

EQUIPARAÇÃO ESTRUTURAL

Vicente de Paula Maciel Júnior

O autor é Doutor em Direito pela UFMG; Pós-Doutor em Direito Processual pela Università di Roma – La Sapienza; professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, nos cursos de graduação e pós-graduação; Juiz do Trabalho Presidente da 28ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte

É preciso terceirizar a prosperidade e não a miséria. É fundamental equiparar a partir da prosperidade. A miséria iguala, ofende, avilta, revolta. Destrói ideologias e promove revoluções. A miséria não tem religião, difunde o desespero, enfraquece o corpo e aniquila a alma. Ela retira o que resta de dignidade. Impede qualquer compreensão racional porque ela é o moto contínuo do caos... Aqueles que lhe são indiferentes e lhe manifestam aversão e repugnância, conhecerão um dia sua face descarnada e seu profundo olhar inquietante. Aqueles que se preocupam com ela, talvez lhes restem culpa ou compaixão. Aqueles que fazem algo contra ela ao menos são capazes de compreender sua dimensão. VICENTE MACIEL Jr.

EMENTA: Este trabalho pretende examinar o tema da equiparação salarial na perspectiva da estruturação moderna da organização do trabalho pelo empregador. O tema da equiparação merece ser revisto a luz do novo modelo constitucional brasileiro e adaptado às novas condições e exigências impostas pelo modelo de produção, para que permaneça como eficaz instrumento jurídico contra as políticas discriminatórias de remuneração. A proposta abrange a identificação dos requisitos legais da equiparação salarial na nova sistemática de produção, que muitas vezes fragmenta as funções antes exercidas por um único empregado no intuito de descaracterizar e enfraquecer as conquistas alcançadas pelas categorias profissionais. O ponto central é a proposta de equiparação estrutural, que significa a possibilidade de a análise do fenômeno da equiparação ser identificado a partir da estruturação das atividades segundo as exigências do empregador, como forma de tipificar as situações fáticas no enquadramento legal do artigo 461 da CLT .

1. Introdução

Os homens são iguais? Eles merecem igual remuneração desde que se comportem de modo padronizado considerando as expectativas de condições de trabalho vigentes em determinado tempo? Quem tem mais tempo no trabalho tem mais direitos de quem nele entrou agora? A partir de quando eu posso pedir o direito de ser tratado igualmente, sem diferença de remuneração? O mundo globalizado comporta tratamentos diferenciados entre brasileiros e estrangeiros?

Essas questões não são novas e surgiram desde quando o Direito do Trabalho começou a ser reconhecido e universalizado como uma forma de reprimir a exploração do homem pelo homem(em razão da relação CAPITAL X TRABALHO), principalmente em função das péssimas condições de trabalho que surgiram após o fim da escravidão.

A mão de obra gratuita passa a ser remunerada, mas a preferência foi pelo trabalho da mulher e do menor, pelo fato de que ganhavam salários menores que os dos homens. Esses fatos mereceram coibição pelo Direito do Trabalho. Paralelamente a esse problema, a difusão das empresas de capital estrangeiro, em atuação em diversos países, chamou a atenção para a prática discriminatória segundo a qual a empresa estrangeira pagava salários maiores aos empregados oriundos de seu país sede, do que aqueles que pagava aos empregados do país onde a empresa atuava. (SUSSEKIND, 2005, p.429)

Diante da relevância do tema, surgiram tentativas de regulamentação da matéria, no intuito de criar parâmetros gerais de uniformização, destacando-se, por sua importância, o Tratado de Versailles, que em seu art.427, 7, dispôs sobre o “*salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho de igual valor*”. Em seu art.427, 8, o Tratado de Versailles sugeriu “*que as regras que em cada país se ditem, a respeito das condições de trabalho, deverão assegurar um tratamento econômico eqüitativo a todos os operários que residem legalmente no país*”.

Essa norma foi fonte de inspiração para as legislações de diversos países e em 1951 foi firmada a convenção n.100 a respeito da igualdade de remuneração para trabalho de igual valor entre homens e mulheres. Em 1958 foi aprovada a convenção 111 referente à discriminação em matéria de emprego e profissão. Ambas as convenções foram ratificadas pelo Brasil.

No direito positivo brasileiro a equiparação salarial por trabalho de igual valor foi concebida a partir do Decreto n.20.261, de 29.07.31, sendo uma decorrência dos objetivos perseguidos pela Revolução de 1930, no sentido de vedar o pagamento de salários maiores aos estrangeiros, quando eles trabalhassem em condições análogas a de um trabalhador brasileiro. Posteriormente o Decreto-lei n.1843, de 07.12.1939 manteve o princípio da equiparação, mas ainda com pertinência apenas à tutela do trabalhador nacional.(SUSSEKIND, 205,p.429/430)

Em um quadro comparativo do tratamento da matéria da equiparação salarial em sede constitucional poderíamos destacar a seguinte situação:

Constituição: 1934, art.121,§1º.

- adotou a isonomia salarial para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

Constituição de 1937

- omissa quanto ao tema da equiparação.

Constituição de 1946

- repetiu o dispositivo da constituição de 1934.

Constituição de 1967

- em seu art.165, III mencionou a proibição de diferenças de salários e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil.

Constituição de 1988

- em seu art.7º, XXX e XXXI, proíbe a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; bem como qualquer discriminação salarial em relação ao trabalhador portador de deficiência.

Na legislação infraconstitucional a CLT reconhece a equiparação salarial entre o homem e a mulher por trabalho de igual valor, no art.5. No art.461 estabelece um sistema geral para análise da equiparação, exigindo identidade de funções, independentemente do trabalho de igual valor. E no art.358 a CLT a equiparação tem como motivo a igualdade salarial entre o brasileiro e estrangeiro quando aquele exercer função análoga à deste.

É a partir desse quadro evolutivo da tutela ao trabalhador, desde a norma convencional internacional, passando pelas legislações constitucional e infraconstitucional que construiremos nosso raciocínio sobre o novo momento em que vivemos, tudo sem desprezar o sentido que vem sendo dado aos textos normativos pela jurisprudência pátria.

2 Os requisitos legais da equiparação salarial

2.1 Trabalho de igual valor

A palavra valor foi usada desde a Antiguidade para indicar a utilidade ou o preço dos bens materiais e a dignidade ou o mérito das pessoas, apresentando uma questão de conteúdo econômico. O seu sentido varia conforme sua utilização em outros campos de indagação, como na filosofia. ABBAGNANO, 1982, p.952-956

Para Fernando Américo Veiga Damasceno¹, analisando a expressão na perspectiva do Direito do Trabalho, a produtividade aliada ao zelo do empregado no desempenho de suas atividades conduz à atribuição de maior ou menor valor para seu trabalho e repercute na fixação dos parâmetros salariais. Para o autor, é regra de equidade que o empregado mais produtivo qualitativa e quantitativamente seja melhor remunerado. Conclui que seria injusto pagar o mesmo salário ao empregado que se esforça e colabora com o empregador em comparação com outro que se limita a cumprir as obrigações contratuais.

A questão da atribuição de valor ao trabalho envolve sempre uma dificuldade por ser tema com implicações de ordem cultural, social,² política, econômica, ética, etc. E questão de especial importância nessas cogitações abrange a evolução histórica do trabalho e suas modificações, especialmente em face da tecnologia da informação e o desenvolvimento tecnológico, que alteraram profundamente o perfil do *modus operandi* das atividades e relações de trabalho.

Exemplificando: uma empresa americana pode contratar um trabalhador indiano para o desenvolvimento de software relativo à sua atividade bem como pelo suporte até a efetiva operacionalização da ferramenta. Essa contratação pode dar-se on-line. O trabalho pode ser enviado on-line. O suporte pode durar alguns meses, ou anos, e ser feito on-line. O pagamento pode ser enviado diretamente para a conta do trabalhador indiano por transferência bancária on-line. E a dispensa pode dar-se também por uma simples comunicação via e-mail de que o serviço não é mais necessário.

Talvez para todos em seu país, que vissem esse trabalhador indiano sentado à frente de um computador, digitando freneticamente, sem sair de casa, sem

¹ DAMASCENO, 1995, p.101-103.

² São obras essenciais para a compreensão das transformações tecnológicas que afetaram as relações entre Capital X Trabalho: CASTELLS, 2010; MARTIN, Hans-Peter; SHUMANN, Harald. 1998; PAROLA, 2004; PUNZI, 2003.

“trabalhar”, ele fosse considerado um excêntrico, um alienado, um desocupado, um “viciado cibernético”. Entretanto, aquele rapaz estava trabalhando, e muito, e ganhando dinheiro, talvez muito mais do que qualquer outro membro da família que saía de casa às cinco horas da manhã para retornar ao final do dia (mesmo que ele não tivesse tempo para gastar seu dinheiro porque estava “trabalhando”). A sua atividade afetou a vida de milhares de pessoas em outro país e teve um “valor” inestimável...

A legislação seguramente não evoluiu no sentido de estabelecer garantias ao trabalho realizado nessas condições, que hoje se desenvolve à margem do Direito, inclusive desconsiderando a proteção do trabalhador nacional em face do estrangeiro prevista nos tratados internacionais acima citados na introdução.

Há hoje uma “ordem” apesar e além da “ordem jurídica”. Esse conjunto de linguagens digitais estabelece conexões que os ordenamentos jurídicos estatais não conseguem “controlar”.

Qual é o valor de um trabalho hoje em dia pressupondo esse panorama?! Quem se arrisca a valorizar o trabalho de outrem sem possibilidade de errar?!

Por essas razões que falseiam e obscurecem o problema do valor do trabalho, na maioria das vezes estabelecendo critérios subjetivos e que acabam por desvalorizar o trabalho alheio, é que entendo que a lei deve ser clara na fixação de critérios objetivos, que são critérios mínimos de remuneração para uma categoria.

A legislação brasileira estabeleceu no antigo art.461 da CLT o que entende ser trabalho de igual valor:

“Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica...”

A constituição brasileira de 1988 é enigmática por trazer uma série de normas de tutela contra a proibição de discriminação em função de gênero, raça, idade, opção sexual, deficiência física e estado civil.³ Entretanto, a norma que causa maiores indagações em face de sua repercussão quanto ao valor do trabalho é, sem dúvida, o inciso XXXII, do art.7º. da CF/88, que assim diz:

“Proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos.”

Ora, isso quer dizer que tanto os “trabalhos” manual, técnico e intelectual devem ter o mesmo “valor”, como os respectivos profissionais merecem o mesmo “valor”, enquanto trabalhadores?!!

Tomando por base essas premissas teríamos um quadro legal em que um pedreiro, um analista de sistemas, e um cientista PHD pesquisador do CNPQ deveriam ganhar exatamente a mesma coisa!!!

Mas porque não ganham?!

Não ganham porque este inciso XXXII do art.7 da CF está inserido em uma constituição que adota um modelo capitalista de organização econômica, que pressupõe a livre iniciativa.

A lei pode estabelecer e pressupor a igualdade, mas ela não paga salários, tributos, não contrata, não concorre no mercado, não traça estratégias de ou sofre as consequências de suas escolhas...

Ao inserir o inciso XXXII no artigo 7º., que tem nítido viés ideológico socialista, em uma constituição que tem entre seus princípios fundamentais, que a República Federativa do Brasil se assenta *nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*; que prevê dentre os direitos e garantias fundamentais a tutela da *propriedade*, está claro que essa igualdade será uma miragem jurídica permitida dentro da perspectiva do estado capitalista.

É uma ambigüidade jurídica fruto da retórica política, mas que gera para a prática jurídica uma dificuldade a ser interpretada e superada.

Entendo que as distinções de valores dos diversos tipos de trabalho devem ser amenizadas e deve haver um encaminhamento rumo a uma diminuição das diferenças entre o valor atribuído ao trabalho técnico, manual, e intelectual, mas a importância do trabalho é dada pela repercussão que ele tem em face do “mercado”, que atribui o valor a cada uma das atividades. Portanto, as empresas é que devem sofrer essa limitação, com a fixação de regras claras para que não se utilizem subterfúgios no sentido de minimizar ou aniquilar as conquistas atingidas por uma categoria, bem como alterar e subdividir, fragmentar as tarefas antes todas feitas em atribuição a um cargo que tinha um patamar salarial, para criar uma infinidade de cargos com nomes diferenciados, mas que fazem a mesma coisa do que aquele cargo originário.

A mesma produtividade e perfeição técnica, que veremos nos tópicos seguintes, são alguns dos importantes indícios objetivos para identificação de trabalhos de igual valor.

Devemos ainda esclarecer que a diminuição de diferenças entre o valor dado ao trabalho técnico, científico ou manual não deve representar a redução salarial, um nivelamento “por baixo, o que, sem dúvida alguma, se ficar ao sabor da escolha do empregador, seja ele público ou privado, é o que acabaria acontecendo na prática...

A diminuição entre remunerações deve desencadear um processo que parta da elevação salarial do menor nível para o maior e não o contrário, sob pena de incorrer em redução salarial ilegal.

2.2 Mesma produtividade

Segundo CAUDAS AULETE⁴, produto é o resultado de produção, a coisa produzida. Produção é a ação ou efeito de produzir. Produtivo é o que produz ou pode produzir e produtividade é o caráter ou qualidade de produtivo.

A produtividade em sentido econômico e legal diz respeito a medidas de qualidade e quantidade daquele que produz.

A quantidade de produtos produzidos, bem como a qualidade com que foram elaborados, definem critérios que servem para a remuneração de determinada categoria, assim como ao escalonamento dos empregados segundo as aptidões diferenciadas que possuam para produzir.

Existem cargos e funções para as quais não se faz distinção entre a produtividade, pagando-se um salário mensal sem que sejam exigidas competências

⁴ AULETE, p.2951.

técnicas para realização de determinadas tarefas, como os domésticos, serviços de limpeza e similares. Outros serviços já são estruturados pelas empresas em relação à quantidade e qualidade de produtos ou serviços realizados em determinado tempo, o que é muito comum na indústria, ou no comércio, com os vendedores comissionistas.

Quanto mais especializada a função em razão da produção, maior é a possibilidade de enquadramento das atividades em um certo cargo.

Há bem pouco tempo o bancário, por exemplo, fazia uma série de atividades referentes às atividades necessárias para o atendimento em um banco: trabalhos de caixa, abertura de contas, serviços de recepção de clientes e triagem, serviços de arquivamento, cadastro, etc. O gerente era a figura central da agência ao qual todos deveriam recorrer para a solução de problemas de toda ordem. Inegavelmente o gerente detinha poderes de mando e representação. O gerente também era um bancário, só que em razão de sua experiência, do tempo de serviço, de suas qualidades e preparo para atendimento, ele galgava postos maiores dentro do banco e recebia poderes de mando e representação, tendo também maior remuneração em função do cargo de confiança ocupado.

Hoje o serviço bancário foi completamente reestruturado, ou melhor, desestruturado, de modo que há agências em que não se encontram pessoas, mas somente máquinas. Outras só possuem gerentes, que nada gerenciam...Esses “gerentes” foram fragmentados em diversas “gerências”, segmentadas pelo perfil do cliente (\$\$) e não da atividade. Existem gerentes para ricos e outros para pobres e produtos para cada um desses segmentos. E o mais enigmático é que vários serviços antes pertencentes ao rol de atividades do bancário são hoje feitos pelo “consumidor”, que comparece à agência, preenche uma série de papéis, paga diretamente em máquinas e ainda é tarifado (e muito!!!) por isso...!

Existem bancos que sequer existem fisicamente, e hoje transferiram sua atividade para empresas terceirizadas, transformando os antigos bancários em operadores de telemarketing, com evidentes danos à categoria dos bancários.

Esses são apenas exemplos de atividades, mas existem várias outras. O que nos interessa é exatamente perceber que essa desestruturação inteligentemente arquitetada por diversas empresas provocou o desmanche de direitos arduamente conquistados por categorias, esvaziando o movimento sindical e jogando as pessoas em funções pouco delineadas e claras, em que as atividades são delimitadas pela pretensa necessidade do mercado.

Como definir então a produtividade ou atualizar a leitura do texto da CLT em face desse panorama?

Quando a empresa possui um quadro de carreiras, com definição das funções atribuídas a cada cargo, o problema se simplifica.

Mas quando isso não ocorre, o que é a grande maioria das situações de trabalho, o primeiro passo é verificar se, para um grupo ou conjunto de trabalhadores, a empresa definiu situações idênticas de produtividade, fixando metas que se aplicam ou são exigidas de todos eles.

A meta é um critério complexo, em que o empregador estabelece, em função de expectativas de produtividade, um objetivo, considerando o tempo gasto no trabalho, a quantidade de pessoas que podem ser atendidas, ou a quantidade de produtos ou serviços que podem ser produzidos. Para a fixação da meta o empregador considera ainda o custo da produção, que envolve o valor pago pelo salário, a infraestrutura e materiais gastos

para a produção, impostos, a expectativa de lucro e tudo que contribua para a formação do preço final do produto ou serviço e a confirmação do lucro. Normalmente a meta pressupõe a avaliação de produção decorrente da atividade possível de ser realizada por um “homem médio”, que é o que qualquer homem treinado para a produção é capaz de produzir considerando uma dada unidade de tempo.

Evidentemente que a meta tende a ser reavaliada periodicamente, quando há a percepção de que pode haver o aumento da produtividade, ou mesmo a ocorrência de fatores externos que afetem a produção em dado espaço de tempo e que justifiquem a redução dessas metas. É o caso dos períodos de crescimento ou de crise na economia mundial, ou mesmo fatores sazonais, como safra, entressafra, período de fim de ano, dentre outros fatores.

A meta estabelece, portanto, para um número determinado de empregados que exercem a mesma função, um critério objetivo de produtividade, considerando o trabalho prestado individualmente ou em grupo.

A finalidade da meta é estabelecer uma unidade de medida da produtividade do empregado. Se o empregado X, que trabalha em um cargo e cumpre funções pertinentes a esse cargo cumpriu a meta estabelecida para o mês, ele foi produtivo. Se todos os outros empregados ocupantes do mesmo cargo e que cumprem as mesmas funções, batem suas metas, eles também foram produtivos. Não deve haver entre eles qualquer diferença de remuneração.

Quando o empregado passa a trabalhar de modo contínuo em funções de outro cargo e cumpre metas deste, ocorre o desvio de função e surge um dos requisitos legais do direito à equiparação salarial.

Entretanto, cada vez mais as empresas vêm promovendo a fragmentação das funções atribuídas aos cargos e alterando até mesmo o perfil dos cargos em relação às empresas.

Para melhor explicar as idéias que se seguem tomaremos de exemplo a situação ocorrida com os bancos.

Os chamados “gerentes” são, muita vez, uma espécie de “faz-tudo”, são coringas que se encaixam em um sem número de atividades fragmentadas e subdivididas da rotina bancária. Normalmente na estrutura hierárquica do banco, partindo do menor para o maior cargo encontramos: os gerentes de contas (que podem ser de pessoas jurídicas ou físicas), gerentes administrativos, comerciais, gerentes gerais, superintendentes.

Não há uma padronização, de modo que essa estrutura pode mudar de banco para banco, bem como a relação de subordinação não é a mesma de uma gerência a outra. Há instituições em que os gerentes de contas não possuem qualquer subordinação aos gerentes administrativos ou comerciais e em outras sim. Há instituições em que os gerentes administrativos e comerciais respondem diretamente ao superintendente, e em outras ao gerente geral. Isso faz com que em cada processo judicial deva ser, primeiro, compreendida a estrutura dos cargos e as respectivas funções atribuídas a cada um deles, o que é matéria de prova de suma importância. Diga-se, de passagem, que o ônus dessa prova é do empregador, porque é ele que estrutura o serviço e atribui as funções a cada cargo, de modo que milita presunção de prova favorável ao empregado nos processos judiciais, quando eles relatam a estrutura dos cargos e das funções nas petições iniciais. Se o empregador não apresenta seu organograma estrutural de funcionamento e não produz outro tipo de prova

que relate os cargos e suas respectivas funções, presumem-se verídicas aquelas descritas pelo empregado.

Muita vez não há clareza nas funções atribuídas aos cargos. Em outras, conforme inspiradora expressão de JOSÉ MARTINS CATHARINO, ocorre “promiscuidade” nas funções exercidas, de modo que se prova que todos os empregados trabalham indistintamente, ora em uma, ora em outra atividade, sem que haja uma hierarquia nítida, ou mesmo uma diferença fundamental entre as atividades exercidas.

Quando ocorre essa situação, a meta torna-se ainda mais importante como critério unificador, porque se todos possuem as mesmas metas para um segmento do atendimento ou se elas são de toda a agência, todos aqueles empregados que exerceram as mesmas atividades e bateram as metas da agência ou de setor dela têm direito à mesma remuneração.

Portanto, o cumprimento de metas comuns no exercício das mesmas funções, independentemente do cargo, sinaliza um critério objetivo importante para assegurar igualdade de remuneração em face da mesma produtividade.

Saber se o empregado cumpriu as metas fixadas, que foram as mesmas fixadas para o cargo equiparando é um passo fundamental para a identificação da equiparação.

Se ambos os empregados bateram as metas fixadas para um determinado cargo, não importa a qualificação maior ou menor na formação individual de cada um. Isso ocorre porque a meta é uma expectativa objetiva em relação à atividade do empregado (homem médio) em relação ao cargo. Se um bancário é engenheiro de formação, mas ocupa cargo de caixa e outro empregado não tem curso superior e é também caixa, a meta fixada para o cargo de caixa, uma vez cumprida, gerará direito ao pagamento igualitário entre os empregados. A qualificação de engenheiro pode ser um diferencial para a ascensão funcional do empregado na empresa, mas não justifica a diferença de remuneração para as exigências do exercício do cargo de caixa.

2.3 Qualidade, perfeição técnica

A qualidade ou perfeição técnica é a aptidão do empregado para o exercício das funções inerentes a seu cargo.

O que deve ser objeto de prova em um processo judicial quanto ao tema da perfeição técnica é se, diante do cargo e das atribuições a ele pertencentes, os empregados possuem as mesmas condições técnicas de realização dos serviços e o fazem efetivamente.

Se um auxiliar de gerente bancário pleiteia equiparação salarial com o seu superior gerente, afirmando que fazia todas as atividades do gerente, o que deve ser objetivamente buscado na prova é a constatação das funções atribuídas naquele banco ao cargo de gerente, mesmo porque, como vimos, hoje em dia as funções de gerente foram fragmentadas. A partir de aí se perquirir a função desempenhada pelo equiparando. Se as aptidões de um e outro para o exercício das funções forem as mesmas então não há diferença na perfeição técnica.

Muitos fatores são levantados contra a perfeição técnica, como os poderes do cargo, as responsabilidades diferentes em face dele. Entretanto, o que vem ocorrendo em face do acúmulo de serviço e que não é raro, é que os gerentes franqueiem senhas de acesso para que seus auxiliares façam as operações necessárias ao fechamento

das operações. Além disso, muitos bancos transformaram os auxiliares de gerência em gerentes, mantendo, no entanto, as mesmas atribuições do cargo de auxiliar, sem qualquer poder de mando ou representação. Isso se deu muito em função do objetivo de inclusão desses empregados em cargos de confiança, para que não tivessem o direito às horas extras, em face da exceção prevista no art.62 da CLT.

Ora, tomando-se ainda de exemplo o trabalho bancário, se dois empregados trabalham em um banco e possuem qualificação técnica para proceder ao atendimento de todas as espécies de clientes, sejam pessoas físicas e jurídicas; se possuem conhecimento técnico dos produtos ofertados pelo banco; se possuem condições técnicas de proceder às mesmas operações bancárias; se efetivamente eles trabalham no desempenho dessas funções, então eles possuem as mesmas qualidades técnicas e fazem jus à equiparação neste quesito.

A prova da aptidão técnica e o efetivo exercício das funções do cargo equiparando são os fatores determinantes para o reconhecimento da equiparação nos termos da lei. Se na estrutura da empresa eles cumprem objetivamente as mesmas funções e estão aptos a fazê-lo, é inegável a equiparação sob esse aspecto.

2.4 Identidade de empregador

Como bem esclarece DAMASCENO (1995, p.114), temos três situações distintas quanto à fixação do salário, que são as seguintes:

- 1) igualdade salarial decorrente de salário mínimo nacional ou aquele fixado por convenção ou sentença normativa;
- 2) igualdade salarial por isonomia salarial decorrente de mesma situação funcional;
- 3) liberdade absoluta para aqueles que não se encontram limitados às duas situações anteriores.

Ressalta ainda que a segunda dessas hipóteses é que encontra embasamento no art.461 da CLT e, somado ao conceito de empregador previsto no art.2º. da CLT, conduziria à conclusão de que a equiparação se dá na mesma empresa, ou seja, no mesmo organismo econômico.⁵

Por consequência, não haveria, em princípio, equiparação salarial entre empregados de empresas diferentes, mesmo que estas fossem pertencentes ao mesmo dono. O autor faz ressalva, no entanto, a possível fraude decorrente de criação de outra empresa com fins idênticos e apenas com o expediente para evitar a igualdade salarial, o que atrairia a aplicação do art.9 da CLT.⁶

Entretanto, descortinar qual o real empregador hoje em dia pode não ser uma tarefa fácil e o tema ganhou nova dimensão em face da proliferação da terceirização. As empresas vêm alterando suas composições societárias, subdividindo, segmentando as atividades, de modo a fragmentar o foco de suas atividades dentro do processo produtivo. Com isso, uma empresa que fazia todo o processo produtivo, passou a terceirizar várias de suas etapas de produção, gerando a idéia de que as diversas atividades, consideradas parcialmente, não se enquadram dentro de sua atividade fim. Elas seriam um meio e não um fim em si mesmas e por isso poderiam ser terceirizadas.

⁵ Op.cit..p.114.

⁶ Op.cit.p.115.

O argumento, embora engenhoso, é falacioso...

Qualquer terceirização **não será ilícita se** a atividade terceirizada **remunerar valor idêntico** ao que era ou é pago no mercado pelo serviço terceirizado.

O ganho com a terceirização lícita **não é sobre o trabalho e sim sobre o produto e a produtividade**. É um problema de gerenciamento da atividade produtiva e não uma política de redução de custos com a eliminação ou redução dos salários.

Pelo contrário, quando eu mesmo faço algo em meu benefício, como montar um móvel comprado em uma loja, o custo é menor porque eu somente pago o produto. O serviço eu mesmo faço. Se eu pagar alguém para montar o móvel, o custo será maior, porque pagarei pelo produto e ainda pelo serviço de montagem.

Ora, se uma empresa tem uma atividade produtiva e terceiriza parte da produção, porque entende que assim poderá ter mais agilidade, permitindo-lhe concentrar-se mais na produção outras atividades, ela sabe que a atividade terceirizada será mais cara do que a produção feita por ela própria. Entretanto, a empresa sabe que, segmentando a atividade, poderá multiplicar sua capacidade de produção, desde que o faça com um bom sistema de gerenciamento de produção e serviço.

O custo que terá pagando outra empresa para fazer o componente do produto final será superado pela lucratividade decorrente da maior capacidade produtiva.

O lucro, portanto, é “produzido” pela empresa em função da otimização do processo produtivo. **Ele tem fundamento nos custos da produção e no ganho em função da produtividade. Ele nunca será lícito se decorrer da apropriação de parte dos salários como forma multiplicar empregados e reduzir os salários.**

Quando a empresa muda sua estrutura produtiva e terceiriza parte de sua atividade e **subremunera a atividade terceirizada ela está se locupletando indevidamente, porque está pagando pela força de trabalho menos do que ela própria economizaria se fizesse o trabalho diretamente.**

Essa terceirização que produz uma mais valia é fraudulenta e autoriza que a equiparação seja pleiteada e deferida com reconhecimento da igualdade da remuneração condizente com o nível salarial pago pela empresa que promoveu a terceirização. Embora se tratem de empresas diferentes, elas estruturalmente pertencem ao mesmo processo produtivo e devem ter o enquadramento funcional segundo a atividade da empresa contratante e segundo seus níveis de remuneração.

A identificação do empregador a ser objeto de equiparação em função de terceirização ilícita é revelada pela sua condição de contratante beneficiário de serviço ou produto da empresa terceirizada. Deve ser demonstrado que esse trabalho terceirizado se enquadra estruturalmente no processo produtivo e sem ele o produto ou serviço não existiria integralmente.

A jurisprudência trabalhista frequentemente reconhece a solidariedade entre ambas as empresas envolvidas no processo de equiparação em virtude do reconhecimento de fraude ao contrato. A situação, entretanto, não é bem conduzida, uma vez que existe conhecida diferença entre as expressões débito(shuld) e responsabilidade(haftung). Devedor é aquele que assumiu a condição passiva da obrigação através de um vínculo jurídico contratual ou não. Normalmente o devedor é o responsável pela dívida, mas nem sempre isso pode ocorrer. Se “A” assume o débito para o cumprimento de uma obrigação em face de “B” e “C” fica como garantidor da dívida, afiançando-a, o devedor é “A”, sendo ele também o responsável pela dívida. Mas se ele não

pagá-la, “C”, que assumiu a condição de garantidor, poderá ser acionado para pagar o débito de “A”. “C” é subsidiariamente responsável pela dívida de “A”. O mesmo ocorre quando a relação entre “A” e “C” provoca um fato ilícito extracontratual e prejudica terceiros. O devedor será acionado e o responsável poderá também ser acionado, de modo subsidiário, para responder pelos efeitos pecuniários de eventual condenação. Isso não é novidade e é regulamentado pelo CPC no capítulo da “responsabilidade patrimonial”(art.591 a 597 do CPC), embora venha sendo aplicado no âmbito da jurisprudência trabalhista com pouca técnica.

A solidariedade decorre sempre do contrato ou da lei. Se os empregadores não firmaram contrato com responsabilidade solidária ou não existe lei que a estabeleça para a situação das partes, não é possível reconhecer a solidariedade.

Existe ainda a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que não é igual a solidariedade. Essa teoria pressupõe o reconhecimento de uma fraude pela utilização indevida da personalidade da pessoa jurídica e impõe como sanção que se retire o véu que recobre a pessoa jurídica, para que ela e seus sócios respondam diretamente pelos atos irregularmente praticados em nome da sociedade. Embora as conseqüências práticas sejam parecidas, essas situações jurídicas decorrem de origens diversas e pressupõem fundamentos jurídicos que merecem contraditório próprio para a comprovação de suas ocorrências.

Embora sejam necessárias essas ressalvas, é digno de nota que a jurisprudência vem conduzindo, em sua maioria, para o reconhecimento da responsabilidade solidária para o caso da terceirização ilícita, com conseqüente deferimento de paridade de direitos trabalhistas aos empregados da empresa que promoveu a terceirização e a terceirizada.

2.5 Mesma localidade

O art.461 da CLT exige que para fins de equiparação a prestação de serviços se dê na mesma localidade.

O conceito de localidade não se confunde com estabelecimento e não se limitou a ele. Para Messias Pereira Donato a mesma localidade significa identidade de condições socioeconômicas.

Essa exigência é interessante, ainda mais se consideramos as dimensões de nosso país e até mesmo de nossos estados, muitos deles maiores que muitos países. Temos diferenças de condições socioeconômicas que justificam vantagens concedidas pelo empregador que desenvolve atividades em locais cujo custo de vida seja mais elevado, ou outras diversas situações semelhantes.

Essas diferenças normalmente não se afiguram como contraprestações ao trabalho e sim como meios para permitir que o valor do salário não se dissipe integralmente ou seja corroído pelo custo de vida local.

Essas vantagens pecuniárias, em princípio, não são objeto de equiparação salarial. Entretanto, existem hoje cada vez mais empresas que desenvolvem suas atividades em todo o território nacional e o fazem de modo padronizado e com remuneração também padronizada. Nessas circunstâncias, deve-se perceber se o empregador não estipulou um preço médio a ser pago em qualquer parte do território nacional àquela determinada atividade. Se as condições estruturais da organização do serviço pelo empregador obedeceram um padrão para toda a empresa, nada há que justifique a condição diferenciada de remuneração entre os empregados que se encontrem

ocupando os mesmos cargos ou que efetivamente comprovem que cumprem as mesmas funções.

Embora não trabalhem na mesma localidade, esse fator não será empecilho para a equiparação, porque o empregador criou um standard para vigorar em relação a todos os empregados, independente dos fatores locais que possam criar variantes na remuneração.

Todos os empregados ocupantes do mesmo cargo e que desempenhem as mesmas funções, com o cumprimento das metas previstas, deverão ganhar a mesma remuneração, ressalvados e excluídos eventuais benefícios ou ajudas de custo dados em função da situação de fato local, como por exemplo, a ajuda aluguel, passagens para visita à família.

2.6 Tempo de serviço

A questão do tempo de serviço previsto no art.461 da CLT estabeleceu um critério que se pretendeu objetivo, mas logo suscitou polêmica entre os juristas e também na jurisprudência. O problema suscitado pelos doutrinadores era se a contagem do tempo de serviço deveria ser feita na empresa ou na função.

Como podemos extrair de preciosa e sempre clara lição da Professora Desembargadora Dra. Alice Monteiro de Barros, em voto em que atuou como relatora, a interpretação prevalente na orientação jurisprudencial foi que a expressão tempo de serviço contida na lei deveria ser aferida na função e não na empresa.⁷

Nesse sentido foram recrudescendo os entendimentos das mais altas cortes do país e culminaram na súmula 202 do STF, no enunciado 135 do TST, sendo que este foi substituído pela súmula 6 do TST, que manteve a orientação de que o significado jurídico de tempo de serviço representa o tempo na função.

A meu ver o problema ainda não foi satisfatoriamente resolvido. Isso se deve ao fato de que o fator tempo está sempre aliado a outras variáveis que podem ou não justificar uma diferença de remuneração.

Um empregado pode ocupar o mesmo cargo que outro, exercer a mesma função, para o mesmo empregador e receber remuneração diferenciada, porque há critérios como a produtividade, qualidade do serviço, que podem afetar a remuneração. Isso pode ser facilmente percebido nos empregados do comércio. Dois vendedores comissionistas puros podem receber salários totalmente diferentes, dependendo da produtividade que cada qual tiver nas vendas que efetuarem. Pode ser que aquele vendedor que recebe mais tenha entrado recentemente para o serviço e o outro já tenha dez anos de

⁷ EQUIPARAÇÃO SALARIAL – TEMPO DE SERVIÇO – No passado, muito se discutiu, na doutrina e na jurisprudência, sobre o significado da expressão tempo de serviço" contida o art. 461, § 1º, da CLT. Entendiam uns que se tratava de tempo na empresa", justificando-se a diferença de remuneração pela maior colaboração que o empregado mais antigo havia prestado ao empregador. Para outros, o tempo de serviço" dever-se-ia ater à função", pois ela traz, como corolário, maior prática e maior domínio de suas atividades e, em consequência, maior experiência, o que autoriza um rendimento superior capaz de justificar os salários discrepantes. Já a antiguidade na empresa seria recompensada mediante a concessão de adicionais e outras vantagens, sem relação direta com a qualidade do serviço prestado. Os adeptos da primeira corrente, ou seja, do tempo na empresa", refutavam esses fundamentos, alegando que a presunção de rendimento superior não era confirmada pela experiência quotidiana, que mostra, muitas vezes, ser o novato mais diligente e operoso que o veterano. A interpretação que prevaleceu foi a de que o tempo de serviço" deve ser aferido na função, como se infere da Súmula nº 202 do e. Supremo Tribunal Federal e Enunciado 135 do Tribunal Superior do Trabalho. (TRT 3ª R. – RO 163/02 – 2ª T. – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 09.02.2002 – p. 09)

casa e mesmo assim não consegue boa remuneração. O tempo de serviço em nada influenciará a situação deles.

Portanto, o critério do tempo de serviço é relativo e é muito mais relacionado com a atividade empresarial, com as categorias existentes que atendem a essa atividade.

Quando a empresa tem quadro de carreira organizado, os cargos, as funções, e os acessos são previamente fixados por critérios pretensamente mais claros. Se a empresa atua no setor elétrico e possui eletricitas nível I, II, III, com diferenças de remuneração, elas se justificam em razão de situações que a própria empresa define, como a qualificação, experiência, tempo na função e na empresa, etc.

Mas quando a empresa não se organiza em quadro de carreira, essa estrutura fluida cria dificuldades para a análise das situações fáticas. Muita vez essas empresas se organizam em cargos de diretorias, gerências e cargos subordinados para a execução da massa de serviços, considerando uma estrutura simplista.

Quando isso ocorre, é preciso identificar precisamente o que é atribuição específica de cada cargo, o que efetivamente foi desempenhado pelo paradigma e o equiparando, para se saber se a qualificação para as funções, independentemente da nomeação do cargo, é a mesma. Então o critério de tempo no exercício na mesma função e o momento a partir do qual ela se iniciou será de suma importância para o processo.

Nesses modelos de empresas sem quadro de carreiras, tomemos de exemplo uma empresa que atua no setor elétrico e quer contratar um eletricitista: Comprovada a qualificação técnica para o cargo e a aptidão de ambos para o desempenho das mesmas funções, nada há que justifique a divergência de remuneração entre eles. Até mesmo o tempo de serviço pode ser critério vazio, porque o empregado recém contratado pela empresa “X” pode ser um empregado que atua há 20 anos no mercado, estando qualificado e tendo trabalhado anteriormente em outras empresas em todas as funções que são realizadas na atual empresa. A empresa “X” possui outros 3 eletricitas, cada qual com 3 anos de trabalho na empresa e já possuindo experiência anterior de dois anos como eletricitas.

Somados os tempos totais no exercício da função de eletricitista(5 anos) de cada um desses empregados da empresa “X”, o resultado da operação ainda será menor do que o tempo de serviço como eletricitista do empregado recém contratado. Ou seja, nada há que justifique eventual remuneração diferenciada entre eles, embora os eletricitas da empresa já tenham 3 anos de exercício da função na empresa.

O critério do tempo de serviço na hipótese do casos não poderá ser óbice a que o empregado recém contratado pleiteie igualdade de remuneração com os demais eletricitas da empresa “X”, porque eles estão igualmente qualificados para o exercício da função para a qual foram contratados e o empregado recém admitido tem tempo de serviço como eletricitista há mais tempo que os outros o que comprova sua larga experiência.

3. Conclusão

O tema da equiparação merece ser revisto a luz do novo modelo constitucional brasileiro e adaptado às novas condições e exigências impostas pelo modelo de produção, para que permaneça como eficaz instrumento jurídico contra as políticas discriminatórias de remuneração.

Nossa proposta abrange a identificação dos requisitos legais da equiparação salarial considerando as alterações no sistema de produção, que muitas vezes fragmenta as funções antes exercidas por um único empregado no intuito de descaracterizar e enfraquecer as conquistas alcançadas pelas categorias profissionais. O ponto central é a proposta de equiparação estrutural, que significa a possibilidade de a análise do fenômeno da equiparação ser identificado a partir da estruturação das atividades e as exigências do empregador, como forma de tipificar as situações fáticas no enquadramento legal do artigo 461 da CLT . Assim, as metas, o cargo de confiança, as funções de confiança, o local das atividades, a proporção do número de empregados para o atendimento dos clientes, seriam situações relevantes a serem avaliadas e compreendidas. Esses fatores devem ser avaliados, tomando-se por base a estrutura organizacional de cada empresa, bem como dos critérios que ela impõe para a conformação das funções de cada cargo e que culminam com a prestação de serviços em condições de trabalho equiparáveis.

Inexistindo o plano de carreira na empresa, os parâmetros para a identificação legal da equiparação salarial dependeriam da compreensão da organização estrutural da atividade empresarial, bem como da identificação das habilidades e exigências de função atribuídas a cada um dos cargos existentes, independentemente da nomenclatura que eles possuam. A checagem desses elementos objetivos pode conduzir ao reconhecimento da equiparação estrutural entre grupos de empregados que trabalham nas mesmas funções, uma vez que se eliminem os pontos de distinção entre as atividades desenvolvidas e se comprovem, a partir desse enfoque, os requisitos legais do art.461 da CLT.

Como as empresas, principalmente as grandes, organizam-se de modo padronizado, em princípio não deve haver diferenças de remuneração entre os cargos existentes, mesmo se os empregados trabalhem em diferentes unidades ou lojas. O que deve ser ponto de partida em cada processo judicial é a compreensão e a prova dessas condições que foram impostas para o exercício da atividade daquela empresa, ou seja, como a empresa se estruturou hierarquicamente, quais os conjuntos de atribuições de cada cargo, se são exigidos requisitos próprios de qualificação do empregado ou se a atividade pode ser realizada por qualquer empregado. Uma vez compreendido isso, parte-se para a verificação dos pressupostos objetivos do art.461 da CLT.

Se a empresa tem várias lojas na cidade, cada uma com um porte, isso não elimina a possibilidade da equiparação. O porte da loja é uma relação de proporção, que considera o número de clientes, o poder aquisitivo local, o ponto, o número de funcionários necessários para desenvolver o serviço naquele local. Em face disso são estipuladas metas, que são exigências de produtividade que o empreendedor entende que são viáveis tanto para a manutenção como para o crescimento do negócio. A meta é importante inclusive para se saber o número de funcionários que serão necessários em cada unidade para atendimento do público. Embora as lojas possam ter portes diferentes, isso não afasta a equiparação, porque o porte de cada uma leva em consideração uma relação de proporção. A proporção é uma condição de igualdade, porque o empreendedor define que, em função do ponto, tamanho do estabelecimento, público alvo, deve fixar metas diferenciadas para cada unidade de suas lojas. As metas diferenciadas não representam uma desigualdade de condições que afastem a equiparação. Pelo contrário, quando o empreendedor fixa metas para cada loja que possui estabelece uma condição de igualdade “proporcional”, uma igualdade que leva em consideração as diferenças que o levam a classificar cada unidade com um porte diferenciado. Para que essa igualdade seja mantida é

que o porte é classificado pelo empregador de modo diferenciado. Se ele tivesse critério único e metas iguais para todas as suas unidades algumas lojas cumpririam as metas e outras não porque as condições não seriam proporcionalmente iguais.

Por isso entendemos que a equiparação vem sofrendo alterações em função das novas técnicas gerenciais e, em face do panorama atual, é fundamental que se observe que a equiparação não está dissociada do *modus operandi* definido pelo empreendedor. É fundamental compreender a complexidade da organização empresarial e a partir dela identificar se essencialmente há razões que justifiquem as diversidades de remuneração, ou se o emaranhado de cargos, funções, nomes, não passam de uma fachada, uma forma moderna de sepultar conquistas do trabalhador que tiveram o objetivo de estabelecer um critério que eliminasse a exploração e a desigualdade entre iguais.

4. Bibliografia

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Editora Paz & Terra LTDA.; 2010

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. Vls. I e II. São Paulo: Saraiva, 1982.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Equiparação salarial*. São Paulo: LTR, 1995, 2^a.ed.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982.

LIMA, Taísa Maria Macena de. *Terceirização: responsabilidade subsidiária e solidária*, in Amatra III (Coord.), *Temas de direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTIN, Hans Peter; SHUMANN, Harald. *A armadilha da Globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. Lisboa: Terramar, 1998.

NABUCO, Maria Regina; NEVES, Magda de Almeida; CARVALHO NETO, Antônio Moreira de (Organizadores). *Indústria automotiva: a nova geografia do setor produtivo*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

PAROLA, Vittorio. *Globalizzazione e no global*. Roma: Newton&Compton Editori. 2004.

PUNZI, Antonio. *L'ordine giuridico delle macchine*. Torino: G.Giappichelli Editore. 2003.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Princípios gerais de equiparação salarial*. São Paulo: LTR, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico do Trabalho*. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico. 1985.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000.