

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP
COGEAE :PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Tatiana D'Assunção Pinheiro Pascale

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

SÃO PAULO

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP
COGEAE :PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Tatiana D'Assunção Pinheiro Pascale

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Trabalho de Conclusão do Curso,
apresentado à Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como parte dos
requisitos para obtenção do título de
Especialista em Direito do Trabalho.
Orientador: Prof. Fernando Rogério Peluso,

SÃO PAULO

2012

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho

Aos meus pais, Nicola e Regina, por todo amor e dedicação. Ao meu filho, Antônio:
minha motivação e alegria. E aos familiares pela compreensão nos momentos de
ausência.

AGRADECIMENTOS

Por ser este trabalho a materialização do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho, gostaria de agradecer a todos os professores que participaram da minha especialização, em especial, ao professor: Fernando Rogério Peluso, que lecionou brilhantemente os fundamentos do Direito em aulas que me recordo até hoje; pelo exemplo de profissional sério e competente, e ainda por sua dedicação e presteza.

Por fim, mas não menos importante, ao Daniel, pelo carinho, companheirismo e apoio, ao Cauê Jorge, meu querido amigo: quem realmente dá significado à expressão “pode contar comigo” em qualquer ocasião; à Talita Roxana, por toda atenção e amizade; à Marcia Regina de Paula Andres, pela compreensão e apoio; aos servidores da biblioteca do TRT-2ª região, pela eficiência, interesse e auxílio nas pesquisas; à Val por todos os cuidados comigo e com Antônio. E aos amigos que tornaram esta jornada prazerosa.

“Um homem se humilha, se castram seu sonho. Seu sonho é sua vida, e a vida é o trabalho. E sem o seu trabalho um homem não tem honra”

Gonzaguinha

RESUMO

Equiparação salarial é o instituto que garante salários idênticos aos empregados que exerçam as mesmas tarefas, simultaneamente, para o mesmo empregador, dentre outros requisitos e aspectos que estudaremos ao longo da presente dissertação.

Respeitando-se a individualidade de cada relação empregatícia protege-se um dos pilares de uma sociedade harmoniosa e justa: o princípio da isonomia.

Como reflexo do princípio constitucional da igualdade a paridade salarial, mostra-se como ferramenta para inibir os preconceitos e discriminações no âmago da relação de emprego, pois restará claro permitida percepção de salário distinto, desde que balizado em fundadas razões e justificativas.

Um desafio aos aplicadores do Direito é não cercear o desenvolvimento econômico dos empregadores, respeitando o poder diretivo, resguardando, entretanto, o direito dos trabalhadores ao salário equânime e digno.

Ao término do nosso estudo, após abordagem dos aspectos que envolvem a figura jurídica da equiparação salarial, teremos maior compreensão do impositivo constitucional e, por conseguinte, facilidade em aplicá-lo no dia a dia forense, como meio de efetivação da Justiça.

ABSTRACT

Equal pay is the institute that guarantees equal wages to the employees that practice the same tasks, simultaneously, for the same employer, among others requirements and aspects to be studied throughout this dissertation.

By respecting the individuality of each employment relationship it's possible to protect one of the pillars of a just and harmonious society: the principle of equality.

As a reflection of the constitutional principle of equality, the pay parity appears as a tool to inhibit prejudice and discrimination at the core of the employment relationship, as it will remain clearly allowed the perception of distinct salary, provided that based on substantial reasons and justifications.

A challenge to Law enforcers is not curtailing the employer's economic development, respecting the governing power, safeguarding, however, the right of workers to a fair and decent wage.

At the end of our study, after addressing the aspects involving the legal concept of equal pay, we will have a better comprehension around the constitutional imperative and, therefore, facility to apply it in the daily forensics, as a way to achieve justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
1.1. A origem e definição da Equiparação salarial.....	14
2 OS REQUISITOS À EQUIPARAÇÃO SALARIAL.....	18
2.1 Identidade de função.....	18
2.1.1 Denominação de Cargos.....	21
2.2 Mesmo Empregador.....	22
2.2.1 Trabalho Temporário e a Terceirização.....	22
2.2.2 Grupo Econômico.....	28
2.2.3 Fusão, Incorporação e Sucessão de empresas.....	30
2.2.4 Substituição e sucessão de empregados.....	31
2.3 Tempo de Serviço na Função.....	32
2.4 Trabalho de Igual Valor.....	33
2.4.1 Ônus da Prova.....	36
2.5 Mesma Localidade.....	36
2.6 Simultaneidade na Prestação de Serviço.....	38
3 TRABALHO INTELECTUAL.....	40
4 CARGO DE CONFIANÇA.....	43
5 FATOS IMPEDITIVOS À EQUIPARAÇÃO SALARIAL.....	45
5.1. Quadro de Carreira.....	45
5.2. Habilitação Profissional.....	46
5.3. Desvio de Função.....	48
5.4. Regimes Jurídicos Diferentes.....	48
5.5. Situações Peculiares do Paradigma.....	49
6 A EQUIPARAÇÃO SALARIAL FRENTE A DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHO FEMININO.....	52

7 A CONDIÇÃO DE TRABALHO DO ESTRANGEIRO DIANTE DA NOVA CONJUNTURA ECONÔMICA DO BRASIL	56
8 EQUIPARAÇÃO SALARIAL EM CADEIA E A ALTERAÇÃO DO INCISO VI DA SÚMULA 6 DO TST.....	59
9 CONCLUSÃO.....	62
BIBLIOGRAFIA.....	64

1. INTRODUÇÃO

A equiparação salarial está intimamente ligada ao princípio constitucional da igualdade, que em nosso ordenamento apresenta-se de forma ampla, com tríplice finalidade limitadora ao legislador, para que, na elaboração de leis e normas, a igualdade seja tida como norte, de forma a não criar diferenciações arbitrárias e abusivas, sob pena de criar normas inconstitucionais. A segunda limitação reflete-se sob o intérprete do Direito, em especial ao Poder Judiciário, para que, no cotidiano forense, interprete a norma de forma única e isonômica para todos os jurisdicionados. O terceiro aspecto limitador norteia a conduta do particular, que não pode agir de forma discriminatória e preconceituosa. Assim, o empregador deverá garantir aos seus empregados igualdade de tratamento, de oportunidade e de condições de trabalho.

A Carta Magna, que em seu artigo 7º, XXX, preceitua o princípio isonômico nas relações de trabalho. Assim, para os fins a que se propõe o presente trabalho, importante que se faça uma análise do artigo 461 e parágrafos da CLT, norma específica que dá concretude ao direito constitucionalmente garantido

O artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, balizado pelos parâmetros do artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, elenca os requisitos legais ensejadores da equiparação salarial, trazendo como pressupostos a identidade de funções, a identidade de empregador, a mesma localidade, o trabalho de igual valor e mesma perfeição técnica, o trabalho de igual produtividade e a identidade de tempo de serviço.

Todavia, para atingir a igualdade real é possível estabelecer critérios claros e objetivos no plano jurídico de forma a garantir no plano fático igualdade de oportunidade e possibilidade às pessoas que apresentam desigualdades.

Como preconiza a máxima jurídica trazida a nós por Aristóteles, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, a fim de admitir as diferenças para garantir igualdade de condições e vedar que sejam utilizadas como critério para contratação ou não de um profissional.

Nesse sentido, o que cumpre notar é o respeito à diferença de constituição física entre os homens e mulheres, sem que com isso se queira afirmar a prioridade

de um sobre o outro, pois por serem diferentes, em alguns momentos, deverão imperiosamente possuir direitos que anulem, ou pelos diminuam, as desigualdades.

A CLT traz em seu texto diversos dispositivos que refletem esse entendimento, quando trata da duração e condições do trabalho e da discriminação contra mulher.

Na seara trabalhista, em que o empregador tem poder diretivo e disciplinar, dos quais decorrem o dever de obediência, fidelidade e diligência do empregado, impor limitações às liberdades do empregador têm por objetivo a igualdade de condições sociais, de metas a serem alcançadas.

Nesse contexto de criação de critérios objetivos para proporcionar a todos igualdade de oportunidade de acesso ao mercado de trabalho e, ainda, de vedação a qualquer discriminação, é que está constitucionalmente inserta a equiparação salarial, quando a Constituição, em seu artigo 7º, XXX, consagra que a igualdade deve existir em relação ao salário, ao exercício de funções e a proibição de critério de admissão com base em predileções.

Em vários dispositivos que compõem os Direitos e Garantias Fundamentais (Título II da CF/88) está estampado o princípio isonômico. É o caso do "caput" do artigo 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...") e de seus incisos I ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição") e XLII ("a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), do "caput" do artigo 7º, que garante a trabalhadores urbanos e rurais os mesmos direitos, e de seus incisos XXX ("proibição de diferenças 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") e XXXIV ("igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso"). Esses dispositivos deverão nortear o pensamento ao longo do esta Dissertação.

Quando se assegura o tratamento isonômico, elide-se a discriminação. Traremos à baila alguns temas em que a discriminação, ainda, hoje, se faz presente de forma mascarada, seja na inferiorização do trabalho feminino (capítulo 6), trabalho estrangeiro (capítulo 7), ou no tratamento dado ao trabalhador readaptado. Afirmamos, desde já e com certeza, que os temas percorridos não esgotam as questões de discriminação no ambiente de trabalho.

O natural ímpeto capitalista que rege a relação de trabalho faz necessária a vigilância acerca da isonomia entre colegas de emprego garantindo a igualdade de salário. O instituto da paridade ou equiparação salarial vem como importante instrumento da moralidade e vedação à discriminação no trabalho. Apresentaremos aqui seus requisitos, suas excludentes, as recentes alterações, bem como algumas jurisprudências que ajudem a elucidar a teoria.

Diante disso, o objeto do presente trabalho traz o reflexo do princípio da isonomia e do instituto da equiparação salarial por identidade nas relações de trabalho, pretendendo demonstrar a lógica social de um princípio influenciador e informador das normas trabalhistas, que impõe a proteção do trabalhador face à subordinação que existe entre este e seu empregador.

1.1 A ORIGEM E DEFINIÇÃO DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Na economia liberal do século XIX, o salário era tido como preço pago por uma mercadoria qualquer. Em outras palavras, não havia qualquer controle pelo Estado em se estabelecer salário justo.

Assim, dada a absoluta liberdade do beneficiário do serviço para definir os salários, as desigualdades eram muitas e o pagamento não era, de forma alguma, proporcional ao trabalho executado.

Em 1919, com o Tratado de Versalhes, foi consagrado, dentre outros, o princípio de “salário igual, sem distinção de sexo, para trabalhos de igual valor”.

A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, e fazia parte da Sociedade das Nações.

Em 1945, após a II Guerra Mundial, e com a aprovação da Carta das Nações Unidas e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a OIT passou a ser vinculada à ONU.

Assim, a partir da Segunda Guerra Mundial, consolidou-se no mundo uma cultura de democracia, de pleno emprego e de proteção dos direitos fundamentais.

Várias declarações, pactos e convenções internacionais foram produzidos pelas Nações e Organismos Internacionais, sendo de se observar um traço comum a todos eles: a preocupação e o respeito ao princípio ético-jurídico da igualdade¹.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em 1948, em seu artigo XXIII, estabeleceu que a remuneração por trabalho igual deve ser idêntica, sem qualquer distinção.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) dedica ao tema “discriminação”, além de outros instrumentos, duas importantes convenções: 1) a Convenção nº 100, de 1951, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres para trabalho de igual valor; 2) a Convenção nº 111, de 1958, que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão.

As Constituições de praticamente todos os países consagram o direito à igualdade dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, repudiando a discriminação e os privilégios.

¹ LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_17/artigos/art_otavio.htm. Acesso em 15/05/2012.

No Brasil, a Constituição de 1988, logo em seu Preâmbulo, alude à igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, e traça como objetivo a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, incisos III e IV).

O princípio da igualdade em nosso ordenamento jurídico está expresso no *caput* artigo 5º da CF, que dispõe: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Essa frase afirmativa traz em seu seio vários aspectos que precisam ser compreendidos a fundo para se atingir o espírito desse princípio. Saltam aos olhos dois aspectos: o primeiro, a obrigatoriedade de tratamento isonômico a todos perante o ordenamento; e o segundo, a proibição à discriminação, diante do disposto “*in fine*”.

Entretanto, as situações fáticas nos mostram que se tratarmos todos igualmente, não alcançaremos a almejada Justiça, visto que nem todos são iguais. E dessa percepção, é que surge a máxima: “dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades”, ou seja, devem-se observar as minúcias de cada situação, e respeitar as peculiaridades e condições de cada indivíduo.

Muito bem colocada a distinção entre diferenciação e discriminação feita pelo Doutor Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

“A diferenciação visa exatamente a assegurar, além das aparências, a igualdade. A discriminação, a favorecer, a pretexto de diferenças, a desigualdade. A diferenciação é racional. Busca, no dizer de San Tiago Dantas, o ‘reajustamento proporcional de situações desiguais’. A discriminação é arbitrária. (...) **A diferenciação constitui meio para que o fim, a igualdade, seja alcançado.** Opõe-se à discriminação, isto é, à distinção arbitrária, em que o critério de diferenciação é inadequado, não se ajustando à finalidade colimada.”²

Transparente, portanto, que o tratamento desigual é apenas aparente, pois o escopo de analisar as diversidades de cada um é igualá-los no plano jurídico, concedendo oportunidades iguais aos “diferentes”, aí sim se atinge a isonomia.

² FERREIRA, Manuel Gonçalves Filho. **Estado de Direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999 p. 29.

Após o breve relato: que resultou no instituto da equiparação salarial, percebe-se, de maneira nítida, que é ferramenta garantidora da isonomia nas relações de trabalho, sedimentada no artigo 461 da CLT, *in verbis*:

“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.

§ 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.

§ 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.

§ 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”.

A equiparação salarial é um instrumento para retificação de possíveis abusos do empregador, entretanto, os limites do artigo celetista e a Súmula nº 6 do TST não afastam por completo a desigualdades salariais, devendo, então, sua interpretação e aplicação estar em consonância com a Constituição Federal, bem como com as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que após ratificação passam a ter natureza constitucional.

Assim ajustou a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho³, foi aprovado o seguinte no verbete 16,I :

I – SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

³ A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho realizada, em Brasília, em novembro de 2007, pela Anamatra, e o Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Diante de um leque de leis e normas importante conhecer e dominar os requisitos de aplicabilidade do instituto objeto de nosso Estudo. No decorrer dos capítulos dissecaremos o artigo 461 da CLT.

2. OS REQUISITOS Á EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Para uma correta aplicação do instituto da equiparação salarial necessário reconhecer cada requisito. Pois, em linhas gerais, para que seja reconhecida a equiparação todos devem estar comprovados, salvo algumas exceções: de peculiaridade do caso concreto⁴.

Verificado, então, os pressupostos para a isonomia, ou seja, a identidade de função com a mesma produtividade e qualidade; a identidade de empregador e de local de trabalho; e, por fim, a de tempo de serviço; em não havendo fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do empregado, força se impor a equiparação salarial.

Analisemos esses requisitos.

2.1 IDENTIDADE DE FUNÇÃO

No Direito do Trabalho não há distinção clara entre “cargo” e “função”, e como o artigo 461 da CLT menciona o termo “função”, e, sendo a identidade de função um dos requisitos necessário para configuração da equiparação salarial, emprestaremos as lições de Direito Administrativo: que define “cargo público” como sendo a distribuição de competência dos entes e órgãos públicos mediante Lei que atribui uma denominação própria às responsabilidades e funções específicas, para ser provido por um titular. Entendemos ser “função pública” as atribuições e responsabilidades exercidas pelos titulares dos cargos públicos. Logo, função pública é exercida por ocupação de um cargo público.

Portanto, pode haver função sem cargo, mas todo cargo necessariamente tem função. A qual deve ser interpretada como sendo a reunião dos atos e operações realizadas, multiplicidade de atribuições afins entre os funcionários, o que, de fato, traduz a realização de operações idênticas, que possuem natureza real.

⁴ Vide exemplo colacionado no item 2.5

São sujeitos da equiparação o “equiparando” e o “paradigma”. Denomina-se “equiparando” o empregado que postula pela equiparação salarial e “espelho” ou “paradigma” o empregado o qual se requer a comparação da função desempenhada e do salário percebido.

Estando claro o que é função, podemos dizer que se no cotidiano de trabalho, equiparando e paradigma exercem as mesmas atividades o empregador deverá pagar o mesmo salário, conforme determina a Súmula 6⁵, III, do TST:

“III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação”.

O artigo 461 exige identidade de função e não apenas similitudes das atividades. Para atestar a identidade de função deve-se verificar o desempenho simultâneo, pelo equiparando e paradigma do mesmo conjunto de tarefas e não apenas o exercício de algumas funções.

⁵ EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.11.2010) Res. 172/2010, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.11.2010.

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) 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) III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003) 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. (ex-Súmula nº 22 - RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970) V - 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) 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. (item alterado na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.11.2010) VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 - DJ 11.08.2003) VIII - 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) IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) 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)

Se o paradigma exercer atividades superiores ao equiparando, ainda que englobe todas as atividades do paragonado, ilidida está à equiparação, pois há a necessidade do exercício das mesmas funções.

Cumpre notar que não há necessidade, entretanto, de os empregados estarem sujeitos hierarquicamente aos mesmos chefes, ou de trabalharem nos mesmos turnos, basta executarem as mesmas funções.

Quanto ao horário de trabalho, a própria legislação criou normas de compensar o desgaste do trabalho em jornada noturna, conferindo, além da diminuição da hora de trabalho do empregado urbano⁶, o acréscimo salarial de 20% decorrente dessa situação.

Assim, se dois trabalhadores exercem as mesmas atividades, sendo um no período noturno e outro no período diurno, mas o valor da hora trabalhada for o mesmo, apenas com os diferenciais que a lei confere à jornada noturna, não há que se falar em equiparação.

No entanto, se o empregado que presta serviços em jornada noturna, além de receber o adicional legal, também possuir salário superior ao do empregado que presta serviços durante o dia, haverá violação do princípio da isonomia salarial, desde que preenchidos os demais requisitos do artigo 461 da CLT.

É o entendimento do Colendo TST:

⁶ Art. 73, CLT – Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna. (Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 9.666 , 28-08-46, DOU 30-08-46)

§ 1º – A hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos. (Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 9.666 , 28-08-46, DOU 30-08-46)

§ 2º – Considera-se noturno, para os efeitos deste Art., o trabalho executado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte. (Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 9.666 , 28-08-46, DOU 30-08-46)

§ 3º – O acréscimo a que se refere o presente Art., em se tratando de empresas que não mantêm, pela natureza de suas atividades, trabalho noturno habitual, será feito tendo em vista os quantitativos pagos por trabalhos diurnos de natureza semelhante. Em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem. (Parágrafo incluído pelo Decreto-Lei n.º 9.666 , 28-08-46, DOU 30-08-46)

§ 4º – Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste Art. e seus parágrafos. (Parágrafo reenumerado e alterado pelo Decreto-Lei n.º 9.666 , 28-08-46, DOU 30-08-46)

§ 5º – Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste Capítulo. (Parágrafo reenumerado pelo Decreto-Lei n.º 9.666 , 28-08-46, DOU 30-08-46)

“Não constitui fato impeditivo para a equiparação salarial, o fato de o reclamante e paradigma trabalharem em turnos diferentes, uma vez que restou comprovado, através de prova documental, que ambos exerciam a mesma função. Recurso de Revista conhecido e desprovido.” (Ac do TST, 5ª Turma, de 13.12.2000, no RR-366826/97, Relator Min. João Batista Brito Pereira).

Também não se exige que o grau de escolaridade entre paradigma e equiparando seja o mesmo. Como bem defende Sergio Pinto Martins⁷, “o fato de o reclamante ser “menos letrado” que o paradigma não impede o direito à equiparação salarial”.

2.1.1 DENOMINAÇÃO DE CARGOS

Não implica em identidade funcional a mera denominação do cargo. A lei não menciona igualdade de cargo, mas em identidade de função.

O cargo tem caráter formal e a função caráter real. Desta forma, a identidade ou a diferença de nomenclatura do cargo ocupado pelo equiparando e pelo paradigma não influi na aplicação do princípio isonômico.

Como o princípio da primazia da realidade é um dos pilares do Direito do Trabalho, a denominação dada ao cargo exercido pelo empregado é mero indício de que faz jus à equiparação, a comprovação da realização das mesmas funções é que se mostra essencial. É o que preconiza a Súmula 6, III, do TST.

Nesse sentido, bem elucida Sergio Pinto Martins⁸:

“Não se pode dizer que a identidade de funções deva ser plena ou absoluta, mas apenas que as atividades do modelo e do equiparando sejam as mesmas, exercendo os mesmos atos e operações. Se as partes envolvidas não exercem os mesmos atos e operações, não desempenham a mesma função. É desnecessário, contudo, que as pessoas estejam sujeitas à mesma chefia ou trabalhem no mesmo turno, mas, sim, que executem as mesmas tarefas. Motorista de caminhão e motorista de veículo de passageiros, v. g., apesar de serem motoristas, exercem misteres diferentes: um dirige caminhão e outro dirige veículo de passageiros. Não há como se equiparar o salário. O motorista de caminhão, para dirigi-lo, deve ter maior experiência, que é adquirida no manuseio de veículo de menor porte.”

⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 395.

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 290.

2.2 MESMO EMPREGADOR

É inadmissível a equiparação entre empregados de empresas diferentes, pois isso violaria o princípio da liberdade contratual.

O próprio *caput* do artigo 461 da CLT exige que o trabalho exercido pelo equiparando e paradigma seja prestado para o mesmo empregador.

Como mesmo empregador entende-se aquele que assume os riscos da atividade econômica, admitindo, assalariando e dirigindo a prestação pessoal dos serviços, tal qual prelecionado no artigo 2º da CLT, para o qual equiparando e paradigma prestam serviços sob dependência e subordinação.

Assim, havendo a constatação de consórcio empresarial, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica e sendo consideradas para a relação de emprego como solidariamente responsáveis a empresa principal e as subordinadas, é necessário considerá-las como única empresa para fins equiparatórios.

Assim, o fato de trabalharem em estabelecimentos distintos do mesmo empregador, não ilide a equiparação.

Adiante estudaremos a possibilidade de caracterizar o direito à equiparação salarial entre empregados de empresas tomadoras de serviço com empregados terceirizados ou temporários. Posteriormente, a probabilidade de assinalar como “mesmo empregador” as empresas que passaram por processo de incorporação, fusão e sucessão e nos casos de grupos econômicos. Sem a pretensão de esgotar as questões jurídicas de cada instituto.

2.2.1 TRABALHO TEMPORÁRIO E A TERCEIRIZAÇÃO

A contratação de trabalhador temporário ou mediante a terceirização deve seguir os preceitos legais para ser considerada lícita. Havendo irregularidades, comprovando-se a fraude, objetivando burlar as leis trabalhistas, caberá a equiparação salarial, se preenchidos os requisitos do artigo 461 da CLT.

Considera-se trabalho temporário aquele que é prestado por pessoa física a uma empresa para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal ou devido ao acréscimo extraordinário de serviços.

Aplica-se aos contratos de trabalho temporários o previsto na lei 6019/74 e o decreto 73.841/74.

Considera-se uma empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica, cuja atividade principal seja a de colocar trabalhadores para a prestação de atividades temporárias à disposição de outras empresas, sendo certo que esses profissionais são devidamente qualificados, remunerados e assistidos pela própria empresa de trabalho temporário.

O trabalhador temporário é aquele contratado por empresa de trabalho temporário, para prestação de serviço destinado a atender necessidade transitória de substituição de pessoal ou a acréscimo extraordinário de tarefas ocorridas em outra empresa.

No trabalho temporário existe a previsão legal assegurando ao trabalhador temporário remuneração *equivalente* a recebida pelo empregado da tomadora de serviço. Eis a letra “a” do artigo 12 da Lei 6019/74, *verbis*:

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;
(...)

Há quem defenda baseado no artigo supra a equiparação salarial em trabalho temporário. Vejamos:

“Em se tratando de trabalho temporário, regido pela Lei n. 6019/74, o empregado tem direito a remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente, independentemente das outras condições estabelecidas pelo art. 461 da CLT (TRT da 5ª Região, 1ª T., 1351/81, 30.11.81, DO 13.12.81, RO 2198/81, Rel. Juiz Rossalvo Torres).”⁹

⁹ Apud. MARQUES, Fabiola. **Equiparação Salarial por identidade no Direito do Trabalho Brasileiro**. LTR, 2001 p. 97.

Alguns doutrinadores utilizam a interpretação analógica da norma supramencionada nos casos de terceirização, quanto à remuneração equivalente, desde que os empregados da empresa fornecedora e da cliente pertençam à mesma categoria.

Maurício Godinho Delgado ¹⁰, valendo-se de analogia com o artigo 12, "a", Lei n. 6.019/ 74, explica que:

“A combinação de todos esses significativos preceitos constitucionais tem dado suporte à interpretação contemporânea de que a contratação terceirizada de trabalhadores não poderia, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalentes na empresa tomadora de serviços. Em virtude do parâmetro constitucional analisado, seria devido, em tais situações, o chamado salário eqüitativo, hábil a assegurar a correspondência não-discriminatória entre os respectivos profissionais. Note-se que a própria ordem jurídica regulamentadora da terceirização temporária sempre assegurou a observância desse tratamento antidiscriminatório, ao garantir ao obreiro terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária... (artigo 12, "a", Lei n. 6.019/ 74). Ora, se o critério já se estendia, de modo expresso, até mesmo à terceirização de caráter provisório, é lógico concluir-se que a ordem jurídica, implicitamente, consideraria aplicável o mesmo critério às terceirizações de mais longo curso, as chamadas terceirizações permanentes. De todo modo, se a reflexão sobre as normas infraconstitucionais ainda não fosse bastante para garantir o tratamento antidiscriminatório ao trabalhador terceirizado, a incidência dos preceitos constitucionais acima referidos inevitavelmente produziria essa consequência jurídica de natureza isonômica.”

O Professor Homero Batista Matheus da Silva considera incabível a aplicação análoga por não haver previsão legal e indicação de paradigma¹¹:

“Apesar dos esforços do art. 12 da Lei nº 6019/74, não é tão simples sua aplicação extensiva para outras hipóteses de contrato de trabalho. Lembre-se que a Lei do Trabalho Temporário parte da premissa de que a pessoa permanecerá por pouco tempo na empresa (três meses em média, o dobro se houver autorização do Ministério do Trabalho e Emprego) e seu intuito era substituir mão de obra efetiva momentaneamente afastada ou socorrer acréscimo extraordinário de serviços. Não há perspectiva de contrato de longa

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : Ltr, 2002, p. 786

¹¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado - v. 5**: livro da remuneração. Rio de Janeiro: Campus : Elsevier, 2009, p. 279

duração nem se pode dizer que a pessoa tomou lugar de empregado efetivo, crítica comumente associada aos malefícios da terceirização. Outro dado que desabona a aplicação ampla do art.12 para além da Lei nº 6019 diz respeito a natureza condicional do salário, isto é, o empregado auferir o salário 'equivalente' naquela empresa, mas, depois, deixa de auferir esse patamar quando estiver em outra empresa. Não há direito adquirido, mesmo que a nova colocação seja efetuada por uma única agência de empregos.”

Sobre o salário dos terceirizados a Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho aprovou o seguinte:

16, II – TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQÜITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

No que tange a equiparação salarial, malgrado posições divergentes, entendemos não ser possível, pois equivalência não é sinônimo de equiparação. E, ainda, sendo lícita a contratação: os empregadores são diferentes.

Mesmo assim, não se pode cogitar de equiparação salarial, nos moldes do artigo 461 da CLT, porque, interpretando-o literalmente - e essa é a posição jurisprudencial predominante - a isonomia encontra limitação aos empregados da mesma empresa.

O TST, inclusive, tem negado a equiparação, sob o argumento de que a empresa interposta não participa das negociações nos acordos normativos firmados pela tomadora e, por tal razão, não estaria obrigada ao cumprimento desses acordos.

O professor Godinho¹² assim conceitua Terceirização:

“O fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas

¹²Idem. Ibidem p. 430

pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.”

Para verificar se a terceirização é lícita, observa-se as diretrizes imposta pela Súmula 331 do TST:

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), 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Uma questão de muito conflito é a atividade em que a empresa pode empregar terceirizados. A Súmula regulamentadora especifica que somente a atividade meio da empresa pode ter mão de obra terceirizada. E o que vem a ser a atividade meio ? E a atividade fim?

Atividade fim é a atividade central da Empresa, é o que consta no contrato social, é a atividade que resulta a meta final, envolvendo a produção de bens ou a comercialização de bens ou serviços. Já atividade meio é o conjunto de atividades de apoio e complementação ao objeto empresarial. São atividades secundárias, como os serviços de limpeza e vigilância previstos na súmula.

Vimos, atualmente, terceirizar tudo. Qual a atividade-meio ou fim de um banco? Hoje, bancários vendem plano de saúde, seguro de carros, passagens aéreas. E atividades, em princípio, bancárias são conferida a terceiros, tais a compensação de cheques e o processamento de dados bancários (Súmula 239,TST). E todas essas atividades são exercidas sem estranhamento.

Já na indústria automobilística a indústria repassa a fabricação de várias peças, para diferentes terceirizadas, que devolvem as partes prontas. Passando, meramente, a serem montadoras de veículos. Essa situação vai de encontro a Súmula 331, TST?

Em entrevista a “Anuário da Justiça Brasil 2012”, o Ministro Pedro Paulo Manus defende um novo posicionamento, considerando a terceirização em atividade fim¹³:

“ Em determinados setores, é possível terceirizar atividade-fim sem precarizar. A indústria automobilística mostra isso. O critério ideal seria: a terceirização é legal quando o tomador não gerencia o trabalho do prestador. Se gerencia, cria vínculo. Do contrário, isso se chama locação de mão de obra”.

As transformações nas negociações e nas relações de trabalho acabam dificultando a fixação do que é atividade-fim, de forma a sedimentar uma definição legislada.

Ainda a terceirização padece de regulamentação, está tramitando no Congresso três projetos de lei: o PL 4302/98 – que defende a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Permitindo a terceirização para atividade fim; o PL1621/2007 – que estipula a responsabilidade solidária; e o PL 4330/2004 – estabelece uma regra mista: prevê responsabilidade subsidiária para empresas contratantes que demonstrarem que durante o contrato fiscalizaram as empresas fornecedoras de mão de obra e impõe a responsabilidade solidária nos casos de omissão.

Enquanto a regulamentação não sai do plano das ideias, os operadores do direito muito se têm debatido acerca da terceirização e na já citada Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho foi aprovado o seguinte no verbete 10:

TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

¹³ CANÁRIO, Pedro. Consultor Jurídico. **Dalazen é contra critério do TST para terceirização.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mai-28/dalazen-criterio-atividade-fim-nao-serve-definir-terceirizacao> Acesso em 15/09/2012.

Discordamos da posição enunciada na Jornada, nos termos do artigo 264 do código civil a responsabilidade solidária decorre da vontade das partes ou de imposição legal. Como até a presente data não há legislação regulamentadora da terceirização, não se pode estabelecer a responsabilidade solidária.

Diante de tantas circunstâncias e teses pendentes de pacificação, podemos afirmar, com parâmetro na lei celetista, que embora a atividade realizada pelo terceirizado seja uma tarefa ligada à atividade fim da terceirizante, caso não haja subordinação, não há que se falar em vínculo empregatício.

A contratação de terceirizados ou de trabalhador temporário deve ocorrer sob a égide da boa-fé, naturalmente, preservando a dignidade de trabalhadores que trabalhem lado a lado, garantindo o salário equivalente, conforme os preceitos legais aqui discorridos. Evitando que a forma terceirizada da contratação relegue o empregado a perceber salário inferior aos outros empregados da tomadora dos serviços, prática flagrantemente discriminatória.

2.2.2. GRUPO ECONÔMICO

Discute-se para fins de equiparação salarial se serão consideradas “mesmo empregador” as empresas pertencentes ao grupo econômico.

Entende parcela da doutrina que trabalhando o empregado em empresa que integra grupo econômico não ocorre razão para a isonomia salarial, vez que cada empresa possui características próprias, como rentabilidade, mercado e outras peculiaridades que acabam por repercutir na folha de salários.

No entanto, à luz do §2º do artigo 2º ¹⁴ da CLT, quando uma ou mais empresas com personalidade jurídica constituírem grupo econômico, para os efeitos da relação de emprego, todas são solidárias quanto a quaisquer responsabilidades trabalhistas, protegendo-se o obreiro contra o maior poder econômico do empregador, não devendo, desta forma, ser empecilho à equiparação o fato de

¹⁴art. 2º, §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.”

equiparando e paradigma integrarem quadros diversos, vez que, para o direito, a diversidade de empresas é considerada como um único organismo econômico.

Por essa razão, entendemos que deve ser considerado o grupo como sendo único empregador, tendo por base o disposto no artigo 2º, §2º da CLT, até porque o dispositivo não estabelece distinção entre as obrigações contratuais, e o respeito ao princípio da isonomia é sem dúvida uma dessas obrigações.

Sérgio Pinto Martins¹⁵ também concorda com a possibilidade de equiparação salarial, mas, faz uma ressalva pertinente:

“A única restrição que fazemos é o fato de haver diferença de categorias dentro do grupo, por exemplo: um empregado é bancário e o outro é securitário, quando a diferença decorre inclusive da jornada de trabalho prevista pela lei (seis horas para o primeiro, oito horas para o segundo), além de cada um ser vinculado a sindicato diverso. É preciso, portanto, que o empregado e paradigma prestem serviços a empresas que tenham a mesma atividade econômica para haver a possibilidade de equiparação, isto é, tenham o mesmo enquadramento sindical. Atendidos também os demais requisitos do artigo 461 da CLT, a equiparação salarial será devida”.

O previsto na Súmula 129 do TST apóia nosso entendimento de que para fins trabalhistas é presumível o grupo econômico, ao determinar: “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”.

Em contrapartida, o empregado não pode negar à prestar serviços em qualquer das empresas do conjunto empresarial, estará sujeito ao poder diretivo do grupo como um todo, receberá mais ordens, terá mais metas, mais obrigações.

Com o cancelamento da Súmula 205, na fase de execução é que aparece o avanço ao se constituir o empregador único. Havendo nos autos fortes indícios do grupo econômico, a execução poderá recair sobre qualquer das empresas, ainda que não tenha participado da fase de conhecimento (ao se considerar o grupo, presume-se que o contraditório tenha sido exercido pela empresa que aparece no pólo passivo). E se a empresa executada for estranha à lide caberão os embargos de terceiro ou os embargos à execução.

¹⁵MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 288.

2.2.3 FUSÃO, INCORPORAÇÃO E SUCESSÃO DE EMPRESAS

Como já analisado em outros tópicos, a equiparação salarial somente se faz possível quando o equiparando e o paradigma prestam serviços ao mesmo empregador.

No entanto, existem situações em que uma ou mais empresas se unem ou se associam, ou, ainda, são sucedidas por outra. Tais fatos geram a fusão, incorporação ou sucessão de empresas.

Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Já a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Ou nas palavras de Amador Paes de Almeida¹⁶:

"Pelo processo da incorporação uma ou mais sociedades são absorvidas pela incorporadora, permanecendo inalterada a identidade desta, que, por via de consequência, assume todas as obrigações das sociedades incorporadas".

Na situação de fusão ou incorporação de empresa o empregador passa a ser o mesmo, assim, observado o requisito temporal, será devida a equiparação.

Acerca da incorporação defende o professor Amauri Mascaro Nascimento¹⁷, que a empresa adquirente não estabeleceu os salários na empresa incorporada, logo como o fundamento da disparidade salarial não é a discriminação, a paridade salarial não seria cabível.

Além dos casos previstos acima, pode ocorrer, ainda, a sucessão de empregador quando um estabelecimento de uma determinada empresa passa a ser controlado por outra empresa.

A doutrina trabalhista trata como sucessão também a troca de titularidade da empresa, isto é, a troca de sócios de uma sociedade ou a do titular de firma individual.

¹⁶ ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das Sociedades Comerciais**. 19ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p 55.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro 1932-. **Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula 6 do C. TST**. Revista LTr. São Paulo, a. 71, t. II, n. 9, p. 1031-36, set. 2007.

Ocorrendo sucessão de empregador, os direitos dos empregados não sofrem nenhum tipo de prejuízo, permanecendo válidas todas as vantagens adquiridas, seja por previsão contratual, no regulamento interno ou por concessões não previstas em quaisquer documentos, mas concedidas de forma reiterada pelo empregador sucedido.

Na sucessão de empresas, o tempo de serviço que o empregado exerceu a função na empresa sucedida será considerado, já que a alteração da estrutura jurídica da empresa não influi nos contratos de trabalho.

2.2.4. SUBSTITUIÇÃO E SUCESSÃO DE EMPREGADOS

Quanto ao empregado que substitui outro que auferia maior salário, sendo sua duração certa e afastada a eventualidade da substituição, o empregado substituto tem direito à contraprestação econômica idêntica a do empregado substituído, encontrando amparo a pretensão no tutelado no artigo 5º da CLT, que assevera que *a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual*.

Importante verificar o preceituado no artigo 450 da CLT que delineia as condições para a substituição de cargos em comissão, denotando que exercida interinamente ou em regime eventual ou temporário, é garantida somente a contagem do tempo naquele serviço, como também, retorno ao cargo anterior, passando ao largo o dispositivo quanto à remuneração do empregado substituto.

Agora, se o empregado substitui colega, durante as férias, ou em caso de licença médica, terá direito a perceber complemento salarial de forma a equiparar os salários, enquanto durar a substituição. Sobre o assunto o Colendo TST, na Súmula 159, dispôs que *“enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”*.

Por maior que seja o tempo de duração da substituição, o empregado substituto fará jus ao salário do substituído, contudo, não chegará a obter a efetividade no cargo do substituído.

No entanto, na hipótese de o empregado ser chamado a ocupar cargo definitivamente, não havendo, por óbvio, substituição e sim, sucessão, não há direito a qualquer equiparação salarial. E não poderia ser diferente já que, por falta de

paradigma, revela-se impossível o confronto paralelo das funções exercidas pelo paradigma e paragonado.

Na sucessão é permitido ao empregador pagar salário menor ao que era pago ao empregado sucedido. É o que se depreende do item II da Súmula 159: “Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor”.

Ainda no tocante a substituição, o artigo 473 da CLT, que trata das faltas justificadas, enumera hipóteses em que a substituição assume o caráter eventual, obstando desta maneira a equiparação de salários, tais como, a falta ao serviço até três dias consecutivos, em virtude casamento, falecimento de cônjuge, ascendente, descendente e afins ou pelo tempo que se fizer necessário quando tiver que comparecer em juízo, dentre outras.

2.3 TEMPO DE SERVIÇO DA FUNÇÃO

O artigo 461, § 1º da CLT, já transcrito anteriormente, define que o trabalho de igual valor é aquele que, além dos requisitos de produtividade e qualidade iguais, sejam prestados por pessoas cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a 2 anos. Desta forma, se entre o equiparando e o paradigma houver diferença de tempo de serviço superior a 2 anos, justifica-se a disparidade salarial.

Ao estabelecer esse requisito o legislador criou a presunção legal de que o empregado que exerce há mais tempo a função executa as atividades com maior competência e melhor desempenho o que justifica um salário diferente.

Há quem entenda que o requisito temporal é legitimador da disparidade salarial devido à lealdade demonstrada pelo empregado ao empregador por permanecer no emprego por mais de dois anos.

A lealdade, em nosso ponto de vista, está atrelada ao cargo de confiança e não ao empregado que se exige produtividade.

A jurisprudência do STF fixou o entendimento de que a contagem do referido tempo será feita no exercício da função e não no emprego:

Súmula 202. Na equiparação de salário, em caso de trabalho igual, toma-se em conta o tempo de serviço na função, e não no emprego.

Entendimento que o TST também acompanhou:

Súmula. 6 Quadro de Carreira - Homologação - Equiparação Salarial II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.

Considerando as súmulas acima e, também, que o artigo 461, § 1º não faz ressalva que o tempo na função deve ser no mesmo contrato, podem ser computados, na somatória dos dois anos, períodos descontínuos, uma vez a experiência adquirida na função não pode ser ignorada.

Nesse sentido aponta a jurisprudência:

“Recurso de Revista. Equiparação salarial. Soma dos períodos descontínuos. O § 1º do artigo 461 da CLT é expresso ao estabelecer que a diferença de tempo de serviço na função entre o paradigma e o equiparando não pode ser superior a dois anos. Não faz, contudo, menção à necessidade da continuidade do contrato, inclinando-se a jurisprudência desta Corte pelo cômputo dos períodos descontínuos. Recurso de Revista a que se nega provimento.” TST. Dec.8.1.2000.RR n. 410.237/1997, 4. Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen. Dj 1.12.2000, p.798.

Em outras palavras, o referido interregno deve ser contado considerando o efetivo exercício da função, e não o tempo na relação de emprego, sendo, desta forma, possível um empregado pleitear eventual diferença salarial em decorrência de equiparação com outro trabalhador que, apesar de possuir mais de dois anos de empresa, não tenha tempo superior a dois anos na mesma função.

2.4 TRABALHO DE IGUAL VALOR

O trabalho de igual valor¹⁸ deve ser entendido como aquele que for realizado com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica entre empregados cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a dois anos, conforme preceitua o parágrafo 1º do artigo 461 da CLT.

¹⁸ A OIT, ao tratar da remuneração igualitária para homens e mulheres que exerçam trabalho de igual valor, convencionou que havendo avaliação objetiva, elidida a discriminação (artigo 3, da Convenção n. 100). A discriminação ao trabalho feminino é assunto do capítulo 6.

Como bem explica Fabíola Marques¹⁹:

“a noção de trabalho de igual valor está intimamente ligada à identidade de função, complementando essa ideia 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”.

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

Assim, para a caracterização do trabalho de igual valor, há a necessidade da presença de dois requisitos, quais sejam: identidade quantitativa e identidade qualitativa. Se os dois requisitos não coexistirem, não será possível a verificação da equiparação salarial.

Por identidade quantitativa entende-se a produtividade do empregado. O termo “produtividade” deve ser entendido como capacidade de trabalho, diferente de “produção”, que revela o resultado final do processo.

Na aferição, todos os aspectos (que podem influenciar na produtividade) devem ser verificados, porque empregados com a mesma capacidade produtiva podem chegar a resultados quantitativos distintos, conforme as especificidades das condições de trabalho, por exemplo, se um dos comparandos utiliza instrumentos e ou ferramentas de tecnologia muito superior ao do outro.

Já a identidade qualitativa diz respeito à perfeição técnica, ou seja, a qualidade do resultado ou produto do exercício na função.

Quanto à questão da assiduidade interferir ou não na produtividade, a ponto de impedir o direito do empregado à equiparação salarial, isso é ponto de celeuma na doutrina nacional.

Para Alice Monteiro de Barros²⁰, “a assiduidade ou pontualidade do empregado não poderá ser vista como fator de produtividade desigual, podendo configurar um comportamento desidioso passível de punição disciplinar”.

¹⁹ MARQUES, Fabíola. **Equiparação Salarial por identidade no Direito do Trabalho Brasileiro**. LTR, 2001 p. 67.

²⁰ BARROS, Alice Monteiro. **Isonomia Salarial**. In Revista Nacional do Direito do Trabalho, p. 26

Mesmo entendimento de José Luiz Ferreira Prunes²¹, para quem “se o empregado não comparece ao serviço sem justificativa, poderão ser impostas a ele medidas disciplinares, nunca, porém, a disparidade salarial”. Essa posição também é defendida por Fernando Américo Veiga Damasceno e Márcio Túlio Viana.

Em sentido contrário, Amauri Mascaro Nascimento²² entende que assiduidade é um elemento para verificação da produtividade.

De igual entendimento era o saudoso Octávio Bueno Magano²³, para quem a ideia de se medir a capacidade de produção do empregado deve levar em conta todas as circunstâncias que possam influir no resultado, “inclusive a assiduidade de cada empregado”.

Arnaldo Sussekund²⁴ vai mais longe e sustenta que “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”. Para ele, a produtividade deve ser entendida de acordo com os serviços que o empregado se obrigou a prestar em todas as jornadas de trabalho.

Ficamos com essa corrente, pois a nosso ver, o empregado faltoso não tem a mesma produção que o empregado assíduo e o fato de ter descontado os dias que não foi trabalhar, não impede a percepção de um salário menor que o de um funcionário assíduo e com produção superior.

O que interessa ao empregador é o resultado do trabalho. Se o empregado possuir maiores possibilidades produtivas que outro e não a usar em prol da empresa, não trará qualquer vantagem ao empregador. Portanto, na aferição da identidade produtiva é necessário relacionar a faculdade de produzir com a quantidade efetivamente produzida. Os dois fatores não podem ser analisados separadamente.

²¹PRUMES, José Luiz Ferreira. **Princípios Gerais da Equiparação Salarial**: doutrina, jurisprudência. São Paulo: LTr, 1997 p. 138.

²²NASCIMENTO Amauri Mascaro. **O Salário**, Ed Fac-Similada. São Paulo : LTr, 1996, p. 238.

²³MAGANO, Octavio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**. V.II, 3ª Ed. São Paulo : LTr, 1992, p.272.

²⁴Arnaldo. Et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. V.I 18ª edição. São Paulo: LTr, 1999, p. 413.

2.4.1 ÔNUS DA PROVA

Cabe ao empregador aduzir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito à equiparação salarial, não devendo, porém, tal disposição ser entendida como inversão do ônus probatório, posto que é aplicável somente ao passo que o empregado provar o fato constitutivo do seu direito, isto é, o do exercício da mesma função nos moldes do artigo 461.

Em outras palavras, será do empregador o ônus da prova do valor desigual, por deter o controle da produção de suas máquinas e de seus empregados individualmente, e também de controlar a qualidade de seus produtos de maneira que possibilite a comparação da produção e qualidade de desempenho entre os empregados que pleiteiam a equiparação, embora que trabalhem em turnos diferentes.

Será, também, da empresa o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos do direito à equiparação salarial, como a existência de quadro de carreira, ou de paradigma readaptado.

É do autor o ônus de provar a identidade funcional em simultaneidade com o paradigma – fato constitutivo de seu direito e pressuposto básico de sua pretensão – conforme preceitua o artigo 818 da CLT²⁵.

2.5 MESMA LOCALIDADE

Consoante a jurisprudência dominante, a expressão “mesma localidade” deve ser tida como “mesmo município”, porém, tal inteligência dá azo a injustiças, carecendo ser utilizada com parcimônia, sendo mais razoável verificar, no caso concreto, a realidade geoeconômica a qual paradigma e equiparando vivenciam. Havendo identidade entre estas, nada obsta, por residirem em municípios distintos, que o reclamante tenha reconhecido o seu direito ao mesmo salário.

A CLT não é precisa quanto ao conceito de localidade e muito se discutiu acerca do assunto. Para alguns autores seria o mesmo estabelecimento. Mas, a princípio, mesma localidade seria o mesmo município.

²⁵ Art. 818, CLT – A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Com isso, o TST no inciso X, da Súmula 6, dispôs:

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.

Ainda, a Orientação Jurisprudencial 252 da SDI-I do TST²⁶ considera que o conceito de “mesma localidade” refere-se em princípio ao “mesmo município”, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.

Sérgio Pinto Martins²⁷ preconiza que:

“(...) futuramente, a lei dissesse que equiparação salarial poderia se dar numa mesma região geoeconômica ou até mesmo na empresa, em se tratando de empregador que possui filiais em Estados diversos”

Realmente, uma situação a ser ponderada: dois empregados com qualificações técnicas iguais, que realizam as mesmas tarefas para o mesmo empregador, com mesma produtividade e perfeição técnica. Não deveriam receber o mesmo salário? Mesma localidade, não deveria ser considerada: mesmo país? Aceitar que um nordestino perceba salário menor que um paranaense, sendo que comprovadamente tenham as mesmas funções, unicamente, sob o argumento de que o “custo de vida” no nordeste é mais barato, não é discriminar? Não é perpetuar a diferença socioeconômica entre as regiões Brasil? Considerando que a contraprestação de ambos os empregados para com empresa é igual, o pagamento de salários desiguais, não seria forma de enriquecimento ilícito?

Para todas as questões acima, respondemos afirmativamente. E assim, consideramos que cada caso deve ser analisado individualmente, a critério do melhor julgamento do magistrado, sob o corpo probatório dos autos, para que os requisitos do artigo 461 celetista não se sobreponham sobre os princípios da isonomia e da dignidade humana e, conseqüentemente, da própria justiça. Para corroborar, ressalta-se que o texto da súmula traz a expressão “em princípio” e o

²⁶ OJ n. 252 da SBDI-1 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”.

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 293.

termo “ou”, o que demonstra que a intenção do TST em direcionar a interpretação e não estabelecer forma taxativa. Para exemplificar colecionamos o seguinte julgado:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. CONCEITO "MESMA LOCALIDADE". MAQUINISTA. No pleito de equiparação salarial, deixa de ser relevante, como aspecto de diferenciação entre postulante e o paradigma, o conceito "mesma localidade" na prestação de serviço, restrito apenas ao aspecto geográfico, quando verificado que ambos os obreiros exercendo a função de maquinista, prestavam serviços ao longo da mesma linha férrea, passando, em certos trechos, pelos mesmos municípios. (TRT-3ª Região- Ac. 7ª Turma. Rel. : Juíza Alice Monteiro de Barros. Julgado em 16.3.2006).

Caminhou muito bem a Professora Alice Monteiro de Barros ao desconsiderar o requisito “da mesma localidade”, visto que não influi diretamente no exercício da função, quando da realização das tarefas inerentes ao cargo percorre-se várias localidades.

2.6 SIMULTANEIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Para que seja possível a equiparação salarial, é necessário que haja o elemento da simultaneidade na prestação de serviços, ou seja, equiparando e paradigma devem ter trabalhado juntos em alguma oportunidade.

Isso porque, para fazer jus à equiparação salarial, deve-se comprovar o trabalho de igual valor e para que haja comprovação é necessário comparar a execução de tarefas dos dois obreiros. Assim, mister que tenham trabalhado juntos em algum período do contrato, ainda que no tempo do pleito não trabalhem mais. É o que diz a Súmula 6, IV, do TST:

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.

Caso não haja simultaneidade na prestação de serviços, mas sim sucessividade²⁸, em que um ocupa cargo deixado vago pelo outro em definitivo, seja pela rescisão contratual ou promoção, não é o caso de equiparação salarial.

Na sucessão o empregador poderá fixar para o novo ocupante do cargo o salário que for conveniente para empresa, sem violar o princípio da isonomia. Pois, está no exercício do direito de liberdade contratual e gerenciamento empresarial.

²⁸ Vide item 2.2.4.

3. TRABALHO INTELECTUAL

Quanto ao trabalho intelectual cabem algumas ponderações, ante ao fato de que o desempenho da função intelectual, artística ou de habilidades específicas, envolve fatores imensuráveis, de cunho personalíssimo que influem na realização do trabalho, tais como: a personalidade do indivíduo, sua cultura, conhecimento, estilo profissional, que tornaria a configuração da equiparação muito difícil.

No trabalho intelectual, artístico, a fama é fator relevante, instrumento do trabalho, não exclusiva ao meio artístico e musical, cada segmento possuem seus nomes famosos, como o jornalismo, os cursinhos preparatórios, o gastronômico, o esportivo e tantos outros.

Ninguém estranha um clube de futebol pagar ao seu elenco salários com diferenças de milhões. Um craque (que desde criança apresenta um talento) e que ao chegar ao clube apenas busca o entrosamento com os demais atletas receberá um salário vultoso, enquanto no restante do grupo os salários também serão dispares.

Todos consideram plausível um prato servido por Alex Atala²⁹ custar mais caro, que o servido num restaurante de bairro, ainda que contenham os mesmos ingredientes, por considerarem fator preponderante talento e fama.

Entretanto, sendo estipulados padrões, condições e critérios claros e objetivos que possibilitem a verificação dos requisitos do artigo 461 da CLT, a equiparação deverá ser determinada, conforme a Súmula 6, VII, do TST:

“VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de **trabalho intelectual**, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos” (grifos nossos)

Ao nosso entender, o que o dispositivo supra elidi é a presunção de que qualquer profissão, tais como: contadores, webdesigner, pedreiros e outros ofícios que envolvam raciocínio lógico, soluções de problemas, que incluam o trabalho intelectual, afastassem a paridade salarial, sob o argumento do livre pensamento intelectual e artístico. Assim, pensa o Magistrado Homero Batista:

²⁹ Alex Atala é chef de cozinha brasileiro: segundo a lista *World's 50 Best Restaurants* de 2012

“O simples fato de a atividade abarcar o predomínio de funções intelectuais não é o bastante para neutralizar a chance de equiparação salarial. As provas serão mais complexas de parte a parte, mas na há de ser descartada liminarmente a pretensão³⁰”

Vejamos o seguinte exemplo: Um colégio que adota o sistema de apostilas, em que o conteúdo da apostila recebe o título: “aula 1” e ainda, exige dos professores que a “aula 1” seja ministrada na primeira aula/data; “aula 2”, na segunda aula/data, e assim sucessivamente. Esse cronograma permite estabelecer que em “x data”, “x” conteúdo lecionado. Assim, dois professores de física, poderiam comprovar mesma produtividade; já a perfeição técnica, de modo precário, poderia ser analisada mediante as notas dos alunos.

Sopesando o exemplo acima, nota-se a impossibilidade de aferição por critérios objetivos, como determina a Súmula 6, VII, do TST : da perfeição técnica, há na pontuação do aluno embutido o esforço individual independente de como o conteúdo foi lecionado.

Na prática, não há como paragonar o valor do trabalho de um empregado dedicado, esforçado com outro empregado talentoso, a decisão recai sempre o empregador , e, diante do subjetivismo inerente, o pedido de equiparação salarial está fadado ao fracasso.

Entretanto, acreditamos que, teoricamente, uma vez comprovada a aptidão no desempenho das atividades contratadas e os demais requisitos exigidos pela norma consolidada, é possível a verificação da equiparação salarial, instituto que se aplica a todos os trabalhadores, sem distinção, não importando o nível de graduação, ou especialização do profissional, e sim, o preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 461 do texto Consolidado.

Aliás, este vem sendo o posicionamento do TST:

“Não há como, em tese, excluir a possibilidade de equiparação entre exercentes de atividade intelectual, pois o art.7º da Constituição Federal, em seu inciso XXXII, proíbe a discriminação entre o trabalho manual, técnico e intelectual. Excluir de plano a equiparação seria alijar parcela considerável do universo laboral quanto ao direito assegurado pelo art. 461 da CLT que, por sua vez, não faz a distinção pretendida. Cabe ao empregador, no caso de diferença de qualidade e perfeição técnica, mostrar a superioridade do paradigma

³⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado - v. 5:** livro da remuneração. Rio de Janeiro: Campus : Elsevier, 2009. p.293

em relação ao empregado que postula a equiparação, conforme prevê o § 1º do art. 461 da CLT” (Ac do TST, 4ª Turma, de 14.3.2001, no RR-319112/96, Relator Min. Ives Gandra Martins Filho).

Diante da proibição constitucional supramencionada, outra posição não caberia ao TST. A lei deve ser genérica para abranger um maior número de situações hipotéticas. Entretanto, apenas na análise de casos concretos será possível verificar se os empregados que exercem atividades intelectuais poderão ser comparados ou não, devido à grande complexidade da comprovação do direito à equiparação salarial somado ao elevado nível de subjetividade que envolve trabalho intelectual.

4. CARGO DE CONFIANÇA

Amauri Mascaro Nascimento³¹ explica que o conceito de empregado de confiança surgiu num projeto sobre jornada de trabalho apresentado à Conferência da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, em Washington.

De Plácido e Silva³² conceitua cargo de confiança como “aquele que, além de habilitação específica para o desempenho das funções, exige para seu exercício que o empregado possua a confiança do empregador”.

Por isso, em princípio, o cargo de confiança é incompatível com a equiparação salarial, pois a função de confiança envolve aspectos de efetivo exercício de cargo de gestão (poderes de mando, direção, substituição do empregador e autonomia nas decisões importantes; poder de agir como substituto do empregador), que impossibilitaria a comprovação de mesma função, mesma produtividade.

Com isso, à luz da boa-fé, não podemos esquecer o caráter personalíssimo do cargo de confiança, em que o empregado pratica atos e assume responsabilidades em nome do empregador, sob esse aspecto concordamos com entendimento de Nélcio Reis³³:

“A investidura nos cargos de confiança se processa com a exclusão dos dos de confiança técnica - por outras vias que o puro exame da capacidade profissional ou eficiência técnica. Mesmo nos de confiança técnica, o elemento profissional não é o único determinante da eleição patronal, como no lembrado caso do Caixa de Banco em que a empresa confia não só na competência profissional, como igualmente nos demais predicados de honestidade, vida privada incensurável, etc. Não nos parece possível, assim, determinar, com justiça, a existência da igualdade criadora da equiparação, porque são elementos psicológicos, morais, de foro íntimo, que não admitem confronto, como o vício, a virtude, a inteligência ou a estupidez. Assim sendo, nos filiamos à corrente dos que entendem que não cabe a equiparação salarial nos casos dos exercentes de cargos de confiança de qualquer natureza. (Contratos especiais apud Fernando Américo Veiga Damasceno, Op.cit., p. 58)”.

³¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O Salário**, Op. Cit. p. 242.

³²SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995 p. 296.

³³Apud. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 838.

Mas, considerando que em muitos casos a denominação “cargo de confiança” é atribuída, unicamente, para concessão do percentual a título da gratificação e não como salário, sob o qual incide verbas trabalhistas. Assim, cada situação deve ser analisada, como esclarecem os julgados a seguir:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL - FUNÇÃO DE CONFIANÇA - ISONOMIA SALARIAL DEVIDA. As instâncias ordinárias responsáveis pela análise do conjunto fático-probatório, concluíram pela identidade de função, mesma produtividade e perfeição técnica, tempo de serviço não superior a dois anos e mesma localidade. O fato de equiparando e paradigma exercerem cargos comissionados e, portanto, sujeitos à **reversão** (Art. 468, § único da CLT), não constitui óbice à equiparação, porque a lei não contempla referido requisito como causa excludente do direito à isonomia **salarial**”. (TST-E-RR-187.992/95 – Ac. SDI-1-4537/97- 22.9.97- Rel.: Min. Milton de Moura França).

EQUIPARAÇÃO SALARIAL - FUNÇÃO DE CONFIANÇA - ISONOMIA SALARIAL DEVIDA. O fato de equiparando e paradigma exercerem cargos comissionados e, portanto, sujeitos à **reversão** (Art. 468, § único da CLT), não constitui óbice à equiparação, porque a lei não contempla referido requisito como causa excludente do direito à **isonomia** salarial (4ª Turma nº RR-650790/2000, de 05 Novembro 2003 Recurso nº RO-502003/1990-000-04.00, Ponente Ministro Lelio Bentes Corrêa).

5. FATOS IMPEDITIVOS À EQUIPARAÇÃO SALARIAL

No mesmo artigo 461 da CLT estão descritas situações que elidem a concessão da equiparação salarial. Existindo tais situações, mesmo que preenchidos os requisitos já explicitados, não poderá ser deferida a equiparação salarial.

Informa o artigo supracitado que a equiparação salarial não será possível quando a empresa tiver quadro de pessoal organizado em carreira ou quando o paradigma indicado for um trabalhador readaptado em nova função, por motivo de doença física ou mental atestada por órgão competente da Previdência Social.

Abordaremos agora tais institutos.

5.1 QUADRO DE CARREIRA

O §2º do artigo 461 traz como fato impeditivo ao direito do empregado haver diferenças salariais, quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, sendo que as promoções deverão obedecer aos critérios da antiguidade e merecimento.

Salienta-se que tal fato não retira a competência da Justiça Especializada de apreciar reclamação de empregado que tenha por objeto direito fundado em quadro de carreira, consoante Súmula 19 do TST.

É orientação jurisprudencial do TST que o simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas.

Ainda, conforme a doutrina e o próprio Tribunal Superior do Trabalho, o empregador que arregimentar empregados sob quadro de carreira, deverá proceder a devida homologação do quadro junto ao Ministério do Trabalho, sob pena de invalidade do mesmo, inteligência expendida do Súmula 6 do Egrégio e que exclui de tal exigência as entidades de direito público, autárquicas, e fundacionais que têm a aprovação por ato administrativo da autoridade competente.

Por último, os critérios de merecimento e de antiguidade deverão ser aplicados alternadamente sob pena de invalidade. Quanto ao mérito da promoção,

não é passível de apreciação pelo Judiciário, pertencendo a sua avaliação de pleno direito à empresa.

Na prática poucas empresas adotam quadro de carreira. Atribuimos tal conjuntura, ao fato de a CLT exigir observância ao critério da antiguidade, pois qual empregador desejaria promover empregado somente pelo fato de ser o mais antigo?

Ademais, a certeza de que será promovido unicamente pelo decurso do tempo acarreta um acomodamento natural ao empregado.

É liberalidade do empregador adotar quadro de carreira, entretanto, se optar, deve seguir os critérios, de modo a garantir tratamento impessoal e isonômico aos seus empregados, pois o empregado que for preterido poderá ingressar com reclamação, bem como questionar o enquadramento ou reclassificação no referido quadro. É o que preconiza a Súmula 127 do TST:

“QUADRO DE PESSOAL ORGANIZADO EM CARREIRA - EQUIPARAÇÃO SALARIAL – RECLAMAÇÃO. 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”.

5.2 HABILITAÇÃO PROFISSIONAL

Quando o exercício de determinada profissão exige habilitação técnica especial, isto é, quando a função, por imposição legal, só puder ser desempenhada se o profissional for devidamente habilitado, a inexistência dessa habilitação obsta a isonomia.

Apesar de inegável que o conhecimento empírico é relevante, de modo que, em algumas circunstâncias, o trabalhador que exerce as tarefas reiteradamente se mostrar mais hábil que o recém formado de conhecimento apenas teórico. Não se pode defender um em detrimento do outro, ambos os conhecimentos são importantes e complementares. Defendemos que profissional de excelência é o que detém teoria e prática. Com esse propósito, muitos bacharelados exigem comprovação de empirismo para emissão de Diplomas e Certificados.

A exigência de habilitação profissional está intimamente ligada à atuação de Órgãos de Classe, aptos a regulamentar, orientar e promover programas de

Educação e Aperfeiçoamento profissional, bem como estipular a conduta ética inerente a cada profissão, fiscalizando a conduta desses profissionais e a prestação de serviços à Sociedade.

Preteritamente, fizemos algumas ponderações sobre discriminação, vale lembrar que a discriminação se materializa quando há diferenciação sem motivo plausível, o que não se encaixa no presente tema, já que o tratamento distinto decorre de norma.

Assim, propõe a OIT no item 2 do artigo 1 da Convenção 111: “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”.

Ainda, que exerçam as funções idênticas na empresa e a aferição dos resultados indique mesma produtividade, será indevida a equiparação, pela falta de qualificação específica, exigida por lei, tais como as que requerem as funções de médico, advogado e outros.

Esse é o entendimento do TST, exposto na OJ 296 da SDI-I:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ATENDENTE E AUXILIAR DE ENFERMAGEM. IMPOSSIBILIDADE. 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”.

Entretanto, para ofícios não regulados por lei, o Colendo TST admite a equiparação, Súmula 301:

DIPLOMA DE PROFISSIONALIZAÇÃO DE AUXILIAR DE LABORATÓRIO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei nº 3.999, de 15.12.1961, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade.

A lei mencionada na Súmula abarca regras para médicos e dentistas, estipula jornada de quatro horas; em seu artigo 5º estabeleceu patamar salarial de dois salários mínimos para os auxiliares. Com isso hospitais, passaram a contratar leigos para exercer as funções de “auxiliares”, com jornada de oito horas e pagando baixos salários a pretexto de que a lei não exigia qualificação.

Ressalte-se que o exercício irregular de uma profissão pode gerar, segundo a Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3688/41), multa de quinze dias a três meses de prisão ou multa. Se o impedimento decorrer de uma decisão administrativa imposta pelo Conselho profissional ou Ministério do Trabalho, segundo o Código Penal, o infrator pode sofrer detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos de prisão e multa.

5.3 DESVIO DE FUNÇÃO

Quando o empregador modifica as funções para as quais o empregado foi contratado ocorre o desvio de função, geralmente, designa atividades de maior complexidade, mais qualificadas, comportamento que enseja enriquecimento ilícito para o empregador.

O desvio de função não implica novo enquadramento, tampouco direito à equiparação, pois os comparandos não deveriam exercer as mesmas funções. O desvio funcional do emprego gera o direito ao pagamento das diferenças salariais, nos termos da OJ 125 da SDI-1 do TST:

“DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA. 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”.

5.4 REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES

O artigo 37, XIII, da Constituição Federal veda a equiparação de vencimentos ou a vinculação para a Administração direta, indireta e fundacional.

As sociedades de economia mistas estão sujeitas as regras de equiparação, não só pelo argumento pela exclusão do inciso supramencionado, mas por serem regidas pelas regras de Direito Privado.

Não há equiparação salarial entre: servidor estatutário e o empregado público, uma vez o regime jurídico a que estão sujeitos, são de natureza distinta, um está subjugado ao Estatuto e o outro à CLT.

5.5 SITUAÇÕES PECULIARES DO PARADIGMA

Ilidem a equiparação salarial as situações peculiares do paradigma, a exemplo: vantagens pessoais, o comissionista ou horista e a readaptação por motivo de deficiência física.

A Convenção n. 159, da OIT, versa sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes³⁴: tem por escopo assegurar um emprego adequado e oportunidade de integração ou reintegração das pessoas com deficiência nas sociedades.

Ainda nos termos da Convenção 159, o Estado ao ratificar deve de implementar uma política nacional, baseada no princípio da igualdade entre o trabalhador com deficiência e os demais trabalhadores, (sem excluir as medidas assertivas pertinentes a isonomia de oportunidade). A convenção impõe, a consulta entidades representativas das pessoas com deficiência, bem como, às organizações de trabalhadores e empregadores para implementação da referida política. O programa de readaptação de trabalhadores deve abranger o meio urbano e rural e para sua concretude o governo deve disponibilizar as pessoas com deficiência serviços de orientação, de formação, de colocação, de emprego ou de outras finalidades, bem adaptados as suas limitações.

O Brasil resguarda uma fatia do mercado de trabalho às pessoas portadoras de deficiências³⁵, além de estabelecer uma cota mínima de empregados portadores de deficiência ou readaptados, também, estabelece parâmetros para dispensa, nos termos do artigo 93, da Lei 8213/9.

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

³⁴ Organização Internacional do Trabalho. **Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/505>. Acesso em 14/09/2012.

³⁵ Há também garantido cota de ingresso em concursos públicos, conforme artigo 37 do Decreto 3298/99:

“Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.”

portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados: 2%;
- II - de 201 a 500: 3%;
- III - de 501 a 1.000: 4%;
- IV - de 1.001 em diante: 5%.

§ 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.

Seguindo no sentido de firmar o trabalhador no emprego, esse ano foi aprovada a portaria nº 835, de 25 de abril de 2012 de incentivo fiscal a obtenção órteses (objeto de auxílio a movimentos e funções) e próteses (membros artificiais, que substitui o membro amputado). Evidente, que com a aquisição desses objetos o trabalhador desempenhará com mais eficiência suas atribuições laborais.

Na CLT o artigo 461 fixa que o trabalhador readaptado em nova função, por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente não servirá de paradigma. O objetivo deste parágrafo é puramente social, tendo por escopo oferecer ao empregado readaptado a chance de reingresso ao mercado de trabalho, evitando o risco de desemprego.

Assim, conforme visão de Maurício de Carvalho Góes³⁶: “o empregador pode se valer novamente da mão de obra do empregado readaptado, agora em outra função, mas sem correr o risco de que este empregado torne-se paradigma para outros empregados.”

A ocorrência da readaptação por motivo de deficiência física refuta a equiparação, porque a remuneração percebida pelo readaptado está vinculada à função anterior e não a que passou a exercer em virtude da deficiência.

Neste tópico estamos explorando algumas situações peculiares ao modelo, cabe uma observação quanto à indicação de paradigma horista ou comissionista. O fato de não receberem salário fixo não obsta o pedido a equiparação, não será o rendimento total dos empregados passível de conferição. O que será analisado é o percentual que o empregador utiliza para os empregados. É exigido do empregador que aplique os mesmos parâmetros, atribua valores idênticos as peças, a hora e o mesmo índice as comissões, com isso o empregado sabe maior a produtividade, maior o rendimento no final do mês.

³⁶ GÓES, Maurício de Carvalho. **A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 81.

Em contrapartida, é admitida a diferença de percentual decorrente de sistemas diferentes de venda: à vista ou a prazo, na loja física ou pela internet.

Nos casos de remuneração variável a equiparação salarial o argumento analisado será a igualdade de chance que se oferece ao empregado.

Por seu turno, as vantagens pessoais, como recebimento de prêmios, abonos ou a incorporação de horas extras, a princípio, também, refutam a equiparação salarial, salvo se comprovada a intenção do empregador em utilizar institutos legais como os prêmios, de forma deturpada, ou seja, para beneficiar um empregado em detrimento de outro. Essa flagrante discriminação ensejará ao preterido direito a equiparação salarial.

Portanto, o que deve ser analisado é a presença concreta de situações ou condições de caráter personalíssimo do paradigma, entendimento corroborado no julgado infra:

“BANCO DO BRASIL S.A. e BACEN - O “adicional de caráter pessoal”, ao ser estendido a todos, ainda aos que não trabalhassem em jornada extraordinária ou que ocupassem cargo comissionado, perdeu a característica inicial e transformou-se em vantagem de caráter geral, sendo atraída, em consequência, pela equiparação salarial ampla reconhecida no TST-DC- 25/87. (TST - 3ª T. Ac. nº 2368/94 - Rel. Min. Mendes de Freitas - DJ 19.8.94 - p. 20.9.84)”.

6. A EQUIPARAÇÃO SALARIAL FRENTE A DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHO FEMININO

As mulheres entraram no mercado de trabalho em virtude de pós guerra (Primeira e Segunda Guerra Mundial), para suprir a escassez de mão de obra. Com o fim da guerra os homens voltaram a assumir os postos de trabalho. Entretanto, alguns voltaram mutilados ou inválidos para o trabalho, com isso algumas mulheres assumiram os negócios familiares.

Com a revolução industrial, a produção em grande escala absorveu a força de trabalho feminina, com grande carga discriminatória, aceita sob o argumento de que o homem sustentava a família, o que justificaria o salário maior.

No início dos anos 70 começaram os movimentos e discussões sobre a condição feminina. Em 1975, a ONU decreta “o ano internacional da mulher”. E ao longo da década, com o aumento do consumismo, o ímpeto de incrementar o orçamento doméstico, mulheres conseguiram transpor barreiras e a presença de delas no mercado de trabalho já não era vista como excepcional.

Na década de 80, surge no país a consciência sobre a discriminação e a necessidade de combatê-la, devido ao surgimento de inúmeros grupos, associações. A cidade de São Paulo, em 1985, sediou o “terceiro encontro Feminista Latino Americano e do Caribe”, provocou grandes repercussões em diferentes temáticas envolvendo a mulher.

Ao traçar, a trajetória da mulher no mercado de trabalho, ainda que em linhas gerais, nítida fica a inquietude social que o trabalho profissional feminino causou a sociedade. Depois de tanto debates, imprescindíveis para que haja regulamentação, ainda não atingimos a pacificação social acerca desta temática.

A discriminação ao trabalho da mulher é um assunto mundialmente debatido, de inquestionável relevância e, regulamentado há décadas, ora a reunião que resultou a Convenção n.100 da OIT ocorreu em 1951, para entrar em vigor em 1953, sendo que a ratificação pelo Brasil adveio em 1957. Ademais, nossa constituição é de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, não é espantoso, ainda hoje, 2012, que haja discriminação quanto ao trabalho feminino?

O que colocou o assunto novamente sob os holofotes sociais foi: a pesquisa apresentada pelo IBGE esse ano (2012)³⁷- elaborada ano passado- a análise evidencia que há discriminação ao trabalho feminino, que: o salário pago às mulheres com qualificação, independentemente da quantidade de anos de estudo, é sempre inferior ao homem.

A OIT, em seu artigo 1 da Convenção n.100³⁸, prevê a igualdade remuneração para homens e mulheres por trabalho de igual valor:

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.

A Convenção n.100 permite estipulação de remuneração diferente para, desde aferidas por critérios objetivos, não fundados no sexo, vejamos:

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.

³⁷ IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Mulher no mercado de trabalho: Perguntas e respostas**. Disponível em:

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Acesso em 15/08/2012.

³⁸ Organização Internacional do Trabalho. **Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/445>. Acesso em 14/09/2012

Para implantar políticas públicas, que confirmem eficácia as Convenções e recomendações da OIT, o governo utiliza dados fornecidos pelos Institutos oficiais como o IBGE. Há no Congresso Projetos de Leis (PLC130/2011 e PLS 136/2011) que versam sobre a discriminação ao trabalho feminino, ambos estipulam punição às empresas, que pagam salários inferiores às suas empregadas, quando elas desempenham atividades idênticas a de seus colegas do sexo masculino.

Especificamente, o PLC 130/2011 propõe alteração à CLT, acréscimo do § 3 do artigo 401:

“para determinar que considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional importará ao empregador multa em favor da empregada correspondente a 5 (cinco) vezes a diferença verificada em todo o período da contratação.”

Embora a Organização Internacional do Trabalho, a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho já proibam a diferença de salário entre homens e mulheres que exerçam a mesma tarefa, sob as mesmas condições e para empregador único, não há sanção fixada a quem descumpra o dever de paridade salarial legalmente imposto.

O argumento de que só há discriminação ao trabalho feminino, apesar de igual valor ao masculino, por falta de punição, não nos parece prosperar. No dia a dia forense, percebe-se que a grande dificuldade de comprovação da predileção fundada no sexo é o entrave a paridade entre homens e mulheres.

Não será a edição de novas leis que inibirão a discriminação. No ambiente de trabalho a constatação sempre será acobertada pelo receio do desemprego, tanto da vítima quanto pelos colegas, possíveis testemunhas.

O Instituto da equiparação salarial exige o preenchimento concomitante de todos os requisitos, por nós já comentados, não basta a simples verificação de igual valor do trabalho.

Obviamente, homens e mulheres são diferentes. Essas diferenças devem consideradas, mas não podem ensejar a predileção de gênero masculino em detrimento ao feminino. Para elucidar as diferenciações a luz do princípio da isonomia, colecionamos o seguinte trecho do professor Alexandre de Moraes:

“ (...) o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurda, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...). “

Dentro desse pensamento, admissível diferenciar o trabalho pesado de homens e mulheres, estabelecendo regras de ergonomia, estipulando carga máxima que cada gênero deve suportar, de forma a respeitar a especificidade de cada indivíduo, como faz a CLT nos artigos 198 e 390.

Essa é a postura das leis, normas e regulamentos, uma legislação com diferenciações positivas que garantam a isonomia. Cabe aqui uma observação, medidas protetivas inicialmente à mulher, deveriam ser estendidas aos homens sem obstáculos, como por exemplo: estipulação de licença paternidade, nos exatos moldes da licença maternidade, para o pai viúvo. Atualmente, diante dessa situação o pai tem como único meio o buscar o Judiciário, com todas as incertezas inerentes do caminho acionário.

7. A CONDIÇÃO DE TRABALHO DO ESTRANGEIRO DIANTE DA NOVA CONJUNTURA ECONÔMICA DO BRASIL

Uma forte crise econômica instalou-se no Mundo nos ultimos anos. O Brasil, ainda, com todos os problemas que conhecemos, parece um oásis de oportunidades, passamos a receber mão de obra estrangeira também sem qualificação, situação diametralmente oposta à vivida à época da consolidação das normas celetistas.

O capítulo II, da CLT, trata da Nacionalização do Trabalho, com o advento da Constituição de 1988, há quem entenda revogado. Neste capítulo discutiremos a questão.

O professor Adalberto Martins defende que não há incompatibilidade entre a alínea “a” do artigo 358 e o § 1º do artigo 461 da CLT:

“O disposto no art. 461 traduz proteção de caráter geral; e o art. 358 objetiva a proteção do trabalhador nacional. No primeiro caso exigem-se a identidade de função e prestação dos serviços na mesma localidade; no segundo exige-se que a função seja apenas análoga e não há restrição quanto a localidade. Contudo, devemos atentar para o fato de que não será considerado estrangeiro, para fins de aplicação do art. 358 da CLT, aquele residente no país há mais de 10 anos e que tenha cônjuge ou filho brasileiros e também os portugueses, a teor do art. 353 da CLT”³⁹

Equiparação por analogia é aquela inserta no artigo 358, da CLT, e refere-se aos casos em que se contrapõem trabalhadores brasileiros com estrangeiros, exercentes de funções análogas.

O referido artigo coloca o brasileiro sob uma esfera protetiva e mais benéfica face ao estrangeiro, pois para o brasileiro fazer jus a equiparação basta exercer função análoga ao estrangeiro, ou seja funções que tenham pontos iguais, já o artigo 461 exige identidade de função.

Assim, quando paradigma e equiparando forem nacionais a norma exige funções idênticas, no caso do modelo ser estrangeiro: o brasileiro teria direito à equiparação já com atribuições que se convergem em alguns pontos.

³⁹ MARTINS, Adalberto. **Manual didático de direito do trabalho**. 4. ed., atualiz. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p.205

Da análise sociológica da época, entendemos o porquê de normas protetoras aos brasileiros. Em 1930, a conjuntura econômica ameaçada pelo desemprego, pelo êxodo rural, pela entrada desenfreada de imigrantes, devido ao Pós-Guerra; e, aliada à política populista de Getúlio Vargas, levaram a edição do decreto n.19.482 de 12.12.30, conhecido como “lei de 2/3”, pois determinava que todas as empresas tivessem em seus quadros dois terços de empregados brasileiros natos.

Seguindo esse posicionamento, a Constituição Brasileira de 1934 definiu uma proporcionalidade com a percentagem mínima de brasileiros no serviço público e nos ramos do Comércio e Indústria. A Constituição de 1937 manteve e essa regra e acrescentou a vedação ao pagamento de salário inferior ao brasileiro que exercesse função análoga à de estrangeiro.⁴⁰ As Constituições seguintes de 1946 e 1967 também mantiveram os percentuais.

Enfim, a Constituição de 1988 determina “o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, desde que respeitado os requisitos profissionais exigidas por lei.

Nossa Constituição Federal veda qualquer discriminação ao estrangeiro quando dispõe no *caput* do seu artigo 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,(...):”

As únicas restrições que vigoram aos estrangeiros são aquelas previstas na própria Constituição, constantes dos artigos 37, I, 176, §1º, e 178, II, e artigo 222, e que versam acerca de questões intimamente ligadas a soberania do País, portanto, justificáveis, no nosso ponto de vista, a imposição de naturalidade.

Da análise das Constituições anteriores, bem como o estudo da Constituição atual, podemos afirmar que o Capítulo II da CLT, foi revogado. Nesse sentido, Sergio Pinto Martins, Valentin Carrion e Maurício Godinho Delgado.

O Brasil vive, atualmente, uma conjuntura de economia forte, situação em que está atraindo mão de obra barata de países vizinhos. Imigrantes ilegais que se sujeitam a tudo por uma oportunidade de emprego, sendo explorados e postos

⁴⁰ Artigo 9º Nenhum empregador, ainda que não sujeito à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste

muitas vezes a situações de escravidão. Como o noticiado amplamente pela imprensa⁴¹, sendo pela gravidade da questão objeto de estudo acadêmico aprofundado.⁴²

Acreditamos que, futuramente, o assunto será legislado, sob a égide da teoria tridimensional do Direito, que diz: primeiramente ocorre um fato, que mobiliza a sociedade para posteriormente, a fim de atender o clamor social: o Direito (poder Legislativo) regulamenta a situação fática.

Atualmente, o trabalho escravo, bem como, as condições dos estrangeiros tem sido objeto de CPI, na Câmara dos deputados, durante os debates a imputação de responsabilidade pela inobservância da legislação trabalhista, assim como o dever de fiscalização tem sido bastante discutidos.

Nesse íterim, de ausência de lei, os auditores fiscais do trabalho estão responsabilizando as empresas que contratam essas confecções clandestinas, principalmente, quando durante a fiscalização averigua-se que essas pequenas oficinas produzem exclusivamente para as contratantes.

Diante dessa situação, o Ministério do Trabalho e Emprego (M.T.E) quando desmantela essas oficinas com imigrantes ilegais para solucionar a situação desses trabalhadores, tem pactuado com as grandes empresas absorção dessa mão de obra na economia formal e estabelecendo vínculo empregatício.

Portanto, o cerne é coibir os abusos de empregadores, pólo mais forte da relação empregatícia pouco importa a nacionalidade do empregado.

⁴¹GLOBO. PROFISSÃO REPORTER. **Roupas baratas**. Exibido em 07/08/2012. Disponível em : <http://g1.globo.com/profissao-reporter/videos/t/programas/v/roupas-baratas-parte-2/2078543/>
<http://g1.globo.com/profissao-reporter/videos/t/programas/v/roupas-baratas-parte-1/2078547/>

Acesso:12_08_2012

⁴²CASARA, Marques. **Que moda é essa?** Disponível em: http://www.observatoriosocial.org.br/arquivos_biblioteca/conteudo/1895er10_6a17.pdf. **Acesso em:** 20/05/2012.

ZANELLA, Vanessa. As condições de vida e trabalho de costureiras em São Paulo: uma aproximação com migrantes bolivianas **Disponível em:** http://pucrj.academia.edu/VanessaZanella/Papers/1219113/As_condicoes_de_vida_e_trabalho_de_costureiras_em_Sao_Paulo_uma_aproximacao_com_migrantes_bolivianas. **Acesso em:** 20/05/2012

8. EQUIPARAÇÃO SALARIAL EM CADEIA E A ALTERAÇÃO DO INCISO VI DA SÚMULA 6 DO TST

Com frequência, na Justiça trabalhista, um empregado propõe ação requerendo diferenças salariais, pleiteando a equiparação salarial com um colega que tenha conseguido a majoração salarial decorrente de decisão judicial (que reconheceu a equiparação salarial com um terceiro), por diversas vezes um trabalhador, ao indicar um modelo, buscava indiretamente, - a equiparação salarial com um terceiro, quarto ou até quinto colega. Esses casos denominam-se equiparação salarial em cadeia ou equiparação salarial em cascata.

Em 16 novembro de 2010, em sessão do Pleno, foi alterado o inciso VI da Súmula 6 do TST(Resolução 172/2010). A alteração veio em boa hora, pois a antiga redação permitia interpretações dispares e conflitantes ao princípio isonômico, pilar do instituto da equiparação salarial. Vejamos a antiga redação :

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 ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.

Com base nesse inciso, em muitos casos, bastava juntar à petição inicial, cópia de uma decisão que determinava a equiparação, para que o juízo do postulante também reconhecesse o direito à isonomia salarial, num verdadeiro efeito cascata. Criou-se uma presunção e as empresas pouco podiam fazer, pois o juízo, diante da decisão colacionada aos autos considerava “tese jurídica superada” e não exigia a demonstração dos requisitos do artigo 461.

A nova redação aborda expressamente os casos de equiparação em cascata:

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. (grifo nosso, em destaque a alteração trazida pela Resolução 172/2010.)

Com a alteração os postulantes terão que provar que preenchem todos os requisitos do artigo 461 da CLT. O Professor Ricardo Resende vislumbrou uma hipótese que esclarece a nova redação do item VI da Súmula 6, destacamos a seguir ⁴³:

Ana trabalhou na empresa “Docinho Festas Infantis” entre fevereiro de 2004 e agosto de 2008. Beatriz trabalhou na mesma empresa, e na mesma função, entre março de 2005 e julho de 2008. Ao ser dispensada, Beatriz ingressou com ação trabalhista postulando a equiparação salarial com Ana, posto que presentes os requisitos legais. O pedido de Beatriz foi julgado procedente, tendo sido a empresa condenada a pagar as diferenças decorrentes da equiparação salarial.

Clara, por sua vez, trabalhou na mesma empresa no período de julho 2006 a janeiro de 2009, exercendo a mesma função que Ana e Beatriz. Com fulcro no disposto na Súmula 6, item VI, do TST, Clara ingressou com ação equiparatória, indicando Beatriz como paradigma, ante a decisão judicial em favor desta. Em sua defesa, a empresa alegou que Clara não atendia os requisitos do art. 461 da CLT em relação a Ana, tendo em vista a diferença de tempo de serviço ser superior a dois anos.

Clara teve sua ação julgada improcedente, uma vez que não atendidos os requisitos celetista em relação ao paradigma matriz: Ana.

O legislador celetista foi bastante criterioso, estabelecendo inúmeros requisitos para concessão do instituto da paridade salarial, entretanto, no cotidiano forense o acréscimo salarial advindo do benefício da equiparação estava sendo banalizado, como bem expõe um dos precedentes judiciais⁴⁴ que resultou na Resolução 172/2010:

Claro é que o legislador pretendeu, com o artigo 461, da CLT, consagrar o princípio da isonomia na esfera trabalhista, mais precisamente no que diz respeito ao salário. Ao determinar que o mesmo trabalho, feito com mesma produtividade e perfeição técnica, na mesma localidade, deve ser remunerado de mesma forma, buscou evitar protecionismos ou discriminações injustificadas.

⁴³ RESENDE, Ricardo. **Equiparação salarial em cadeia - nova redação da súmula 6 do TST.** Disponível em: <http://direitodotrabalhoaprova.blogspot.com.br/2011/01/equiparacao-salarial-em-cadeia-nova.html>. Acesso em 10/08/2012.

⁴⁴ E-RR n.40.840-66.2007.5.03.0109, Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 13.8.2010. Decisão Unânime.

Destaca-se que o legislador, no ímpeto de buscar a preservação do princípio da isonomia, foi bastante criterioso ao descrever vários casos específicos em que se justificaria a diferença salarial, como por exemplo o trabalho realizado em localidades diferentes ou com perfeição técnica diversa, a existência de quadro de carreira, ou a diferença de mais de dois anos de tempo de serviço. Isso porque os iguais devem ser tratados de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade.

Diante disso, penso que o pedido de equiparação salarial deve ser examinado com distinto cuidado, de modo a evitar eventuais equívocos e consequentemente injustiças e violação da lei.

(...)

Penso que a leitura da referida súmula, especificamente em relação ao caso da equiparação em cadeia, deve ser no sentido de que os pressupostos do artigo 461, da CLT, devem ser atendidos em relação a todos os integrantes da cadeia, ainda que não participantes do processo em questão, para, aí, sim, admitir-se o aumento salarial alcançado por paradigma em razão de equiparação salarial com um terceiro em outra demanda.

Ao nosso entender, caminhou muito bem o TST, pois privilegia os princípios da ampla defesa e do contraditório. E precipuamente, por trazer maior segurança jurídica aos dissídios, pacificando entendimento de que não basta a juntada de sentença que beneficiou o paradigma, mas sim a demonstração dos requisitos inerentes da equiparação salarial.

Como consequência a alteração da Súmula aliviará as instâncias superiores, ao passo que as decisões de primeira instância seguirão diretrizes claras e equânimes.

9. CONCLUSÃO

O princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal de 1988 é instituto com estreita relação com o direito laboral, posto que aplicável às relações trabalhistas de forma a propalar a igualdade entre os desiguais. Tal princípio se coaduna com o instituto da equiparação salarial.

A lei deve prever diferenciações positivas, pautada em critérios e métodos objetivos, a fim de igualar todas as pessoas no plano jurídico, garantindo idênticas oportunidades e em iguais condições.

No direito do Trabalho o instituto da equiparação salarial é regulado na CLT em três oportunidades: no artigo 358, artigo 460 e 461, e na Súmula 6 do TST. A preocupação do legislador e dos Tribunais é a proteção dos trabalhadores marginalizados, seja em função do sexo, idade, cor, estado civil ou nacionalidade. Com o escopo de garantir a isonomia aprendemos que trabalhos idênticos, com a mesma qualidade técnica sejam remunerados de forma igual.

Não basta, entretanto, a identidade funcional para a comprovação da equiparação salarial. São necessários também outros requisitos, tais como: a identidade de empregador; trabalho na mesma localidade, trabalho de igual valor e mesma perfeição técnica, trabalho de igual produtividade, e identidade de tempo de serviço.

Aprendemos que a produtividade de equiparando e paradigma deve ser avaliada entre empregados cujas diferenças de tempo de serviço não sejam superiores a dois anos. Isso se justifica porque a sensação de injustiça nasce quando há, lado a lado, empregados exercendo a mesma função e percebendo salário diferente.

Para que se reconheça o direito às diferenças salariais, o mais importante não é o cargo exercido pelo paradigma (referência do equiparando), e sim as tarefas desempenhadas por este, pois as tarefas executadas é que irão demonstrar a semelhança do trabalho realizado pelo equiparando e o paradigma, salvo situações específicas, como por exemplo, a exigência de habilitação profissional.

Ao longo do estudo sobre o tema “equiparação salarial”, percebemos que o instituto tem o escopo regular o ambiente de trabalho de forma a reproduzir nas

empresas um microcosmo da sociedade, assegurando ao empregado os mesmos direitos que possui como cidadão: direito ao tratamento isonômico, o direito a não ser discriminado, direito a ter sua dignidade preservada.

As ações práticas decorrentes da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego vão na direção de preservar a dignidade do estrangeiro que vem ao Brasil em busca de trabalho e uma vida proba.

Trabalho digno e decente é um trabalho produtivo num ramo de livre escolha para ser exercido em condições de segurança e igualdade, sem nenhuma forma de discriminação e com o recebimento de uma contraprestação pecuniária capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivam sob a guarda ou responsabilidade do trabalhador.

Com essas diretrizes, bem arraigadas no pensamento, nítida fica a necessidade de flexibilizar os critérios à equiparação salarial, quando a taxatividade for de encontro à Justiça e ao espírito da Lei.

Cabe ressaltar, que o empregador tem direito a dirigir seu negócio como melhor lhe parecer, incluído nesse direito a possibilidade de estipular salários diferentes, desde que as diferenças sejam em decorrência de fatos legítimos: como exercício de função de confiança, merecimento comprovado do empregado ao prêmio (que todos os empregados tiveram oportunidade de receber) e não como máscara à discriminação.

Coibir os abusos dos poderes do empregador é primordial num cenário capitalista com mão de obra abundante, que fragiliza a defesa de seus direitos pelo empregado, diante da necessidade do emprego.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das Sociedades Comerciais**. 19ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. – São Paulo : Ltr, 2002.

DERVICHE, Victor Rafael. **Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do Tribunal Superior do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Método, 2011.

GÓES, Maurício de Carvalho. **A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**. V.II, 3ª Ed. São Paulo : LTr, 1992.

MARQUES, Fabiola. **Equiparação Salarial por identidade no Direito do Trabalho Brasileiro**. São Paulo : LTr, 2001.

MARTINS, Adalberto. **Manual didático de direito do trabalho**. 4. ed., atualiz. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto, 1963-. **Comentários às súmulas do TST**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Comentários à CLT**. 11 Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Altas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O Salário**. Ed Fac-Similada. São Paulo : LTr, 1996.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. – São Paulo: Saraiva, 1997.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 11.ed. São Paulo: LTr, 2010.

PRUMES, José Luiz Ferreira. **Princípios Gerais da Equiparação Salarial: doutrina, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado - v. 5: livro da remuneração**. Rio de Janeiro: Campus : Elsevier, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 12ª edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 1995

SUSSEKIND, Arnaldo. Et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. V./ 18ª edição. São Paulo: LTr, 1999.

VIEIRA, Liliane dos Santos; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby (pref.). **Pesquisa e monografia jurídica na era da informática**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

Revista LTr. Vol nº04, Abril de 2011