização em si não desaparece, mas desaparece, apenas, um estabelecimento, sendo os trabalhadores aproveitados em outro estabelecimento do mesmo empregador. Em ambos os casos, os empregados da empresa sucedida passam a prestar serviços à empresa sucessora.

Deste modo, Américo Plá Rodrigues (2000. P.143) diz: "Tendo como base o Princípio da Continuidade, onde o contrato de trabalho é de trato sucessivo, visa garantir a manutenção do contrato de trabalho nos casos de substituição do empregador". Assim, podemos considerar que na fusão, incorporação e sucessão de empresas, os trabalhadores não terão seus direitos afetados e será possível a equiparação nos moldes dispostos na legislação consolidada, pois teremos um único empregador.

Portanto, a exigência do mesmo empregador, apesar de trazer controvérsias tem importante função social, já que assegura a distinção de salários entre empregados de empresas de grande, médio, pequeno porte e até mesmo microempresas. O que mostra a sabedoria do legislador na aplicação do princípio da igualdade e, a inviabilidade equiparar todos os salários independente da figura do empregador, evitando assim, o voluntário descumprimento da lei, em plano mais profundo, o desemprego.

Colaciona-se Julgados:

Comprovadas a existência de grupo econômico e a identidade das funções e da produtividade, a disparidade salarial ofende o art. 461 da C.L.T.. (TST Pleno, E-RR 3.055/76, j. 30-8-78, Rel. Min. Alves de Almeida, DJU 1-9-78, p.6.495.)

Equiparação salarial - A solidariedade do grupo econômico, para os efeitos da relação de emprego, não se estende à equiparação salarial de seus empregados, sobretudo quando tem administração distinta e vida própria. Recurso a que se nega provimento. (TST, 1º T., RR 139.889/94.1-4ºR., j. 19-4-95, Rel. Min. Indalécio Gomes Neto, DJU 1 19-5-95, p. 14.218.) Não há extensão da vantagem quando o empregador a concede somente àqueles empregados provenientes de Bancos incorporados, face ao direito adquirido dos mesmos. Não havendo fonte constitutiva própria criada pelo empregador, não se pode a ele estender o ônus assumido por outrem, ainda que seja uma empresa incorporada (TST, RR 9.232/85, José Ajuricaba, Ac. 2ªT. 2.744/87).

4.3.3. – Mesmo estabelecimento

Outro requisito fundamental para a equiparação salarial é a comprovação de que o empregado queixoso e o modelo trabalhavam na mesma localidade.

O termo mesma localidade não foi definida pelo legislador, cabendo à doutrina e jurisprudência interpretar a abrangência de localidade. Esta situação gera até hoje conflito de entendimentos, tendo em vista que o critério não é absolutamente pacífico, havendo controversas para estabelecer o critério de fixação da localidade.

O professor Amauri Mascaro Nascimento, aponta quatro critérios para fixação da localidade (1979. p.229): geofísico, político-administrativo, econômico e misto. Ocorre que atualmente a doutrina e jurisprudência se dividem entre o critério geofísico e geoeconômico.

Diante desta dificuldade, tem-se pelo menos um ponto pacífico, sendo o fato da doutrina e da jurisprudência entenderem que a mesma localidade do art. 461 do Diploma Consolidado é o local da prestação de serviço dos empregados comparados. Não trazendo para discussão a polêmica levantada na questão da fixação da competência trabalhista.

No mesmo caminho de fracionar abrangência da localidade ao município ou cidade encontramos juristas como Octavio Bueno Magano e o Amauri Mascaro Nascimento, que apesar de ilustrar os vários critérios para a fixação da localidade, filia-se a esta corrente que se mostrou até pouco tempo a mais aceita e utilizada pela Jurisprudência.

Nos ensina Delgado (2016, p. 910): “ Pode-se enquadrar também no tipo legal do art. 461 da CLT a noção de município, caso se trate de um espaço geográfico com as mesmas características socioeconômicas.

Portanto, tem-se que a Súmula 6, inciso X, do TST, dispõe a seguinte redação:

X - 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. (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 - inserida em 13.03.2002)

Assim, tem-se que mesma localidade não é sinônimo de mesmo estabelecimento comercial, havendo chances de equiparação salarial entre dois colaboradores que prestem serviços em estabelecimentos distintos (filiais) da mesma empresa, desde que no caso concreto sejam comprovados que tais estabelecimentos pertençam a mesma localidade.

A localidade não é requisito autônomo. Está subordinada, como pressuposto, a que os empregados trabalhem na mesma empresa.

RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT. CONCEITO DE `MESMA LOCALIDADE`. SÚMULA N.º 6, X, DO TST. INCIDÊNCIA. ART. 896, § 5.º, DA CLT. NÃO-CONHECIMENTO. Tendo o Regional decidido em sintonia com o inciso X da Súmula n.º 6 do TST, a qual dispõe que 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 pretensão recursal encontra o óbice inserto no parágrafo 5.º do artigo 896 da CLT. Recurso de Revista não-conhecido. (TST - RR: 1203000922002505 1203000-92.2002.5.05.0900, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 03/08/2005, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/08/2005.)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA. A questão sobre o ônus probatório nas controvérsias relativas à equiparação salarial foi tratada pela Súmula 6, VIII do TST (antiga Súmula 68), quando informa que a prova das excludentes que afastam a isonomia salarial (tempo superior a 02 anos e existência de quadro de carreira, diferença de perfeição técnica e de produtividade) recai sobre o empregador, bastando ao empregado a comprovação do fato constitutivo do direito perseguido, ou seja, a identidade de função. Ausente prova das excludentes e demonstrada a igualdade de funções, inclusive a identidade de localidade, ajustado o deferimento da equiparação salarial. Recurso Ordinário a que se nega provimento.

(TRT-2 - RO: 00022385520115020315 SP 00022385520115020315 A28, Relator: REGINA VASCONCELOS, Data de Julgamento: 11/03/2014, 6ª TURMA, Data de Publicação: 18/03/2014)

4.3.4. - Identidade de funções/atribuições

A identidade de funções ocorre quando o paragonado e o paradigma, na prática, realizam a mesma atividade, independente do nome atribuído ao cargo.

O fato de prevalecer a atividade desenvolvida e não a função anotada a carteira de trabalho do empregado é resultado do princípio da primazia da realidade, que é um dos princípios norteadores do Direito do Trabalho, por que o contrato de trabalho é um contrato-realidade, como nos ensina as lições do prof. Mário De La Cueva (1960. p.104). Assim deverá o empregador pagar o mesmo salário ao empregado.

Colaciona-se julgados no sentido de ser devido igualdade salarial independente do cargo constante na CTPS, in verbis:

Equiparação salarial. Nomenclatura dos cargos. Se a instrução oral comprova a igualdade das atividades exercidas pelos paragonados, ainda que sejam diversas as nomenclaturas atribuídas aos cargos (eletricista de manutenção e técnico eletrônico), tem direito o reclamante às diferenças salariais decorrentes da equiparação. Para efeito de equiparação salarial, não importa se os cargos têm a mesma denominação, desde que os empregados exerçam tarefas iguais (Súmula nº 6, item III, do TST). Recurso patronal não provido.

(TRT-2 - RO: 00027265920135020373 SP 00027265920135020373 A28, Relator: DAVI FURTADO MEIRELLES, Data de Julgamento: 14/05/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 22/05/2015).

Com isso, é necessário diferenciarmos cargo de função. Conforme SERGIO PINTO MARTINS (2001, p.287): “Cargo é o posto em que o empregado se encontra. Função é o serviço exercido pelo obreiro, é a atividade que pratica. Cargo seria de motorista e a função de motorista de caminhão”.

Para VÓLIA BOMFIM CASSAR (2017,p.924), para que se caracterize a equiparação salarial é necessário que os “empregados cotejados executem exatamente as mesmas atribuições ou tarefas, não só as objetivas, como as subjetivas, isto é, com a mesma responsabilidade.

O exercício de determinado cargo numa empresa faz presumir que o empregado tem funções iguais às dos demais classificados na mesma categoria. Funções idênticas são as que consistem no exercício de idênticas atribuições

técnicas e administrativas de caráter permanente, além das mesmas responsabilidades. A não existência de identidade de funções não gera o direito à equiparação de salários.

A função decorre do cargo, e assim, dois funcionários podem ter cargos iguais, mas funções diferentes, de sorte que os seus proventos, embora idênticos os cargos, podem ser desiguais dada a diversidade de funções por eles desempenhadas.

O cargo e a função prevalecerão sobre a atividade desenvolvida, para efeitos de equiparação, somente quando a empresa tiver os seus empregados organizados em quadro de carreira.

Colaciona-se jurisprudência que nos ensina a distinção entre cargo e função:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL - PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. "A equiparação salarial só tem espaço quando há igualdade de funções, consoante nos ensina a doutrina: "O empregado só pode reivindicar o mesmo salário do seu colega se ambos exercerem a mesma função, isto é, quando desempenharem os mesmos misteres ou tarefas, com igual responsabilidade na estrutura e funcionamento da empresa. Por isto, cumpre não confundir cargo e função: dois empregados podem ter o mesmo cargo e exercerem, de fato, tarefas dessemelhantes ou de níveis de responsabilidade diferentes; ou, inversamente, executarem a mesma função, sem que os respectivos cargos possuam a mesma designação. Como pondera Catharino, "a nomenclatura comum emprestada a cargos dos quais são titulares dois empregados gera, quando muito, uma presunção de identidade de funções; mas, se estas, na realidade, são as mesmas pouco importa que sejam desempenhadas por ocupantes de cargos distintos". Por isto mesmo, tem sido negada a equiparação aos chefes de seção, aos assistentes técnicos, aos secretários de diretores, que, não obstante a identidade de títulos executam serviços diversos; ou, ainda, a contínuos e serventes que trabalham de acordo.

4.3.5. Tempo de serviço

O § 1º do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 determina que entre o empregado queixoso e o modelo não exista diferença no tempo de trabalho superior a dois anos, podendo o empregador pagar melhor

salário ao empregado que tenha prestado serviços a mais tempo, uma vez que verificada a diferença legalmente fixada.

Com a vigência da Lei 13.467/2017, incluiu-se ao um novo requisito ao art. 461 da CLT, diferença de tempo no emprego não superior a quatro anos. Assim o paradigma não pode ser mais antigo mas de quatro anos no emprego.

Mauro Mascaro Nascimento esclarece (1998. p. 346.) “Quanto ao exercício da mesma função por tempo não superior a dois anos, cabe esclarecer que a Consolidação das Leis Trabalhistas utilizar-se da expressão ‘tempo de serviço’, mas a jurisprudência interpretou-a como ‘tempo de função’ porque a equiparação se faz unicamente entre empregados exercentes da mesma função”.

Delgado segue o mesmo entendimento (2016, p.913): No tocante à diferença de tempo de serviço não superior a dois anos (art 461, § 1º, in fine, CLT), já pacificou a jurisprudência em tal parâmetro temporal conta-se na função e não exatamente no emprego (Antigo Enunciado 135; Súmula 6, II, TST).

A Súmula nº 6, II estipulada pelo Tribunal Superior do Trabalho estabelece que: II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula nº 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)

Tal providência tomada através da Súmula supracitada, surgiu para solucionar as controvérsias do assunto, uma vez que a lei não havia estipulado em que consistia a diferença de tempo se no emprego ou na função.

Hoje, entende-se pacificamente que a diferença deve ser apurada na função, por haver a presunção de que a antiguidade prevê uma produtividade superior, quantitativa e qualitativa. Estando o trabalhador melhor integrado nas funções, possui melhor vivência, conhecimento e experiências da condição de trabalho.

Quanto ao requisito incluído pela reforma trabalhista, este nem precisa ser explicado, a diferença de “casa” não pode ser superior a quatro anos.

Novas controvérsias surgem na contagem do tempo para a equiparação salarial nos casos de readmissão, aposentadoria, suspensão e interrupção do contrato de trabalho. Estas figuras trazem um problema de difícil solução pois devem ser analisadas diante do caso concreto, e a luz do diploma consolidado, visando impedir a utilização das mesmas como artifícios para impedir ou garantir o direito à isonomia.

A intenção da previsão legal não é conferir ao empregado mais antigo e experiente na função um privilégio, mas sim conferir-lhe um tratamento justo perante a um novo funcionário admitido recentemente na função. Assim o legislador procurou balancear o requisito, garantindo um tratamento igual aos trabalhadores em condições diferenciadas.

JURISPRUDÊNCIA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL . DIFERENÇA DE TEMPO DE SERVIÇO NA MESMA FUNÇÃO INFERIOR A 2 ANOS . A decisão recorrida está em conformidade com o entendimento consolidado desta Corte Superior, nos termos da Súmula nº 6, item II, do TST. Não demonstrada nenhuma das hipóteses de cabimento do recurso de revista previstas no art. 896, § 6º, da CLT. Fundamentos da decisão denegatória não desconstituídos. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 21591020125020261, Relator: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 18/12/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2014)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. DIFERENÇA DE TEMPO DE SERVIÇO NA FUNÇÃO. A diferença de tempo de serviço não superior a 2 (dois) anos prevista no art. 461, § 1º, da CLT é óbice objetivo à equiparação salarial, sendo critério previsto pelo legislador com a finalidade de privilegiar a maior experiência do empregado no exercício da função. O tempo de serviço deve ser aferido em relação ao exercício da função, ainda que em períodos contratuais descontínuos prestados ao mesmo empregador. Recurso do reclamante não provido no tópico.

(TRT-4 - RO: 00059007720095040012 RS 0005900- 77.2009.5.04.0012, Relator: WILSON CARVALHO DIAS, Data de Julgamento: 25/10/2012, 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre).

4.3.6. Mesma produtividade e perfeição técnica

Consoante dispõe o § 1.º do artigo 461 da C.L.T, trabalho de igual valor é aquele realizado com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica.

Para VÓLIA BOMFIM CASSAR (2017, p. 927), entende-se como produtividade a quantidade de trabalho produzido por hora, dia ou mês e como perfeição técnica a forma com que foi realizado o trabalho.

Exige-se para apuração do trabalho de igual valor, identidade qualitativa e identidade quantitativa na prestação do serviço.

I - Identidade qualitativa: É a mesma perfeição técnica do serviço.

II- Identidade quantitativa: É a mesma produtividade na realização da atividade na realização da atividade.

Para Delgado (2016, p. 911-912): “No que tange à diferença de perfeição técnica na realização do trabalho (art. 461, § 1º, CLT), estabeleceu a ordem jurídica diferencial essencialmente qualitativo na aferição do trabalho comparado. A superior qualidade na concretização laborativa efetuada pelo paradigma terá condão de tornar efetivamente distinto o real trabalho realizado, inviabilizando a equiparação. Diz ainda: “No que tange à diferença de produtividade na realização do trabalho (art. 461, § 1º, CLT), estabeleceu a ordem jurídica um diferencial essencialmente quantitativo na aferição do trabalho comparado.

As duas formas para análise do trabalho não possuem firmeza para um confronto, por conseguinte, dificultam uma comprovação da equiparação salarial de forma concreta. A definição legal acaba por diminuir a área de atuação do Magistrado, do mesmo modo como reduz a extensão efetiva da equiparação.

O argumento acima tem respaldo nos ensinamentos do mestre Orlando Gomes (1981, vol. I. p.300): “Dificilmente se obterá essa dupla identidade,

mormente no trabalho que não destina diretamente à produção de matéria prima. Se igual produtividade pode ser matematicamente verificada nos serviços consistentes na produção de peças ou naqueles que consistem na repetição dos mesmos atos, a perfeição técnica não pode ser apurada com a mesma facilidade, ainda nesses restritos casos. Por outro lado, a igual produtividade pode ser temporária ou pode ocorrer de certos fatores circunstanciais que não justificam a definitiva equiparação salarial”.

A igualdade de produtividade atualmente para alguns doutrinadores, baseia-se na mesma capacidade de produzir, que não se confunde com a produção. Como é o caso do prof. ODONEL URBANO GONÇALVES (1993. p. 160): “O trabalhador que falta ao serviço pode ter uma produção inferior; mas pode manter sua produtividade. Esta produtividade, que não se confunde com a produção, é o fator exigido pela lei como necessário à igualdade salarial”.

Delgado também ensina a realizar essa distinção (2016, p. 912): “É bem verdade que não se confundem as noções de produtividade e de produção. Esta última refere-se a um valor absoluto, traduzido o montante de trabalho efetuado pelo obreiro. Já a produtividade diz respeito a valor relativo – valor derivado de uma relação-, traduzindo o índice de intensidade laborativa do trabalhador em certo tempo delimitado.

Porém, todos os motivos que podem intervir na avaliação do conceito de produção devem ser verificados, inclusive a frequência do trabalhador, que pode criar critérios subjetivos para a diferenciação de atividades quanto à identidade quantitativa, pois hipoteticamente o empregado que trabalha em maior carga horário ou em um maior número de dias produz, a princípio, mais do que o outro. Assim, o fator assiduidade considerado em correlato à produtividade, poderá ter influência decisiva no caso de isonomia salarial.

O fator dedicação/frequência/assiduidade traz análises controversas, dividindo a doutrina e a jurisprudência, onde alguns sustentam a pontualidade do trabalhador, como causa de interferência da produtividade, e outros asseguram que não.

Uma corrente justifica a impossibilidade da assiduidade ou pontualidade do obreiro serem vistas como razões de produtividade, pois a existência de comportamentos desidiosos (faltas ou atrasos) seriam passíveis de sanção disciplinar.

Em sentido igualitário, Prunes defende que assiduidade não interfere no direito à equiparação salarial, ou seja, se o reclamante e paradigma tiveram a mesma produção no mesmo período, houve igual produtividade, independente da assiduidade, porque a regra geral estabelece que se não há trabalho não há salário. Assim, (Prunes, 1997.p 18) “Se o empregado não comparece ao serviço, sem justificativa, poderão ser impostas a ele medidas disciplinares, nunca porém, a disparidade salarial”.

Em sentido contrário, Arnaldo Süssekind (2000, v.I . p.413) aduz que, para verificação da isonomia produtiva, deve ser considerada a assiduidade do empregado, afirmando: “não há trabalho de igual valor entre um empregado assíduo e outro faltoso, embora, nos dias em que ambos comparecem ao serviço, apresentem a mesma produtividade.

Outras questões podem intervir na avaliação da produção e devem ser verificados os meios de produção, os equipamentos e técnicas utilizadas, para assim concluir se há ou não o preenchimento do requisito.

No que tange à perfeição técnica, esta diz respeito a qualidade da produção. Ou seja, o modelo e o empregado queixoso devem apresentar perfeição nas atividades funcionais desempenhadas, mostrando as mesmas técnicas e qualidades inerentes a execução do trabalho prestado, para assim, comprovar a existência da identidade funcional também de forma qualitativa.

Não tendo o reclamante o mesmo curso técnico que o paradigma, haverá indício de maior perfeição técnica ao modelo. No entanto, o empregado queixoso poderá comprovar que realizava as mesmas funções com a mesma perfeição

técnica, fazendo jus ao mesmo salário, não podendo o curso técnico em questão ser tido com impedimento à aplicação da lei.

Profissões específicas exigem cursos e/ou qualificações necessárias. Ou seja, usa-se como exemplo a profissão de professor, que exige a qualificação específica para exercício da função/cargo. Para esses casos apenas haverá a existência de equiparação salarial se empregado e modelo forem portadores da qualificação exigida. Do contrário, não há discriminação salarial.

O ônus de provar a falta de produtividade e da carência de perfeição técnica na execução dos serviços via de regra compete ao empregador, desde que contestado a pretensão do empregado, pois são fatos modificativos ou extintivos do direito à isonomia salarial, e devem ser provados pela empresa (artigo 373, II, do C.P.C. 2015).

Na equiparação salarial não se deve levar em consideração a denominação atribuída ou a anotação realizada em C.T.P.S, mas sim ao trabalho realmente exercido. O trabalho de igual valor deve ser, por excelência, apurado objetivamente em razão do rendimento e da eficiência técnica dos comparados.

Colaciona-se jurisprudência:

Equiparação salarial - pressuposto inexistente - provado nos autos pelas testemunhas as funções, tarefas e máquinas operadas pelo autor eram diversas das do paradigma, sendo que uma destas últimas operadas pelo modelo era especializada e somente técnico poderia com ela trabalhar, inexistente a igualdade de perfeição técnica, como pressuposto para o recolhimento

(TRT, 2ºR., 2ºT., RO 039.02930226905, Ac. 02949487612, Rel. Gilberto Alain Baldacci, DO-SP 19-9-94, p.181.)

4.3.7. Plano de Carreira

A existência do quadro de carreira não é obrigatória, consiste em uma faculdade concedida ao empregador, para melhor se organizar administrativamente. Serve para tornar visíveis as elevações de cargos, funções

e salários.

Para Delgado (2016, p.913): “No que diz respeito à existência de quadro de carreira na empresa, com promoções alternadas por merecimento e antiguidade (art. 461, §§ 2º e 3º, CLT), supõe a ordem jurídica esse fato cria mecanismo suficiente e adequado de evolução funcional do trabalhador na empresa, afastando, assim, o remédio jurídico equiparatório, corretivo de discriminações salariais.

Conforme exposto, a existência do quadro organizado em carreira constitui um impedimento à equiparação, como estabelece o § 2.º do artigo 461 da C.L.T. A primeira verificação consiste em verificar a existência do quadro, e depois se ele atende ou não a duas outras condições: garantia aos empregados dos critérios de promoção alternada (antiguidade e merecimento) e a homologação pela autoridade competente.

Verifica-se o inciso I da Súmula 6 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)

A movimentação do quadro carreira far-se-á através de promoção por antiguidade e por merecimento. Ocorrendo preterição, o trabalhador preterido pode exigir o seu devido enquadramento no quadro carreira, ajuizará ação trabalhista, para que haja revisão de enquadramento.

A existência do quadro carreira torna sem efeito a equiparação salarial, mas não impede o exame das promoções pelo judiciário. Deve o empregador provar que periodicamente realizava avaliações entre os seus empregados.

Após a Reforma Trabalhista, que alterou o § 2º do art. 461 da CLT, retirou a exigência da homologação ou registro do plano de carreira em órgão público,

tão pouco de critérios alternados ou não de promoção para obstar o pedido de equiparação.

Transcreve-se a posição do Tribunal Superior do Trabalho.

Enunciado n.º 19 – Quadro de Carreira

“A Justiça do Trabalho é competente para apreciar reclamações de empregados que tenha por objetivo direito fundado no quadro carreira.”

Enunciado n.º 127 – Enquadramento Ilícito.

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

JURISPRUDÊNCIA:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. A existência de quadro de carreira devidamente homologado e que garanta aos empregados critérios de promoção por merecimento e por antiguidade é fato impeditivo da pretensão de equiparação salarial. Aplicação do parágrafo 2º do artigo 461 da CLT e da Súmula 06, I do C.TST.

(TRT-2 - RO: 00030565820115020007 SP 00030565820115020007 A28, Relator: RICARDO APOSTÓLICO SILVA, Data de Julgamento: 19/08/2014, 6ª TURMA, Data de Publicação: 27/08/2014)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. RECLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL. Os requisitos positivos da equiparação salarial, cuja existência simultânea deve ser provada pelo reclamante, são: trabalho na mesma empresa; na mesma localidade; os empregados devem exercer idêntica função, com igual produtividade e mesma perfeição técnica. Já os requisitos negativos da equiparação salarial, cujo ônus da prova, quando alegados, é da reclamada, são: existência de pessoal organizado em quadro de carreira; o paradigma ser trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social e diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos. Tratando-se de empregados readaptados e com realidades totalmente diversas, quando da implantação do Plano de Cargos e Salários, carece totalmente de amparo legal a pretensão do autor, seja pela ótica da reclassificação, porquanto não havia identidade de funções naquela oportunidade (em 2011), seja pela equiparação, pelo óbice legal existente para tanto. Recurso ordinário interposto pelo reclamante ao qual se nega provimento.

(TRT-2 - RO: 00019123120135020055 SP 00019123120135020055, Relator: CÍNTIA TÁFFARI, Data de Julgamento: 19/08/2014, 13ª TURMA, Data de Publicação: 25/08/2014)

4.3.8. Mesmo Regime Jurídico e Empregado Público

Para que se garanta o direito de equiparação salarial é necessário que pos

comparados estejam submetidos ao mesmo regime jurídico de contratação.

Assim, mesmo que dois trabalhadores executem suas tarefas lado a lado para o mesmo tomador, só que um celetista e outro estatutário, impossível é o pleito de equiparação salarial.

Com a Lei 9.962/2000, passou a ser possível numa mesma repartição haver um empregado e um estatutário, isto porque a lei autoriza a contratação de servidores públicos pela administração pública direta autárquica e fundacional, sob o regime estabelecido pela CLT.

Em síntese, não é possível a equiparação salarial entre empregados públicos ocupantes de cargos ou funções públicas distintas.

4.3.9. Empregado Readaptado

O art. 461, § 4º da CLT, proíbe expressamente a equiparação salarial quando o modelo é um trabalho readaptado, vejamos:

§ 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.

Ainda, para VÓLIA BOMFIM CASSAR (2017, p. 930), ensina que: “no caso de readaptação, o rebaixamento é permitido, mas esse trabalhador tem a garantia de seu salário-base. Por isso, um empregado não pode utilizar como modelo esse trabalho”.

Ou seja, uma vez que a readaptação decorre de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social, o funcionário retorna a empresa após o afastamento, e pode ser remanejado de função, podendo inclusive ser rebaixado, entretanto garante seu salário base, para que não haja violação ao princípio da irredutibilidade salarial.

4.3.10. Equiparação em Cadeia

Antes da vigência da lei 13.467/17, era possível o pedido de equiparação salarial, quando a majoração do salário tenha ocorrido em ação judicial, não tendo sido obtida por condições personalíssimas do modelo, ou, quando nos casos de equiparação em cadeia, se não demonstrada a presença dos requisitos da equiparação em relação ao paradigma.

Com a aprovação da Lei supracitada, foi acrescido ao artigo 461, da CLT o § 5º, que proíbe expressamente a indicação de paradigmas remotos, vejamos:

A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

Assim, não mais pode-se requerer a equiparação com a indicação de um funcionário que obteve o aumento salarial através de uma ação judicial.

4.3.11. Discriminação Salarial por Etnia ou Sexo

Prevê o art. 461 da CLT, em seu § 6º, “no caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Assim, havendo salários inferiores aos negros, judeus ou mulheres, discriminando-os por pertencerem a etnias diferentes ou gêneros diversos, além da obrigação em equiparar o salário, ainda pagará a referida multa.

De acordo com o Dicionário, etnia é “coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e maneiras de agir; grupo étnico [Para alguns autores, a *etnia* pressupõe uma base biológica, podendo ser definida por uma raça, uma cultura ou ambas; o termo é evitado por parte da antropologia atual, por não haver recebido conceituação precisa, mas é comumente empr. na linguagem não terminológica].¹⁶”

¹⁶ Dicionário – acessado em 04/09/2018, às 14:20 horas.

5) ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova, caracteriza a conduta processual advinda das partes litigante, com o fito de que a verdade dos fatos apresentados sejam admitidas pelo Magistrado.

É a ferramenta empregada ao processo para dirimir e determinar qual das partes deve comprovar o efeito sua afirmação.

Faz parte do andamento processual a necessidade de que as partes provem o que foi alegado ou sofram as consequências da falta de prova.

Conforme preceitua o artigo 378 do Código de Processo Civil 2015, a colaboração das partes para o conhecimento da verdade é um dever e não uma faculdade. Para maior compressão, colaciona-se o dispositivo mencionado:

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Compete ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito, ao réu compete os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal direito.

Encargo probatório do autor, incidindo o preconizado pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, combinado com o disposto no inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, in verbis:

Art. 818 CLT 1943 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Artigo 373 CPC: O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Pela nova redação trazida pelo artigo 373 do CPC/15 o juiz poderá determinar diversidade à regra geral do ônus da prova, determinando que a parte que tenha mais facilidade em mostrar a verdade dos fatos, podendo, então, determinar a inversão do ônus da prova, conforme preceitua o artigo 373, I e II do CPC/2015.

O autor do processo por intermédio da petição inicial alega os fatos, visando determinada consequência de direito, por meio de:

Fatos Constitutivos: Fatos que dão existência, constituem uma relação jurídica. São aqueles fatos que se comprovados levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. O reclamante, afirma os fatos porque deles pretende consequências de direito, os quais deve provar sob pena de indeferimento do seu pleito.

O fato constitutivo duvidoso ou insuficiente conspira contra o autor, podendo o juiz julgar o pedido improcedente, decorrente da deficiência de prova do fato constitutivo.

Cabe a parte reclamada o interesse de demonstrar que tal fato não existiu ou que não aconteceu da maneira afirmada pelo reclamante, devendo ser apontados na defesa com estabelecido no artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, combinado com o inciso II do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, através de:

Fatos impeditivos: Circunstâncias impeditivas que decorrem de um fato, são estas, condições gerais ou comuns aos atos ou fatos jurídicos, que impedem que um fato resulte nos efeitos requeridos pelas partes;

Fatos extintivos: Possuem eficácia de promover o fim da relação jurídica, que eliminam a pretensão;

Fatos modificativos: Consistem em fatos posteriores, que não extinguem nem impedem a relação jurídica, mas promovem sua modificação.

O ônus da prova, referido à identidade de função, cabe ao reclamante, por caracterizar fato constitutivo de direito, devendo ser alegado e provado pelo autor da reclamação.

Assim, o ônus de provar o fato constitutivo da equiparação salarial, a identidade de atribuições, compete ao empregado. Já ao empregador compete provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos que imputar, na forma do inciso VIII da Súmula 6º do TST, como por exemplo: diferença de tempo de serviço na função, ou diferença de tempo de contratação, vejamos:

Súmula 6º VIII do TST- É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

Quando a questão for sobre trabalho de igual valor, caberá ao empregador, provar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do empregado, como, diversidade de funções entre o reclamante e o paradigma, a diferença de tempo superior a dois anos na função ou a quatro anos desde a admissão, disparidade na produtividade ou na perfeição técnica e localidade diversa da prestação.

Sempre que a parte contrária alegar fato contrário as alegações, como por exemplo que o paradigma exercia função diversa da função narrada na inicial, o ônus da prova se inverte e cabe a reclamada provar o alegado.

Até o ônus da prova, no Direito do Trabalho deve ser observado a luz do princípio da igualdade, ou seja, equilibrar a balança da justiça tratando os desiguais com desigualdade. Portanto, face a inferioridade econômica do

trabalhador e as provas restarem na grande maioria em poder do empregador, o ônus da prova deve ser visto, com certo abrandamento em relação ao empregado.

Odonel Urbano Gonçalves afirma que (1993. p.165): “Ao empregador, deve ser canalizado o encargo de produzi-las. Mesmo a não identidade de função, sem embargo constituir-se num fato negativo, é viável de demonstração: basta comprovar-se o exercício da função diferente daquela apontada na inicial. Logra-se, portanto, demonstrada a inexistência de indispensável pressuposto (identidade de funções), através de um fato positivo. Tudo porque a própria condição de hipossuficiência do trabalhador afasta sua possibilidade de se desvencilhar do encargo processual”.

Vale citar a síntese formulada por Heloisa Pinto Marques:

Quando o réu admite o fato alegado pelo autor, mas lhe opoe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de um fato impeditivo. (...)

Os fatos extintivos são aqueles opostos ao direito alegado, com condições de torná-lo inexigível. (...)

Fatos modificativos são aqueles que, sem negar os fatos alegados pelo autor, inserem modificação capaz de obstar os efeitos desejados. (...)¹⁷

Colaciona-se jurisprudências:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisão suficientemente fundamentada, não obstante contrária aos interesses da reclamada, tendo o Tribunal a quo, no acórdão proferido, justificado suas razões de decidir, declinando os motivos de convencimento acerca da distribuição do ônus da prova da equiparação salarial. Ilesos os artigos 93, IX, da CF e 832 da CLT (OJ nº 115 da SBDI- 1/TST). EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA. 1. Presentes os requisitos da identidade de funções com a paradigma, mesma localidade de trabalho, diferença de tempo de serviços na função inferior a dois anos e inexistência de quadro de pessoal organizado em carreira, fatos constitutivos do direito da reclamante, era da reclamada o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial, a teor do entendimento sedimentado na Súmula nº 06, III e VIII, deste Tribunal Superior. 2.

¹⁷ MARQUES, Heloisa Pinto. A prova no processo do trabalho. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, n. 14, p.19: 1999.

Nesse contexto, diante da conclusão do Tribunal Regional, mediante a valoração de fatos e provas, de que a reclamada não comprovou a distinção e perfeição técnica entre a empregada modelo e a equiparanda, não se admite o recurso de revista amparado em pressuposto fático diverso do revelado pelos juízos ordinários, cuja constatação dependa do reexame do conjunto fático-probatório, a teor do que dispõe a Súmula nº 126 do TST. 3. Não se configura violação à literalidade do artigo 461, caput, e § 1º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 380409020045100007 38040-90.2004.5.10.0007, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 27/06/2007, 5ª Turma. Data de Publicação: DJ 03/08/2007.)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. A equiparação salarial é devida quando presentes os requisitos constantes do art. 461 da CLT, ou seja, identidade de funções, trabalho de igual valor, mesmo empregador e diferença de tempo de serviço inferior a 2 (dois) anos. Cabe ao autor a prova da identidade de funções, sendo da ré o ônus de provar os fatos impeditivos ao direito pretendido (diferença de valor do trabalho e diferença de exercício na função superior a dois anos).

(TRT-1 - RO: 00110011420145010074 RJ, Data de Julgamento: 26/01/2016, Oitava Turma, Data de Publicação: 16/02/2016)

6) CONCLUSÃO

As alterações trazidas pela lei 13.467/11 se mostram um mero dissabor do empresariado para com a realidade que encontramos mundo afora nas companhias brasileiras.

Explica-se: Não houve alteração no que tange a realidade da sociedade brasileira e como ela se desenvolve na prática, ou seja, a lei não se atualizou de acordo com as práticas realizadas no mercado. Apenas dificultou o pleito perante o judiciário, o que se demonstra um retrocesso legal. Afinal, as empresas poderão ter diversos funcionários realizando idênticas funções e estarão protegidas pela enorme quantidade de requisitos cumulativos para obtenção da isonomia salarial.

Em todas as nuances apresentadas ao longo deste trabalho, necessário se faz ressaltar as conquistas positivadas ao longo do tempo, tais como os princípios protetivos e seu caráter de direito fundamental, o que não foi levado em consideração ao manejo das mudanças feitas.

Neste sentido, podemos concluir pela inconstitucionalidade da referida alteração, tendo em vista que não trouxe qualquer benefício para o trabalhador, que é justamente a figura protegida da Consolidação das leis trabalhistas. É nítido que essas alterações legislativas trouxeram um afrouxamento do rigor da CLT para proteger a dignidade do trabalhador.

E não é só, a lei não observou a longa e consolidada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que após longas controvérsias acerca das interpretações da aludida norma, consolidou a interpretação do instituto por meio da súmula 6, o que claramente não foi observado pela intenção do legislador.

A lei antes da reforma trabalhista criava algumas restrições justamente para evitar abusos no âmbito judiciário. Todos os requisitos eram lógicos e visavam efetivamente proteger a isonomia salarial.

Antes da alteração legal que reformou o parágrafo 2º do artigo 461 da CLT, exigia que o plano de cargos e salários deveria ser homologado no Ministério do Trabalho, com a alteração as empresas passam a poder realizar normas internas cuja validade independe do crivo dos órgãos estatais.

Assim, com a alteração no parágrafo 2º as empresas vão poder criar normas internas com estipulação de cargos e salários, sem qualquer fiscalização ou validade de tal documento, com isso poderá justificar qualquer diferença salarial.

O art. 461 da CLT sempre representou muito mais que um simples direito ao trabalhador, mas sim a possibilidade de equiparar seu salário nas empresas em que insistiam em discriminar trabalhadores através de salário, inclusive, não importante a denominação do cargo, mas sim a identidade de funções, pilar fundamental da equiparação salarial.

Em suma, além dos requisitos, a alteração também tira do Ministério do Trabalho a responsabilidade e o dever de fiscalizar as normas internas das empresas que estipulam as regras acerca dos salários e cargos.

Isso pode ser interpretado como o Estado abrindo mão de uma de suas funções constitucionais, qual seja, a proteção do trabalhador mediante intervenção no poder diretivo das companhias.

Por outro lado, a reforma trabalhista trouxe um aspecto mais protecionista no que tange a discriminação ética e racial. Logo, há a possibilidade de punição dupla, além das diferenças salariais, há a possibilidade de aplicação de multa, o que demonstra um avanço quanto à proteção de todos os tipos de trabalhadores que existem no mercado.

Por fim, é necessário ressaltar que a legislação trabalhista brasileira sempre desempenhou papel importantíssimo no que se refere à proteção e isonomia dos trabalhadores e em razão de uma extensa crise economia e insegurança jurídica, houve uma flexibilização sem a devida atenção aos

principais mais basilares do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais esculpidos no art. 5^a e 6^a da Constituição Federal.

Portanto, em que pese a jurisprudência ainda ser muito escassa no que tange as alterações no instituto em destaque, podemos concluir pelo enfraquecimento do princípio da isonomia salarial e como consequência disto, teremos ambientes de trabalho mais competitivos e os Obreiros que se sentirem injustiçados terão mais dificuldade em alcançar o restabelecimento de seus direitos na Justiça.

A lei não poderia permitir que trabalhadores da mesma empresa, que exerçam a mesma função, com a mesma capacidade técnica recebam salários diferentes.

A nossa constituição determina que todos são iguais, independente de raça, credo, etnia, sexo, nacionalidade, entre outros. O texto dá origem ao princípio da Igualdade ou Isonomia.

Salientamos que a igualdade de todos perante a lei e o princípio da isonomia, são o cerne, de onde derivou a proclamação de trabalho igual, salário igual, que a equiparação prevista no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho visa concretizar, objetivando o combate à discriminação, de qualquer espécie, entre o trabalho, que está na raiz do Princípio Constitucional.

O princípio tende para uma igualdade de tratamento, que o empregador, mesmo no exercício do seu poder de comando, deve dispensar a seus empregados, mas não se pode vislumbrar, em contrapartida, uma restrição absoluta ao *“jus variandi”* (poder diretivo do empregador), mesmo porque consistindo a verdadeira igualdade em tratar desigualmente seres desiguais, alçar a mediocridade ao nível salarial de empregados diferenciados por habilitações técnicas superiores e esforço pessoal maior, implicaria no desestímulo ao progresso humano.

7) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017. 14ª ed. São Paulo: Ed. Metodo, 2017.

CUEVA, Mario de La. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II México:Editorial Porrúa, 1949.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTR, 2016.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALES, Odonel Urbano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 24. Ed. São Paulo: LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Salário - conceito e proteção. São Paulo: LTr, 2008.

PRUNES, José Luiz Ferreira. Princípios Gerais de Equiparação Salarial. São Paulo:LTr, 1997.

RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidações das Leis do Trabalho. São Paulo: LED Editora de Direito, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Dirito do Trabalho. 9. ed. Curitiba: LTR, 2016

SCHIAVI, Mauro. A Reforma trabalhista e o processo do trabalho. São Paulo: LTR, 2017.

SILVA. Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista; Editora Revista dos Tribunais, SP, 2017.

SILVA, Ives Gandra da; FILHO, Martins. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. 4ªEd. Ed. Saraiva, 1994.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. v.I . 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.